



LA PROYECCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LOS TEXTOS Y EN LA CIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL

AMPARO MONTAÑANA CASANÍ
CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN (ED.)

UJI UNIVERSITAT
JAUME I

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

Col·lecció «Estudis Jurídics» |  Derecho Romano

**LA PROYECCIÓN DEL DERECHO
ROMANO EN LOS TEXTOS
Y EN LA CIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL
TEMAS Y EJEMPLOS**

Guot. L^o. Cuiusmodi

CODICIS
DN. IVSTINIANI SACRA-
TISSIMI PRINCIPIS PP. AVGVSTI,
repetitæ prælectionis libri XII.

ACCVRSSII Commentarius, & multorum veterum ac recentiorum Iurisfrudentum, maxime ANTONII CONTII, I. C. & in schola Bitorum Iuris professoris ordinarij, annotationibus tam ad textum quam ad glossas, recens illustrati, mensisque quamplurimis passim repurgati: additis & restitutus plus septuaginta Græcis cõstitutionibus, vel earum argumentis & epitomis, quæ antea in omnibus tam impressis quam manuscriptis desiderabantur: quas si non suis locis insertas inuenieris, ex Prætermissorum clasibus seorsum à nobis impressis repetere, lector studiosè, non grauaberis.

Accesserunt bis CHRONICI CANONES ab vniuerso Orbe conuio vsque ad Vrhem conditam, ex veteribus legis Mosæicæ editionibus Græcis Hebræicisque certissima ratione demonstrati: ab Vrbe vero cõdita, Eistij Regij & Cõsularis vsque ad Iustiniani mortem, ex optimis & athenicis tabulis libris & monumentis collecti & digesti, eodẽ ANTONIO CONTIO AVCTORE:

Nota porro literarum prout per totum Codicem legenda sunt,
statim post indices collocantur.

Omnia fideliter & accuratè recognita & emendata.



PARISIIS,

Apud Gulielmum Merlin, in ponte Numulariorum: & Gulielmum Desboys sub Sole aureo,
ac Sebastianum Nuellum sub Ciconis, via Iacobæ.

An. Domini M. D. LXVI

COLECCIÓN «ESTUDIS JURÍDICS» N.º 30 (UJI)
COLECCIÓN «DERECHO ROMANO» (BOE)

**LA PROYECCIÓN DEL DERECHO
ROMANO EN LOS TEXTOS
Y EN LA CIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL**

TEMAS Y EJEMPLOS

AMPARO MONTAÑANA CASANÍ
CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN
(EDITORAS)

UJI UNIVERSITAT
JAUME I

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

Primera edició: diciembre de 2023

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT JAUME I. Dades catalogràfiques

Noms: Montañana Casaní, Amparo | Lázaro Guillamón, Carmen, editor literari | Universitat Jaume I. Publicacions, entitat editora

Títol: La Proyección del derecho romano en los textos y en la ciencia jurídica universal : temas y ejemplos / Amparo Montañana Casaní, Carmen Lázaro Guillamón (editoras)

Descripció: Castelló de la Plana : Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions ; [Madrid] : Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [2024] | Col·lecció: Estudis jurídics ; 30 | Col·lecció: Derecho romano (BOE) | Textos en castellà i portuguès

Identificadors: ISBN 978-84-19647-59-7 (paper) | ISBN 978-84-19647-23-8 (pdf) | ISBN 978-84-19647-91-7 (ePub) | NIPO 090-23-157-4 (paper) | NIPO 090-23-158-X (ePub)

Matèries: Dret romà | Dret romà – Influència

Classificació: CDU 34(37) | CDU 34(37):34(100) | THEMA LAFR



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0)

© De los textos: las autoras y los autores, 2023

© De la presente edición: Publicacions de la Universitat Jaume I y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (AEBOE), 2023

Editan: Publicacions de la Universitat Jaume I (Servei de Comunicació i Publicacions) y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO BOE, en línea PDF: 090-23-157-4

NIPO BOE, en línea ePub: 090-23-158-X

ISBN UJI, papel: 978-84-19647-59-7

ISBN UJI, PDF: 978-84-19647-23-8

ISBN UJI, ePub: 978-84-19647-91-7

Depósito legal: CS 38-2024

DOI: <http://dx.doi.org/10.6035/EstudisJuridics.30>

Maquetación y edición electrónica: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (AEBOE)

ÍNDICE

Presentación	
AMPARO MONTAÑANA CASANÍ y CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN.....	13
La codificación del <i>ius commune</i> romano en la Argentina	
MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ.....	21
La capacidad de la persona: evolución histórica, desde el Derecho romano hasta el Derecho actual	
MARÍA DEL CARMEN COLMENAR MALLÉN	39
El destino de los esclavos cristianos de judíos y herejes condenados por la Inquisición. La interpretación jurídica y sus armas	
FRANCISCO CUENA BOY	89
Notas sobre el estatus de la mujer en el Imperio de Constantino	
ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES.....	107
<i>Mos italicus versus mos gallicus (a vontade nos negócios jurídicos)</i>	
ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO	125
Aproximación al <i>exovar</i> y el <i>creix</i> en los <i>Furs</i> de Valencia a tenor de la regulación de la <i>dos</i> en las fuentes romanas	
BELÉN FERNÁNDEZ VIZCAÍNO.....	149
La recepción del Derecho justiniano en los Fueros del Reino de Valencia de 1238	
VICENTE GARCÍA EDO.....	189
La protección del <i>venter</i> en su doble vertiente y las influencias de la <i>cura ventris</i> en el actual sistema de «cesión» de los vientres	
CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ	207
Consideraciones jurídicas sobre la piscicultura en Derecho romano	
M. ^a OLGA GIL GARCÍA.....	243

La doctrina del <i>ius gentium</i> en las escuelas del Derecho en Cracovia y Salamanca	
ANNA KARABOWICZ.....	271
El daño temido sobre cosa propia en los <i>Furs de València</i> de Jaume I	
CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN	313
La indignidad para suceder de los herejes en la <i>Novela</i> 115.3 y su recepción en el Derecho castellano	
AURORA LÓPEZ GÜETO.....	341
Algunos supuestos de responsabilidad médica a partir de la <i>Lex Aquilia de Damno</i> y su recepción en el Derecho común. Especial mención a la figura de la <i>obstetrix</i>	
M. ^a DE LOS ÁNGELES LÓPEZ-CANCIO SUÁREZ	381
A « <i>locatio ad longum tempus</i> », reinterpretação medieval do Direito romano para protecção do arrendatário	
DAVID MAGALHÃES	415
Del <i>ius gentium</i> de Gayo al Derecho de gentes de Vitoria: reflexiones para el Derecho internacional contemporáneo	
ELVIRA MÉNDEZ CHANG	437
Vicios redhibitorios: elemento natural de la compraventa. Una mirada desde Roma al Código Civil y Comercial de la Nación	
MARILINA ANDREA MICELI Y LETICIA INÉS NÚÑEZ	477
Algunas notas sobre la financiación de las operaciones marítimas en la Edad Media. Participación de capitales femeninos en la financiación de los negocios familiares	
AMPARO MONTAÑANA CASANÍ	491
Las capitulaciones matrimoniales y los aspectos que han evolucionado desde el Derecho romano hasta el Derecho actual	
KARINA GUADALUPE MURILLO RUIZ, OLIVIA CASTRO MASCAREÑO y JUAN PABLO VENEGAS CONTRERAS	523
Proyección postjustiniana del riesgo en el legado	
ALFONSO MURILLO VILLAR	539

Perspectiva histórica de la elasticidad del principio <i>salva rerum substantia</i>	
HENAR MURILLO VILLAR.....	567
Las cautelas de opción compensatoria de la legítima	
MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ.....	599
El <i>aggiornamento</i> del Derecho romano en Francisco Bermúdez de Pedraza	
BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ.....	635
El abandono del recién nacido: bases para la reinterpretación del Derecho romano en el <i>ius commune</i> y en el Derecho actual	
EVA MARÍA POLO ARÉVALO.....	647
El debate en torno a la <i>gestio prohibente domino</i> en las <i>Dissensiones dominorum</i>	
JUAN CARLOS PRADO RODRÍGUEZ.....	667
Locação imobiliária no texto justiniano como fundamento para o negócio jurídico no Brasil	
MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA.....	683
Sobre lo verídico y ficticio de la dualidad entre el Derecho romano y el patrio	
CARLOS TORMO CAMALLONGA.....	707
COVID-19. La legislación italiana sobre la emergencia sanitaria a la luz de la definición celsina del Derecho	
ANDREA TRISCIUOGGIO.....	743
Los glosadores y la doble venta y entrega	
TAMMO WALLINGA.....	751

PRESENTACIÓN

AMPARO MONTAÑANA CASANÍ
CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN

Profesoras titulares de Derecho Romano
Universitat Jaume I

LA PROYECCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN LOS TEXTOS Y EN LA CIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL. TEMAS Y EJEMPLOS, tiene como propósito ofrecer un reconocimiento al profesor don Enrique Gómez Royo (Tavernes Blanques, 1941-Valencia, 2020), catedrático de Derecho Romano de la Universitat de València, por las que fueron dos instituciones fundamentales en su trayectoria como romanista: la Universitat Jaume I, punto de partida de su carrera académica, y la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, de la que fue socio fundador.

El profesor Enrique Gómez Royo estuvo vinculado a la Universitat Jaume I desde sus prolegómenos; en el año 1987 se incorporó al Colegio Universitario de Castellón como profesor de la asignatura Derecho Romano, en la que consolidó la primera plaza de profesor titular como adscrita al todavía Colegio Universitario. Con la creación de la Universitat Jaume I en 1991, opta por incorporarse a ella. En 1995 ganó la Cátedra de Derecho Romano, reforzando los estudios romanísticos en la UJI. En el año 1992 se convirtió en el primer Defensor de la Comunidad Universitaria, cargo que ocupó hasta 1997, año en el que ganó la cátedra de Derecho de Derecho Romano en la Universitat de València, en la que fue prontamente nombrado «Síndic de Greuges» al poco tiempo tras su incorporación, encargo que acumuló a la docencia y a la investigación que le animaron hasta los 76 años, edad en que por ministerio de la Ley fue definitivamente jubilado.

La vida académica del profesor Gómez Royo transcurrió paralela a la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM). Participó en un primer congreso en la Universidad de Oviedo, auspiciado por el profesor Justo García Sánchez, catedrático de Derecho Romano y decano en aquel momento de la Facultad de Derecho de aquella universidad, en el que se fraguó la creación de AIDROM un año más tarde. Fue miembro de la Junta General de la Asociación y participó, hasta que su edad se lo permitió, en cada uno de los congresos que, año tras año, la Asociación ha venido celebrando. Para el profesor Enrique

Gómez Royo eran, además de reuniones científicas en las que siempre se aprendía, reuniones de amigos del alma.

En el caso del profesor Gómez Royo y su vivencia de la Universidad se da la circunstancia, poco habitual, de haber sido capaz de compaginar su labor institucional con el desarrollo de su tarea docente y de investigación.

Dotado de un carisma especial, su forma de impartir las clases supuso un cambio en el método de la enseñanza del Derecho Romano. El profesor Gómez Royo abrió los ojos de toda una generación de juristas castellanenses y valencianos, haciéndoles ver que el rigor en la enseñanza no estaba reñido ni con el descubrimiento de la *elegantia iuris* ni, por supuesto, con el sentido del humor con el que se impartía aquella asignatura, con fama de ardua. El profesor Gómez Royo transformó una materia que, *a priori*, nada decía al común de los alumnos, en un auténtico gozo intelectual al que era difícil de sustraerse.

La amplia formación y cultura clásica del profesor Gómez Royo es modelo de lo que implica ser un auténtico universitario. Conocimiento profundo de la materia que se imparte, lo que, en buena lógica, en un campo como el Derecho Romano exige una triple formación: histórica, lingüística y, por supuesto, jurídica, además de una curiosidad intelectual universal. Esa vocación de universalidad se pone de manifiesto también en los estrechos vínculos que mantuvo con las universidades alemanas y, en particular, con su querido Leopold Wenger Institut de la Universidad de Múnich desde 1968. Fueron estas relaciones personales y académicas con el profesorado de las universidades germanas las que facilitaron el acceso de los –a la sazón– jóvenes investigadores españoles a dichas universidades y las que permitieron, entre otros aspectos, que el programa de intercambio Erasmus en el ámbito jurídico diera sus primeros pasos, tanto en las universidades de Valencia como de Castellón.

Por lo que respecta a su aportación científica, su amplia formación y cultura clásica, unida a su gran curiosidad intelectual, le llevaron a estudiar campos muy variados. Así, a lo largo de su obra, encontramos estudios dedicados, entre otros, a las grandes cuestiones jurídicas clásicas, la responsabilidad aquiliana, el dolo, la culpa, el método de los juristas romanos. Pero hay una materia en la que destaca especialmente a lo largo de toda su andadura investigadora, fruto de su interés por la cultura griega, y es el Derecho Romano bizantino, al que se dedicó y

estudió no como una suerte de disección cuasi entomológica de pasajes arcanos de textos jurídicos bizantinos, sino que desde su tesis doctoral sobre el negocio crediticio en Derecho Bizantino, hasta su obra de madurez, el libro *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*, el profesor Gómez Royo proporcionó en sus trabajos una sabia reflexión sobre las cuestiones centrales de la cultura occidental.

Haciendo honor a su legado y cumpliendo con uno de los objetivos de AIDROM, como es, precisamente, contribuir a la construcción colectiva del conocimiento, la internacionalización de la investigación y la difusión de sus resultados, reunimos en esta obra, bajo el título: *La Proyección del Derecho Romano en los textos y en la ciencia jurídica universal. Temas y ejemplos*, un conjunto de trabajos de investigadores europeos e iberoamericanos que, precisamente por tratar cuestiones centrales de la cultura jurídica universal, hunden sus raíces en la tradición jurídica romana y tienen como hilo conductor el fenómeno histórico de la Recepción del Derecho Romano en Europa y la formación del *ius commune*.

Es bien conocido que la base jurídica de muchos Estados modernos es la compilación del Derecho Romano, obra conocida como *Corpus Iuris Civilis*, hecha u ordenada por el emperador Justiniano en el siglo VI. Esta obra y las fuentes jurídicas romanas en general, fueron y son determinantes en la formación del Derecho europeo y por su influencia en los ordenamientos jurídicos de países como Inglaterra, Alemania, Francia, España, el total de países latinoamericanos y otros muchos, como los de Japón, Sudáfrica o la India. Es más, fuera de ser considerado un mero Derecho histórico, el Derecho Romano tiene vigencia aún en la Europa actual, como lo reiteran las más recientes novedades entre las que destaca el código de obligaciones europeo o el ámbito del Derecho de sucesiones.

La investigación romanística, tal y como es entendida desde nuestra asociación, incorpora una visión europeísta e integradora de la ciencia jurídica universal necesaria en el contexto formativo, investigador y de divulgación científica, tanto de juristas como de otros profesionales. En particular, el Derecho Romano es parte esencial de la cultura jurídica occidental, de suerte que ha sido un Derecho común desde el siglo XII hasta el siglo XXI, y ha de seguir siéndolo en el futuro, puesto que para lograr el objetivo de un Derecho integrador se requiere

tener muy presente tanto lo que nos une, como las diferencias entre los sistemas jurídicos y ordenamientos dispares, como corresponde a los derroteros de cada uno de los distintos países, que obedecen a una trayectoria histórica particular en cada caso.

Por tanto, el objetivo específico del libro que presentamos viene descrito en el mismo tema: que la investigación sobre las fuentes jurídicas romanas propicie una mejor comprensión de Europa (y de otros contextos), ofrezca soluciones y apoye una sociedad inclusiva, innovadora y reflexiva, en un contexto de transformaciones sin precedentes y a la zaga de una creciente interdependencia mundial.

Los pueblos han de afrontar en el futuro retos como el de la interrelación económica de los países, un contexto cultural igualmente colectivo cuyo desarrollo pasa por un igual sustrato jurídico privado (organización de las estructuras familiares, de propiedad, relaciones contractuales, herencia...), al tiempo que en el ámbito público es común la sensación de falta de confianza de los ciudadanos en las estructuras e instituciones democráticas, una indudable apatía política y de polarización en las elecciones, lo que indica que la confianza de los ciudadanos en los sistemas políticos actuales no es la deseable.

Por tanto, es un reto hallar soluciones a situaciones de crisis que son el reflejo de la heterogeneidad de los Estados y sus intereses. Estos retos han de abordarse conjuntamente, de forma innovadora y multidisciplinar, puesto que interaccionan de maneras complejas y con frecuencia imprevistas que, quizá la base jurídica común romanística, pueda llegar a resolver.

Se trata de retos de gran envergadura que exigen un planteamiento común, basado en el conocimiento científico compartido que pueden ofrecer, entre otras cosas, las ciencias sociales y las humanidades, en particular, la humanidad del Derecho que es el Derecho Romano y su recepción en los distintos ordenamientos jurídicos actuales, fortaleciendo su desarrollo a través de la ciencia jurídica.

Como colofón de esta presentación, deseamos agradecer a todos los autores sus contribuciones científicas que han hecho posible que este libro sea una realidad, así como a la Universitat Jaume I en la persona de su rectora, doña Eva Alcón Soler; a la directora del Servicio de Publicaciones de la UJI, doña Carme Pinyana Garí; al director de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, don Manuel Tuero Secades, y todo su

equipo, especialmente a Eva Gema González López, quienes han apoyado de forma incondicional tanto materialmente como con su paciencia y buen hacer, la edición de este libro homenaje. Y, cómo no, mostrar igualmente nuestro agradecimiento a los colegas que nos acompañaron en el congreso que tuvo lugar en la Universitat Jaume I en junio de 2022 y que nos animaron a trabajar en esta obra, muy particularmente a AIDROM y, en especial a su presidente, Alfonso Murillo Villar, y a su secretaria, Carmen López Rendo, porque sin su empeño este homenaje al profesor Enrique Gómez Royo no hubiera sido posible.



DON ENRIQUE GÓMEZ ROYO
Catedrático de Derecho Romano

**LA CODIFICACIÓN
DEL *IUS COMMUNE* ROMANO
EN LA ARGENTINA**

*The codification
of Roman ius commune
in Argentina*

MIRTA BEATRIZ ÁLVAREZ

Universidades de Buenos Aires y de Flores

Resumen: en el presente trabajo haremos referencia a la recepción del *ius commune* romano en la legislación argentina.

Nos proponemos indagar si, así como el artículo 16 del Código de Vélez establecía el reenvío a los principios generales del Derecho, para integrar el ordenamiento jurídico argentino con los principios de todo el sistema jurídico romanista, la redacción del actual artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, implica un apartamiento de la tradición romana e hispánica.

Palabras clave: *Ius commune* romano. Legislación argentina. Principios.

Abstract: in the present work we will refer to the reception of the Roman *ius commune* in the Argentine legislation.

We intend to investigate whether, just as article 16 of the Vélez Code established the referral to the general principles of law, to integrate the Argentina legal system with the principles of the entire roman law system, the wording of the current article 2 of the Civil and Commercial Code of the Nation, implies a deviation from the roman and Hispanic tradition.

Keywords: Roman *ius commune*. Argentine legislation. Principles.

SUMARIO: I. Introducción. I.1. *Ius commune. Mos italicus. Mos gallicus.* II. Recepción del *ius commune* en Latinoamérica. III. El subsistema latinoamericano o iberoamericano. IV. La legislación argentina. IV.1. El Código de Vélez y sus notas. IV. 2. El Código Civil y Comercial de la Nación. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. *Ius commune. Mos italicus. Mos gallicus*

Como sostiene Serna de la Garza, «el *ius commune* es el cuerpo normativo y de doctrina integrado a partir del siglo XII en Europa,¹ que

1. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Madrid, Edisofer, p. 205, sostiene que

vino a conformar una cultura jurídica común en el espacio europeo, de raíces romanas, desarrolladas por glosadores y comentaristas». ²

Y agrega: «El *ius commune* fue decantándose como principios generales de derecho que permitían su aplicación directa en la práctica judicial y que podía servir para informar la legislación de los estados en particular». ³

Como sostiene Torrent ⁴, desde finales del siglo xv se comenzaron a perfilar dos modos o tendencias en el estudio del Derecho romano.

El *mos italicus*, o bartolismo, comenzó a desarrollarse a fines de la Edad Media por la escuela de los glosadores hasta que esta, por tratarse de un método que se limitaba a la letra del texto estudiado, comienza a agotarse. El método utilizado a continuación se denominó «comentario», que continúa el trabajo dejado por los glosadores. Es debido a lo anterior que el *mos italicus* se transforma, a inicios de la Época Moderna, en «un saber científico altamente sofisticado transformándose en un Derecho Jurisprudencial que regía con bastante autoridad, sobre todo en Italia, Alemania, España y Países Bajos». ⁵

Silva Araya explica: «El método aplicado por la corriente de pensamiento del *mos italicus* para desarrollar el estudio del Derecho romano, y así, del derecho común, es de una aplicación directa del mismo a la realidad social de su tiempo, sin mayor preocupación de las diferencias temporales, políticas e históricas de ambas épocas. Se caracteriza por la prevalencia de la actividad docente sobre la forense, siendo la exégesis la actividad más importante». ⁶

«Se puede, en líneas generales, formular dos críticas principales a esta doctrina. En primer lugar, se les acusa de tergiversar los textos

«el gran fenómeno del renacimiento jurídico medieval a finales del siglo xi y sobre todo en el xii (según Maitland el más jurídico de todos los siglos) se condensa en la portentosa elaboración del *ius commune*: no hay duda que éste ha sido el hecho más relevante en la historia de la jurisprudencia europea de los últimos mil años».

2. SERNA DE LA GARZA, J. M., *El Concepto del Ius Commune Latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 212. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx> (última consulta: 8 de febrero de 2022).

3. SERNA DE LA GARZA, J. M., *El Concepto del Ius Commune...*, cit., p. 213.

4. TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del derecho europeo...*, cit., p. 262.

5. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático del concepto de *ius commune*. Su origen y evolución», *Revista de Estudios Ius Novum*; 13, 1 (2020), pp. 446-495, p. 472.

6. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», cit., p. 473.

legales romanos, a través de la multiplicidad de comentarios que se les adherían, como también por dejar de lado determinadas materias como el derecho procesal y penal». ⁷

«El Humanismo Jurídico o *mos gallicus* nació en el siglo XVI y es difundido desde Francia por toda Europa, aunque con diversos grados de aceptación». ⁸

Sintetiza el *mos gallicus* afirmando: «El *mos gallicus* aparece como crítica al *mos italicus* por su falta de competencia para tratar el Derecho, así como por su falta de interés en tratar temas que, al parecer de los humanistas, eran fundamentales para estudiar el Derecho, tales como, por ejemplo, el latín. Sin embargo, la real diferencia entre ambos no es la superación de la reverencia a la antigüedad clásica, sino que se presentan como direcciones metodológicas distintas para abordar su estudio». ⁹

En síntesis, «Los autores del *mos gallicus* no ven al Derecho romano como atemporal ni universal, sino como Derecho propio de Roma. El nuevo método de trabajarlo implicaba su depuración para distinguir los elementos que podían permanecer vigentes en un plano, esta vez, nacional». ¹⁰

II. RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE* EN LATINOAMÉRICA

Serna de la Garza sostiene «El *ius commune* latinoamericano puede llegar a conformarse como principios racionales de justicia y equidad y reglas de una refinada técnica jurídica, que preparen al jurista para una más recta comprensión del derecho propio». ¹¹

«Una primera afirmación sobre el caso del “Nuevo Mundo”, a modo de contextualización histórica, es que éste, aún antes de haber sido descubierto, queda sometido bajo la corona castellana y recibe de forma íntegra el Derecho de la misma, tal como aparecía en las Siete Partidas.

El tratamiento de los territorios americanos como mera extensión de Castilla muy pronto debió enfrentarse a la notable diferencia étnica, social, cultural y económica entre ambas realidades».

7. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 473.

8. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 473.

9. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 474.

10. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 474.

11. SERNA DE LA GARZA, J. M., *El Concepto del Ius Commune...*, *cit.*, p. 216.

Y Serna de la Garza sintetiza: «Se mantiene el esquema europeo, en el que se reconoce un derecho propio y un derecho común dentro del mismo sistema. La diferencia más significativa radica en que el derecho castellano, que era *ius proprium* de Castilla frente el *ius commune* medieval europeo, se convierte en *ius commune* frente al *ius proprium* indiano».¹²

El profesor Alejandro Guzmán Brito postula la idea de una continuidad en las líneas esenciales de dicho sistema. Asegura, a propósito de las codificaciones, que «resultaron ser derecho común reformulado, abstraído, generalizado y sistematizado de acuerdo con ciertos cánones técnicos formales que nosotros podemos ver plasmados en cualquier código moderno». El jurista lo denomina *mos latinoamericanus*.^{13 14}

El Derecho común, y con particularidad el Derecho romano, continúan su influencia en los ordenamientos de occidente, brindando las bases y las instituciones jurídicas para su desarrollo, y debido a esto, es posible afirmar la continuidad, si bien hasta cierto punto, del *ius commune*.

III. EL SUBSISTEMA LATINOAMERICANO O IBEROAMERICANO

Guzmán Brito afirma: «Por su propia tradición jurídica de los tres siglos anteriores a la independencia, mantenida después, y por los modelos

12. SILVA ARAYA, D., «Análisis histórico-dogmático...», *cit.*, p. 479.

13. SACCOCCIO, A., *Il sistema giuridico latinoamericano: Storia di una storia*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, p. 37, define al sistema jurídico latinoamericano, de esta manera: «Per (sotto) sistema giuridico latinoamericano intendo quell'insieme di principi, istituti e norme che accomunano i popoli che vivono dal Rio Bravo ad Ushuaia e che, prendendo le mosse dal Corpus giustiniano sopra descritto, attraverso diverse tappe, che partono dal Liber iudiciorum, e poi dal Fuero Juzgo e dalle Siete Partidas, incamminandosi lungo un ricchissimo percorso giuridico, trovano un punto di arrivo (invero tutt'altro che insuperabile) nei Codici e nelle Costituzioni dei moderni Stati che occupano oggi questa area geografica». Y menciona la revalorización del sistema a través de la obra, entre otros, del argentino Agustín Díaz Bialek.

14. SACCOCCIO, A., *Prefacio Europa y America Latina: Dos continentes un solo derecho*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 13 y ss., sostiene: «Así se afirmó un papel diferente del jurista que, en el nuevo continente, a diferencia de Europa, devino casi un nuevo *formante*, gracias también al papel fundamental que han desempeñado las universidades en la formación de la *cupida legum iuventus*. De ahí también un *mos latinoamericanus iura legendi*, que diferencia claramente a Europa de América Latina, donde el sentido de universalidad del derecho romano parece menos sofocado por las fronteras nacionales».

que tomaron en consideración al codificar, los países iberoamericanos renovaron su derecho a lo largo del siglo XIX en el interior de la secular tradición romanística y pasaron a ser parte de la familia o sistema universal de naciones con derecho codificado, que los comparatistas denominan precisamente familia o sistema romano (-germánico). En el interior de ella, empero, se ha reconocido existir una suerte de subfamilia o subsistema, constituido por el grupo de naciones ibero o latinoamericanas». ¹⁵

Si bien los derechos codificados de los países de tal grupo recibieron muchas influencias europeas, los europeos no las han recibido de ese grupo, más que en casos excepcionales; y sus miembros, en cambio, también las han intercambiado entre sí. Esto es suficiente para conformar las condiciones de un subsistema.

Coincidimos con Chamíé, en que «La República Argentina es considerada como parte integrante del subsistema jurídico latinoamericano. Los ordenamientos que integran el subsistema jurídico latinoamericano han sido plasmados con base en el derecho romano y el reenvío a los principios garantiza la integración de los códigos latinoamericanos con los principios de todo el sistema jurídico romanista del que forman parte». ¹⁶

IV. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

IV.1. El Código de Vélez y sus notas (1871)

Con relación a este tema, seguimos a Abasolo, ¹⁷ quien sostiene que «La más o menos pacífica admisión de las notas velezanas por parte de los operadores jurídicos argentinos contemporáneos a la sanción del

15. GUZMÁN, A., *Historia de la Codificación civil en Iberoamérica*, 2000, p. 187. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/71612422.pdf> (última consulta: 7 de marzo de 2022).

16. CHAMIE, J., «Principios Generales del Derecho, Derecho Romano, codificación y armonización: Una perspectiva hacia la nueva fijación del Derecho en el siglo XXI», en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 93 y ss. y ESBORRAZ, D., «La referencia a los “principios y valores jurídicos” en el Proyecto argentino de Código civil y comercial de 2012», *Roma e America, Diritto Romano Comune*, 34, 2013, pp. 229-265, pp. 254 y ss.

17. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio Vélez Sarsfield como expresiones del “ius commune” en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico

código civil, derivó en la curiosa situación de que, a despecho de su frecuente empleo, no se advirtiese que lo que genéricamente se identificaban como notas eran, en realidad, distintos tipos de apuntes. En efecto, como bien lo explica en nuestros días Luis Moisset de Espanés, el mismo codificador no se redujo a hablar de notas, sino que distinguió entre concordancias, citas y notas. Así, bajo la primera denominación cabía comprender la alusión a normas del derecho romano, del español o de los códigos contemporáneos vigentes, análogas a las del código argentino; bajo la segunda, las reflexiones de la doctrina –representada mayoritariamente por los exégetas del código civil francés–; y bajo la tercera las opiniones propias de Vélez Sarsfield, que bien podían referirse a un artículo o a todo un libro, sección, título o capítulo del código, y reforzarse, por añadidura, con citas y con concordancias» (en el mismo sentido, García Goyena denomina a su proyecto «Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español» de 1851).

«De este modo, y siempre hablando de su método más que de su contenido, las notas velezanas no vendrían a ser sino una de las más tardías expresiones del saber glosado, impulsado desde siglos atrás por los cultores del *mos italicus*».¹⁸

«Considerado, pues, un “derecho de juristas”, y respetuoso, además, de la tradición y de la experiencia, el indiano resultó ser, por natural inclinación, un derecho “disputado” y fecundamente abierto a las controversias doctrinarias, razón por la cual sus cultores se vieron precisados a invocar, expresamente y con cierto detalle, los basamentos de sus opiniones. La abundancia de citas y de notas resultaba clave para concitar el respeto de colegas y de magistrados».¹⁹

«En este sentido, la “modernidad” del código de Vélez respecto de antecedentes como el que brindó el proyecto de Marcelino Ugarte, no debe hacernos olvidar que el codificador fue un jurista que estuvo a caballo entre dos épocas, o, en las agudas palabras de Nicolás Avellaneda, que fue un hombre “nuevo, sin haber dejado de ser viejo”. Cabal expresión, pues, de la simultaneidad de elementos conservadores y reformistas

pudo no ser la mejor manifestación de la “Cultura del Código”», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 26, 2004, pp. 423-444.

18. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

19. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

que impregnan todo el código, de la contemplación de las notas, surge la actitud ambivalente de un codificador que, como abogado formado en una varias veces secular tradición jurídica, paradójicamente no pareció compartir plenamente los ideales de la codificación». ²⁰

Y concluye Abasolo, sosteniendo «que, impregnado intensamente de tardías expresiones de una cultura jurídica varias veces secular, tras poco más de una década de su sanción, el código civil argentino terminaría siendo interpretado, de manera más o menos monolítica, de acuerdo con el baremo de una nueva cultura jurídica, esencialmente incapaz de advertir y de asimilar aquellas formas abiertas y permeables del *ius commune* que se cobijaban en los pliegues de la no tan apretada malla de la codificación». ²¹

El artículo 16 del Código Civil Argentino (en adelante CC) disponía que «si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso». ²²

Esborraz afirma que «La doctrina argentina no se ha puesto de acuerdo acerca de cuál habría sido la fuente inmediata del CC en esta materia, para lo cual no es de ayuda —en este caso— la nota puesta por el Codificador argentino a la versión definitiva de la norma comentada (y habitualmente publicada junto con el texto de la misma), pues en ella se cita el § 7 del ABGB/1811, el cual no hace referencia a los “principios generales del derecho” sino a los “principios naturales del derecho”». ²³

Y sostiene que la hipótesis más acreditada sobre la fuente inmediata del artículo 16 del CC sería aquella que la identifica directamente con el artículo 15 del Código Sardo de 1837, pero no en su idioma original, sino en la versión francesa, que el codificador argentino habría podido consultar en su biblioteca personal. ²⁴

Por su parte, Rinaldi afirma que se ha sostenido que las verdaderas fuentes del texto del artículo 16 del CC pueden encontrarse en el

20. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

21. ABASOLO, E., «Las notas de Dalmacio...», *cit.*

22. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 234.

23. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 240.

24. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 241.

artículo 7 del proyecto de Código Civil Uruguayo de Eduardo Acevedo y en el Código Sardo –inspirador del anterior– que modifica sustancialmente el texto austríaco al reemplazar el último párrafo incluyendo: «Cuando el caso permanezca aún dudoso deberá decidirse por los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso». ²⁵

Según el Código Velezano, si se le presenta a un juez un caso para el que no encuentra respuesta en el texto expreso de la ley, debe acudir a las leyes análogas, pero si aun así la cuestión le resulta dudosa tiene que resolver conforme los principios generales del Derecho. Son, entonces, solo tres pasos y no hay más alternativas: la letra de ley, las leyes análogas y los Principios Generales. ²⁶

Los Principios Generales del Derecho los define Rinaldi como «normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión». ²⁷

Tal como nos enseña el profesor Schipani, «con la locución “principios generales de derecho” empleada por el artículo 15 del Código Sardo de 1837 –que como hemos visto constituiría la fuente inmediata del artículo 16 del CC– se trató de satisfacer una exigencia propia de la primera generación de Códigos modernos, consistente en garantizar la relación vital y sistemática de estos nuevos textos legales con la totalidad del *ius Romanum commune* (es decir, con el *ius Romanum* contenido en el *Corpus iuris civilis* y sus sucesivos desarrollos), el que había regido hasta sus respectivas entradas en vigor y del cual los mismos

25. RINALDI, N., *En busca de una definición (...del concepto y contenidos de los «Principios Generales del Derecho»)*. Documento publicado el 19 de marzo de 2019 en *Docer Argentina*. Disponible en: <https://docer.com.ar> (última consulta: 22 de febrero de 2022).

26. RINALDI, N., «La desvalorización de los Principios Generales del Derecho en el “nuevo Código”», en *Actas del I Congreso de Principios generales y Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad de Flores, 2015, p. 158.

27. RINALDI, N., *En busca...*, *cit.*

derivaban, proponiéndose así una relación interpretativa dinámica entre el Sistema (de Derecho romano) y los Códigos nacionales». ²⁸

Una interpretación similar de la fórmula final del artículo 16 del CC fue propuesta por la doctrina argentina reunida en las «XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil» (Buenos Aires, 1987), en las cuales se aprobó a modo de conclusión de los trabajos de la Comisión n.º 9 («Principios generales del Derecho: sistema jurídico latinoamericano») que «la referencia del legislador a los principios generales del Derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la *iurisprudentia*, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los Códigos civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista». ²⁹

Es que, como bien ha observado el profesor Schipani, «este envío representa la respuesta de la América Latina al riesgo de fragmentación del Derecho común americano como consecuencia de la división territorial, y la consiguiente formación de una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales, a que diera lugar la independencia del Nuevo Mundo, tratando así de garantizarse la heterointegración de los Códigos latinoamericanos con los principios de todo el Sistema jurídico romanista del que forman parte». ³⁰

IV.2. El Código Civil y Comercial de la Nación (2015)

Se señala en los fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: «Como se expondrá de manera harto sintética en el próximo apartado, referido al lugar que se le otorga a la jurisprudencia regional –en particular, a la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)–, otro de los aspectos valorativos es que el CCyC es un “Código con identidad latinoamericana”». En tal sentido, se advierte que «existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la

28. SCHIPANI, S., *La codificación del Derecho romano común*, Traducción de José Félix Chamie, Bogotá, Editorial de la Universidad del Externado de Colombia, 2010.

29. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 254.

30. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 257.

historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios en los códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 1870; Perú, 1852; Chile, 1857; Argentina, 1871 y Brasil, 1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana, así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región». ³¹

Siguiendo el modelo italiano, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC), distingue en su Título preliminar entre un Capítulo 1.º sobre el «Derecho» (referente a sus fuentes y aplicación, a la interpretación y al deber de resolver) y un Capítulo 2.º sobre la «Ley» (ocupándose de su ámbito subjetivo y de su vigencia, del modo de contar los intervalos del Derecho, de su eficacia temporal y del principio de inexcusabilidad). Además, se agrega un Capítulo 3.º sobre el «Ejercicio de los derechos» (donde se trata del principio de la buena fe, del abuso del Derecho y de la posición dominante, del orden público y del fraude a la ley y de la distinción entre derechos individuales y de incidencia colectiva) y un Capítulo 4.º sobre «Derechos y bienes» (el cual se ocupa de las nociones generales sobre la titularidad de los derechos individuales, la distinción entre los bienes y las cosas, los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes y los derechos de las comunidades indígenas). ³²

Artículo 1.º «Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho».

Artículo 2.º «Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las

31. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 4.

32. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 233.

disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Ahora bien, es precisamente el empleo de la expresión «principios y valores jurídicos», sumada a la exigencia de la coherencia de la decisión tomada mediante la aplicación de los mismos con todo el «ordenamiento», lo que alimenta las dudas acerca del verdadero alcance de la fórmula final del artículo 2 y su relación de continuidad o discontinuidad con la expresión empleada por el artículo 16 del CC y con la tradición jurídica argentina. Estas dudas no se verían dilucidadas por la aclaración que la misma Comisión redactora hace en sus «Fundamentos» de que la «referencia al ordenamiento jurídico [...] permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema». ³³

Es que, como enseña Catalano, «una cosa son los “ordenamientos” (estatales o nacionales) y otra muy distinta el “Sistema” (que los comprende y supera), el que a su vez puede articularse en “Subsistemas” (con base en la distinción entre “áreas jurídicas” y “áreas socio-culturales”). Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico argentino –como el de los demás países de América Latina– formaría parte del “Subsistema jurídico latinoamericano” (cual desarrollo interno propio del “Sistema jurídico romanista”), cuya base socio-cultural ha sido identificada en el bloque “romano-ibero-precolombino”». ³⁴

En los considerandos del Decreto por el cual se designó la Comisión redactora del CCC, se indicaba que se debía buscar la armonización del Derecho privado latinoamericano, tomando en consideración de manera particular las codificaciones de la Región, con las que –en esta materia– la legislación argentina ya se encontraba en perfecta sintonía. ³⁵

Lo que sucede con lo dispuesto por el artículo 2 del CCC, que se refiere a los «principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento» (con el que se propone sustituir el artículo 16 del CC que reenvía a los «principios generales del derecho»), empleándose una

33. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 262.

34. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 263.

35. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 264.

fórmula que recuerda en mucho la del artículo 12 de las Disposiciones preliminares italianas del Código de 1942, que habla de los «principios del ordenamiento jurídico del Estado» (cuya finalidad ha sido la de cerrar el ordenamiento italiano sobre sí mismo).³⁶

«Mediante esta sustitución se pretendió cerrar el ordenamiento jurídico italiano sobre sí mismo, evitando en consecuencia [...] que para la integración y/o interpretación del derecho nacional, se pudiese recurrir a los principios presentes en otros ordenamientos del sistema jurídico romanista. De ser este el significado que correspondería atribuir a la locución final del artículo 2 del CCC, se operaría en el derecho argentino un cambio de la misma magnitud que el llevado a cabo en el derecho italiano con la sanción del Código de 1942, pero sin que se den en Argentina –al menos aparentemente– las mismas circunstancias socio-culturales y políticas que entonces habían inspirado y justificado la reforma italiana»³⁷ (el régimen fascista).

Esborraz ilustra «Con el cambio de régimen político en Italia, el significado de la referencia al “ordenamiento jurídico del Estado” también se amplió: o mediante la particular consideración asignada a la Constitución y al Derecho internacional o supranacional como fuente de principios generales, o por medio del reconocimiento de eficacia jurídica a otros ordenamientos autónomos al del Estado italiano. Todo ello se vio reflejado, asimismo, en el aumento de las funciones atribuidas a los principios generales, a los que ya no solo se les reconoció un papel interpretativo e integrador sino también “directivo”, “correctivo”, “limitativo”, “propulsor” y, más genéricamente, el de “fundamento del ordenamiento” o, en aquellas ramas del Derecho aún no codificadas, el de “marco normativo de referencia”». ³⁸

Los redactores del CCC nos explican en la fundamentación de su contenido que: «De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley», lo que no trae ninguna novedad; pero a continuación continúan diciendo

36. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 234.

37. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 234.

38. ESBORRAZ, D., «La referencia...», *cit.*, p. 248.

que «También, (*sic*) incluimos sus finalidades, con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador». ³⁹

En los Fundamentos se consigna: «También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales tienen no solo un carácter supletorio, sino que son normas de integración y control axiológico».

Conviene tener en cuenta la manifestación respecto de que los principios «tienen no solo un carácter supletorio» pues, de ser así, se está reconociendo que los principios son fuente de Derecho y no solo reglas interpretativas. Rinaldi afirma: «Esta manifestación en la fundamentación no es congruente con el texto normativo expresado en el artículo 2 y esa falta de congruencia no podemos adjudicarla a la ignorancia ni a la improvisación sino a que, evidentemente ha habido dos plumas distintas interviniendo en la redacción: alguien escribió la fundamentación y algún otro redactó el texto normativo». ⁴⁰

Lo concreto es que los Principios Generales no han quedado establecidos como fuente de Derecho sino como reglas de interpretación, lo que merece, por cierto, como afirma el profesor Rinaldi, «no solo nuestra crítica sino la crítica de los mismos redactores a la luz de lo apuntado respecto de las contradicciones entre el texto y sus fundamentos». ⁴¹

«Esas normas son solo supletorias de las normas escritas vigentes en cada sistema nacional. Al decir que son normas supletorias nos pronunciamos claramente a favor de que los Principios Generales del Derecho no están por sobre las constituciones nacionales ni son normas a las que deba atenderse cuando entren en conflicto con las leyes de cada país. Sirven para los casos de ausencia de ley, no pueden entrar en conflicto con ellas». ⁴²

Luego de referirnos al análisis realizado por los profesores Esbraz y Rinaldi, aludiendo a las fuentes del Derecho y a la interpretación de la ley y a las contradicciones entre los fundamentos y el texto del Código Civil y Comercial de la Nación, avanzamos con el análisis de lo

39. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 158.

40. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 160.

41. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 160.

42. RINALDI, N., «La desvalorización...», *cit.*, p. 160.

que establecen los Fundamentos acerca del Capítulo Tercero del Título Preliminar denominado «Sobre el ejercicio de los derechos».

En los Fundamentos del Anteproyecto del CCC, se afirma: «nos inclinamos por la regulación de un título preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluya los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente».

Y más adelante se consigna: «Del ejercicio de los derechos subjetivos: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley».⁴³

El título referido al ejercicio de los derechos tiene, de acuerdo con los Fundamentos del Anteproyecto, por destinatario principal a los ciudadanos.

Y continúa: «Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado. Esta calificación como principios generales que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se propone incluirlos en el título preliminar.

Como se dijo, nuestra propuesta es regular principios generales en el título preliminar, que luego se complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contratos, derechos reales y otros

43. SACCOCCIO, A., «Il Sistema Giuridico Latinoamericano a Brescia», *Roma e América, Diritto Romano Comune*, 38, 2017, pp. 3-22, pp. 14 y ss., afirma: «*Ma anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali non si fatica a percepire forti ragioni di congiunzione. I principi e i valori veicolati nel sistema latinoamericano dal diritto romano (solidarietà; anti-individualismo; favor debitoris; fides; bona fides; humanitas, ruolo della persona umana ecc.), mediante un'opera di "transfusione", o di compenetrazione di reciproche influenze, si sono infiltrati all'interno delle singole legislazioni dei Paesi latinoamericani, saldandosi con i diritti dei popoli indigeni in un blocco coeso e unitario, che giustamente è stato definito "bloque romano-ibérico-precolombino"*».

aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tendrá sobre las leyes especiales». ⁴⁴

V. CONCLUSIÓN

Si existían dudas acerca de si el sistema jurídico argentino se cerraba sobre sí mismo o se mantenía una situación similar a la que regulaba el Código Velezano en el artículo 16, entendemos que la incorporación de varios Principios Generales del Derecho, incluidos en el título preliminar para que impacten en todo el Código, nos permitiría encontrar algo de luz en el tema y revalorizar los Principios Generales del Derecho, que garantizan la relación vital y sistemática de estos nuevos textos legales con la totalidad del *ius Romanum commune*, como señalara Schipani.

44. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Pautas para interpretar el nuevo Código Civil y Comercial Argentino», *Roma e América, Diritto Romano Comune*, 36, 2015, pp. 367-378, p. 373, afirma: «Dado el método explicado en el párrafo anterior, llama la atención que se haya dicho que el Código civil y comercial desvaloriza los principios generales, convirtiéndolos en meros instrumentos de la interpretación, eliminándolos como fuente del derecho. No es así. Los principios generales operan como vías del propio razonamiento [...] El título preliminar contiene verdaderos principios generales, como son el abuso del derecho, no solo a través de la prohibición general (arts. 10 y 11) sino al señalar en el artículo 14 que «la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general», principio que evita tener que incorporar al código fórmulas cuyo contenido es excesivamente indeterminado como el de «función social de la propiedad».

**LA CAPACIDAD DE LA PERSONA:
EVOLUCIÓN HISTÓRICA, DESDE EL
DERECHO ROMANO HASTA EL
DERECHO ACTUAL**

*The capacity of the person: historical evolution,
from Roman Law to current Law*

MARÍA DEL CARMEN COLMENAR MALLÉN

Universitat Jaume I

Resumen: la capacidad de la persona ha sufrido notables cambios desde su concepción en el Derecho romano, la recepción de este en el *ius commune*, hasta la regulación actual en nuestro Derecho civil actual. El Derecho internacional y su incorporación a los derechos internos de los países se torna fundamental para plantearnos si la normativa actual resulta totalmente divergente al Derecho Romano, o si, en cierta manera, *a sensu contrario*, ha implicado un acercamiento a este en ciertos aspectos.

Palabras clave: Capacidad jurídica. Capacidad de obrar. Incapacidad. Curatela. Convención de Nueva York. Personas con discapacidad.

Abstract: the capacity of the person has undergone notable changes since its conception in Roman Law, its reception in the *ius comune*, up to the current regulation in our current civil Law. International laws and its incorporation into the internal laws of countries becomes essential to ask ourselves if the current regulations are totally divergent from Roman Law, or if, in a certain way, *a sensu contrario*, it has implied an approach to it in certain aspects.

Keywords: Legal capacity. Capacity to act. Incapacity. Guardianship. New York Convention. Disability persons.

SUMARIO: I. Introducción. II. La regulación de la incapacidad en el Derecho romano. II.1. Consideraciones preliminares. II.2. Supuestos de incapacidad de obrar. II.3. Figuras de guarda en el Derecho romano. II.3.1. Tutela. II.3.2. Curatela. III. La Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. IV. Derecho civil español. IV.1. Principales novedades de las reformas introducidas por la Ley 8/2021. IV.2. Algunas sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la capacidad de la persona encuentra sus más remotos antecedentes en el que constituye la génesis de nuestro Derecho

actual, esto es, el Derecho romano. Por ello, resulta fundamental tomar como punto de partida de este trabajo el estudio de la regulación que el Derecho romano efectuaba de esta institución jurídica. Desde esta perspectiva histórica resulta especialmente relevante y de interés fijarnos cómo la influencia del Derecho romano, con la evolución propia de cada momento histórico y la sociedad en la que ha de aplicarse el Derecho, se ha reflejado en el *ius commune*, y cómo ha llegado a nuestro Derecho civil actual. Por otra parte, aunque es de vital importancia estudiar las normas propias de nuestro Derecho interno, no resulta baladí hacernos eco de la influencia del Derecho internacional en los ordenamientos jurídicos internos de los países y, especialmente, en el nuestro. Por lo tanto, no podemos ni debemos olvidar la notable influencia de la normativa internacional en nuestro Derecho, así como la incorporación de parte de ella a nuestro propio derecho interno para poder comprender el alcance de las modificaciones introducidas recientemente en nuestro país, especialmente por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por ende, debemos reflexionar acerca de cuál es la concepción actual de la regulación de capacidad jurídica de la persona. En consecuencia, hay que plantearse si el devenir histórico en su evolución ha contribuido a que la normativa de nuestro Derecho actual resulte total y absolutamente divergente a la regulación del Derecho romano o si, en cierta manera, *a sensu contrario*, ha supuesto un acercamiento al punto de partida de este. Debemos precisar que este trabajo se fija en las personas físicas como punto de partida, dejando a un lado las personas jurídicas como figuras jurídicas autónomas.

II. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO ROMANO

II.1. Consideraciones preliminares

En primer lugar, consideramos de utilidad recordar algunas cuestiones de carácter básico y general, y, por tanto, necesariamente conocidas y que han de matizarse respecto a la delimitación del concepto de incapacidad en el Derecho romano y su proyección más moderna para

evitar proyectar conceptos actuales a otra época histórica de forma inadecuada o incongruente. Así, en primer lugar, a decir de Panero Gutiérrez,¹ en Roma no todo hombre (ser humano) es sujeto de derecho, mientras que, en la actualidad, todo sujeto de derecho es hombre. También pueden ser sujetos de derecho ciertas agrupaciones de hombres, como corporaciones o asociaciones, así como ciertas ordenaciones de bienes (fundaciones) y a estos sujetos se les suele llamar personas jurídicas.² En Roma, en coincidencia con la actual acepción vulgar de hombre, son personas los libres, los esclavos, los ciudadanos romanos, los latinos, los extranjeros y los que, en la familia, gozan de independencia, pero no son sujetos de derecho los esclavos y los extranjeros. Los latinos y los sujetos a patria potestad solo son sujetos de derecho de forma restrictiva. En definitiva, y a falta de un nombre técnico para designar al sujeto de derecho, es el *paterfamilias* quien es titular de relaciones jurídicas.³

En segundo lugar, al referirnos a la capacidad de las personas, distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y precisar que estos conceptos que no siempre coinciden en una misma persona.

La capacidad jurídica se concibe como la capacidad en abstracto para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos. Mientras que, la capacidad de obrar es la aptitud o capacidad, en concreto, para realizar actos jurídicos válidos y asumir, en consecuencia, derechos y obligaciones específicas.

En la actualidad, las personas naturales o físicas obtienen capacidad jurídica desde el mismo momento de su nacimiento (art. 29 Código Civil),⁴ mientras que, en el Derecho romano en puridad, depende esencialmente de ser *sui iuris*, es decir, no descansa únicamente en el hecho de ser persona, sino de obtener un determinado *status familiae*;

1. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, 5.^a ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 191-192.

2. Precisamos que en este trabajo nos centraremos en la persona natural o física, no en otras entidades a las que los ordenamientos jurídicos reconocen capacidad jurídica –personas sociales, colectivas abstractas, incorpóreas, ficticias, si bien la más aceptada y reconocida en los textos legales es la de persona jurídica–.

3. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, *cit.*, p. 192.

4. Código Civil español, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, en adelante CC.

en concreto, en Derecho romano son sujetos de derecho, es decir, tienen capacidad jurídica, los libres *-liberi-*, los que en familia son independientes *-sui iuris-* y solo lo son de modo restrictivo los latinos *-latini-*, así como los sujetos a patria potestad *-alieni iuris-*, mientras que no son sujetos de derecho los esclavos *-servi-* y los extranjeros *-peregrini-*. Para que dicha capacidad jurídica sea plena es necesario, además de haber nacido, ostentar una triple situación *-status-* de privilegio con respecto a la libertad *-libertatis-*, la ciudadanía *-civitatis-* y la familia *-familiae-*, la cual puede cambiar *-capitis deminutio-*.⁵ En la actualidad, ser capaz jurídicamente se sustenta en una efectiva abstracción, implica una conciencia potencial, mientras que en Roma, la capacidad jurídica implica una aptitud diversa en función del negocio jurídico a realizar, el realismo romano hace que reciban diferentes denominaciones las diversas actividades que el sujeto puede realizar⁶ (siendo relevantes igualmente su condición de ciudadano romano

5. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, cit., pp. 207 y ss., pone de relieve que la *capitis deminutio* no debe identificarse, necesariamente, con pérdida o disminución de la capacidad jurídica. Afirma que lo relevante es el cambio que se produce con respecto a una situación precedente, con independencia de las consecuencias jurídicas que comporte; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 6.^a ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 192-193, al estudiar las diferencias entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, precisa que en las fuentes clásicas el término *caput* se refería a un individuo integrado en un grupo o comunidad, y que de ahí vendría la utilización de la expresión *capitis deminutio*, bien para referirse a la salida de una persona del grupo orgánico del que formaba parte, al perder así a uno de sus componentes, como es el supuesto cuando un sujeto pierde la libertad o la ciudadanía, o bien para aludir al cambio de posición jurídica dentro del grupo familiar y va más allá en su análisis al afirmar que puesto que en la época bizantina las fuentes utilizan la voz *capax* en el sentido de capacidad la *capitis deminutio* no implicaría únicamente un cambio de posición en el grupo en el que el individuo se hallaba integrado, sino que se asimilaría a una disminución o aminoración de la capacidad. Parece que se evoluciona desde una simple modificación en la capacidad que podía implicar tanto minoración como recuperación de su integración en el grupo, en el período clásico, hasta que en el período bizantino se asimile exclusivamente a una minoración de capacidad.

6. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., pp. 198-199, precisa que las limitaciones de la capacidad jurídica se basan en razones o condicionantes de orden político, social o cultural propios de cada una de las comunidades políticas, en definitiva, coyunturales (por ejemplo, la condición de mujer, la religión, la condición social, política o profesional, etc.), y, por ello mismo, han ido desapareciendo prácticamente o han sido cuestionadas en su procedencia u oportunidad en las distintas etapas históricas.

o no), a modo de ejemplo, la necesaria capacidad para contraer matrimonio recibe la denominación de *ius connubii*, la capacidad para intervenir en operaciones comerciales *ius commercii*, etc... Por tanto, entiéndase que los sujetos a los que se alude tanto en Roma como en el caso de ordenamientos jurídicos posteriores son personas no sometidas a *patria potestas* y con capacidad jurídica plena.

Las causas o circunstancias excluyentes, limitadoras o modificativas de la capacidad de obrar, no suponen una limitación de los derechos de la persona en el marco de su capacidad jurídica, pero sí en el ejercicio de las actuaciones que toda persona, por el hecho de serlo, puede realizar en el ámbito de su autonomía. La edad, la enfermedad mental y la prodigalidad se configuran como causas que limitan la capacidad de obrar de las personas, tienen su fundamento en realidades físicas o psíquicas que condicionan a la persona afectada⁷ y han continuado vigentes en las legislaciones de las diversas naciones desde Roma hasta casi la actualidad.

La falta de capacidad de obrar de determinadas personas, en general, conlleva en el Derecho romano el nombramiento, sin más formalidades, de tutor o curador, según las circunstancias, por parte del pretor, del gobernador o del procónsul. Así pues, a determinadas personas *sui iuris* (esencialmente impúberes, mujeres y menores de 25 años) se les presuponía incapaces de obrar y, por tanto, necesitaban el nombramiento de una persona que supliera esta falta de capacidad, que recaía en la figura del tutor o del curador, según las épocas y los casos, sin que fuera necesario ningún procedimiento previo que declarara dicha incapacidad.

A diferencia de la regulación que efectúa el ordenamiento jurídico actual, en Roma no podemos hablar estrictamente de «mayoría de edad» y, por tanto, de un momento temporal en el que la persona adquiere por el simple hecho natural del «cumplir años» un determinado *status* que le proporcione capacidad de obrar.⁸ La capacidad de obrar plena en

7. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., pp. 198-199.

8. A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., p. 217, la categoría conceptual de la minoría de edad que se con figura en Roma y que llega hasta nuestros días que abarca desde la condición de impúber no infante, *impúber infantia maior*, hasta la edad de 25 años, es la que pasa a convertirse en la práctica, en la edad legal, en la que se produce el inicio del reconocimiento, sin ninguna restricción, de la plena capacidad de

Roma depende de ser *sui iuris*, ser varón y ser mayor de 25 años.⁹ Es más, se debe tener en consideración el caso de la *praepositio*, es decir, el supuesto de que el *pater familias* encargue o ponga al frente de determinado negocio jurídico a uno de sus *alieni iuris* o a uno de sus esclavos (varón o mujer), se trata de los casos en los que para la concreta actividad para la que ha sido encargado, el *alieni iuris* tendrá capacidad de obrar. Precisamos que, en este trabajo, cuando hacemos mención a mayores incapaces, nos referimos a personas que ya no están sometidas a patria potestad, esto es, en Roma por ser *sui iuris*, varones y mayores de 25 años y, en la actualidad por haber alcanzado la mayoría de edad.

II.2. Supuestos de incapacidad de obrar

Frente a la capacidad general de la que disfrutaban los varones romanos, libres e independientes, en las fuentes aparecen reiteradamente una serie de causas limitadoras de la capacidad de obrar de las personas: la edad, la enfermedad o la prodigalidad.¹⁰

Por lo tanto, existían supuestos en los que, si bien se trataba de personas con capacidad jurídica y que, presuntamente, también debieran gozar de capacidad de obrar, sin embargo, habían devenido, por una u

obrar de la persona *sui iuris*. En particular, hay que señalar que, a partir de Constantino, siglo IV d. C., se introduce la posibilidad de que los varones mayores de 20 años y las mujeres mayores de 18, siempre que acrediten buenas costumbres, honorabilidad y aptitud para administrar su patrimonio, puedan solicitar un anticipo de la mayoría de edad y, por ende, la exención de la curatela prevista hasta los 25 años. Es lo que se conocía como la *venia aetatis*, dispensa de edad, y que suponía la plena capacidad de obrar –salvo las actuaciones consistentes en enajenar o donar inmuebles y, en la época justinianea, constituir hipotecas, que requiere la autorización del curador– de la persona beneficiada, a título singular, por rescripto de la Cancillería Imperial. Este beneficio de edad, *venia aetatis*, es el antecedente de la emancipación contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en los artículos 321 y 322 de nuestro Código Civil (en adelante C. C.).

9. Precisamos que nos referiremos a personas que tengan la condición de ciudadanos romanos.

10. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., «Tutela y curatela en Derecho romano», *Revista General de Derecho Romano*, 35, 2020, pp. 1-33, p. 13.

otra causa, (enfermedad mental *-furiosi-*,¹¹ dilapidación de patrimonio *-prodigi-*), en incapaces, y requerían el nombramiento de un curador que se ocupase de gestionar la administración de sus bienes. Ante estos dos supuestos de incapacidad, el ordenamiento jurídico romano actúa de forma distinta. Ambas figuras, la del *furiosus* y la del *prodigi*, aunque tienen puntos de partida en común: tienen capacidad de obrar, devienen incapaces y para ellos el ordenamiento jurídico romano propone un régimen diferente para uno y otro supuesto.

En el caso del enfermo mental¹² no se prevé una declaración formal de incapacitación, si bien, a decir de Fernández de Buján, la intervención del magistrado en el nombramiento del curador exigiría, en buena lógica, una constatación previa de la existencia real de la enfermedad mental, las fuentes no verifican esta «revisión» y, por tanto, el nombramiento de curador se presume «automático».

La enajenación mental incapacita, de forma absoluta, a la persona que la padece, tanto en el ámbito civil como en el de la responsabilidad penal.¹³ Sin embargo, en la época postclásica se estableció, con carácter general, la regla de la capacidad de obrar de las personas con enfermedad mental durante sus períodos de lucidez, y al mismo tiempo, se dispuso que los momentos en los que las personas mentalmente sanas perdieran circunstancialmente la lucidez, se asimilan, a efectos de incapacidad de obrar, a la posición jurídica de las personas que padecen de demencia.

La curatela nombrada para la persona con enfermedad mental alcanza, tanto al ámbito personal como al patrimonial del incapaz, llegando a equipararse en este sentido su posición con la del infante.

Similar régimen de protección mediante figura de guarda resultaba aplicable a los sordos, los mudos o los ciegos, por cuanto que se les

11. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit., p. 219. La denominación de *furiosus*, para designar a la persona mentalmente enajenada parece obedecer a que, en los primeros tiempos, solo se había previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad.

12. Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit. p. 219, el enfermo mental, *demens o insanus*, no puede ni contraer matrimonio, ni otorgar testamento, si bien la enajenación sobrevenida ni disuelve el matrimonio ni anula el testamento ya otorgado (D. 27. 10. 7pr; Inst. 2. 12. 1).

13. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, cit. p. 219.

consideraba incapaces. Aquí es necesario puntualizar que, las enfermedades o deficiencias físicas, solo constituyen una causa de incapacidad de obrar, en la medida en que impiden el cumplimiento de los requisitos exigibles para la validez de determinados negocios jurídicos.¹⁴

Para los intérpretes de las *XII Tablas* pródigo era aquel que dilapidaba los bienes paternos recibidos en sucesión *mortis causa*, y como tal actitud atentaba contra los principios de la *austeritas* y de la *gravitas*, al dilapidador se le colocaba bajo el cuidado –*cura*– de sus agnados y, en su defecto, de la *gens* que se llevará a cabo mediante una declaración hecha por un magistrado que decretaba la interdicción, siempre que se tratase de bienes recibidos por sucesión *abintestato*, que los bienes fueran recibidos del padre o abuelo paterno y que el declarado pródigo tuviese descendencia directa, aunque estas limitaciones fueron eliminadas por la jurisprudencia.¹⁵

Por tanto, la condición de pródigo¹⁶ debe ser formalmente declarada por resolución –*decretum*– del magistrado, es más, la eventual cesación de la incapacidad, con la consiguiente recuperación de la capacidad de obrar de la persona que había sido incapacitada, debe formalizarse mediante un nuevo decreto, en este sentido, del Pretor o de la autoridad provincial competente. A la interdicción –*interdictio*– o prohibición de administrar los bienes, que se impone al pródigo, se acompaña el nombramiento de un curador, *curator*, que es elegido, por el magistrado, de entre los más próximos familiares agnados o miembros de la *gens* a la que pertenece la propia persona incapacitada. La capacidad de obrar del pródigo se equiparó a la del impúber, mayor que

14. A modo de ejemplo, un mudo no podía formalizar por sí mismo, un contrato verbal de estipulación, en atención a que únicamente se podía perfeccionar de forma oral. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, *cit.*, p. 220.

15. BERNAL, B., «La curatela del pródigo en el Derecho romano». Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revisa/pdf/DerechoComparado/48/art/art1.pdf> (última consulta: 10 de abril de 2023), pp. 777-795, pp. 788-789.

16. A decir de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, *cit.* p. 220., el curador del pródigo se encarga de la gestión y administración de los bienes del incapacitado, al que se le permite realizar actos de comercio que mejoren su condición, pero no actos jurídicos que impliquen enajenaciones, gravámenes, ni contraer obligaciones, *interdictio bonorum* (D. 27. 10. 1pr; D. 27. 10. 10pr.; D. 46. 2. 3).

el *infans*, en contraposición con la nula capacidad de obrar de los *infans* y de las personas con enfermedad mental.

En definitiva, el ordenamiento jurídico para los incapaces (personas *sui iuris* pero carentes de capacidad de obrar) contempla la posibilidad de conceder a un tercero la misión y el poder de suplir o completar esa falta de capacidad para actuar en interés económico del incapaz en todas las relaciones jurídicas que lo requieran.¹⁷ Según Cabrera Mercado,¹⁸ desde el punto de vista histórico, nuestro Derecho positivo se ha ocupado, de modo exclusivo, de la regulación de la tutela o curatela de incapaces y no, en cambio, de la declaración judicial de incapacidad que debe ser su precedente inmediato; en efecto, manifiesta el autor que «el Derecho romano no requería la intervención o la decisión de la autorización judicial para declarar que una determinada persona era incapaz para regir su persona y sus bienes; al surgir la enfermedad mental, el demente pasaba a ser incapaz *ipso iure*. El nombramiento de tutor o curador se hacía depender del hecho natural de la incapacidad». En el mismo sentido Volterra,¹⁹ quien resalta y pone de manifiesto la diferencia entre Roma y nuestro sistema actual, que requiere la previa declaración de la interdicción de capacidad por parte del magistrado D. 26. 1. 6. 2.²⁰ Todo ello, a salvo de los supuestos de prodigalidad para los que parece que sí era necesario que se produjera esa declaración de incapacidad. Debemos puntualizar que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico no contempla ya ningún procedimiento de declaración de incapacidad.²¹

17. En el mismo sentido que VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de J. Daza, Madrid, Civitas, 1986, p. 136, se pronuncia MARTÍN SANZ, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 14.

18. CABRERA MERCADO, R., «El proceso de incapacitación» en P. González Poveda y J. M. Picón Martín (directores), *Los discapacitados y su protección jurídica*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 209-229, p. 209.

19. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *cit.*, p. 136.

20. D. 26. 1. 6. 2 (*Ulpianus 38 ad sab.*). *Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatus consultum vel princeps.*

21. Precisamos que nos ocuparemos de esta cuestión en el apartado IV del presente estudio.

II.3. Figuras de guarda en el Derecho romano

El Derecho romano, tal como afirma Volterra,²² configuraba ya desde sus orígenes dos instituciones tutelares para aquellas personas que, teniendo capacidad jurídica, es decir, son *sui iuris*, tuvieran su capacidad de obrar limitada, de tal forma que el ordenamiento jurídico romano no reconoce la capacidad de obrar de los ciudadanos que, siendo *sui iuris*, tengan la condición de impúberes,²³ las mujeres, los que estuvieran afectados de enfermedades mentales que les impidieran entender y querer (*furiosi* y *mentecapti*), los pródigos (aquellos que despilfarran el patrimonio familiar sin control ni medida) y, en la última época se añaden también los *minores*.²⁴

En la medida en que estas personas, aunque dotadas de capacidad jurídica no disponían de capacidad para realizar determinados actos jurídicos por sí mismos,²⁵ necesitaban de una tercera persona que supliera esta falta de capacidad de obrar para poder hacer efectiva de forma plena su capacidad jurídica y en Roma, para suplir esta capacidad de obrar, en Roma se regulan dos instituciones, la *tutela* y la *cura*, que con el tiempo llegan a confundirse.

Las instituciones jurídicas tutelares romanas atravesaron un largo y complejo desarrollo histórico hasta quedar plasmadas en la legislación justinianea. Nacieron como un poder o potestad establecido en beneficio de la *domus*, en una sociedad de carácter gentilicio, de estructura jurídica primitiva y basada en un régimen de copropiedad que protegía principalmente el patrimonio familiar. Sin embargo, el contacto con el derecho de gentes llevó consigo la necesidad de flexibilizar las antiguas instituciones

22. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

23. Aquellos que no han alcanzado la edad de engendrar (pubertad). Las mujeres alcanzaban dicha condición al cumplir la edad de doce años. Sin embargo, en el caso de los varones, mientras los proculeyanos los consideraban púberes cuando estos hubieren cumplido los catorce años, criterio que posteriormente sigue Justiniano, los sabinianos exigían que se sometieran a un examen físico en cada caso concreto. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

24. Tienen esta consideración aquellos que no hayan alcanzado la edad de veinticinco años.

25. Es decir, la facultad de realizar actos voluntarios a los que el ordenamiento jurídico reconoce el poder constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, VOLTERRA, E., *Instituciones...*, cit., p. 125.

para adecuarlas a las nuevas circunstancias y su configuración pasó de ser un derecho o *potestas* a ser un deber, y de asunto familiar se convirtió en materia de carácter público,²⁶ característica que se acentuó en la sociedad burocrática y socialmente del Bajo Imperio, sobre todo en lo referente a las limitaciones relativas a la amplia libertad del tutor clásico en el ejercicio de sus funciones. En palabras de Bernal, «dentro de este complejo marco cronológico se desarrolló la curatela, como figura gemela de su hermana la tutela» y en época justiniana la tutela y la curatela se convierten en instituciones altruistas y dejan de ser un poder interesado para constituirse en un deber, una carga.²⁷

II.3.1. TUTELA

En el Derecho romano la tutela se ejercía solo sobre los impúberes y las mujeres y en el Derecho clásico se concebía más que como una función protectora respecto de los sometidos a tutela, como un poder y un derecho pertenecientes al tutor sobre las personas de los pupilos.

Parte de la doctrina defiende que la institución de la tutela estaba íntimamente ligada con la herencia,²⁸ siendo ostentada la función protectora y el control sobre el patrimonio de las mujeres y los impúberes por el *heres* del *pater familias*. En esta misma línea parece pronunciarse la profesora Martínez de Morentín Llamas,²⁹ que recoge la postura defendida por Iglesias, para quien tutela y curatela son dos poderes sobre las personas que, aún siendo *sui iuris*, no tienen la capacidad de entender y de querer que es necesaria para administrar convenientemente su patrimonio, al tiempo que precisa que la falta de capacidad puede ser total o parcial y que puede tener su fundamento en razones de edad, sexo, enfermedad mental o tendencia a la dilapidación. La tutela en los primeros tiempos era atributo de la *manus* o *potestas*, como lo prueba el

26. BERNAL, B., «La curatela del pródigo...», *cit.*, pp. 783-784.

27. BERNAL, B., «La curatela del pródigo...», *cit.*, p. 784.

28. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *cit.*, p. 125.

29. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M. L., «De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico al Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)», *Revista General de Derecho Romano*, 4, 2005, pp. 1-66, pp. 12-13.

hecho de que faltara una denominación específica para distinguirla de tal poder. *Paterfamilias* y tutor eran una misma persona. De hecho, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar.

La definición de la tutela en el Derecho romano encuentra su principal regulación en un texto del *Digesto* del título I, libro XVI, que se atribuye al jurista Servio, donde define la tutela como un poder y potestad sobre persona libre que permite y otorga el Derecho civil para proteger a quien por razón de la edad no puede defenderse por sí mismo, en particular: D. 26. 1. 1pr. (*Paulus libro 38 ad edictum*).– *Tutela est, ut Servius definit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*.

Según se extrae del texto, la tutela debe concebirse como una institución encaminada a proteger a quienes siendo *sui iuris*, no pueden defenderse por sí mismos, entre otras causas, por razón de la edad, sobre los que se ejercerá un poder y potestad.

En otro texto del *Digesto*, concretamente en D. 26. 1. 1. 1 se establece que: (*Paulus libro 38 ad edictum*).– *Tutores autem sunt qui eam uim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur*.

Pues bien, de conformidad con el texto anterior, los tutores (que toman su nombre del poder y potestad que ejercen sobre sus pupilos) se ocuparán de proteger y defender a aquellas personas que no pueden defenderse por sí mismos por razón de la edad.

La gran mayoría de la doctrina,³⁰ para definir la tutela romana, además de acudir a D. 26. 1. 1pr., complementa el análisis de dicho texto con el estudio de Inst. 1. 13. 1 *Est autem tutela, ut Servius definit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa*, al considerar

30. Entre otros, *vid.* BETANCOURT, F., *Derecho romano Clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2001, p. 445; OLIVER SOLA, M. C., «Precedentes romanos sobre la adopción, tutela y curatela», *Revista de Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, pp. 181-220, p. 203. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/7930> (última consulta: 10 de abril de 2023).

que Justiniano reproduce en *Las Instituciones* la misma definición de la tutela que realizaba Servio Sulpicio Rufo.

Sin embargo, Watson,³¹ al comparar dichos textos, advierte cierta diferencia entre ambos, por cuanto el pasaje de *Las Instituciones* habla de *ius ac potestas*, mientras que en el *Digesto* consta la expresión *vis ac potestas*. Para Watson no hay duda de que la lectura original del texto era *vis ac potestas*, porque entiende que la expresión utilizada en *Instituciones* fue claramente tomada de *Paulus, libro 38 ad edictum*, cuyo contenido era el mismo que la expresión que constaba en el texto del *Digesto* (D. 26. 1. 1). De esta forma, para Watson la justificación de la discrepancia entre los dos textos es clara y atribuye las diferentes expresiones utilizadas en ambos textos a un simple error al transcribir *ius* en lugar de *vis*.

De manera que, la tutela, según la definición de Servio, es la fuerza y la potestad sobre una persona libre, dadas y permitidas por el Derecho civil, para proteger a aquel que por su edad no puede defenderse.

Los razonamientos para nombrar tutor a personas que se encuentren en una situación necesitada de amparo van a ir variando en función del momento histórico. Así, en las fuentes aparece constatada la falta de carácter proteccionista de la institución desde un punto de vista personal, por lo menos en una primera época –Gai I. 192–.³² No en vano, algunos autores, como D'Ors,³³ al tratar la tutela antigua la califican como una institución de «carácter egoísta», es decir, el tutor defendía al asumir el cargo sus propios intereses en el sentido de que podía ser él el

31. WATSON, A., *The Law of persons in the later Roman republic*, Oxford University Press, Oxford, 1967, pp. 102 y ss.

32. Gai I. 192 *Sane patronorum et parentum legitime tutelae uim aliquam habere inteleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipienda auctores fieri coguntur, praterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interueniat. eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples add eos hereditas perueniat*. En este texto, Gayo pone de manifiesto que como al tutor le pertenece la herencia de las mujeres que muriesen intestadas, no se le puede forzar a autorizar ningún acto por el cual el patrimonio de la mujer llegara hasta él empobrecido.

33. D'ORS, A., *Derecho romano Privado*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S. A., 1991, p. 351.

posible heredero de ese patrimonio. Costa³⁴ manifiesta que la función primitiva de la tutela no era otra que la de salvaguardar las legítimas expectativas del grupo familiar. Sanz Martín y Kaser,³⁵ sin negar el carácter egoísta de la tutela antigua al mismo tiempo la encuentran altruista, y esto porque entienden que el tutor ejercía una autoridad que le era otorgada en interés propio y en el de la familia.

Posteriormente, ya en tiempos de la República, la tutela se concibe más como un deber *–officium–* (este aspecto se asemejaría más a la concepción actual de la institución en nuestro ordenamiento jurídico) y una carga impuesta en interés público (*numus publicum*), siendo el cargo de tutor de naturaleza estrictamente privada, sometido a una fuerte inspección pública de contenido no exclusivamente patrimonial, pasando el interés propio del tutor a un plano secundario.

Y aunque en las *XII Tablas*³⁶ se contiene un precepto que establece que el testador tenía dentro de sus facultades la de designar en su testamento como tutor de sus hijos a otra persona diferente de la persona del *heres*, bien cierto que hay que concluir que el antecedente del instituto tutelar lo podemos encontrar sin ningún margen de duda en la figura del *heres* designado por el *de cuius* de entre todos los *sui heredes* como el más digno para dirigir el destino del grupo familiar. Por lo tanto, la tutela no será más que la prolongación del poder del *paterfamilias* difunto, de manera que la institución tutelar implicará un poder no distinto de la *potestas*.

Así, en el Derecho antiguo, las causas que van motivar el nombramiento de tutela se van a fijar más en la diferente posición de los sujetos respecto a su patrimonio y la consideración de estos dentro del ámbito social romano que en su necesidad de protección jurídico-social;³⁷ la relación entre la patria potestad y la tutela es manifiesta y así ha sido puesto de relieve por numerosos autores, entre ellos Sanz Martín,³⁸

34. COSTA, E., *Cicerone Giurisconsulto I*, Roma, Studia Juridica, 1964, p. 71.

35. KASER, M., *Derecho Romano Privado*, Madrid, Reus, trad. de la 5.ª ed. alemana por De J. Santa Cruz de Teijeiro, 1968, p. 286.

36. GUARINO, A., *Notazione romanistiche, II: La lex XII Tabularum e la tutela, Studi in onore S. Solazzi*, Napoli, Jovene, 1948, pp. 37 y 38.

37. SANZ MARTÍN, L., *La tutela del Código Civil y su antecedente histórico la tutela romana*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 10.

38. SANZ MARTÍN, L., *La tutela...*, *cit.*, p. 14.

quien sostiene que aquella es la prolongación del poder *de cuius*. Sirva de ejemplo el hecho de que quedaban excluidos de la tutela los sujetos varones púberes –mayores de 14 años–, mientras que las mujeres púberes, cualquiera que fuese su edad y únicamente por razón de sexo, estarían sometidas a una tutela perpetua, sin atender a razones de protección, debido a su consideración dentro de la sociedad romana y, por ende, en el grupo familiar. A efectos de nuestro trabajo no hay que perder de vista que la mujer púber –mayor– es uno de los supuestos incluidos en el genérico giro «mayores incapaces». La tutela, aun apareciendo como un deber o carga pública para el tutor, realmente se desenvuelve más bien como un poder o derecho perteneciente al tutor sobre las personas y patrimonios de los pupilos, que como una función de protección de las mujeres y de los varones impúberes, de esta forma, teniendo en cuenta su incapacidad de obrar, el ordenamiento jurídico otorgaba a un tercero la función y el poder para suplir con su actividad la propia del incapaz, a fin de hacer posible, a efectos económicos, las relaciones jurídicas de que ese incapaz era o podría ser titular.³⁹

A decir de Sanz Martín, tanto la tutela como la *cura* se establecen como dos instituciones de protección, que se ejercitan principalmente sobre las personas necesitadas de defensa, generalmente por razones de edad, referidas al ámbito patrimonial, y no a la efectiva protección de las personas.⁴⁰

Sin embargo, el Derecho romano, a diferencia de lo que ocurría con nuestro actual Derecho civil hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de la que nos ocuparemos más adelante, no contempla la necesidad de previa declaración de incapacitación⁴¹ del sujeto que debe ser sometido a tutela, instando el correspondiente procedimiento judicial al respecto, con lo que no requiere una resolución judicial que declare la falta de determinadas carencias en la capacidad de obrar de una determinada persona, sino que se procede el nombramiento del tutor para las personas incapaces de forma directa.

39. La misma posición común sostenía VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *cit.*, p. 125.

40. SANZ MARTÍN, L., *La tutela...*, *cit.*, p. 14.

41. *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, *cit.*, p. 219, en relación con la enfermedad mental y la curatela de las personas afectadas por enfermedad mental, donde hace constar expresamente que no se prevé una declaración formal de incapacitación.

II.3.2. CURATELA

Tal como hemos señalado con anterioridad, junto a la *tutela*, y dentro también de las instituciones de guarda, se encuentra la *cura*. Ambas figuras se han ido confundiendo a lo largo de la evolución histórica,⁴² sin embargo, es posible diferenciarlas aludiendo a su ámbito de actuación, pues mientras –según una máxima romana contenida en D. 26. 2. 12–14⁴³ y D. 40. 1. 13:⁴⁴ *tutor datur personae, curator rei*– la curatela tiene por objeto la gestión y administración del patrimonio del sujeto incapaz, de ahí que las funciones se encuentren limitadas ciertamente al campo patrimonial, sustituyendo en dicho terreno al asistido,⁴⁵ el componente de gestión personal en la *tutela* es claro.

La curatela nombrada para la persona con enfermedad mental alcanza, tanto al ámbito personal como al patrimonial del incapaz, llegando a equipararse en este sentido su posición con la del infante.

Afirma Valdés Valentín-Gamazo⁴⁶ que la *cura furiosi* es la más antigua, recogida en las *XII Tablas*, se concebía como un poder que se refería tanto al demente como a su patrimonio. En un principio, existía tan solo la curatela legítima, pero posteriormente, en el Derecho clásico, se admitió también la dativa, pero no existió, en cambio, una verdadera *cura furiosi* testamentaria, aunque el pretor solía confirmar la designación hecha por el testador. En el Derecho clásico, la curatela cesaba cuando el demente tenía intervalos lúcidos.

42. VOLTERRA, E., *Institutiones...*, cit., p. 125.

43. D. 26. 2. 12 (*Ulpianus libro 38 ad Sabinum*).– *Ceterarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus*; D. 26. 2. 13. (*Pomponius libro 17 ad Sabinum*).– *Et si datus fuerit, tota datio nihil valebit*; D. 26. 2. 14. (*Marcianus libro 2 Institutionum*).– *Quia personae, non rei vel causae datur*.

44. D. 40. 1. 13 (*Pomponius libro 1 ex Plaut*).– *Servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato tradendum servum, ut ab eo cui traditus esset manumittatur, octavenus ait*.

45. Vid. SANZ MARTÍN, L., *La tutela...*, cit., p. 17.

46. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., «Evolución histórica de instituciones tutelares», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Madrid, ICAI, 1984, pp. 19-54, p. 23.

De hecho, en una primera época,⁴⁷ tutela y curatela responden a la falta de capacidad de las personas a ellas sujetas, pero su función no es protegerlas, sino que se establecen en interés de la familia y su fin es conservar el patrimonio del incapaz a favor de sus presuntos herederos.

En una segunda etapa, fijada legalmente en el siglo II a. C., se instaura la tutela dativa y se supera la anterior concepción y la conciencia social rechaza que quien no puede defenderse, por sí mismo, carezca de alguien que lo haga. De esta forma, tutela y curatela, pasan de ser un derecho (*potestas*) a un deber (*numus*)⁴⁸ o una carga (*onus*) y de ejercerse en interés del tutor o curador a hacerse en interés legal del incapaz y de tener un matiz marcadamente patrimonial a no desatender, al menos económicamente, los aspectos personales de la vida del tutelado. La figura del *curator*, para los dementes y los pródigos, se introduce con la *Ley de las XII Tablas*⁴⁹ y tendrá un carácter eminentemente patrimonial, pues se trata de administrar o ayudar a administrar los bienes de un sujeto cuya capacidad de obrar ha sido limitada o quitada, siendo esta su principal diferencia para con la tutela, ya que la misma se ejerce sobre personas que nunca han gozado de dicha capacidad de obrar.

Si atendemos al término latino, *cura* o *curatela*, comporta la idea de cuidado, atención, y partiendo de ello, *curator* o curador es aquel que cuida algo y *curare* designa el realizar o cumplir esta función. Y la necesidad de ese cuidado puede generarse respecto a bienes, patrimonios o, incluso, respecto a ciertas personas.⁵⁰

Respecto a las diferencias entre tutela y curatela –aunque se trata de figuras que con el tiempo van a llegar a confundirse– es relevante hacer notar que el *curator* carece de *auctoritas interpositio* y que los supuestos de curatela (loco y pródigo) no presentan la misma regularidad que los de la tutela (impúber o mujer) aunque con la introducción de la curatela sobre el varón púber, la nota de falta de regularidad no puede argumentarse.

47. Vid. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho ...*, cit., p. 268.

48. Vid. También VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., «Evolución histórica...», cit., p. 25.

49. Vid. T. V. 7 a) y 7 c).

50. PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho...*, cit., p. 282.

Igualmente, el principio tradicional *tutor datur personae, curator rei* debe matizarse, pues nadie cuida de ninguna persona sino de los bienes, aunque la tutela presupone, siempre, la persona del pupilo y la curatela puede tener lugar en casos de un patrimonio con un sujeto inicialmente indeterminado (ej.: *curator* de la herencia yacente –*hereditatis iacentis*–, o de la que espera el nacimiento del concebido –*ventris nomine*–).

Para Betancourt⁵¹ la curatela es como un encargo de administración hecho por la *potestas* política (pretor) de un patrimonio privado cuyo titular *sui iuris* púber tiene limitada su capacidad de obrar, y distingue distintos tipos de curatela, diferenciando entre la del *furiosus* y la del *prodigus*; la del *nasciturus* o *spem animantis*; la curatela de los *minoris*; y, por último, la curatela del deudor concursado. Todo ello teniendo en cuenta, tal como afirma Girard,⁵² que no es posible realizar una enumeración completa de las curatelas existentes en Derecho romano, porque la finalidad de esta institución no era sino remediar incapacidades accidentales susceptibles de variar infinitamente. En esta misma línea, Bonfante⁵³ niega la existencia de una curatela como institución única y afirma que se trata de un conjunto de instituciones que tienen como característica en común que van encaminadas tanto a la gestión de un patrimonio perteneciente a un sujeto, a quien no se le permite administrarlo por sí mismo como simplemente a ayudarle para obrar jurídicamente.

La *cura prodigi*, que también aparecía en las *XII Tablas*, afectaba a aquellas personas que, teniendo hijos, dilapidasen los bienes heredados *ab intestato* de sus ascendientes, aunque con el tiempo el concepto de prodigalidad sería ensanchado, admitiéndose que el pródigo no tuviese hijos y que dilapidase todo tipo de bienes. Para que se diese la *cura prodigi* era preciso una formal declaración del pretor. Sin

51. BETANCOURT, F., *Derecho...*, cit., pp. 451 y ss.

52. GIRARD, P. F., *Manuel Elementaires de Droit Romain*, 7.^a ed., Paris, Arthur Rosseau, 1924, p. 233. En el mismo sentido ARIAS RAMOS, J., y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano vol. II*, 17.^a ed., Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 752.

53. BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, traducido por L. Bacci y A. Larrosa y revisada por D. Campuzano Horma, Madrid, Reus, 1929, p. 216.

embargo, la incapacidad del pródigo no fue absoluta, ya que se le permitían ciertos actos tendentes a mejorar su situación patrimonial.⁵⁴

El curador del pródigo se encarga de la gestión y administración de los bienes del incapacitado, al que se le permite realizar actos de comercio que mejoren su condición, pero no actos jurídicos que impliquen enajenaciones, gravámenes, ni contraer obligaciones, *interdictio bonorum* (D. 27. 10. 1pr.; D. 27. 10. 10pr.; D. 46. 2. 3).⁵⁵

Antes de abordar en el análisis de los siguientes apartados de este trabajo y en aras de no confundir al *lecto*, debemos precisar que, a fin de no extendernos en exceso en la extensión de este trabajo, hemos efectuado un salto cronológico en el análisis histórico de la cuestión que nos ocupa, sin entrar a analizar el no por ello menos importante período de la Recepción del Derecho romano (de trascendencia fundamental) y hemos procedido directamente a ocuparnos de analizar desde la Convención de Nueva York de 2006, de la que nos ocupamos en el siguiente apartado y del Derecho actual.

III. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006, SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En este apartado nos vamos a ocupar de examinar algunos aspectos de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España el 30 de marzo de 2007 (*BOE* n.º 96, de 21 de abril de 2008),⁵⁶ que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, por cuanto la incorporación a nuestro Derecho interno ha implicado importantes reformas legislativas a las que nos referiremos en el siguiente apartado.

Del texto de esta Convención nos vamos a fijar especialmente en parte del contenido de su Preámbulo y en sus artículos 1, 3 y 12.

En primer lugar, el Preámbulo de esta Convención, entre otras cuestiones, reconoce el valor de las contribuciones que realizan y

54. VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, C., «Evolución histórica...», *cit.*, p. 24.

55. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho...*, *cit.* p. 220.

56. En adelante nos referiremos a ella como la Convención.

pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, promueve el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad, así como y en la erradicación de la pobreza, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, al tiempo que considera que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.

En definitiva, a las personas con discapacidad se les reconoce el respeto a sus libertades fundamentales, se promueve su plena participación en las sociedades con plena autonomía e independencia individual, con libertad para tomar sus propias decisiones participando activamente en aquellas de ámbito político, incluyendo las que les afecten de modo directo y, en resumen, se fomenta el pleno goce de los derechos humanos para ellas.

En segundo lugar, el propósito de la Convención que viene establecido en su artículo 1 será promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por tanto, se fija el objetivo de la Convención, para las personas con discapacidad, la promoción, protección y el aseguramiento de su goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales y, en ese mismo artículo, especifica las personas que se incluyen en el concepto de discapacidad, y establece como tales aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo que les impida actuar en condiciones de igualdad con las demás personas de la sociedad.

En tercer lugar, los principios que la Convención establece en su artículo 3 comprenden: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Estos principios se inspiran en el respeto por la diferencia de las personas con discapacidad como parte de la diversidad, abogan por su participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, por la ausencia de discriminación y el establecimiento de condiciones óptimas de accesibilidad, al mismo tiempo que propugnan la igualdad entre hombres y mujeres, así como el derecho de los menores con discapacidad⁵⁷ a preservar su identidad.⁵⁸

57. Por su parte, el artículo 23.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 (*BOE* n.º 313, de 31 de diciembre de 1990) establecía que «los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad», que aunque sin mencionar la palabra discapacidad, resulta evidente que este precepto viene destinado a los menores con discapacidad para los que ya reconoce, al amparo de la declaración Universal de Derechos Humanos, una participación activa en la sociedad acorde a su dignidad y que le permita disfrutar de una vida plena, que le permita bastarse a sí mismo.

58. Al hilo de esta cuestión, consideramos adecuado mencionar la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (*BOE* n.º 134, de 5 de junio de 2021) que reforma un amplio abanico de normas de ámbito civil, penal, procesal, administrativo y social. De hecho, entre algunas de las normas que reforma están: el Código Civil, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de

De la aplicación del artículo 4 de la Convención resulta que España, como Estado Parte, está obligado a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.⁵⁹ Así pues, la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021⁶⁰ es consecuencia del cumplimiento del mandato contenido en este artículo, que constituye el *alma mater* de la reforma.

Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, etc. La L. O. 8/2021, de conformidad con su artículo 1 tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida, no se ocupa únicamente de los menores, sino que en la importante reforma que aborda no deja de lado las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, para las prevé medidas en la misma línea que para los menores, encaminadas a que, especialmente en el ámbito de los procedimientos judiciales se adopten las medidas necesarias para procurar el máximo respeto a la dignidad de las personas, así como por ejemplo, en los casos que estas personas deban intervenir en un procedimiento judicial en condición de testigo en procedimientos que tengan por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad..., se establece la necesidad que la exploración se efectúe como prueba preconstituida, con todas las garantías y siempre evitando la confrontación visual del investigado con el testigo (art. 449 ter LECrim.), y los perjuicios que puedan derivarse para estas personas (art. 707, párr. 2 LECrim) y, además, la nueva redacción dada al artículo 2 g) de la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, prevé con independencia de la existencia de recursos para litigar, el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica, que se les prestará de inmediato, a las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150 CP, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos.

59. LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 16.

60. Nos referiremos a ella como Ley 8/2021.

Por su parte, el artículo 12 de la Convención proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y por ello, los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, respetando siempre los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

A decir de López Barba,⁶¹ esta norma internacional no aporta grandes novedades, en tanto que no otorga ningún derecho que no estuviera ya previsto para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad.⁶² López Barba señala que ni siquiera cuando el artículo 12 de la Convención proclama el derecho al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica a todos los ciudadanos supone una auténtica novedad, sino que el cambio radica en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia

61. LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad...*, *cit.*, p. 15.

62. *Vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 29, 2009. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/derecho-privado-y-constitucion/numero-23-enerodiciembre-2009/la-convention-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-y-el-sistema-espanol-0> (última consulta: 10 de abril de 2023), pp. 335-368, p. 336.

nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos sus derechos. López Barba⁶³ defiende que, a la luz de la Convención, la presencia de discapacidad en una persona nunca debe sustentar un proceso judicial de modificación de su capacidad, pues ello conformaría un supuesto de discriminación por discapacidad.

Pues bien, esta Convención es la que ha impulsado las importantes reformas legislativas que se han introducido en nuestro Derecho interno y se han materializado especialmente con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021.

IV. DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Nuestro Derecho civil y procesal, en aplicación de la Convención de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, fue objeto de una reforma de amplio calado que se plasmó con la aprobación y entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio (*BOE* n.º 132, de 3 de junio de 2021), por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021.

Algunas de las principales normas que se ocupan de regular la discapacidad en el ordenamiento jurídico español son el CC español de 1889; la LEC 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esa finalidad; la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, de 13 de diciembre (*BOE* n.º 96, de 21 de abril de 2008) y que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y actualmente la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y

63. LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad...*, *cit.* p. 16.

procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que reforma todas las anteriores.

Debemos mencionar que nuestro CC, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, establecía la necesidad de una sentencia judicial para que alguien pudiera ser declarado incapaz; configuraba, por tanto, un sistema que exigía la declaración de incapacidad o modificación judicial de la capacidad y lo regulaba en sus artículo 199 CC, que establecía que nadie podía ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley y en su antiguo artículo 200 CC, que regulaba los requisitos para la declaración de incapacidad y establecía como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se ha producido un cambio revolucionario en la concepción de la regulación de la normativa aplicable a las personas con discapacidad, del que nos vamos a ocupar a continuación.

IV.1. Principales novedades de las reformas introducidas por la Ley 8/2021

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor en España el 3 de septiembre de 2021, se elabora y aprueba con el fin de cumplir con las exigencias de la Convención de Nueva York de 2006, sobre las personas con discapacidad, y a consecuencia de la ratificación de la Convención por parte de España.

El indicado texto legislativo reforma un ingente número de leyes y supone un auténtico cambio de paradigma en la regulación de la discapacidad en nuestro país y, en concreto, modifica las siguientes leyes: la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862; el Código Civil; la ley Hipotecaria, aprobada por decreto de 8 de febrero de 1946; LEC 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y de

la Normativa Tributaria con esa finalidad; la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; la ley 15/2015, de 15 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio.

Ley 8/2021 consta de un total de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El artículo primero modifica la Ley del Notariado con ocho apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de nueve apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con veintinueve apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en seis apartados; el artículo sexto que modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se distribuye en diez apartados; el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en veinte apartados; finalmente, el artículo octavo, referido al Código de Comercio, se estructura en tres apartados; la Disposición transitoria sexta se ocupa de los procesos en tramitación, y establece que los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de esa Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento; contiene una Disposición derogatoria única que establece que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la indicada Ley, y en particular, deroga toda regulación de la prodigalidad⁶⁴ contenida en cualquier norma del ordenamiento

64. Sin embargo, el Proyecto de Ley por el que se reformaba la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (*B. O. Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 17 de julio de 2020), en tramitación justo anterior a la aprobación anterior, introducía en su artículo 23 la recuperación de un procedimiento específico para la prodigalidad en los artículos 300 y 301 CC (Título XII, que denominaba «De la asistencia en caso de prodigalidad»), y establecía que, en la resolución que declare la prodigalidad, se nombraría a la persona que hubiera de asistir al pródigo y se determinarían los actos que

jurídico, así como también quedan derogados expresamente los artículos 299 bis y 301 a 324 del Código Civil. En este punto, consideramos oportuno mencionar que, por su parte, la Disposición transitoria segunda contiene previsiones para las situaciones de prodigalidad, donde establece que las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta y hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior.

Igualmente, merece destacarse que esta Ley lleva a cabo una reenumeración de los artículos de gran parte del articulado del CC, especialmente modifica el Título IX Libro I: «De la tutela y de la guarda de los menores» Artículos 199 a 238 CC; el Título X Libro I: «De la mayor edad y de la emancipación» Artículos 239 a 248 CC; el Título XI Libro I: «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

La reforma implica un cambio de concepción, al configurar «figuras de apoyo» y no de asistencia, como ocurría hasta la entrada en vigor de la Ley, actualmente concibe las figuras de tutor, curador y defensor judicial, al tiempo que ya no configura un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, sino directamente el nombramiento de curador, cambio de rumbo que se produce a raíz la adaptación de nuestra legislación a la Convención de Nueva York que impone a los

este no pudiera realizar sin el consentimiento de quien debiera asistirle. La autoridad judicial decretará la extinción de la asistencia cuando la conducta del pródigo la haga innecesaria (art. 300 CC). Lo que sí llamaba la atención en este Proyecto de Ley es que, para el pródigo, utiliza el término «asistencia», con las connotaciones que ello conllevaba y que resultaba propio de una visión más paternalista y no el de medidas de apoyo, que era el sistema por el que se aboga en la reforma introducida en aplicación de la Convención de Nueva York de 2006. Así pues, el Proyecto de Ley de la reforma recuperaba un procedimiento autónomo para los supuestos de prodigalidad y sí se refería a una figura de asistencia que se nombraría en la resolución que declarara la prodigalidad, lo que implicaba un acercamiento a la regulación que ya efectuaba el Derecho romano en las *XII Tablas*, sin embargo este procedimiento para la prodigalidad quedó descartado en el texto definitivo de la reforma y se acabó por establecer la derogación en nuestro ordenamiento jurídico que toda referencia a la prodigalidad (Disposición derogatoria única de la Ley 8/2021).

Estados parte la obligación de incorporar el contenido de la Convención a sus respectivas legislaciones. Así pues, la reforma ha supuesto un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que ha llevado consigo un cambio revolucionario con respecto a nuestra legislación anterior.

Recordemos que, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, la tutela se regulaba en el artículo 222 CC donde se establecía que estaban sujetos a tutela los menores no emancipados que no estuvieran bajo la patria potestad, los incapacitados, cuando la sentencia lo hubiere establecido, los sujetos a la patria potestad prorrogada (figura que ha desaparecido con la reforma), al cesar esta, salvo que proceda la curatela y los menores en situación de desamparo. Sin embargo, tras la reforma, la tutela (art. 199 CC) se reserva a los menores no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, que quedarán sometidos a tutela y tendrá carácter representativo. Las funciones tutelares constituyen un deber, al igual que ya ocurría con la regulación anterior (*vid.* art. 269 CC vigente anterior a la reforma), se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (vigente art. 200 CC). Esto implica que se extrae del ámbito de actuación de los tutores a las personas mayores de edad, a quienes cuando necesiten medidas de apoyo se les nombrará un curador.

Para las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica se adoptarán medidas de apoyo que tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento (art. 249 CC) y deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Estas instituciones tendrán como función asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo que actualmente, tras la reforma, contempla nuestro CC, para las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica y que regula en su artículo 250 CC, son: la guarda de hecho, que constituye una medida informal de apoyo y puede existir

cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente; la curatela, que constituye una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y sus necesidades de apoyo, estableciendo, por tanto, en los casos en los que tenga carácter representativo o no y, por último, el defensor judicial (art. 295 CC), que constituye una medida formal de apoyo que procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Aunque la Ley 8/2021 efectúa una profunda reforma de nuestro ordenamiento jurídico, en este estudio, únicamente nos vamos a detener en mencionar algunas de las principales novedades introducidas, que consideramos que tienen mayor conexión con la materia que nos ocupa, sin que ello implique que el resto no goce de nuestro interés, sino que seguramente merece un estudio aparte.

Así, en primer lugar, el vigente artículo 268 CC establece que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Igualmente, se prevé la revisión periódica de las medidas adoptadas judicialmente en un plazo máximo de tres años, aunque, de manera excepcional y motivada por la autoridad judicial podrá fijar plazos de revisión superiores, pero siempre con el límite de los seis años. Ello no resulta óbice para que, ante cualquier cambio en la situación de la persona, las medidas puedan ser revisadas si fueran susceptibles de modificación.

El legislador tampoco deja de lado la previsión respecto a las medidas ya acordadas antes de la entrada en vigor de la Ley y en su Disposición adicional establece el procedimiento de revisión de estas medidas, de tal forma que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la

Ley 8/2021, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

A decir de Moreno Flórez,⁶⁵ cuando estamos en presencia de personas con discapacidad necesitadas de apoyos, esos apoyos se determinarán judicialmente –cuando la propia persona no los ha determinado– para posibilitar el ejercicio de su capacidad jurídica, con la finalidad de permitir «el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»; ya que, desaparecida de la normativa vigente la capacidad de obrar, debemos centrarnos en el ejercicio de la capacidad como reflejo de la capacidad jurídica y como sinónimo, en muchas ocasiones, de capacidad de tomar decisiones por la persona con discapacidad. Para propiciar el ejercicio de la capacidad habrán de determinarse los apoyos que sean necesarios, en función de cada supuesto de hecho concreto, habida cuenta que el Código civil deja vía libre al juzgador para que en la resolución judicial consigne los apoyos que, en cada caso, considere pertinentes, con respeto tanto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, como a su autonomía.

En el nuevo sistema de apoyos resulta tan importante la adecuada concreción de la medida *ad cassum* como su correcto desenvolvimiento posterior, lo que determina que, una vez acordado el apoyo,⁶⁶ se gire la mirada hacia el modo en que la persona o entidad lo presta, en definitiva, hacia el desempeño del cargo.⁶⁷

Sostiene Campo Izquierdo⁶⁸ que las medidas de apoyo que ya están en vigor con anterioridad al 3 de septiembre de 2021, no hay que actualizarlas de forma automática, acelerada y urgente, sino que se con-

65. MORENO FLÓREZ, R. M., «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial a una persona con discapacidad psíquica», en M. Izquierdo Toslada (director), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 145-158, p.152.

66. MORENO FLÓREZ, R. M., «Comentario...», *cit.* p. 153.

67. SEGARRA CRESPO, M. J., y ALÍA ROBLES, A., «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.ª TS de 8 de septiembre de 2021», *Actualidad Civil*, 10, 2021, pp. 1-14, p. 2.

68. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...», *cit.* pp. 3-4.

cede inicialmente a las personas con discapacidad y/o a las personas que vienen ejerciendo las medidas de apoyo la posibilidad de solicitar su revisión durante un tiempo prudencial. Y en caso de que se solicite, la misma se deberá llevar a cabo en un plazo máximo de un año. Si no existe esa solicitud, el juez que fijó el apoyo, o a instancia del Ministerio Fiscal, deberá proceder a dicha revisión en un plazo máximo de tres años, pues el único órgano judicial que tiene competencia para llevar a cabo esa revisión es el órgano que previamente la había fijado a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.⁶⁹ Antes hacer esa revisión, el juez deberá, si lo considera necesario, pedir un informe pericial sobre la situación y estado de la persona con discapacidad, deberá entrevistarse con dicha persona, es muy significativo y relevante del espíritu innovador de esta reforma, al utilizar ahora el término «entrevistarse» en vez de «examinar» que utilizaba el anterior artículo 759 de la LEC, con el fin de hacer hincapié que estamos hablando de personas, no de números, enfermos, incapaces, etc., y que, por tanto, debemos actuar con la debida prudencia, a fin de salvaguardar la dignidad, voluntad y deseos de estas personas, que por razón de su discapacidad, precisan de apoyos. Asimismo, el juez podrá llevar a cabo cuantas otras actuaciones, diligencias considere oportunas, incluido el solicitar informe a las entidades que se mencionan en el artículo 42 bis b), es decir de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia.⁷⁰

De conformidad con el artículo 269 CC, la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolu-

69. *Vid.* artículos 42 bis b) y 42 bis c) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), introducidos por la Ley 8/2021.

70. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...» *cit.* p. 5.

ción motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el vigente artículo 249 CC.

La actuación del curador, en coherencia con la primacía de la autonomía de la persona que necesita el apoyo, que será voluntario tal como la persona lo desee, sustitutivo o no sustitutivo, si bien siempre ha de quedar margen para el cambio de voluntad de quien diseñó su propio apoyo y, por otro lado, el apoyo informal o no formalizado no es, en principio, de naturaleza representativa, aunque es posible en ciertos casos y para actos concretos. En los apoyos formales de naturaleza judicial (curador y defensor judicial) la representación será la excepción y no la regla, y todavía más excepcional será una representación plena o general.⁷¹

El artículo 269 CC hemos de ponerlo en relación con la Disposición transitoria segunda, que se ocupa de la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho, así como de las situaciones de la patria potestad prorrogada o rehabilitada y establece que seguirán ejerciendo el apoyo que precisa la persona con discapacidad (el tutelado), pero desde la entrada en vigor de esta ley y en tanto no se fije otro apoyo, mediante la revisión, deberán actuar como los curadores con representación, que regula la ley 8/2021.⁷²

La autocratela se regula en el vigente artículo 271 CC, de manera que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribu-

71. GARCÍA RUBIO, M. P., «La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 25, 2021, pp. 81-109, pp. 96-97.

72. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...», *cit.* pp. 5-6.

ción del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo. En este apartado, debe tenerse en cuenta que la Disposición transitoria tercera de la Ley establece que las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por dicha Ley, así como los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Antes de iniciar un proceso de provisión de apoyos, se deberá averiguar si realmente la persona con discapacidad ha otorgado estos poderes preventivos, lo que haría innecesario iniciar un proceso judicial para la provisión de estos apoyos; al haber previsto el interesado esa posibilidad y haber designado en tiempo y forma el apoyo que quería y quién lo iba a desempeñar. Esta es la mejor forma de respetar y mantener los deseos y voluntad de la persona con discapacidad, que es lo que exige la nueva ley.⁷³

Como novedad, el artículo 274 CC introduce una especie de «autotutela delegada», en la medida que establece que se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

Al margen de las novedades mencionadas especialmente en materia de figuras de apoyo, nos ha parecido interesante hacer mención puntual a alguna modificación introducida por la Ley 8/2021 en materia testamentaria. A modo de ejemplo, la redacción del artículo 665 CC anterior a esta reforma establecía que siempre que el incapacitado, por virtud de sentencia que no contuviera pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, pretenda otorgar testamento, el notario designaría dos facultativos que previamente lo reconocieran y solo lo autorizará cuando estos respondan de su capacidad; mientras que la vigente redacción de este artículo establece que la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

73. CAMPO IZQUIERDO, A. L., «Derecho...», *cit.* p. 8.

Entendemos que, ahora, la vigente redacción del artículo 665 CC traslada a los notarios la responsabilidad de apreciar a su juicio la capacidad del otorgante de un testamento, mientras que la redacción del mentado artículo anterior a la reforma establecía la necesidad de la designación, por parte del notario, de dos facultativos que previamente reconocieran a quien estando incapacitado judicialmente en los casos en los que en la sentencia de modificación de su capacidad no se pronunciara sobre la capacidad o no para otorgar testamento del incapacitado para poder autorizar el testamento.

Por su parte, del artículo 808 CC se elimina el párrafo tercero,⁷⁴ pasando el actual cuarto párrafo a ocupar el tercer lugar y se añaden dos nuevos párrafos que permiten al testador mayor flexibilidad para disponer de sus bienes a favor de descendientes con discapacidad, ya que cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto *mortis causa*. De esta forma, si el testador hubiere hecho uso de esa facultad, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.

En definitiva, con las modificaciones introducidas por la Ley 8/2021, desaparece la figura del tutor para los mayores de edad, que se reserva únicamente para los menores de edad, que no estén protegidos a través de la patria potestad; el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial; se efectúa una regulación específica de la autocuratela, tanto positiva como negativa, al tiempo que se introduce la posibilidad una especie de autocuratela delegada y se establece

74. Dicho precepto rezaba con el siguiente tenor: «Cuando alguno de los hijos o descendientes del testador haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

la necesidad de formalización en escritura pública; se abandona la necesaria declaración judicial que declare una modificación de la capacidad para el nombramiento de un curador y, aunque esta circunstancia parece un retorno a lo que ocurría en Derecho romano para los *furiosi*, por cuanto era innecesaria esa declaración judicial,⁷⁵ sin embargo, la reforma defiende que la capacidad no es modificable y el curador se nombra como figura de apoyo y no de asistencia, mientras que en el Derecho romano el *furiosi* devenía incapaz directamente y, por otra parte, se deroga toda referencia a la prodigalidad. La reforma abandona las visiones paternalistas, por considerarlas ya caducas y apuesta por un máximo respeto a la voluntad de las personas. No se trata de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación», sino desde el enfoque de que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y ese derecho ha de ser respetado, pues se trata de una cuestión de derechos humanos.

IV.2. Algunas sentencias dictadas al amparo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021

Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 han sido ya numerosas las sentencias que se han dictado en aplicación de las exigencias de esta Ley y consideramos de interés mencionar alguna de ellas.

En primer lugar, nos fijaremos en la primera de las sentencias que dictó el Tribunal Supremo en aplicación de la Disposición transitoria sexta. Fue la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, que resolvía el recurso (CAS) 4187/2019 y se convirtió en la primera sentencia de la Sala de lo Civil sobre la aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio (Roj: STS 3276/2021 -ECLI: ES: TS:2021:3276, Cendoj: 28079119912021100017), que reforma la legislación civil y

75. A este respecto, *vid.* LÁZARO GUILLAMÓN, C., «La innecesaria incapacitación judicial de mayores discapacitados: un supuesto de retorno a principios romanísticos en algunas legislaciones civiles europeas», *Studia Prawnoustrojowe*, 13, 2011, pp. 181-193, pp. 182 y *ss.*, que ofrece un análisis pionero de la cuestión y lo conecta con nuestro derecho comparado de los países de nuestro entorno.

procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: la sentencia aplica el régimen transitorio de la ley y analiza los elementos esenciales de la reforma y, en particular, el régimen de provisión de los apoyos que las personas con discapacidad puedan precisar para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. En el caso que resuelve, la persona interesada padece un trastorno de la personalidad, concretamente un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, bajo la normativa anterior, acordaron, en primer lugar, la modificación de su capacidad y, en segundo lugar, una medida de apoyo consistente en la asistencia para el orden y la limpieza de su domicilio, con designación como tutora de la comunidad autónoma competente. La Sala entiende que ese primer pronunciamiento, tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece de la regulación legal cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad. A continuación, examina si la medida de apoyo se acomoda al nuevo régimen legal. Considera que el trastorno de la personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existía una clara necesidad asistencial cuya ausencia estaba provocando un grave deterioro personal que le impedía el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, estaba justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona, aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación. Por todo ello, se estima en parte el recurso de casación, en cuanto que se deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad, se sustituye la tutela por la curatela y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, se confirman y se completan con algunas de las propuestas del fiscal.

Moreno Flórez,⁷⁶ al comentar la mentada sentencia y al hilo de la cuestión sobre si la persona con discapacidad puede o no rechazar apoyos, destaca que, aunque la Ley 8/2021 no consigna el derecho de la persona con discapacidad a rechazar apoyos, señala que «lo que sucede con el valor del cuidado es que su aplicación concreta a cada caso, a cada persona y las necesidades de cada persona, hace que resulte imposible precisarla en la norma, y además esa aplicación concreta resulta incoercible». ⁷⁷ En relación con lo anterior, hay que tomar en consideración que, aunque la Ley 8/2021 no establezca distinciones, no es lo mismo una persona con discapacidad física que tiene plenas facultades volitivas, que una persona con discapacidad intelectual, cuyas facultades cognitivas pueden encontrarse mermadas, por no decir que, en algunos casos, y dada la etiología de su enfermedad, puede carecer de ellas. ⁷⁸ Se trata de personas que tienen una discapacidad intelectual, originaria o sobrevenida, o discapacidad psicosocial; tal discapacidad tiene especial incidencia en el proceso de toma de decisión en sus distintas fases. ⁷⁹

Moreno Flórez,⁸⁰ tomando como referencia el artículo 58.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, defiende que cuando la persona con discapacidad no haya adoptado medidas voluntarias de apoyo, como era el caso de la sentencia, si la autoridad judicial, en función de la situación de la persona y las pruebas practicadas, considera conveniente la adopción de alguna medida de apoyo –la que, en función del caso, estime pertinente–, aunque la persona con discapacidad manifieste su voluntad de rechazar los apoyos, el juzgador puede acordar una figura de prestación de apoyos. Ahora bien, la medida de apoyo no viene determinada tanto por la necesidad de proteger a esa persona, como de facilitarle el

76. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.* p. 153.

77. PAU, A., «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista General de Derecho Civil*, vol. 7 (1), 2020, pp. 3-29, p. 14.

78. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.* p. 153.

79. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 249», en C. Guilarte Martín Calero (directora), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. C. Guilarte Martín Calero, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 511-527, p. 517.

80. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.*, p. 154.

ejercicio de su capacidad y esta situación puede darse, sobre todo, cuando la discapacidad de esa persona proviene de un trastorno o enfermedad psíquica que distorsiona su entendimiento o la voluntad, y hace que sin tener conciencia de enfermedad no llegue a ser consciente de la contingencia que padece y sus graves consecuencias para el ejercicio de su capacidad jurídica.⁸¹

Concluye Moreno Flórez⁸² que el Tribunal Supremo, en esta sentencia, ha señalado una nueva vía de interpretación de la exigencia de tomar en consideración la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, porque la tutela del interés de la persona con discapacidad está por encima de una interpretación literal de la norma.

En materia de autotutela, varias han sido ya las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, aplicando los criterios fijados por la Ley 8/2021, aunque únicamente y en aras de brevedad, nos vamos a fijar en alguna de ellas. En primer lugar, haremos mención a la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 19 de octubre de 2021; al resolver el recurso n.º 305/2021 (Roj: STS 3770/2021 -ECLI: ES: TS:2021:3770, Cendoj: 28079110012021100687) se pronuncia revocando la sentencia recurrida, que se había apartado de lo previsto en la disposición testamentaria en la que se había constituido la autotutela.⁸³ En ella, una madre con seis hijos había designado como tutora a una de sus hijas y, en su defecto y por orden sucesivo, a dos de sus hijos, manifestando su deseo de que no se nombrara «a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar». Sin embargo, en primera instancia, se nombró tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos y, en segunda instancia, mancomunadamente, a uno de los hijos, no designado en primer lugar por la madre para el cargo, y a otro, que había sido expresamente excluido por ella; y ello, con una argumentación que el TS considera «pobre» e «insuficiente», «amparada en el razonamiento inasumible de que como hay dos grupos de tres hermanos, que se llevan bien entre sí y

81. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.*, p. 155.

82. MORENO FLOREZ, R. M., «Comentario...», *cit.*, p. 157.

83. *Vid.* De VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Primeras resoluciones aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, 10021, 2022, pp. 1-31, p. 7.

mal con los otros tres», se «adopta la salomónica decisión de designar a una persona de cada grupo, prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias de la demandada». El TS entiende que no «se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos», puesto que la madre «convivía y sigue conviviendo con su hija», designada en primer lugar para ser tutora, «que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora» (se aplica ya la Ley 8/2021, por lo que la autotutela se convierte en autocuratela). Por esta razón, concluye que no cabe «la imposición de otro sistema alternativo de curatela», como «la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, lo que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación».

En similar sentido se pronuncia la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2021 (Roj: STS4003/2021-ECLI:ES:TS:2021:4003,Cendoj:2807911002021100738), ante un supuesto en el que una mujer dispuso en documento notarial, para el caso en que las circunstancias así lo requieran, que el nombramiento de tutor recayera en su hija, la sentencias dictadas tanto en primera como en segunda instancia, además de declarar la incapacidad de la señora, separan los cargos de tutor en la esfera personal y patrimonial de la tutelada, correspondiendo, en la esfera personal, nombrar como tutora a su hija y, en la esfera patrimonial, nombrar tutor a uno de sus hijos. El Tribunal Supremo, en cuanto la sentencia recurrida no respetó la voluntad de la demandada, sin razones que justifiquen debidamente una decisión de tal clase, nombrando curadora a su hija al tiempo que deja sin efecto la declaración de incapacidad, al no existir como tal,

debiendo ser sustituida por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo y la sustitución de la tutela por la curatela, ya que aquella queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o en situación de desamparo (art. 199 CC).

Igualmente, nos ha parecido interesante mencionar varias sentencias que proceden al nombramiento de curador con funciones de representación:

En primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 23 de septiembre de 2021 (Roj: SAP S 1083/2021 -ECLI: ES: AP:2021:1083, Cendoj: 390753022021100298) en la que si bien en la sentencia de primera instancia se acordó la rehabilitación de la patria potestad a una madre, en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se la nombra curadora, tanto en el plano personal como en el plano patrimonial, al ejercicio de funciones de representación de su hijo. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santander, de 2 de diciembre de 2020, declaraba la discapacidad plena del demandado para regir su persona y bienes, y para otorgar testamento y acuerda la rehabilitación de la patria potestad sobre el citado, que sería ejercida por su madre, Dña. Regina, con sujeción a los principios y reglas del Título VII del Libro I del Código Civil. La sentencia contempla un supuesto en el que, D. Silvio, de 18 años de edad, se encontraba diagnosticado de un cuadro con alteración del desarrollo del lenguaje y coeficiente intelectual estimado como normal y, además de sus limitaciones sociales, su atención está limitada por sus intereses, con dificultades en el entorno social y familiar. Desde el punto de vista orgánico, presenta cardiopatía congénita compleja, en proceso de corrección quirúrgica, lo que fue determinante del reconocimiento de situación de discapacidad en un porcentaje del 80%. Antecedentes que determinan a la médico forense a concluir que Silvio requiere supervisión en algunas actividades primarias, como el aseo, con discapacidad para elegir lo que puede y debe hacer, extensa para mantener su propio bienestar y completa para el funcionamiento diario dentro de la casa o la adopción de decisiones de contenido económico (sin manejo de dinero salvo el de bolsillo ni control sobre los cambios), y con escaso uso de los recursos de la comunidad, y concluye que, a tenor de los referidos antecedentes que las limitaciones asociadas al trastorno que aqueja al demandado comprometen gravemente sus facultades con dependencia de terceras personas para satisfacer

las necesidades cotidianas de la vida en sociedad, impidiéndole su autogobierno autónomo, o la adopción de decisiones o juicios de conveniencia responsables sobre su persona o bienes, por lo que procede declarar judicialmente su discapacidad plena.

En la exploración judicial se mostró colaborador, admitió haber concluido estudios de Educación Básica y hallarse desarrollando un módulo de educación profesional en Informática. Se describió autónomo para las actividades básicas de la vida diaria y precisó de supervisión para las tareas instrumentales y avanzadas. Según su progenitora, con quien convive, la soledad le genera ansiedad con pérdida del control y hetero agresividad, registra escasa tolerancia a la frustración, hallándose en seguimiento por la Unidad de Psiquiatría infantil. Precisa de ayuda en el aseo y cuidados personales, no es capaz de elegir la ropa adecuada a la meteorología ni controlar su medicación, y los desplazamientos en líneas de transporte urbano han de ser controlados.

En segunda instancia se celebró la entrevista con D. Silvio, expresando que vive con su madre permanentemente y que cubre todas sus necesidades. Indica que no se lleva bien con su padre, a quien hace casi un año que no ve y no ha ido a su casa desde marzo de 2019, aunque habla con él cuando le llama. Quiere vivir siempre con su madre y que sea ella quien le preste el apoyo que necesita.

Si la voluntad es el criterio inicial o prioritario para encontrar el apoyo preciso, no podemos obviar que también pueden y deben establecerse las salvaguardas, voluntarias o judiciales (arts. 250 y 251 CC), para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de interés. En consecuencia, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten las salvaguardas que eviten las circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada del apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso de extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyos y sus salvaguardas.

Si, de acuerdo con la reforma legal, el apoyo del curador se conforma con la asistencia, existirán supuestos en los que resulta imprescindible acordar una curatela representativa (art. 269 CC). El curador

representante actuará cuando exista una imposibilidad real de conocer la voluntad de la persona con discapacidad porque carezca de un discernimiento suficiente que implique la inexistencia o grave limitación de su capacidad de decidir, aunque reciba el apoyo adecuado. Constituirá la forma de apoyo más intensa y el curador, en su ejercicio, tratará de determinar la decisión que hubiera tomado en caso de no requerir representación, a cuyo efecto se deberá tener en cuenta la trayectoria vital, sus valores y creencias (reconstrucción de la voluntad).

Además, como consecuencia lógica de la reforma, no habrá de incluirse en el fallo mención alguna a la declaración de la persona como incapacitado, discapaz o discapacitado, total o parcial, ni puede subsistir siquiera la prohibición para otorgar testamento con el fin de que, en su caso, se sigan los nuevos preceptos legales, fundamentalmente, el régimen de los artículos 663.2.º y 665 CC y concordantes. Silvio ha expresado claramente su deseo y preferencia sobre la persona que le debe prestar exclusivo apoyo: su madre. El criterio prioritario que impone atender a la voluntad, deseos y preferencias por él expresados, no debe ser en el presente caso limitado por su eventual interés, pues no existe indicio alguno de la existencia de un abuso, una influencia indebida, un conflicto de interés o el aprovechamiento de su voluntad o, en fin, por la presencia de cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 272.2 y 275 CC. Y el régimen de apoyo debe ser la curatela, dado que precisa de su continuidad, en atención a que su discapacidad es permanente con incidencia evidente en su discernimiento. No se aprecia, en cualquier caso, la existencia de una medida de apoyo actualmente suficiente (art. 269 CC). Ciertamente, expresado su deseo, la realidad que supone la mantenida convivencia con su madre y el desapego que muestra en la actualidad hacia la figura de su padre hacen inviable cualquier otra forma, por el momento, de apoyo, ni siquiera bajo la fórmula de separar los cargos de curador de la persona y de los bienes o establecer una curatela dual (art. 277 CC). La curatela que se acuerda será esencialmente representativa al apreciarse que, por su grado de discernimiento, tiene muy limitada su capacidad de decidir. La curatela de la madre deberá extenderse: en el plano personal, a la asistencia en los actos relativos al cuidado de su persona, tanto en el ámbito de su higiene como al médico-sanitario en todo lo que afecta, sin perjuicio de otros, al control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a las

citas médicas e ingresos hospitalarios, sin perjuicio de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales y en el plano patrimonial al ejercicio de las funciones de representación de la persona necesitada del apoyo en los actos de administración, ordinaria o extraordinaria, y de disposición o gravamen, a salvo de la administración por el curatelado del dinero de bolsillo en cuantía no superior a 20 euros semanales, sin perjuicio en todo caso de la necesidad de recabar la autorización judicial en los actos previstos en el artículo 287.2.º a 9.º del CC.

La sentencia, en atención a lo indicado en el artículo 268 CC estima apropiado que, en ese caso, en el que se ha justificado la presencia de una causa de grave limitación de su capacidad de decisión que no es previsible que varíe fundamentalmente en un futuro cercano, que la revisión del apoyo se produzca a los cinco años. Esta sentencia aplica un plazo más extenso de tres años, previsto con carácter general para la revisión de las medidas de apoyo.

Por último, haremos referencia a dos sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Castellón, en las que se aplica el nombramiento de curador con funciones representativas. Así, en la primera de ellas, Sentencia 324/2021, de 4 de octubre de 2021 (Roj: SJPI1531/2021-ECLI:ESJPI:2021:1531,Cendoj:1204020092021100004), se nombra a un padre curador de su hijo de 35 años de edad, que ha realizado estudios universitarios de Ingeniería Industrial; es soltero, el mayor de 3 hermanos y, actualmente, convive con sus padres en Castellón; sus dos hermanas viven de forma independiente y él ha sido diagnosticado de un trastorno esquizoafectivo, con patrón bipolar. La sintomatología de su enfermedad consiste en presentar vivencias expansivas que tienen una dimensión delirante de tipo megalómano, e impregnan su forma de verse a sí mismo y entender el mundo, se siente con cualidades superiores, incapaz de percibir los aspectos negativos en el día a día. Leopoldo tiene reconocida una pensión de incapacidad permanente, en el grado de absoluta, para todo tipo de trabajo, con una base reguladora de 1.856,77 euros mensuales. El médico forense indica en su informe que Leopoldo precisa apoyos para las habilidades de la vida independiente, para el manejo de medicamentos y seguimiento de tratamientos médicos, no siendo capaz de consentir un internamiento en el caso de que fuese necesario. Que en el ámbito económico presenta

historial de compras innecesarias, impulsivas y sin autocontrol, así como ser víctima de estafas y no es capaz de gobernarse en el ámbito económico-jurídico y administrativo y que su capacidad contractual está alterada porque la condición patológica que padece le impide realizar actos y otorgar consentimiento en este ámbito.

El padre manifestó que su hijo precisa de protección cuando tiene una fase de manía para que no se perjudique y pierda todos sus bienes porque alguien le manipule y se aproveche, que su hijo no ha otorgado poderes notariales, que tiene una pensión de incapacidad absoluta de 1.850 euros al mes y un ingreso de 450 euros de alquiler de un piso de su propiedad que se destina al pago de la hipoteca y gastos del piso. La madre explicó que su hijo tiene un trastorno que le hace gastar excesivas cantidades de dinero y le han timado muchas veces, que su hijo necesita fundamentalmente a su padre todo el día para que le preste los apoyos que precisa, considerando que debe ser el padre quien le efectúe los apoyos que precisa por la buena relación que tienen los dos, siendo los ingresos de su hijo: la pensión y el alquiler del piso del que es propietario, y que además tiene dinero en el banco y fondo de inversión. Leopoldo, en el acto de la audiencia judicial, reconoció tener problemas porque gasta «más de lo que toca»,⁸⁴ acepta que para los grandes gastos necesitará la aprobación de su padre porque ha tenido problemas, explicó que tiene dinero en el banco y una tarjeta con límite de 2000 euros al mes, que acepta que cualquiera de sus padres le preste los apoyos que precisa, si bien, es su padre el que siempre va con él cuando sale a la calle y van a pasear juntos todos los días.

Que estas vivencias se hacen tanto en la esfera personal como en la patrimonial en los actos de administración y disposición económica y en la celebración de contratos, salvo para lo que precise autorización judicial en los supuestos del artículo 287 CC y en esta con carácter representativo.

En similar sentido se pronuncia la Sentencia dictada por el mismo Juzgado, de fecha 13 de febrero de 2022 (Roj: SJPI 299/2022 -ECLI: ES: JPI:2022:299; Cendoj: 12040420092022100001), en la que se nombra a una madre curadora de su hijo Alejandro, diagnosticado de

84. Identificamos esta conducta con un claro supuesto de prodigalidad, término que ha sido derogado de nuestro ordenamiento jurídico por la reforma introducida.

trastorno del desarrollo, capacidad intelectual límite, trastorno por déficit de atención con hiperactividad presentación combinada y trastorno de conducta tipo de inicio infantil para ⁸⁵ tomar decisiones en el cuidado de su persona, el suministro de la medicación pautada, el seguimiento de pautas alimenticias, el manejo de pequeñas cantidades de dinero, para el efectivo seguimiento de sus cuentas corrientes, sus ingresos y gastos y lo representará para realizar actos de carácter económico o administrativo complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones, etc., así como para consentir un tratamiento médico o una intervención quirúrgica. Al tiempo que añade que el curador deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, siempre que sea posible.

En definitiva, se trata de sentencias que abogan por aplicar la curatela con funciones representativas, no sin admitir su excepcionalidad y en supuestos muy concretos, contemplando cada de ellas supuestos distintos a los que aplicar esta figura jurídica, no sin someterlos a los controles judiciales adecuados.

V. CONCLUSIONES

I. En el Derecho romano se reconocía personalidad jurídica, no únicamente por el simple hecho del nacimiento, sino por la concurrencia en la persona de un triple *status*: ser ciudadano romano, libre y ostentar un determinado estado dentro de la familia, circunstancias que concurrían en la persona del *paterfamilias*.

II. En Roma, las personas con capacidad jurídica podían devenir, por una u otra causa, en incapaces de obrar, este era el supuesto de los enfermos mentales y los pródigos.

III. El Derecho romano consideraba a los enfermos mentales incapaces, pues no podían entender lo que hacían, si bien se distinguía, según las épocas, aquellos actos que el enfermo mental pudiera haber realizado en períodos lúcidos para los que sí se otorgaba validez a sus actos. A los enfermos mentales, en Roma, se les nombraba un tutor o un

85. Destacamos que la juzgadora de Instancia sigue los criterios marcados por la médico forense (Fundamento jurídico quinto).

curador, según las épocas, de forma automática en el momento que se contrajera la enfermedad mental y este cesaba en el cargo en el momento en que el incapaz recobraba la cordura, sin la necesidad de procedimiento alguno ni resolución del pretor que determinara que había recobrado la cordura.

IV. A diferencia de los enfermos mentales, en el caso de los pródigos, el Derecho romano regulaba, ya desde las *XII Tablas*, un procedimiento por el que se declaraba pródigo a una determinada persona y por tanto incapaz desde ese momento. Al pródigo se le va a permitir únicamente la realización de actos jurídicos que le sean favorables.

V. El Código Civil español concebía la necesidad de una sentencia firme dictada en un procedimiento judicial para modificar la capacidad de una persona y, por tanto, para el nombramiento de tutor o curador. Esta necesidad se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

VI. La Convención de Nueva York de 2006, sobre personas con discapacidad, ha supuesto el cambio de concepción de la discapacidad, introduciendo nuevos paradigmas en los derechos internos de los países firmantes de la Convención.

VII. El legislador español, recogiendo el mandato impuesto por la Convención, aprobó la Ley 8/2021, de 2 de junio, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, que reforma gran parte de nuestro ordenamiento jurídico, abarcando normas de derecho positivo, procesal, administrativo, etc.

VIII. Con la reforma introducida, el nombramiento de tutor se reserva a los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

IX. Se abandona la necesaria declaración judicial que declare una modificación de la capacidad para el nombramiento de un curador. Aunque esta circunstancia pudiera parecernos un retorno al Derecho romano para los *furiosi*, por cuanto era innecesaria esa declaración judicial, sin embargo, la actual legislación defiende que la capacidad no es modificable y el curador se nombra como figura de apoyo y no de asistencia, mientras que, en el Derecho romano, el *furiosi* devenía incapaz directamente del Derecho Romano por considerarlas ya caducas y apuesta por un máximo respeto a la voluntad de las personas.

X. Otra novedad que introduce la reforma es la derogación de toda normativa que haga referencia a la prodigalidad, apartándose de nuestra tradición legislativa, ya desde las *XII Tablas*.

XI. La reforma supone un auténtico cambio de concepción, no simplemente de un cambio de terminología, sino que desde el enfoque relativo a que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, se atiente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Configura figuras de apoyo y no de asistencia, como venía ocurriendo hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

**EL DESTINO DE LOS ESCLAVOS
CRISTIANOS DE JUDÍOS Y HEREJES
CONDENADOS POR LA INQUISICIÓN.
LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA
Y SUS ARMAS**

*The fate of Christian slaves of Jews and heretics
condemned by the Inquisition. Legal
interpretation and his tools*

FRANCISCO CUENA BOY

Universidad de Cantabria

Resumen: la intensidad hermenéutica de los comentarios dedicados por el portugués Esteban Fagúndez (1577-1645) al tema indicado en el título invita a repasar los variados instrumentos a los que recurre la doctrina jurídica para afrontar un asunto controvertido. Las páginas del lusitano ofrecen en efecto un buen ejemplo, si no de reinterpretación en sentido estricto, sí al menos de recuperación y reajuste de materiales antiguos y tradicionales en función de preocupaciones nuevas o renovadas.

Palabras clave: Interpretación. Esclavos cristianos. Herejes y judíos. Esteban Fagúndez.

Abstract: the hermeneutic intensity of the comments dedicated by the Portuguese Esteban Fagúndez (1577-1645) to the subject indicated in our title invites us to review the various instruments the legal doctrine uses to deal with a controversial issue. Fagúndez's pages offer a good example, if not of reinterpretation proper, at least of recovery and readjustment of old and traditional materials around new or renewed concerns.

Keywords: Legal hermeneutics. Christian slaves. Heretics and Jews. Esteban Fagúndez.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los argumentos: (1) *Pro libertate*. (2) *Pro fisco*. (3) Lusitania: la libertad como *beneficium* y la *praescriptio contra ius positivum*. III. Conclusión del autor. IV. Recapitulación.

I. INTRODUCCIÓN

No es la primera vez que para estudiar un tema asumo un punto de vista afín al sugerido, en general, para las contribuciones que se presentarán en esta edición. En realidad, ese enfoque lo empecé a utilizar hace

mucho tiempo; esto algunos lo saben y yo podría citar, para corroborarlo, tal o cual comunicación de las que a lo largo de los años he ido trayendo a los congresos de la AIDROM. De todos modos, en el conjunto de mi producción, el ejemplo quizá más claro de lo que digo es el artículo «Yanaconazgo y derecho romano, ¿una conjunción extravagante?», del año 2006.¹ En él constato el rendimiento que Solórzano Pereira extrae de los textos romanos relativos a los colonos adscripticios en orden a la asimilación jurídico-legal de una categoría socio-jurídica prehispánica, la de los indios yanaconas, y al aprovechamiento económico de los individuos que la integran. Me parece oportuno subrayar que este trabajo, como todos los demás en los que antes y después he seguido la misma orientación, lo concebí y lo redacté con espíritu de romanista; por tanto, según mi idea, con afán de conocimiento histórico-jurídico, nada más; para decirlo aún con mayor claridad, lejos de toda actitud acomodaticia y sin propósito pragmático alguno.

Felizmente, el tema general del actual congreso me da nueva ocasión de activar ese mismo planteamiento. En esta ocasión, lo haré fijándome en el desarrollo dado por el más apreciado moralista portugués del siglo XVII, el jesuita Esteban Fagúndez (1577-1645), a la cuestión que figura en el título de este trabajo. Y aunque no llegaré a enlazar con aquello de «fundamentos para la ciencia jurídica actual», no tanto por auténtica dificultad, sino por desconfianza instintiva frente a lo que puedan esconder fórmulas de ese tipo, en cualquier caso, sí que habré dado un paso en la dirección que me parece acertada.² No hay, por lo demás, ninguna razón especial que justifique mi elección, sino solo la comprobación superficial de la intensidad interpretativa –creo poder decirlo de esta forma– que concentra el tratamiento dado por Fagúndez al asunto examinado:³ confrontación doctrinal y dentro de ella, a fin de

1. *REHJ*, 28, 2006, pp. 401-424.

2. La desconfianza a la que me refiero se puede expresar de muchas formas; muy recientemente se refiere a ella ÁLVAREZ CORA, E., *La buena o mala fe en la tradición jurídica de Castilla*, Madrid, Dykinson, 2021, con estas palabras (p. 17): «Las comparaciones entre el sistema jurídico romano y el codificado tienden a adolecer de las carencias que provoca, cuando se ejecuta su conexión directa, la asunción de la laguna enorme del derecho intermedio».

3. Superior a mi juicio (la intensidad interpretativa) a la que se encuentra en otros tratadistas que se ocupan del mismo problema; por ej., Luis de Molina, *De iustitia*

dilucidarla, *regulae iuris*, argumentos léxicos y gramaticales, análisis y ponderación de los elementos de la ley (*verba, ratio, sensus, dispositio*), relación entre el *ius commune* y los *iura propria*, unas gotas de probabilismo y, por supuesto, textos de Derecho común (canónico y romano) y de Derecho municipal. Y todo ello, manejado por un teólogo-jurista cuyo principal foco de interés es el *forum conscientiae* y la *salus animarum*: buen ejemplo, si no de reinterpretación en sentido estricto, al menos de reajuste de materiales antiguos y tradicionales en función de preocupaciones nuevas o renovadas. Únicamente a fines descriptivos, para captar la dirección en la que se mueve el reajuste al que me refiero puede ser útil la distinción entre *texto* y *discurso* de algunas teorías sobre la polifonía discursiva, una diferencia que implica, básicamente, que los mismos textos leídos en una situación nueva generan un discurso igualmente nuevo.⁴

Para la vida y el curriculum de Fagúndez remito a la concisa entrada de la *Biblioteca Hispana Nova* de Nicolás Antonio y a las páginas, pocas, pero ilustrativas, que José Barrientos García dedica al jesuita portugués en su *Repertorio de moral económica*.⁵ De la información que proporcionan estos dos autores, un dato que me interesa destacar aquí es el siguiente: influido por la Escuela de Salamanca –en la que, según se la conciba, incluso se le podría encuadrar–, Fagúndez se inscribe en la línea de los tratadistas *de iustitia et iure* iniciada por Domingo de Soto. Pero su obra presenta la singularidad de estudiar solamente las materias *de contractibus* y *de dominio* y la estrecha relación que hay entre ellas.⁶ Desde el punto de vista sistemático, la cuestión de los esclavos cristianos de judíos y herejes llena la mayor parte

et iure, tomus primus, Conchae, 1593, disp. 40; Baptista Frago, *De regimen reipublicae Christianae*, Lugduni, 1652, tomus tertius, lib. 10, disp. 21, § 2, nn. 17-19; Antonio Diana, *Resolutiones morales*, pars séptima, Antuerpiae, 1646, tract. 7, resol. 17, sigue y resume la exposición de Fagúndez.

4. Cfr. VEGA REÑÓN, L., y OLMOS GONZÁLEZ, P., (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*³, Madrid, Trotta, 2016, s. v. *Polifonía* (p. 460).

5. Nicolás Antonio, *Bibliotheca Hispana Nova*, tomo 2, Madrid, 1788, p. 291; BARRIENTOS GARCÍA, J., *Repertorio de moral económica (1536-1670). La Escuela de Salamanca y su proyección*, Pamplona, EUNSA, 2011, pp. 496-500.

6. *De iustitia et contractibus et de acquisitione et translatione dominii libri septem*, sumpt. Laurentii Anisson et haered. G. Boissat, Lugduni, 1641.

de un capítulo sobre los modos en que los esclavos se hacen libres; a su vez, ese capítulo pertenece al segundo libro de la obra, en el que, entre otros asuntos, se estudia la adquisición del *dominium* sobre personas.⁷ Comienzo sin más demora el análisis.

II. LOS ARGUMENTOS

Muy discutido entre los doctores de Castilla y Portugal era el problema de si los esclavos cristianos de aquellos a los que la Inquisición condenaba por herejes alcanzaban, solo por esa razón, la libertad.⁸ Con más exactitud, la cuestión –gravísima y actual: así es como la describe Fagúndez–, se refería a los esclavos cristianos de los judíos e infieles condenados por herejía y apostasía en Hispania ante los tribunales de la Santa Inquisición: ¿pertenecen esos esclavos al fisco, igual que todos los demás bienes de los condenados, o bien se hacen libres *ipso iure* a causa de la condena de sus dueños?⁹ Los términos de la controversia eran éstos exactamente.

(1) *PRO LIBERTATE*: la posición favorable a la libertad se basa en los siguientes fundamentos, que reseño por el mismo orden en que Fagúndez los presenta.¹⁰ Los esclavos cristianos se hacen libres por un beneficio del Derecho: *beneficio iuris*; al dueño, la conversión después de la sentencia –*intra tempus gratiae*– le permite conservar todos sus bienes, pero no los esclavos cristianos, que en todo caso quedan en libertad; seguida por la Inquisición del reino de Castilla, esta práctica tiene el respaldo de cierta instrucción de 1484 por la que los Reyes Católicos dieron la libertad a los esclavos cristianos de cualesquiera

7. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 1-15; nuestro tema en los nn. 5-15 (pp. 158-161); Fagúndez toca el mismo asunto, aunque con menor extensión, en otra obra: *In quinque priora praecepta Decalogi*, tomus primus, Lugduni, sumpt. Laurentii Anisson et haered. G. Boissat, Lugduni, 1641, lib. 1, cap. 24, nn. 13-22.

8. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 1.

9. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 5; los esclavos no cristianos pertenecen al fisco tanto *iure canonico* como *iure Caesareo*: Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 13.

10. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 5 y 6.

herejes.¹¹ A los muchos tratadistas que sostienen lo anterior hablando ex profeso del asunto, se suman todos aquellos que dicen indistinta y absolutamente que los esclavos, se hayan convertido encontrándose bajo la potestad de sus dueños herejes y judíos o fueran cristianos ya de antes, quedan libres después de ser condenados los amos por herejía. El arzobispo de Braga Rodrigo da Cunha (1577-1643), uno de esos últimos autores, deduce de un capítulo de la primera parte del Decreto de Graciano que el hecho de ser cristiano o de bautizarse es suficiente para que el esclavo de un judío, de un pagano o de un hereje consiga la libertad sin pagar precio alguno y no la pierda aunque luego el dueño se convierta; esto es más de lo que dice el capítulo alegado, pero Cunha se basa también en una constitución de Justiniano —en la que el emperador manda que ningún judío, pagano o hereje tenga esclavos cristianos, califica ese hecho de *reatus* y dispone la liberación de tales esclavos conforme al tenor de una ley suya anterior— y en otro capítulo de la misma parte del Decreto.¹²

Como se puede observar, tomados en conjunto, los partidarios de esta primera posición acaban subsumiendo el problema inicial en una cuestión mucho más amplia dentro de la cual queda diluido. En efecto, su defensa de la libertad no se detiene, la mayoría de las veces, en el caso especial de la condena de los dueños por la Inquisición, sino que abarca a todos los esclavos cristianos de todos los herejes y de todos los infieles, vivan o no en tierras sujetas a príncipes cristianos y sean o no abiertamente herejes, judíos o infieles.¹³

11. *Domini Rex et Regina, humanitate et clementia utentes, voluerunt servos quorumcumque haereticorum libertate donari, si in eorum potestate existentes Christiani*: de este modo parafrasea el texto de la instrucción real (*Prima instructio hispalensis*, c. 24) el portugués Francisco Peña: *vid.* Nicolaus Eymerich, *Directorium inquisitorum cum commentariis Francisci Pegñae*, Venetiis, 1595, quest. 11, comm. 128.

12. Respectivamente, D.54 c.15, C. 1.3.54.8 y D.54 c.13; este último texto reza así: *Mancipia Christiana, quaecumque Iudaeum comparasse patuerit, ad libertatem iuxta legum praecepta sine omni ambiguitate perducite; ne, quod absit, Christiana religio Iudaeis subdita polluitur*; la *Editio Romana* anota: *Mancipia Christiana*.] ante emptionem. *Vid.* Rodericus a Cunha, *Commentarii in primam partem Decreti Gratiani, Bracharae Augustae*, 1629, dist. 54, cap. *Mancipia Christiana*. XIII y cap. *Fraternitatem*. XV.

13. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 6; Fagúndez menciona específicamente a los *fraudentissimi Iudaei* que viven *inter Lusitanos tanquam Christiani*: en eso

Tres clases de demostraciones¹⁴ avalan los fundamentos de esta primera posición: *ex iure canonico*, *ex legibus* y *rationibus*. La primera se sustancia en varios cánones que dan la libertad a todos los esclavos cristianos cuyos dueños desertan de la fe verdadera para volver al judaísmo;¹⁵ Fagúndez sostiene que este es el caso de casi todos los judíos que hay en su tiempo en España y Portugal. La segunda descansa en el texto de sendas leyes imperiales: la de Justiniano mencionada hace un momento, cuya absoluta y universal doctrina comprende a «todos los esclavos cristianos y a todos los herejes y judíos, tanto públicos como ocultos», y por eso mismo, en virtud de la regla *ubi ius non distinguit, nec nos distinguere debemus*, a «todos los que en toda Lusitania y España viven secretamente entre nosotros con fe fingida»; y una constitución de los emperadores Arcadio y Honorio que otorga a los esclavos de los maniqueos la libertad si pasan a la Iglesia, o sea, de acuerdo con esta lectura, si se hacen cristianos.¹⁶ Por último, la *probatio rationibus* consiste en una comparación de la posición que se defiende con la emancipación automática de los hijos por herejía de los padres y con la absolución automática de cualquier vínculo de fidelidad u obsequio frente a quien sea que caiga visiblemente en herejía;¹⁷ en el primer caso, el argumento procede mediante la afirmación de paridad entre la *ratio* por la que los hijos se emancipan y la finalidad perseguida

reside toda la actualidad del problema; Diego de Avendaño, *Problemata Theologica*, I, Antuerpiae, apud Engilbertum Gymnicum, 1668, tract. XI *De iure et iustitia*, dist. 7, quaest. 1, n. 10, se refiere a los infieles o herejes que viven bajo la jurisdicción de algún príncipe cristiano. Sobre los cripto-judíos y la inquisición, por todos, *vid.* ROTH, C., *Los judíos secretos. Historia de los marranos*, Madrid, Altalena, 1979, pp. 49 y ss., 63 y ss.

14. *Probationes* en el sentido de la teoría retórica: MORTARA GARAVELLI, B., *Manual de retórica*,⁵ Madrid, Cátedra, 2015, pp. 84 y ss.; *cf.* Quint., *instit. or.*, 5.10.8, 103, 11.3.2; la *probatio*, por otro lado, es la tercera parte del discurso: Quint., *instit. or.*, 3.9.1; Fagúndez, *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 7, introduce los argumentos con la expresión *probatur ex* o *probatur rationibus*.

15. D.54 c.13 y 15, X.5.6.1, 2 y 19, X.5.7.16.

16. Respectivamente, C. 1.3.54.8 y C. 1.5.4.8 (a. 407): *Servos insuper extra noxam esse volumus, si dominum sacrilegum evitantes ad ecclesiam catholicam servitio fidiore transierint; secundum anteriorem nostrarum legum tenorem*, dice la primera ley: *cf.* C. 1.5.20.6 y C. 1.10.2.

17. *Cf.* respectivamente in VI 5.2.2 § *illorum* y X.5.7.16.

por la liberación de los esclavos;¹⁸ en el segundo, se trata más bien de acercar las consecuencias que debe producir un mismo crimen en dos ámbitos relativamente análogos.

(2) *PRO FISCO*: la otra posición afirma que los esclavos (cristianos) pasan al fisco con todos los bienes de los dueños condenados.¹⁹ Más concretamente, los esclavos de los herejes, igual que el resto de sus bienes, son incautados por el fisco en el momento mismo en que los dueños cometen el delito. Los tribunales de la Inquisición en Portugal siguen esta opinión, juzgada «más probable» por los doctores reunidos en el pasado en Lisboa con los miembros del supremo consejo de la santa institución.

Nótese que lo que defiende esta segunda posición tampoco es exactamente una respuesta al problema planteado inicialmente. Esto lo digo tanto porque, según la explicación que se nos da, la confiscación de los esclavos se produce en el momento en que sus dueños caen en la herejía —es decir, sin esperar a la condena por ese delito—, como también porque la religión de los esclavos parece no entrar para nada en consideración.

Veamos de todas formas las *probationes* en las que se basa la tesis de la confiscación. El principal argumento y el único de carácter positivo *se deduce* —el verbo es de Fagúndez— de una disposición del *Liber Sextus* que ordena la automática adjudicación al fisco de todos los bienes de los herejes: un pasaje del *Digesto* confirma que los esclavos se contienen bajo el nombre de bienes, luego estos de los que hablamos corresponden al fisco y no adquieren la libertad.²⁰ No es caprichoso el verbo deducir usado por el portugués: el argumento tiene la forma de una conclusión derivada de una premisa mayor y una premisa menor, respectivamente el texto del *Liber Sextus* y el pasaje del *Digesto*; hasta qué punto estamos ante un auténtico silogismo o ante un razonamiento práctico es cuestión en la que no nos podemos detener.

Las demás demostraciones son de tipo negativo; es decir, se plantean como refutación, una por una, de las principales *probationes* que

18. [P]ropter atrocitatem delicti patrum, et ne a patribus pervertantur» y «propter eandem atrocitatem dominorum, et periculum perversionis.

19. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 8.

20. Cfr. in VI 5.2.19 y D. 20.1.3 (Paul. 5 resp.).

avalan la opinión opuesta. Así, en primer lugar, no parece que el Derecho canónico apruebe la tesis de la libertad, no ya porque esta idea choque frontalmente con el pasaje del *Liber Sextus* que se acaba de citar, sino porque tampoco la sufragan los cánones alegados por quienes la defienden;²¹ la razón estriba en lo inadecuado de extender unos preceptos relativos a judíos que nunca se han convertido a los neófitos de sangre hebrea que viven «entre nosotros como Cristianos»; cualquier cuestión que en relación con estos se pueda suscitar deberá encajarse bajo el título *De haereticis et apostatis* –en el que no hay ningún texto que dé la libertad a esos esclavos– y no bajo el *De Iudaeis*. Tampoco las *leges* ofrecen mayor apoyo:²² los únicos esclavos de los que habla la constitución de Arcadio y Honorio son los pertenecientes a propietarios de las sectas maniquea y donatista, las cuales hoy ya han dejado de existir; además, si se la entiende bien, la ley no ordena la libertad de esos esclavos, sino que dice solamente que, si se hacen cristianos, puedan pasar *extra noxam* al servicio de la Iglesia.²³ En cuanto a la constitución de Justiniano, se refiere únicamente a los esclavos cristianos de los herejes a los que se permitía vivir públicamente en su herejía; la *ratio* que aconsejaba darles la libertad era ponerlos a salvo del peligro de separarse ellos mismos de la fe, toda vez que, al no ser confiscados los bienes de sus dueños, tenían que permanecer sometidos a la potestad de estos; ahora bien, ni la *littera* ni la *ratio* de la ley, ni tampoco, en consecuencia, su *dispositio* se adaptan al caso actual sometido a examen y discusión; ese caso es, recordemos, el de los esclavos

21. *Vid. supra*, nt. 15.

22. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 9 y 10.

23. El *iter* que lleva a esta conclusión consta de varios pasos: 1) para Acursio, las palabras legales *extra noxam sint* aluden a la concesión de la libertad; 2) pero Acursio no era perito en la lengua latina, en la cual *noxam* no significa nunca *servitus*, sino *culpa* o *poena* (cfr. D. 50.16.238.3, Gai. 5 *ad l. XII Tab.*); por tanto 3), la forma correcta de entender la ley es: que los esclavos de los maniqueos sean inmunes de cualquier culpa o pena si, para evitar el sacrilegio de los dueños, se transfieren *ad Ecclesiam catholicam servitio fideliori*; 4) la palabra *servitio* implica que los esclavos, lejos de perder su condición, pasan con ella a potestad de los que adquieren los bienes confiscados a los herejes; 5) de la comparación con C. 1.5.4.6, relativo a los hijos de los maniqueos, se deduce, en definitiva, que *servum extra noxam relinquere* es lo mismo que *veniam poenitentibus dari*; sobre C. 1.5.4.8, *vid.* BUCKLAND, W. W., *The Roman law of slavery*, Cambridge, University Press, 1908, pp. 605 y ss.

de herejes condenados por la Inquisición.²⁴ Por último, la refutación (parcial) de la *probatio rationibus* avanza poniendo en duda la inclusión de los esclavos entre aquellos –vasallos, fámulos, libertos y semejantes, según la *Summa Sivestrina*– a los que uno de los cánones ya vistos libera de todo vínculo de fidelidad u obsequio frente a los herejes.²⁵ Pero aun en el caso de que sí estuvieran incluidos en esa norma, no por ello se harían libres, ya que de la exención del débito de servir a un dueño hereje no se sigue la liberación frente a todo otro señor y en concreto frente al fisco, sucesor del hereje en todos sus derechos y acciones. Confirma ulteriormente lo dicho la relación entre el canon cuyo alcance se discute y otro anterior que ordena la confiscación de los bienes de los herejes sin contemplar ninguna excepción:²⁶ aunque se piense que el canon más reciente libera a los esclavos de sus amos herejes, de ahí no se sigue que se hagan *sui iuris*, puesto que el más antiguo se los adjudica al fisco junto con todos los restante bienes de los dueños.²⁷

(3) *LUSITANIA: LA LIBERTAD COMO BENEFICIUM Y LA PRAESCRIPTIO CONTRA IUS POSITIVUM*: expuestas las razones de cada parte, y antes de comunicarnos su propio pensamiento, Fagúndez se detiene todavía en la tesis de la confiscación, vigente «apud Lusitanos», para explicar los motivos de su predominio.²⁸ Esos motivos son los siguientes: porque tiene a su favor un «texto llano» del que los partidarios de la opinión opuesta no han sabido excluir a los esclavos; parece evidente que la alusión, en singular, es a X.5.7.10, que impone la confiscación *indistincte* de todos los bienes de los herejes. Porque, aun concedido que conforme al *ius commune* los esclavos quedan libres, no consta que esto

24. En España y Portugal no se permite a los herejes y apóstatas vivir *in suo errore*: Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 15.

25. X.5.7.16; *vid. De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 11.

26. Respectivamente X.5.7.16, de Gregorio IX, y X.5.7.10, de Inocencio III.

27. Pese a la fraseología de Fagúndez (*ius... iam antea erat conditum, posterior canon, praecedens statutum*), esta parte de la refutación está muy lejos de basarse en el tópico *lex anterior-lex posterior*; por otra parte, aunque el adverbio *indistincte* de la frase *bona haereticorum indistincte praecipuntur publicari* pretende destacar el alcance general del canon al cual se refiere (el más antiguo de los dos: X.5.7.10), la relación *lex generalis-lex specialis* tampoco parece jugar ningún papel en la refutación. Aparentemente, a los intérpretes no se les ocurrió la solución más sencilla y natural: la falta de conexión entre las dos disposiciones.

28. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 12.

se haya respetado desde que se introdujo el tribunal de la Inquisición en Portugal (en el año 1536),²⁹ de modo de poderse creer que dicho *ius commune* no fue recibido nunca en ese reino o que una costumbre contraria lo derogó. Y en fin, porque, si bien es cierto que contra la libertad no hay prescripción directa,³⁰ sí se podría prescribir «contra el derecho positivo que establece la libertad para el siervo». Este último razonamiento, retorcido a más no poder, pretende que tal prescripción no perjudica a la libertad directamente, como si por ella un *homo liber* se convirtiera en esclavo, sino de forma mediata suprimiendo el «beneficio del derecho positivo», por el que el esclavo del hereje condenado se hace libre; en otros términos, trabajando constantemente para que ese esclavo no pierda su condición.

Que la libertad fuera consecuencia de un *beneficium iuris* lo afirmaban también los partidarios de la primera posición;³¹ ahora vemos cómo desde el otro lado se buscaba volver ese concepto en contra de la propia libertad. De todos modos, bajo el vocablo *beneficium* parece que los dos bandos se refieren en realidad a un *ius singulare*, un derecho especial que contradice la *ratio iuris* del derecho ordinario y que responde a su propio fin o utilidad.³² Aplicando esta figura a nuestro caso, la *ratio iuris communis* sería de carácter eminentemente punitivo, según indica la lectura de los dos cánones que imponen a los herejes la confiscación de todos sus bienes.³³ Menos fácil de identificar es la *ratio iuris singularis*, pues en la base de este se mezclan fines no tan homogéneos, aunque los de orden religioso son de todas formas los que predominan.³⁴ Por lo demás, Fagúndez no nos proporciona ninguna información

29. Vid. ROTH, C., *Los judíos secretos...*, cit., pp. 54 y ss.

30. C. 7.22.3 (a. 314).

31. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 5.

32. Vid. D. 1.3.16 (Paul. *l. sing. de iur. sing.*); cfr. D. 1.3.14 (Paul. 54 *ad ed.*) = D. 50.15.141 pr., D. 1.3.15 (Iul. 27 *dig.*); cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 96 y ss.

33. X.5.7.10, in VI 5.2.19; la posibilidad de recuperar los bienes confiscados merced a la subsiguiente conversión refleja una *ratio* accesoria o secundaria de X.5.7.10.

34. Concesión de la libertad como medio de favorecer la conversión: D.54 c.15, X.5.6.19, C. 1.5.4.8; evitar el peligro para la fe de los esclavos cristianos: D.54 c. 13, X.5.6.19, C. 1.3.54.8 en relación con C. 1.5.26.6; motivación penal: C. 1.3.54.8 en relación con C. 1.10.2; incluso, mera *ratio humanitatis et clementiae* en la instrucción de los Reyes Católicos (vid. *supra*, nt. 11).

acerca del plazo y los requisitos de la supuesta prescripción contra aquel derecho positivo en el que se basaría el beneficio (más bien el *ius singulare*) de la libertad.³⁵

III. CONCLUSIÓN DEL AUTOR

Y llegamos por fin al posicionamiento de Fagúndez,³⁶ el cual no pierde un segundo en declararse mucho más convencido de la opinión favorable a la libertad que por la que defiende, con razones de pareja solidez, la atribución al fisco de los esclavos de herejes y judíos condenados por la Inquisición.³⁷ Pero el jesuita portugués no se limita a mostrar su preferencia, sino que intenta reforzarla frente a los ataques de los adversarios con argumentos que solo en parte son nuevos.

Hablando especialmente a los doctores lusitanos, señala en primer lugar que las leyes y los cánones aducidos *pro prima sententia* (esto es, *pro libertate*) no se expresan con ninguna restricción, sino que hablan absoluta y universalmente de los esclavos cristianos de amos herejes; de este modo retoma –y la dirige expresamente contra la lectura que pretendía limitar el alcance de aquellas disposiciones a los herejes que vivían con sus bienes entre cristianos– una de las *probationes* principales de la primera tesis, aquella que culminaba en la *regula iuris ubi lex non distinguit, nec excipit, nec nos distinguere, aut excipere debemus*, cuyo enunciado extiende ahora de esta forma Fagúndez.³⁸ Y, en segundo lugar, a los miembros de aquel mismo público ideal les señala que los argumentos que sustentan la primera tesis evidencian cuando menos la

35. Molina, *De iustitia et iure*, tomus primus, disp. 40, n. 11, recordando que desde la erección del tribunal de la Inquisición en Portugal han transcurrido (más de) cuarenta años, considera este plazo suficiente *ad praescribendum adversus leges, etiam canonicas* (es decir, *contra libertatem*), pero señala que la aparición de dudas durante ese tiempo, si se hubiera producido, puede ser impedimento para la prescripción.

36. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, nn. 13-15.

37. Fagúndez considera que los doctores castellanos son más felices y piadosos que los autores lusitanos por preferir el bien de la fe y la libertad al aumento del fisco real. ¿Se nos ha colado insensiblemente en el discurso otra *ratio* de la norma común o general a la que hasta ahora no se había hecho referencia directa ni indirecta?

38. Según el portugués, la citada *regula* es evidente a la luz de D. 6.2.8 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) y D. 37.5.1.1 (Ulp. 40 *ad ed.*).

presencia de una «cuestión dudosa y probable por ambas partes», y que lo correcto en una situación de esa índole es atenerse a la letra de la ley e inclinarse a favor de la libertad y de la fe.³⁹

Fagúndez asigna especial fuerza argumental al par de leyes imperiales alegadas en apoyo de la primera opinión, a cada una de por sí y a la relación que supone guardan entre ellas.⁴⁰ Las dos conceden la libertad a los esclavos (de los herejes y de los maniqueos, respectivamente), máxime a los que desean convertirse, y ninguna menciona al fisco para nada. Además, señala, la ley de Justiniano confirma la anterior constitución de Arcadio y Honorio, dato muy importante, si fuera cierto,⁴¹ porque neutralizaría la alegación de absoluta caducidad de esta última por la extinción definitiva de las dos únicas sectas a las que se refería: los maniqueos y los donatistas.⁴² En medio de esta explicación, una nueva reprimenda a los autores lusitanos les recuerda que el fisco no se creó para enriquecer al príncipe sino para el castigo de los crímenes y que, por lo que toca a los herejes propietarios, esta finalidad se alcanza mejor si sus esclavos se convierten y se les da la libertad que si no se les concede.

Por último, nuestro autor acomete su propia lectura de la ley sobre los maniqueos, tan importante para él, como si su propósito fuera únicamente la vindicación de Acursio, acusado de ignorar la gramática por haber entendido que las palabras *extra noxam sint* de esa constitución significan *liberi sint*. El cargo contra el creador de la *Glossa ordinaria* carecería de todo fundamento; por un lado, en la glosa la palabra *noxam* no significa nunca *servitus*, sino *culpa* o *poena*; por otro, Acursio entiende correctamente el verbo *sint* de la discutida frase como un tiempo futuro: «*illi liberi erunt*». Hechas estas puntualizaciones de orden léxico y gra-

39. ¿Aflora aquí el probabilismo del jesuita Fagúndez?; en todo caso, como hemos visto, en Portugal la tesis de la adjudicación al fisco de los esclavos de los herejes gozaba de la consideración de *probabilior*; sobre el probabilismo, *vid.* DECOCK, W., y BIRR, Ch. *Recht und Moral in der Scholastik der frühen Neuzeit 1500-1750*, Berlin-Boston, De Gruyter Oldenbourg, 2016, pp. 27 y ss., 90 y ss.

40. C. 1.3.54.8 y C. 1.5.4.8.

41. Pero no lo es: *vid. supra*, nt. 16.

42. El interés de Fagúndez por salvar esta ley se debe a que sus *rationes* (*vid. supra*, nt. 34) *etiam in nosotros haereticos quadrant*: Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 19.

matical, Fagúndez invita a considerar el texto legal fijándose, más que en el significado de la palabra *noxá*, en el sentido total del período que la contiene;⁴³ y así llega a la que él considera efectiva *dispositio* de la ley, a saber: que los esclavos de los herejes (de los maniqueos y por consiguiente de todos los herejes) puedan, «*absque noxa, id est, absque culpa, et poena*», pasar libremente a la fe católica contra la voluntad de sus dueños y conseguir solo por eso la libertad. En definitiva, Acurcio captó con toda exactitud el sentido completo de aquel período; si algún defecto se le pudiera imputar, sería únicamente la brevilocuencia.

IV. RECAPITULACIÓN

Recapitemos nosotros también con brevedad los resultados que nos ha deparado el análisis llevado a cabo por Fagúndez en términos de hermenéutica jurídica. Y para graduar mejor el interés de esos resultados, recordemos antes dónde y en qué momento estamos situados: en Castilla y (sobre todo) en Portugal a mediados del siglo XVII. Recordemos igualmente el problema propio de ese momento al que se refiere el análisis del jesuita lusitano: qué debe hacerse con los esclavos de judaizantes o cripto-judíos que tanto abundan, según él mismo dice, en ambos reinos peninsulares.

Fijados estos puntos, lo primero que se debe observar es que el acervo jurídico-legal que manejan los defensores de las dos posiciones en liza es poco más o menos el mismo. Se compone ese caudal, básicamente, de una decena escasa de textos de derecho canónico y tres constituciones imperiales romanas.⁴⁴ Aunque esto no es más que un recuento de piezas individuales, pues el dato verdaderamente importante es la perspectiva que permite asumirlas como elementos de un todo compuesto y tendencialmente armónico. En la reseña que hace Fagúndez de las dos posiciones, la partidaria del fisco recaba apoyo de dos cánones ignorados por

43. Pero Fagúndez transcribe el texto de la ley (*vid. supra*, nt. 16) adaptándolo ligeramente a sus propósitos: *Si ad Ecclesiam catholicam servitio fideliori transierint*, id est, servi, *extra noxam sint*; *vid. De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 15.

44. Dejamos fuera la instrucción de los Reyes Católicos de 1484 y cuatro pasajes del *Digesto* cuya función no pasa de instrumental.

la favorable a la libertad; esta, además, prescinde de otra constitución imperial de la que parece que también se podría haber ayudado.⁴⁵

En segundo lugar, tomados globalmente –es decir, al margen de la adscripción partidaria de cada uno–, los razonamientos que aparecen en las páginas de Fagúndez se pueden dividir en varios tipos. Así, por ejemplo, el criterio sistemático se usa para emplazar el problema que se discute, previa su definición en forma apropiada, bajo un título –*De haereticis et apostatis*– en lugar de bajo otro distinto –*De Iudaeis*–; la consecuencia es el cambio de la regulación a la que el asunto queda sujeto, mudanza cuya importancia difícilmente se podrá negar. Como luego diré, la inclusión del problema en el campo de aplicación de una norma determinada depende asimismo del engarce entre la adecuada definición del problema y el supuesto legal o la previsión de la norma de que se tratae. Del criterio gramatical o genéricamente lingüístico hemos encontrado varios usos: uno, el más evidente, consiste en aclarar el significado individual de tal o cual palabra de una ley, lo que cada parte hace de una forma, y establecer acto seguido el sentido de una frase legal dentro de un contexto más amplio; además, y como mínimo, las alusiones al alcance del tenor literal de los cánones y las leyes (e incluso de una opinión doctrinal) mediante el empleo de adverbios como *indistincte*, *absolute* o *generaliter* se relacionan también con el criterio gramatical; la misma oportunidad de alegar la regla *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* se basa, de forma explícita, en la dicción absoluta y universal de ciertos textos. Dogmático se podría llamar al criterio en virtud del cual se traen a la discusión, con desigual acierto, conceptos tales como el de sucesión (del fisco en el lugar del hereje condenado), *beneficium iuris* (mejor *ius singulare*) y *praescriptio contra ius positivum*.⁴⁶ Al probabilismo en cuanto método o doctrina para enfrentar situaciones moralmente dudosas, inseguridad que de no ser superada paralizaría la acción, apela nuestro autor en el momento de alinearse con la tesis de la libertad; el dato de que la tesis opuesta había sido juzgada

45. Respectivamente en VI.5.2.19 y X.5.7.10 y C. 1.10.1 (a. 239); Fagúndez sí menciona esta última ley en *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 14.

46. Aunque Fagúndez no recoge el dato en sus páginas, al fondo de esa prescripción se intuye la presencia de X.1.4.11: *Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iure positivo debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et praescripta*.

«*probabilior*» por una junta de sabios y miembros de la Inquisición portuguesa refleja vagamente la aplicación del mismo método.

Por último, una mención del criterio analítico resulta de todo punto indispensable. Bajo esa etiqueta reúno los procedimientos hermenéuticos que operan con los elementos en los que se descompone la ley en general. De esos elementos, en las páginas revisadas asoman los siguientes: *locutio*, *verba legis* o *legis littera*, *sensus*, *ratio legis* y *legis dispositio*.⁴⁷ El punto de partida implícito es la concepción de la ley como un compuesto formado por *verba* y *ratio* —el texto legal y la finalidad que la ley se propone conseguir—; las relaciones entre estos dos términos definen el punto principal en torno al que se afanan los ensayos de interpretación.⁴⁸ Siempre con la mira de la brevedad, en el escrito que hemos examinado es notable, en primer lugar, la aseveración de concordancia plena entre la «*ampla locutio*» y la *ratio* de las leyes y los cánones invocados para defender la liberación de los esclavos;⁴⁹ y en segundo lugar, el señalamiento de la paridad de *ratio* en la emancipación *ipso iure* de los *filiifamilias* por la herejía de sus padres y en la propugnada liberación de los esclavos por la herejía de sus dueños: el castigo del delito en el primer supuesto y la prevención del riesgo de perversión en el segundo.⁵⁰ En el bando opuesto hemos visto una operación más compleja articulada en dos pasos: la delimitación del supuesto al que se aplican los *verba* de una determinada ley y la declaración, a la vista de esa delimitación, de la *ratio legis*; por ambas vías, el ejercicio concluye en la negación de todo contacto entre la ley interpretada y la situación de los judaizantes lusitanos; ese resultado es enfáticamente referido a cada uno de los elementos legales: «*neque legis littera, neque eius ratio accomodari potest... deficit iuris illius dispositio*».⁵¹

47. El término *sententia* también está presente, pero con el sentido de opinión doctrinal (nn. 5, 7, 11 y 12) o con el de decisión judicial (n. 11); la palabra *mens* se usa en Fagúndez, *In quinque priora praecepta*, tomus primus, lib. 1, cap. 24, n. 20: *mens illorum, qui haec iura condiderunt*, en referencia a D.54 c.13 y 15 y X.5.6.19.

48. Vid. CUENA BOY, F., «*Verba, mens, ratio*: Fernando Rebello sobre la interpretación del *ius scriptum*», *Interpretatio Prudentium*, IV (1), 2019, pp. 135-189.

49. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 6.

50. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 7.

51. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 10.

Los casos anteriores se orientan todos en la dirección del absoluto predominio de la *ratio legis* en materia de interpretación. Sin embargo, aún cabe añadir algo respecto al elemento de los *verba* y su importancia. Sobre una sola palabra –un sustantivo– pivota la idea de que la ley imperial que la incorpora carece de todo correlato en la realidad actual y no tiene, por tanto, ninguna posibilidad de ser aplicada. Esto según la opinión favorable al fisco, porque la partidaria de la libertad salta limpiamente por encima del obstáculo y asume el vocablo en cuestión como si se tratara de una sinécdoque: «*servi haereticorum, Manichaeorum, et consequenter omnium haereticorum...*». ⁵² En la interpretación de la misma ley, es muy relevante la indicación de que su significado no coincide necesariamente con el significado literal de las palabras legales aisladas, sino con el *sensus* que se infiere de una consideración global del texto. ⁵³ Por último, la obscuridad o la concisión de los *verba*, en otra norma, da pie a interpretaciones que se oponen como los dos polos del *status (causae) ex scripto et sententia*, ⁵⁴ negando o defendiendo, respectivamente, la inclusión de los esclavos entre los sujetos a los que la norma implícitamente se refiere.

52. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 15.

53. *De iustitia et contractibus*, lib. 2, cap. 6, n. 15: *attendens magis ad sensum totius periodi legis, quam ad significatum verbi noxa*.

54. Vid. GUZMÁN BRITO, A., *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pezreya, 2000, pp. 381 y ss.

**NOTAS SOBRE EL ESTATUS
DE LA MUJER EN EL IMPERIO
DE CONSTANTINO**

*Notes on the status of women
in Constantine's Empire*

ADOLFO A. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES

Universidad de Murcia

Resumen: el emperador Constantino es, con toda seguridad, el último gran gobernante del Imperio romano. Ninguno de sus sucesores logrará aglutinar todo el territorio bajo un mismo poder efectivo. Para ello, Constantino asumirá el discurso de la religión mayoritaria del Imperio en el siglo IV: el cristianismo. Conforme con ello, a través de su legislación, consagrará un modelo de mujer incardinado en la fidelidad conyugal, que pondrá fin a cierta autonomía que habían alcanzado las mujeres en los años anteriores.

Palabras clave: Mujer. Sociedad. Bajo Imperio. Constantino.

Abstract: emperor Constantine is surely the last great ruler of the Roman Empire. None of his successors will succeed in bringing together the entire territory under the same effective power. To this purpose, Constantine will assume the discourse of the majority religion of the Empire in the fourth century: Christianity. Accordingly, through its legislation, it will enshrine a model of woman incardinated in conjugal fidelity that will put an end to a certain autonomy that women had achieved in previous years.

Keywords: Women. Society. Low Empire. Constantine.

SUMARIO: I. El emperador Constantino. II. La influencia del cristianismo en la política de Constantino. II.1. ¿Era Constantino cristiano? II.2. La mujer en el cristianismo. II.3. Preocupación por el matrimonio. III. La mujer en la sociedad postclásica. III.1. Modelo de mujer. III.2. Matrimonio y capacidad matrimonial. IV. Conclusiones.

I. EL EMPERADOR CONSTANTINO

Flavius Valerius Constantinus, de origen serbio, fue proclamado emperador en York (Britania) el 25 de julio de 306, gobernando primero la parte occidental y, a partir del 324, el Imperio unificado.

Tras la renuncia de Diocleciano y Maximiano (305 d. C.) los cesares Galerio y Constancio (padre de Constantino) ascendieron al trono, en aplicación de las reglas de sucesión de la tetrarquía diseñadas por Diocleciano. Sin embargo, la muerte de Constancio en el año 306 provocó que las legiones británicas proclamaran a su hijo Constantino como imperator, lo cual fue rechazado en Hispania. Al mismo tiempo, el augusto Galerio nombró colega al César Valerio Severo. Ese mismo año, el pueblo de Roma nombra emperador a Majencio, hijo del anterior tetrarca Maximiano. Este último regresó también a la escena política reclamando el título de augusto. Desatándose así, una vez más, la guerra civil en el Imperio romano, enfrentamiento que durará veinte años.

Tras un periodo convulso en el que llegaron a proclamarse siete augustos simultáneamente, Majencio fue vencido por Constantino en la batalla del Puente Milvio, en las afueras de Roma, el 28 de octubre de 312, alzándose finalmente con el poder absoluto del Imperio de Occidente, mientras que la *pars orientalis* era gobernada por Licinio, que firmó la paz con Constantino en 317. En el año 324, después de sitiar Bizancio y vencer a la armada de Licinio en la batalla del Helesponto, Constantino logró derrotar definitivamente a las fuerzas licinianas en Crisópolis y hacerse con el control de todo el Imperio.

En algunos aspectos, Constantino representa el nacimiento de la monarquía absoluta y hereditaria, anticipando las formas de gobierno que se impondrán a finales de la Edad Media. Durante su reinado se introdujeron importantes cambios que afectaron a todos los ámbitos de la sociedad del Bajo Imperio. Reformó la corte, las leyes y la estructura del ejército. Constantino trasladó la capitalidad del Imperio a Bizancio, a la que cambió el nombre por Constantinopla. Falleció, por enfermedad en 337, 31 años después de haber sido nombrado emperador en Britania. Al final de su vida y solamente antes de morir se bautizó para morir como un cristiano.

Bajo su Imperio se autorizó la práctica del cristianismo, aunque los motivos profundos y las circunstancias concretas del Edicto de Milán, que en el año 313 autorizó la libertad religiosa, son aún objeto de debate. Un edicto similar ya se había emitido en el año 311 por el tetrarca Galerio; sin embargo, el edicto de Galerio concedía a los cristianos el derecho a practicar su religión, pero no a recuperar los bienes confiscados. A partir del llamado «Edicto de Milán», la religión

cristiana fue obteniendo privilegios y penetrando en la vida pública romana, surgiendo desórdenes públicos entre las distintas corrientes. El emperador Constantino convocó el Primer Concilio de Nicea (20 de mayo al 25 de julio de 325) para terminar con algunos de los problemas doctrinales que afectaban a la Iglesia de los primeros siglos, especialmente el arrianismo.

Constantino el Grande continuó la reforma económica iniciada por Diocleciano, con medidas monetarias (aumento de la ley de la moneda) y redobló la presión fiscal, lo que provocó, a la larga, un mayor empobrecimiento.

Constantino falleció el 22 de mayo de 337 en Nicomedia. A su muerte, le sucedieron sus tres hijos, Constantino, Constante y Constancio, repartiéndose el imperio entre ellos.

Conocemos las disposiciones de Constantino tanto por el Código Justiniano como por el Teodosiano, redactado en 429 a instancias del emperador Teodosio II. El Código de Justiniano recoge 351 fragmentos atribuidos a Constantino, a cuyo estudio dedicamos el presente trabajo.

No conocemos la identidad de los juristas de la corte de Constantino, como es habitual en el periodo postclásico, en el que los juristas quedan eclipsados por la cancillería imperial. Acaso Aurelio Arcadio Carisio sea el único nombre conocido de este periodo y no podemos aventurar la autoría de los textos jurídicos que comentamos, más allá de la atribución que el código realiza a la autoridad imperial.

Como siempre que se emprenden trabajos exegéticos de las fuentes justinianas y, especialmente, cuando se pretenden analizar cuestiones sociales, temporales o geográficas a partir de la información contenida en las mismas, debe advertirse de la posible parcialidad o corrupción de los datos. Es posible que los textos hayan sido interpolados (aunque no es un fenómeno frecuente en textos postclásicos), que hayan sido corrompidos en la transmisión postjustiniana o que el elenco de textos no sea completo. Es probable que Constantino promulgara más constituciones de las que conocemos y que estas no se hayan conservado.

Nuestro estudio se circunscribe al análisis de las constituciones atribuidas a Constantino en el código de Justiniano; centrándonos aquí en aquellas que muestran el modelo de mujer presente en la sociedad diseñada por Constantino.

II. LA INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN LA POLÍTICA DE CONSTANTINO

II.1. ¿ERA CONSTANTINO CRISTIANO?

Eusebio es considerado el autor más relevante de este periodo y tuvo un papel esencial en la construcción del relato de los primeros siglos de la Iglesia. Fue obispo de Cesárea a partir del año 313, y participó de manera relevante en el Concilio de Nicea convocado por Constantino en 325. Según sus propias palabras, conoció a Constantino en Palestina durante el Imperio de Diocleciano.¹ Su «Historia de la Iglesia» es una obra capital para conocer los primeros pasos del cristianismo. Escrita posiblemente en el año 326, cuenta con diez libros, uno de los cuales está dedicado específicamente a Constantino. También se conserva su «Vida de Constantino», panegírico en cuatro libros compuesto tras la muerte del emperador en el año 337.

En su descripción, Eusebio presenta a Constantino como un ferviente cristiano, impactado por la visión de Dios en la batalla del Puente Milvio, que encarnó todas las virtudes del hombre piadoso. Sin embargo, la historiografía rechaza esta imagen, por más que Eusebio sea el único testigo directo con que contamos. Los estudiosos señalan que la vida de Constantino refleja hechos y actitudes que contradicen este icono: la lucha por el poder contra Majencio, Maximiano, Licinio, la ejecución de Crispo y el asesinato de Fausta, la *dedicatio* pagana de Constantinopla, la presencia solar en la imaginería numismática, son indicios de que la supuesta fe del emperador debe tomarse con cautela.²

Hoy día existe cierto consenso académico en que Constantino supo aprovechar, por razones de Estado, la propagación del cristianismo entre los habitantes del Imperio en una estrategia bastante más hábil que la de su predecesor Diocleciano, que trató de reprimir el culto cristiano. Probablemente, el Emperador supo ver que resultaba más útil tolerar el cristianismo y utilizar su naciente estructura para imponer un determinado modelo social y político. En ese proceso, sin duda, la

1. *Vita Constantini*, I, 10.

2. GURRUCHAGA, M., *Introducción a Eusebio, Vida de Constantino*, Madrid, Gredos, 1994, p. 5.

propia mentalidad e ideología de Constantino influyó en la configuración del pensamiento cristiano,³ pero también planteamos en este trabajo la hipótesis de que la ética cristiana, ya muy numerosa en el Imperio del siglo IV pudiera haber influido en la política legislativa del Emperador, fuera este o no devoto de la nueva religión. La participación activa del emperador en las disputas canónicas y en la celebración de concilios sugiere que Constantino tuvo entre sus asesores importantes ideólogos de la nueva religión.⁴

II.2. La mujer en el cristianismo

Para tratar de identificar la posible influencia del cristianismo del siglo IV en la ideología de Constantino en lo referente a la mujer, debemos aclarar primero qué entendemos por cristianismo. El pensamiento cristiano surge, obviamente, de las enseñanzas de Jesús en la Palestina del siglo I, pero tales doctrinas tuvieron que modelarse a lo largo de los tres siglos posteriores en su expansión por el Imperio romano, mezclándose con las ideas asentadas en la mentalidad del momento. López Salvá⁵ destaca al respecto las influencias de Platón⁶ y de Aristóteles⁷ por un lado y la propia estructura patriarcal romana, si bien, como ya afirmamos en otro lugar,⁸ resulta arriesgado englobar la larga trayectoria del mundo romano en afirmaciones generales, ya que la condición de la mujer sufrió enormes cambios a lo largo de los siglos.

3. Conocida es su intervención personal en el Concilio de Nicea que introdujo en el credo la *homoousios* (de la misma naturaleza que el Padre), para intermediar entre arrianos y ortodoxos.

4. Uno de ellos parece que fue Osius, obispo de Córdoba, quien participó activamente en la redacción del llamado «Edicto de Milán». En C..3.24.1 consta acreditada la presencia del Emperador en Córdoba en diciembre del año 317.

5. LÓPEZ SALVÁ, M., «La Iglesia y las mujeres (siglos I-IV)», en *Erytheia: Revista de estudios bizantinos y neogriegos*, 16, 1995, pp. 7-28, p. 10.

6. Que afirmaba que, *en todo, la mujer es más débil que el hombre*.

7. Que consideraba a la mujer *un macho fallido*.

8. DÍAZ-BAUTISTA, A., «La sociedad en los rescriptos de Diocleciano», en *Administración, estado del bienestar y políticas socioeconómicas*, Castelló, Universitat Jaume I, 2019, pp. 71-96, p. 73.

Los Evangelios muestran una importante presencia de la mujer en el ámbito cercano de Jesús, que escandaliza a muchos de sus contemporáneos del ámbito judío. El Evangelio de Lucas narra la amistad de Jesús con Marta y María (Lc 10, 38-42); Juan nos recuerda que la Samaritana vive en concubinato, lo cual no impide que Jesús la trate con respeto (Juan 4,27); también hablan todos los Evangelios de su amistad con María Magdalena (Lc 7, 36-49; Mt. 26, 6-13; Mc 14, 3-9 y Jn 12, 1-8). Esta actitud de Jesús ante las mujeres, pese a resultar escandalosa para sus coetáneos, enraíza con el relato de la creación contenido en el Génesis⁹ y fue acogida por algunos de sus seguidores.¹⁰

Si la mujer reflejada en los Evangelios y en las epístolas de San Pablo aparece como un sujeto independiente, liberado (hasta cierto punto), apto para estudiar la Palabra (como María, la hermana de Lázaro), en el siglo IV Constantino se va a preocupar por defender la posición de una mujer pudorosa, casta, honesta, cuya dignidad debe protegerse en la medida en que ella misma la salvaguarde. Para ello, el Emperador va a desplegar un gran esfuerzo normativo en dignificar el matrimonio.

II.3. Preocupación por el matrimonio

Aunque el cristianismo ofrecía a las mujeres una alternativa al matrimonio en la vida consagrada,¹¹ la consideración del estatus de la

9. «Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó» (Génesis 1,27).

10. «Ya no hay varón ni mujer, todos sois uno en Cristo Jesús» (Epístola de San Pablo a los gálatas 3,28). La consideración de la mujer por Pablo de Tarso ha sido un tema tradicionalmente polémico, ya que entre sus cartas se pueden encontrar afirmaciones como la transcrita, que proclaman la igualdad entre los sexos y otras que parecen sugerir el predominio del hombre sobre la mujer. Destacamos, por la relevancia que va a tener en nuestra argumentación, la frase contenida en Corintios 14.34: «Cállense las mujeres en las asambleas». Por su parte, el papa Benedicto XVI ha destacado el importante papel protagonista desempeñado por las mujeres en las primeras comunidades cristianas, RATZINGER, J. A., *Los apóstoles y los primeros discípulos de Cristo en los orígenes de la Iglesia*, Argentina, Espasa, 2007.

11. Los autores señalan a Pablo de Tarso como firme defensor del celibato, como forma de vida más perfecta que el matrimonio, afirmando que «el casado... está

mujer en el mundo romano pasaba, mayoritariamente, por el matrimonio. En el diseño social de la antigüedad (y hasta tiempos muy recientes) cualquier situación que supusiera el desarrollo de una mujer independiente (soltera, viuda, etc.) resultaba excepcional. Por esta razón, en la mentalidad del siglo IV dignificar el papel de la mujer entrañaba necesariamente fortalecer la institución del matrimonio donde, aunque la mujer resultase sometida al marido, se encontraba protegida y defendida.¹²

III. LA MUJER EN LA SOCIEDAD POSTCLÁSICA

El hombre y la mujer han tenido desde las primeras comunidades humanas distintos papeles sociales, lo que no necesariamente se traduce en una opresión sobre el género femenino. Aun interpretando la historia desde esa visión de opresión machista, tendríamos que admitir que la relación entre los géneros a lo largo del tiempo es diferente, planteándose distintas fases en la historia de Roma.

En este sentido, la evolución del matrimonio romano a finales de la República muestra un proceso de «emancipación de la mujer» que fue frenado por las políticas conservadoras de Augusto que trató de imponer la vuelta a los valores tradicionales mediante el uso de mitos, como el de Lucrecia encarnado en el ejemplo de matrona de Livia.¹³

dividido» (1 Cor. 7, 33-34), pues ha de cuidarse de las cosas del mundo y no podrá nunca unirse totalmente a Dios (1 Cor. 6, 17). Ello le mereció el furibundo ataque de Basilio de Seleucia. Frente a ello se alzan defensores del matrimonio cristiano como Clemente de Alejandría o Tertuliano, cuya *Carta sobre el matrimonio* recoge ya la idea fecunda de la *una caro*.

12. Como señala Castán Pérez-Gómez, es bien sabido que las mujeres tenían la condición social de sus padres o maridos y a través del matrimonio se procuraban una honorabilidad propia que era muy apreciada en la sociedad romana... Algunos textos contemplan el círculo de las mujeres casadas de la alta sociedad como otro de los «ordines» sociales, el *ordo matronarum*. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., «El papel de la mujer romana en la política del siglo I a. C. ¿Influencia política, participación indirecta o influencia social?», en *Revista Internacional de Derecho Romano (RIDROM)*, 24, 2020, pp. 540-601, p. 547.

13. *Vid.* CONDE GUERRI, E., *La sociedad romana en Séneca*, Murcia, Universidad de Murcia, 1979, p. 29.

Sin embargo, es probable que la crisis del siglo III influyera en un relajamiento del estatus tradicional implantado por Augusto y que a lo largo del principado se produjera una lenta pero imparable emancipación femenina coincidente con la decadencia del antiguo sistema familiar romano. En el siglo II después de Cristo, el jurista Gayo hablaba de la tutela sobre la mujer en términos que no solo reflejan su carácter obsoleto, sino que demuestran el rechazo social por esta clase de medidas.

Esta evolución de la posición jurídica de la mujer tiene su punto de llegada en la época de Diocleciano. El análisis de los textos legales emitidos por la cancillería diocleciana nos permitió extraer una serie de conclusiones sobre la participación de la mujer en la vida comercial y jurídica que reflejan una importante autonomía social y patrimonial de las mujeres en los albores del siglo IV. Dicha autonomía parece decaer en el reinado de Constantino.

III.1. Modelo de mujer

En el modelo social diseñado por Constantino, la mujer ostenta, como no podía ser de otro modo, un papel relevante. El emperador no es ajeno a la radical trascendencia de las esposas, hijas o madres en la tarea de conformar una sociedad conforme a las nuevas ideologías imperantes.¹⁴ Al estilo de Augusto, Constantino es consciente de la necesidad de domeñar la «peligrosa» liberación femenina que –según nuestra opinión– venía produciéndose a lo largo de las últimas centurias y que aparece reflejada en la legislación de Diocleciano.

14. Como señala Muñoz Pérez, Constantino era consciente de que la unidad social básica es la familia, compuesta por hombre y mujer, como más tarde remarcará San Agustín. De hecho, el propio Agustín hace referencia a la paz y la vinculación de *pax y societas*. La paz en la familia se consigue a través el matrimonio. Por eso, dentro de las distintas formas de «sociedad», la más básica es el matrimonio, de él nace la familia, de la familia la ciudad y de la ciudad al mundo. Lo que hace es seguir el orden de pacificación desde la base. El interés es político, y su visión es esa instrumentalización del cristianismo como forma de mantener la unidad del Imperio. Unidad, que además ocupa un lugar muy relevante en la doctrina cristiana y en comunión con las necesidades del Imperio. MUÑOZ PÉREZ, J. C., «Civitas y cives en San Agustín. La construcción de la Iglesia como Estado: Fundamentos de orden constitucional», *Revista antigüedad y Cristianismo* 31-32, 2015, pp. 47-64, p. 55.

Del mismo modo que Augusto propone a sus contemporáneos el ejemplo de Livia como casta esposa que teje la lana, el modelo femenino de Constantino será su augusta madre, Santa Helena.

La legislación de Constantino va a tender a proteger la figura de la mujer honesta, pudorosa, casada en justas nupcias. Será sin embargo implacable con la mujer deshonesto, libertina, cuyos derechos no dudará en cercenar. Así debe entenderse el siguiente texto en el que advierte de que los delitos de adulterio y estupro a aquellas mujeres humildes *quas vilitas vitae dignas legum observatione non credidit*: C. 9.9.28. *Quae adulterium commisit, utrum domina cauponae an ministra fuerit, requiri debet, et ita obsequio famulata servili, ut plerumque ipsa intemperantiae vina praebuerit: ut, si domina tabernae fuerit, non sit a vinculis iuris excepta, si vero potantibus ministerium praebuit, pro vilitate eius quae in reatum deducitur accusatione exclusa liberi qui accusantur abscedant, cum ab his feminis pudicitiae ratio requiratur, quae iuris nexibus detinentur et matris familias nomen obtinent, hae autem immunes ab iudiciaria severitate praestentur, quas vilitas vitae dignas legum observatione non credidit* (a. 326, Heracleae).

Por el contrario, la mujer respetable va a gozar de cierta independencia patrimonial y por ello se le va a permitir que acceda a la mayoría de edad a los 18 años, igual que los varones, *sin necesidad de participar en reuniones públicas, para no comprometer su pudor*, tal como dispone C. 2.44.2.1. *Feminas quoque, quas morum honestas mentisque sollertia commendat, cum octavum et decimum annum egressae fuerint, veniam aetatis impetrare sancimus. sed eas propter pudorem ac verecundiam feminarum in coetu publico demonstrari testibus non cogimus, sed percepta aetatis venia annos tantum probare testibus vel instrumentis, misso procuratore, concedimus, ut etiam ipsae in omnibus negotiis tale ius habeant, quale mares habere praescripsimus, ita tamen, ut praedia sine decreto non alienent* (a. 321, Romae).

Proteger a los menores y especialmente a las niñas sometidas a tutela es también una forma de reconducir a la sociedad al modelo ético proclamado por el cristianismo. El emperador sanciona con duras penas y pérdida del patrimonio al tutor que violase a su pupila. C. 9.10.1. *Si tutor pupillam quondam suam violata castitate stupraverit, deportatione subiugetur atque universae eius facultates fisci viribus vindicentur,*

quamvis eam poenam debuerit sustinere, quam raptori leges imponunt (a. 321, Aquileiae).

Con el mismo ánimo de favorecer la independencia de aquellas mujeres consideradas respetables, el emperador deroga las leyes que estimulaban la natalidad, declarando la igualdad jurídica de quienes permanecieran célibes: C. 8.57.1. *Qui iure veteri caelibes habebantur, imminetibus legum terroribus liberentur atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur; sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbis habeatur: proposita huic nomini damna non noceant.* 1. *Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus imposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue ómnibus* (a. 320. Romae).

Ciertamente, en algunos casos, la fría y aséptica redacción de los textos jurídicos deja entrever la terrible sociedad en la que se insertan y las duras condiciones en que vivía la mayor parte de habitantes del Imperio. El emperador, a pesar del clasismo que inunda toda su legislación, en algún caso parece compadecerse de la extrema pobreza de aquellos que se ven en la necesidad de vender a sus propios hijos recién nacidos, estableciendo que —excepcionalmente, y a pesar de la prohibición establecida por Diocleciano unos años antes— sea válida la venta, pudiendo «recomprarse» la libertad de los hijos vendidos pagando el precio:¹⁵ C. 4.43.2pr. *Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem* (a. 329, Serdicae).

III.2. Matrimonio y capacidad matrimonial

En una sociedad guerrera como la romana, un problema que afectó a la población a lo largo de todo el Imperio fue la marcha de los varones

15. Sin embargo, el propio Constantino prohibió la exposición de los recién nacidos, sancionando su práctica con la pérdida de la patria potestad; el emperador Constantino en el año 313 d. C sanciona la facultad de *ius exponendi* en el Codex Theodosianus. 5.9.1. *Vid.* BAELO ÁLVAREZ, M., *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 89.

a la guerra y su desaparición en combate. Evidentemente esta circunstancia impactó sobre la estructura social de modo desigual a lo largo de la historia, pero resultó frecuente que las mujeres tuvieran que sacar adelante la familia y el patrimonio mientras el esposo pasaba largos años en las legiones. Al margen de la regulación jurídica, esta circunstancia tuvo una innegable repercusión en una forma de «liberación femenina» que los textos jurídicos traslucen.¹⁶

Uno de los problemas derivados de esta situación es la imposibilidad de la esposa del legionario desaparecido en combate para rehacer su vida ante la inexistencia de un expediente de declaración de fallecimiento. La falta de constancia del óbito del esposo impedía unas segundas nupcias para la viuda, que quedaba en un limbo jurídico. Es posible que en muchos casos esta circunstancia no fuera un gran problema: o bien la esposa se hacía cargo de manera independiente del patrimonio y la familia o bien iniciaba una convivencia *more uxorio* con un varón al margen de las formalidades de la norma. Pero en algunos casos podía ser necesario legalizar esta nueva situación. Por ello, el emperador Constantino, revelando un deseo de fortalecer la posición jurídica de la mujer y desterrar las situaciones al margen de la ley, decreta en 337 la posibilidad de que la esposa del soldado desaparecido en combate pueda contraer nuevas nupcias tras cuatro años de ausencia. C. 5.17.7. *Uxor, quae in militiam profecto marito post interventum annorum quattuor nullum sospitatis eius potuit habere indicium atque ideo de nuptiis alterius cogitavit nec tamen ante nupsit, quam libello duces super hoc suo voto convenit, non videtur nuptias inisse furtivas nec dotis amissionem sustinere nec capitali poenae esse obnoxia, quae post tam magni temporis iugitatem non temere nec clanculo, sed publice contestatione deposita nupsisse firmatur* (a. 337).

Como queda dicho, la preocupación de Constantino por la mujer se refiere a cierto modelo de mujer decorosa y honesta que no siempre encaja con la realidad social del Imperio. Por esta razón se hace necesario reconducir a la norma las distintas construcciones familiares consideradas

16. Un efecto similar se produjo en el siglo xx cuando, con motivo de la II Guerra Mundial, la sociedad norteamericana tuvo que abandonar la política «proteccionista» que impedía el protagonismo de la mujer para permitir su incorporación al mundo laboral y, con ello, dar paso a su empoderamiento.

ilícitas. Un caso paradigmático sería la unión *more uxorio* de la ciudadana con su esclavo. Como es sabido, nada impedía al *dominus* (o a la *domina*) mantener relaciones sexuales con la servidumbre como parte de los derechos derivados de la propiedad del esclavo, sin embargo, resultaba escandaloso que se pretendiera presentar a la sociedad una relación de este tipo como una variedad de familia estable generadora de descendencia. El emperador, en un decreto promulgado en Sérdica, en el año 326, y recogido en C.9.11, se manifiesta muy riguroso frente a aquellas mujeres *quae servis propriis se iunxerunt*. En él se condena a la mujer a la hoguera, inaugurando quizá la larga tradición de quemar a las mujeres que se apartaban de la norma establecida. El esclavo sufriría la misma suerte, salvo que denunciara el delito, en cuyo caso se le daría la libertad. Respecto a la prole nacida de tan irregular contubernio, se vería privada de todo derecho sucesorio respecto a su madre: C. 9.11.pr. *Si qua cum servo suo occulte rem habere detegitur; capitali sententia subiugetur; tradendo ignibus verberone*. 1. *Sitque omnibus facultas crimen publicum arguendi, sit officio copia nuntiandi, sit etiam servo licentia deferendi, cui probato crimine libertas dabitur*. 2. *Filii etiam, quos ex hac coniunctione habuit, exuti omnibus dignitatis insignibus in nuda maneant libertate, neque per se neque per interpositam personam quolibet titulo voluntatis accepturi aliquid ex facultatibus mulieris*. 3. *Successio autem mulieris ab intestato vel filiis, si erunt legitimi, vel proximis cognatisque deferatur vel ei, quem ratio iuris admittit: ita ut et quod ille qui quondam amatus est et quod ex eo suscepti filii quolibet casu in sua videantur habuisse substantia, mulieris dominio sociatum a memoratis successoribus vindicetur* (a. 326).

Del mismo modo, el varón tampoco puede contraer matrimonio con una esclava, así lo afirma el emperador en un rescripto dirigido a Patroclo, dado en Aquileia en el año 319, que condena al destierro y la confiscación a los ciudadanos que mantuvieran relaciones de matrimonio con esclavas propias o ajenas. C. 5.5.3pr. *Cum ancillis non potest esse conubium: nam ex huiusmodi contubernio servi nascuntur*. 1. *Ideoque praecipimus, ne decuriones in gremia potentissimarum domorum libidine servarum ducente confugiant. Si enim decurio clam actoribus atque procuratoribus nescientibus alienae fuerit servae coniunctus, et mulierem in metallum trudi per sententiam iudicis iubemus et ipsum decurionem in insulam deportari, omnibus bonis eius civitati, cuius curialis fuerat, mancipandis, si patria potestate fuerit liberatus*

nullosque habeat liberos vel parentes vel etiam propinquos, qui secundum legum ordinem ad eius successionem vocantur. 2. Quod si actores vel procuratores loci, in quo flagitium admissum est, fuerunt conscii vel compertum facinus promere noluerunt, metallo eos convenit implicari. 3. Si vero dominus hoc fieri permisit vel postea cognitum celavit, si quidem in agro id factum est, fundus cum mancipiis et pecoribus ceterisque rebus. Quae cultui rustico sustinentur, fisci viribus vindicetur: si vero in civitate id factum est, dimidiam bonorum omnium partem praecipimus confiscari poenam augentes, quoniam intra domesticos patries scelus admissum est, quod noluit mox cognitum publicare.

Al margen de la clara diferencia entre las penas (en el caso de la mujer, vivicombustión y en la del varón, destierro) llama la atención en ambos textos que la preocupación del emperador se centra en los derechos de los hijos nacidos del contubernio a los que castiga duramente por la irregular situación de los padres.

Se trata sin duda de una estrategia de política legislativa dirigida a desalentar las uniones ilícitas, premiando a los hijos legítimos y privando a los irregulares de cualquier derecho. Más adelante, en una constitución dada en Cartago en el año 336 dirigida a Gregorio, el emperador sanciona la unión de un ciudadano con *ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia vel scaenica vel scaenicae filia vel ex tabernaria vel ex tabernarii filia vel humili vel abiecta vel lenonis aut harenarii filia vel quae mercimoniis publicis*, privando a los hijos de cualquier bien que recibieran, por cualquier título, de su padre.

Llama poderosamente la atención este rigor de Constantino quien, como sabemos, era amantísimo hijo de la Augusta Helena, de quien las fuentes dicen que fue sirvienta de establo.¹⁷ Según los autores clásicos, Helena era una muchacha de gran belleza, nacida en la provincia de Bitinia, de la que se enamoró el general Constancio Cloro cuando servía en Asia Menor bajo las órdenes de Aureliano, en torno al 270 d. C., sin que se pueda precisar si el futuro emperador contrajo matrimonio con ella o simplemente fue su concubina.¹⁸ Tras procrear a Constantino (en torno al 272 d. C.), el padre abandonó a Helena en 289 para casarse con

17. AMBROSIO, *de obitu Theodosii oratio*, 42.

18. STEPHENSON, P., *Constantine, Roman Emperor, Christian Victor*, New York, Abrams Press, 2010, p. 130.

Teodora, la hija de Maximiano. Al parecer, Helena y su hijo fueron confiados a la corte de Diocleciano, donde el sucesor fue educado como príncipe. Tras la muerte de Constancio Cloro, el joven emperador reclamó la presencia de su madre, a quien devolvió a la vida pública y nombró augusta. Resulta difícil interpretar, con estos antecedentes, que el emperador se muestra tan riguroso con los hijos nacidos de mujeres humildes. C. 5.27.1pr. *Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel sacerdotii, id est phoenicarchiae vel syriarchiae, ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et alienos a romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia vel scaenica vel scaenicae filia vel ex tabernaria vel ex tabernarii filia vel humili vel abiecta vel lenonis aut harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti: ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri. 1. Sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione collatum, etiam hoc retractum reddi praecipimus: ipsas etiam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, si quid quaeritur vel commendatum dicitur, quod his reddendum est quibus iussimus aut fisco nostro, tormentis subici iubemus. 2. Sive itaque per ipsum donatum est qui pater dicitur, vel per alium sive per interpositam personam, sive ab eo emptum vel ab alio, sive ipsorum nomine comparatum, statim retractum reddatur quibus iussimus aut, si non existunt, fisci viribus vindicetur. 3. Quod si existentes et in praesentia rerum constituti agere noluerint pacto vel iureiurando exclusi, totum sine mora fiscus invadat. 4. Quibus tacentibus et dissimulantibus a defensione fiscali duum mensuum tempora limitentur, intra quae si non retraxerint vel propter retrahendum rectorem provinciae interpellaverint, quidquid talibus filiis vel uxoribus liberalitas impura contulerit, fiscus noster invadat, donatas vel commendatas res sub poena quadrupli severa quaestione perquirens.*

Por otra parte, la consagración al matrimonio –ya entendido como una institución sacramental– impide la práctica (frecuente) del concubinato: C. 5.26.1.– *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere.*

Proteger el pudor de las matronas y conferir mayor rigor al matrimonio como institución básica de la sociedad exigía también confirmar el poder del marido para intervenir en los asuntos de la mujer, evitándole así a la esposa la intervención forense y su incómoda presencia en las asambleas públicas: C. 2.12.21pr. *Maritus citra mandatum in rebus uxoris cum sollemni satisfactione et alia observatione intercedendi habeat liberam facultatem, ne feminae persequendae litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverentur inruant nec conventibus virorum vel iudiciis interesse cogantur.*

Sin embargo, si la esposa ha realizado un mandato indicando al marido el sentido de su actuación, este debe respetar dicha instrucción: C. 2.12.21.1. *Sin autem mandatum susceperit, licet maritus sit, id solum exsequi debet, quod procuratio emissa praescripserit* (315, Hadrumeto).

Garantizar la independencia patrimonial de la mujer pudorosa y honesta requería también de la advertencia de que esta no se vería privada de sus bienes, aunque su esposo fuera condenado a muerte, tal como establece Constantino en un rescripto del año 321 dirigido a Petronio Probiano recogido en C. 5.16.24. *Res uxoris, quae vel successione qualibet vel emptione vel etiam largitione viri in eam ante reatum iure pervenerant, damnato ac mortuo ex poena marito vel in servilem condicionem ex poenae qualitate deducto, illibatas esse praecipio nec alieni criminis infortunio stringi uxorem, cum paternis maternisque ac propriis frui eam integro legum statu religiosum sit. 1. Et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda est, tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit* (a. 321, Serdicae).

IV. CONCLUSIONES

De los 350 fragmentos de producción constantiniana recogidos en el Código de Justiniano, tan solo 23 se refieren a mujeres, lo que refleja una menor presencia femenina de la que tuvo en la legislación de Diocleciano.¹⁹ Dichos textos, además, muestran una clara preocupación por preservar el pudor y la castidad de las mujeres, sancio-

19. En DÍAZ-BAUTISTA, A., «La sociedad en los rescriptos...», *cit.*, atestiguamos un número equivalente de rescriptos referidos a hombres como a mujeres.

nando a aquellas que se dedican a oficios serviles o mantienen una vida licenciosa.

Dicho modelo femenino se encuentra claramente influido por la ideología cristiana desarrollada en los cuatro siglos anteriores y reflejada en los escritos de los padres de la Iglesia, sin que ello determine necesariamente que Constantino fuera o no personalmente cristiano.

La mayor parte de los textos analizados que tratan cuestiones femeninas se refieren al matrimonio, dentro del cual se busca fortalecer la posición jurídica de la esposa, garantizando su independencia económica, pero a cambio de restringir la capacidad matrimonial para reconducir la institución matrimonial a lo que se consideraba respetable.

Con el Imperio de Constantino se produce una quiebra en cierto proceso de «emancipación femenina» que se desarrolla en el principado y tiene su clímax en la tetrarquía de Diocleciano, iniciándose un proceso de sumisión de la mujer al esposo que marcará toda la Edad Media.

***MOS ITALICUS VERSUS MOS
GALLICUS* “(A VONTADE
NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS)”**

*Mos italicus versus mos gallicus
(the will to trade)*

ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO

Universidade de Coimbra e Universidade Lusíada-Norte

Resumo: desde o renascimento do estudo do Direito romano, no século XII, na Escola dos Glosadores de Bolonha, até ao século XVI (Renascença), as fontes eram interpretadas literalmente, segundo o método exegético. Não se pôs em causa o contributo da época clássica na proteção da vontade contra os vícios que a deturpavam e contra as divergências entre a *voluntas* e os *verba*. O pensamento dos jurisconsultos clássicos era genuíno. No século XVI surgiu a orientação humanista da escola francesa (*mos gallicus*) que se dedicou ao estudo do Direito romano clássico, procurando determinar as alterações (interpolações) produzidas nas fontes, sobretudo as épocas pós-clássica e justinianeia. E, no século XX, com a promulgação do Código Civil francês e do Código Civil alemão, os romanistas julgaram que a sua atividade se tinha esgotado e abandonaram a orientação do *mos italicus*, procurando recuperar a nova orientação do *mos gallicus*. Foram especialmente atingidos os fragmentos dos juristas clássicos em que a referência à *voluntas* (e a outros vocábulos que a manifestavam) nos negócios jurídicos se julgava interpolada. No século XX, a orientação do *mos gallicus* foi posta em causa e, em consequência, voltou a olhar-se para a época clássica como a época modelo do Direito romano e o estudo da *voluntas contrahentium* readquiriu a quietude científica necessária. A sua presença no Direito português é muito importante.

Palavras-chave: Direito romano. Vontade (*voluntas*) de negociar. Fatores viciantes (*vitia*). Divergências. Palavras (*verba*). Interpretação. Simulação. Erro. Malícia. Coação. Fontes.

Abstract: from the renaissance of the study of Roman law, in the 12th century, at the School of Glossifiers in Bologna, until the 16th century (Renaissance), sources were interpreted literally, according to the exegetical method. The contribution of the classical period to the protection of the will against the vices that distorted it and against the divergences between the *voluntas* and the *verba* was not called into question. The thinking of the classical jurists was genuine. In the 16th century, the humanist orientation of the French school (*mos gallicus*) emerged, which dedicated itself to the study of classical Roman law, seeking to determine the alterations (interpolations) produced in the sources, especially the post-classical and Justinian eras. And, in the 20th century,

with the enactment of the French Civil Code and the German Civil Code, the Romanists thought that their activity had run out and abandoned the orientation of the *mos italicus*, seeking to recover the new orientation of the *mos gallicus*. The fragments of classical jurists in which the reference to *voluntas* (and to other words that manifested it) in legal transactions was thought to be interpolated were particularly affected. In the 20th century, the orientation of the *mos gallicus* was called into question and, as a result, the classical period was once again looked at as the model period of Roman law and the study of the *voluntas contrahentium* regained the necessary scientific calm. Its presence in Portuguese law is very important.

Keywords: Roman law. Will (*voluntas*) to trade. Vitiating factors (*vitia*). Divergences. Words (*verba*). Interpretation. Simulation. Mistake. Malice. Duress. Sources.

SUMÁRIO: I. Nota prévia. II. A relação *voluntas-verba*. II.1. Até meados do século xx. II.2. A partir de meados do século xx. II.2.1. 1.^a fase: a interpolacionística. II.2.2. 2.^a fase: a reação à interpolacionística. II.2.3. 3.^a fase: o ressurgir da *voluntas*. II.3. O «renascimento» do *mos italicus*. III. Direito português. IV. A atual crise. Novos rumos. V. Conclusão.

I. NOTA PRÉVIA

É conhecida a grave crise que a romanística viveu (e ainda não foi inteiramente superada), sobretudo a partir da promulgação do Código Civil alemão (BGB). Se até aí, o estudo do Direito romano revestia carácter prático, depois, salvo raras exceções, deixou de vigorar. Entendia-se que o BGB continha o Direito romano devidamente adaptado aos novos tempos e, portanto, o seu estudo devia substituir o do *ius romanum*. E a descrença neste direito foi tão grande, que os romanistas chegaram a pensar que a sua «profissão de juristas» tinha acabado.¹

Para não ficarem «desempregados», os romanistas mudaram de rumo e passaram a estudar o Direito romano segundo uma orientação essencialmente histórico-crítica. Dir-se-ia que abandonaram a velha

1. Vide CRUZ, S., *Direito romano (ius romanum)*. I. Introdução. Fontes, 4.^a ed., Coimbra, 1954, p. 105.

corrente do *mos italicus*, a quem se deve o renascimento do Direito romano no século XII, na Escola dos Glosadores, prosseguida, nas duas centúrias seguintes, na Escola dos Comentadores;² e voltaram-se para a orientação humanista do *mos gallicus*, consagrada na Escola dos Jurisconsultos Cultos ou Humanistas que, no estudo do Direito romano, utilizava o método histórico-crítico que permitia descobrir as interpolações dos textos clássicos.³ Este trabalho estava facilitado pela obra de Mommsen que havia colocado à disposição dos estudiosos magníficas edições de fontes; e pelo trabalho de profunda investigação de Lenel que logrou reconstituir, na medida do possível, não só o *Edictum Perpetuum*, mas também outras obras originais dos juristas, na sua famosa *Palingenesia*.⁴

Só que os excessos não tardaram na crítica exagerada, v.g., de Bessler, que, abusando do critério filológico, não poupava quase nenhum texto: quase tudo estava interpolado. Por isso, os romanistas deviam dedicar-se ao estudo das interpolações, na tentativa de restaurarem o Direito clássico considerado o direito modelo. Atitude que, no entanto, teve alguns opositores como Riccobono que, ao exagero interpolacionístico, contrapôs o exagero oposto de considerar que as interpolações não passavam de simples alterações de palavras e não de substância.⁵

Esboçadas estas duas orientações fundamentais com os seus exageros, estamos em condições de compreender as divergências sobre o papel da vontade nos negócios jurídicos, tema que titula a nossa intervenção.

II. A RELAÇÃO *VOLUNTAS – VERBA*

II.1. Até meados do século XX

Nestes tempos em que, embora a orientação humanista do *mos gallicus* já fosse conhecida no século XVI, o papel da vontade e das suas

2. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A crise da romanística», na separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 73, 1996, pp. 13-132, pp 13-20.

3. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A crise...», *cit.*, pp. 21-23.

4. Vide. CRUZ, S., *Direito romano...*, *cit.*, p. 106.

5. Vide. CRUZ, S., *Direito romano...*, *cit.*, p. 107.

formas de declaração não eram questionadas. A vontade era essencial à existência dos negócios jurídicos em que se manifestava. Nas palavras de Carvalho Fernandes, jurista português, sem vontade negocial «*não há negócio*». ⁶ Vontade que deve ser devidamente exteriorizada ou declarada. ⁷ Por isso, fala-se de vícios da vontade e de divergências intencionais e não intencionais entre vontade e declaração, ⁸ instrumentos que têm um objetivo comum: a defesa da vontade.

Os romanistas seguiam a orientação das Escolas Medievais italianas, onde o Direito romano tinha renascido e daí expandido pela Europa, tornando-se parte muito importante do *ius commune*. Não se discutia a autenticidade do texto de Ulpianus segundo o qual «*stipulatio ex utriusque consensu perficitur*» ⁹ nem se duvidava das palavras de Ulpianus, para quem «*eleganter (Peditus) dicat nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat*». ¹⁰ Tão pouco se duvidava de Iavolenus de que não produz efeito o negócio, «*nisi animus utriusque consentit*». ¹¹

Simultaneamente, enalteciam-se as definições de *dolus malus* atribuídas a Servius e a Labeo ¹² e não se questionava o princípio atribuído a Paulus de que «*in testamentis plenius voluntates interpretantur*». ¹³ Apontavam-se à *iusprudentia* da época clássica características como a precisão, a firmeza, a agudeza, o rigor dialético das suas conclusões, o saudável hábito de resumir elegantemente os casos práticos, a sobriedade da linguagem, a limpidez dum pensamento preciso e justo, que facilitam a compreensão do texto lapidar de Ulpianus: «*Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*». ¹⁴ Aquela época suscitava a admiração profunda dos romanistas, que olhavam

6. Vide. CARVALHO FERNANDES, L. A., *Teoria geral do direito civil II Fontes. Conteúdo e garantia da relação jurídica*, 4.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, p. 186.

7. Vide. DA MOTA PINTO, C. A., *Teoria geral do direito civil*, 3.^o edição, 12.^a re-impressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 415-419.

8. Vide. DA MOTA PINTO, C. A., *Teoria geral...*, cit., pp. 462-465 e 471-535.

9. D. 45,1,137,1.

10. D. 2,14,1,3.

11. D. 44,7,55.

12. D. 4,3,1,2.

13. Cf. D. 50,17,12.

14. Cf. D. 1,1,10,2.

para os tempos seguintes, sobretudo para a época pósclássica (de 230 a 530), como de decadência e de confusão: eram os efeitos da vulgarização do Direito romano.¹⁵

As lições de Irnério, de Bártolo e dos seus discípulos não se confinavam aos espaços da Escola dos Glosadores e da Escola dos Comentadores. Faziam parte do magistério das novas Universidades entretanto criadas na Europa; e permitiam integrar as lacunas dos novos direitos em formação. Era a *vis expansiva* do Direito romano que seria elemento fundamental do *ius commune*.

II.2. A partir de meados do século xx

II.2.1. 1.ª FASE: A INTERPOLACIONÍSTICA

Assistimos, a partir de meados do século xx, à consagração da corrente histórico-crítica que iria retirar à *iurisprudencia* clássica grande parte dos méritos antes atribuídos e mergulhar os estudos e o ensino do Direito romano em profunda crise.¹⁶

Com efeito, partindo da investigação interpolacionística de Eisele e de Gradenwitz que considerava interpolados os textos com os vocábulos *mens, vele, sentire, animus, affectus, affectio* e *voluntas*, Partsch sustentou que o elemento volitivo era produto da especulação das escolas orientais, influenciadas pelas doutrinas filosóficas gregas. Assim, os méritos outrora reconhecidos aos juristas da época clássica foram deslocados para a época pós-clássica,¹⁷ até aí considerada, como referimos, uma época decadente que vulgarizou o Direito romano.¹⁸

O ambiente hostil à teoria da vontade tinha sido preparado pelos comercialistas que, obcecados pela segurança jurídica, enfatizavam a declaração de vontade e desconsideravam o querer interno dos

15. Vide. CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., pp. 49-51.

16. Vide. MURILLO VILAR, A., *Para qué sirve el derecho romano?*, Santiago de Compostela, Andavira, 2028; e SANTOS JUSTO, A., «A crise...», cit., pp. 42-44.

17. Vide. RICCOBONO, S., *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole e giustiniano. Parte II*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1933-34, pp. 337-338.

18. Vide. CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., pp. 48-51.

contraentes. A que se junta Ihering que, na sua «luta» com Savigny, declarou guerra ao dogma da vontade.¹⁹ Por isso, a doutrina objetivista podia trabalhar em paz, confundindo interpolações com falsidades e censurando os compiladores de Justiniano de, em alguns textos, terem mantido a citação de jurisconsultos e alterado as suas opiniões, fazendo-lhes dizer o que não tinham dito.²⁰ Trata-se duma crítica muito forte e naturalmente exagerada: se assim tivesse ocorrido, como qualificar um jurista que invoca outro falseando o que disse?

Agitando o princípio «*uti lingua nuncupassit, ita ius esto*» consagrado na Lei das XII Tábuas²¹ e apoiando-se na lição de Ihering de que «*in principio erat verbum*»,²² a doutrina interpolacionística paralisou o Direito romano durante algum tempo, ao arrepio do sábio princípio recolhido por Hermogenianus de que «*hominum causa omne ius constitutum sit*»,²³ princípio que exige ao direito e à sua ciência (*iurisprudencia*) as inovações necessárias à satisfação das novas exigências que o progresso da vida continuamente suscita.

Impõe-se uma referência à doutrina objetivista que atribui à força da palavra os efeitos jurídicos, ou seja, deslocou a *voluntas* para a sua expressão na forma determinada pela lei.²⁴ Assinalam-se, como exemplos, a *mancipatio* e a *stipulatio*, cujo valor residia exclusivamente na prática escrupulosa do seu ritual.²⁵ Ou seja, dominava a forma sobre o conteúdo e a *interpretativo* tornou-se absolutamente

19. Vide. RICCOBONO, S., *Corso di diritto romano...*, cit., pp. 335-336.

20. Vide. MASCHI, C. A., «Volontà típica e volontà individuale nei negozi “mortis causa”», em *Scritti in onore Contardo Ferrini pubblicati ij occasione della sua beatificazione I*, Milão, Società Editrice «Vita e pensiero», 1947, p. 329; e SANTOS JUSTO, A., «A “*fictio iuris*” no direito romano («*actio ficticia*»): Época clássica I», no suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 32, 1988, p. 435.

21. Cf. VI,1.

22. Vide. VON IHERING, R., *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. espanhola de Enrique Príncipe y Satorre, Granada, Edit. Comares, S. L, 1998, p. 619.

23. Cf. D. 1,5,2.

24. Vide. BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, 4.ª ed., Milão, Dott. A.- Giuffrè Editora, 1972, pp. 180-181.

25. Vide. D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, 3.ª edição, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1992, p. 119; e VON IHERING, R., *El espíritu...*, cit., p. 620.

literal, limitando-se a procurar determinar «*id quod actum est*»²⁶ porque a vontade, que tinha levado as pessoas à realização do ato negocial, desaparecera, obnubilada nas palavras (*verba*). Por isso, não se questionavam os seus vícios nem tinha sentido falar de divergência entre vontade e declaração.

Como observou Ihering, «el *dolus e fraus estaban legalizados*».²⁷ Dir-se-á que ganhava a segurança do comércio jurídico e que o mundo do direito é um mundo de formas que dependem da particular e respeitável tradição de cada grupo social.²⁸

No entanto, não tardou a crítica certeira de Salvatore Riccobono, segundo a qual a corrente interpolacionística sobrevalorizou a força das formas solenes e, afirmando a sua imutabilidade, imobilizou o sistema jurídico formalista, ignorando que essas formas foram atenuadas pela prática e pelo pretor e deixaram de ser a única energia produtora dos efeitos jurídicos, tornando-se a veste exterior dos atos jurídicos.²⁹

Foi, repetimos, uma fase de crise profunda que abalou o estudo do Direito romano e isolou os seus cultores no mundo jurídico. Chegou a ver-se no romanista um «caçador de interpolações» e o jurista não romanista desinteressou-se pelos seus estudos que deviam ser feitos nas Faculdades de Letras e não de Direito.³⁰ E desinteressou-se porque, nas palavras de Biondo Biondi, «*nuestras obras se han hecho tan técnicas, por no decir herméticas, que el profano, aunque sea jurista, ha terminado manteniéndose alejado de nuestros trabajos, que dan la impresión de una inmensa cantera donde solo hay ruinas y en que no se ve más que un grupo de ingenieros y obreros, siempre en continua ruina sobre lo que hay que destruir o construir*».³¹

26. Vide. BETTI, E., *Interpretazione dei negozi giuridici (diritto romano)*, no *NNDI* 8, 1962, p. 902.

27. Vide. VON IHERING, R., *El espíritu...*, cit., p. 628.

28. Vide. D'ORS, A., «Las declaraciones jurídicas en derecho romano», no *AHDE*, 34, 1964, pp. 565-573, p. 573.

29. Vide. RICCOBONO, S., *Corso di diritto romano...*, cit., pp. 333-334.

30. Vide. CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., p. 108; e SANTOS JUSTO, A., «A crise...», cit., p. 42.

31. Vide. BIONDI, B., *Arte y ciencia del derecho*, trad. por A. Latorre, Barcelona, Ariel, 1953, pp. 133-134.

II.2.2. 2.^a FASE: REAÇÃO À INTERPOLACIONÍSTICA

A crítica aos exageros da interpolacionística não tardou, chamando a atenção para a necessidade de repensar a verdadeira função desempenhada pela *voluntas* nos negócios jurídicos já na época clássica e nos tempos seguintes. Os romanistas voltaram a questionar os seus *vitia* e a sua relação com os *verba*.

Assinala-se a Paulo Koschaker o mérito de ter substituído o binómio *verba – voluntas* pela antinomia vontade típica – vontade individual; e a Emilio Betti a deslocação desta temática para o âmbito da interpretação.³² A vontade ressurgiu como elemento gerador dos efeitos jurídicos negociais, embora se tratasse não da vontade do indivíduo que realizou o negócio jurídico em causa, mas duma vontade cristalizada em esquemas e fórmulas típicas formadas ao longo da experiência. Ou seja, a consideração pela *voluntas* impôs-se por duas vias: a da abstrata tipicidade e a da individual e concreta.

Neste novo ambiente, compreende-se o pensamento de Carlos Alberto Maschi para quem, considerando que a ciência caminha por etapas, Koschaker não chegou à meta final, embora tenha o mérito irrecusável de erguer, das trevas onde havia sido sepultada, a vontade, na sua versão típica ou abstrata. Impunha-se ir além, descendo às manifestações concretas da vida.

O novo chão estava preparado. Na perspicaz afirmação de Biondo Biondi, *è difficile supporre che i giuristi classici abbiano potuto ancora raffigurare i negozi giuridici come macchine automatiche, che bastasse mettere in moto per avere quel determinato risultato senza risalire alla volontà dell'agente*. E, reforçando esta posição, Pasquale Voci refere que não se deve ignorar que a interpretação é a sede natural para a consideração de instâncias éticas como a *bona fides*, a *aequitas*, a *humanitas*, a *benignitas* e a *pietas*.³³ Por isso, não parece ousado dizer, com Maschi, que coexistiram, na época clássica, a interpretação típica ou

32. Vide BETTI, E., *Interpretazione...*, cit., p. 902; e TORRENT, A., «Interpretación de la “voluntas testatoris” en la jurisprudência republicana; la «causa curiana»», no *AHDE* 39, 1969, pp. 173-211, pp. 178-179.

33. Vide VOCI, P., «Interpretazione del genozio giuridico (diritto romano)», em *ED*, 22, 1972, p. 270.

abstrata e a interpretação individual ou concreta a que se recorria sobretudo nas declarações ambíguas ou seja, quando aquela não funcionava.³⁴

II.2.3. 3.^a FASE: O RESSURGIR DA VOLUNTAS

Na nova orientação, há quem privilegie os negócios *mortis causa*, campo em que terá surgido a interpretação da vontade individual do *de cuius*. Trata-se, no entanto, duma posição redutora que, preocupada com aqueles negócios, exclui, ainda na época clássica, os negócios *inter vivos*.

Assinala-se a Salvatore Riccobono o mérito da primeira atitude inconformista. Com efeito, fiel ao seu princípio de que o Direito romano não progrediu com ruturas violentas e de que sempre foi sensível às novas exigências da vida, o sábio romanista italiano iniciou uma verdadeira cruzada contra a doutrina imobilista que, refere, produziu uma «*opera distruttiva che non ha confronto nella storia*». ³⁵ E foi particularmente ácido na crítica à interpolacionística que acusou de ter atuado «*senza direttive*». ³⁶

A semente lançada germinou rapidamente em solo italiano, como observamos em Arangio-Ruiz que confessou o seu «*revirement*» quando, presente na cerimónia da atribuição a Riccobono da medalha de ouro dos cultores de Roma, reconheceu: «*Io stesso mi vado avvicinando a idee che altre volte combattevo*». ³⁷ A nova orientação difundiu-se em Espanha, acolhida por romanistas de grande *scientia* e respeitável *auctoritas*, como Santa Cruz Teijeiro, Alvaro D'ors, Pablo Fuentseca, Armando Torrent, Juan Iglesias e García Garrido. ³⁸

34. Vide. MASCHI, C. A., «Volontà típica...», *cit.*, pp. 317-353.

35. Vide. RICCOBONO, S., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, pp. 338-339.

36. Vide. RICCOBONO, S., *Corso di diritto romano...*, *cit.*, p. 339.

37. Vide. ARANGIO-RUIZ *apud* BIONDI, B., «Contratto e “stipulatio”», em *Scritti Giuridici III*, Milão, 1965, p. 249.

38. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro», nos *Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho Romano. A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual*, Fortaleza –Ceará– Brasil, 2002, p. 69.

Numa breve síntese, Salvatore Riccobono percorreu as seguintes etapas: 1.^a até ao século II a. C., a *voluntas* não era considerada. Só se valorizava a sua declaração; 2.^a a partir daquele século, a *iurisprudentia* foi atenuando o excessivo rigor do *ius civile*, tendo sido particularmente importante a influência da retórica que, com base na teoria aristotélica da *aequitas*, permitiu o desenvolvimento duma nova interpretação orientada para a determinação da *voluntas* do legislador e dos agentes negociais, respetivamente nas *leges* e nos *negotia* jurídicos. A vontade tornou-se a fonte dos efeitos jurídicos e a lição de Pedius sobre a *conventio* é um testemunho muito significativo. Em consequência, ganharam relevo os vícios que afetam a vontade e as divergências entre esta e a sua declaração. Não menos importante na defesa da *voluntas* foi a *exceptio doli*.³⁹

Entretanto, os *verba* foram reduzidos a simples instrumentos de comunicação e acabaram por ser substituídos por documentos, como se observa na evolução da *stipulatio* que, de negócio solene verbal-oral, foi substituída pela ficção «*ac si stipulatio interposita fuisset*», acabando os *verba* por se tornarem desnecessários. Constantino deu mais um passo, permitindo que a *stipulatio* pudesse ser feita por escrito; e, finalmente, Leão aboliu os *verba solemnia*, reduzindo a *stipulatio* a contrato que, como outro qualquer, tem na *voluntas contrahentium* o seu elemento essencial. Longe ficaram o provérbio «*in principio erat verbum*» e a interpretação literal. Justiniano limitou-se a pôr em evidência a *voluntas*.⁴⁰

II.3. O «RENASCIMENTO» DO MOS ITALICUS

Do exposto resulta que os exageros da crítica interpolacionística que desvalorizaram o papel da *voluntas* e da sua declaração negocial parecem afastados por uma nova orientação que não será muito diferente da perfilhada pela Escola dos Glosadores e, muito especialmente, pela Escola de Bártolo, que introduziu, no estudo do Direito romano (e

39. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A vontade e o negócio jurídico...», *cit.*, p. 70.

40. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A vontade e o negócio jurídico...», *cit.*, pp. 71 e 75.

canónico), o método escolástico⁴¹ que, a par da *ars inveniendi*, teve o mérito de explorar as fontes na procura de novas soluções que, no campo negocial, passam pelo reconhecimento da *voluntas*.⁴²

Regressando ao Direito romano, PEDIUS voltou a ser reconhecido como «*il giurista dell'analogia*»⁴³ e, como já referimos, viu na *conventio* um elemento comum dos contratos, para a qual a *interpretativo* se deve dirigir.⁴⁴ Mas importa distinguir os negócios jurídicos *mortis causa* e *inter vivos*.

Nos primeiros, a propósito da determinação do objeto de um legado, Paulus observa que devemos recorrer ao uso do testador quando houver alguma dúvida sobre o seu género.⁴⁵ E, citando Neratius que refere a opinião de Proculus sobre a matéria de vasos, entende que devemos recorrer à vontade do testador.⁴⁶ Chamado a dar a sua opinião sobre uma biblioteca legada, se compreende só os armários ou também os livros, Ulpianus invoca Nerva para quem é necessário recorrer à vontade do testador.⁴⁷ E, em relação à validade do legado de um escravo posteriormente alienado e readquirido pelo testador, Paulus entende que não é válido, a menos que a vontade do testador seja diferente.⁴⁸

Estes textos, cuja autenticidade não pomos em dúvida, sobretudo porque são citados juristas e não faria sentido que as suas opiniões fossem alteradas, mostram que a *interpretativo* deve procurar determinar a *voluntas* do testador. Não se duvida de que esta vontade é individual ou concreta; e tão pouco se questiona a época clássica em que viveram.

No âmbito dos negócios *inter vivos*, a afirmação da *voluntas contrahentium* é mais lenta e cuidada, como se compreende: há duas vontades concorrentes e é necessário proteger a confiança do declaratório.

41. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História do direito português*, 5.^a edição, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 4.^a reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 265-267.

42. Vide. SANTOS JUSTO, A., *Nótulas de história do pensamento jurídico. História do direito*, 3.^a reimpressão, Lisboa, Petrony, 2021, pp. 30-31.

43. É a opinião de LA PIRA, G., «La personalità scientifica di Sesto Pedio», no *BIDR*, 45, 1938, pp. 293-331.

44. Vide. *supra*, n.º 2 e nota 10.

45. Cf. D. 32,3,32,2.

46. Cf. D. 34,2,32,5.

47. Cf. D. 32,52,7.

48. Cf. D. 34,4,15.

Como refere Pasquale Voci, a declaração é um ato do seu autor, mas, uma vez emitida, «*non appartiene solo a lui: in genere, diventa un atto socialmente rilevante*». ⁴⁹

Em que termos deve ser considerada? Segundo Mario Talamanca, «*non esistono soluzioni ontologicamente predeterminate*», mas reconhece que os juristas romanos «*hanno dimostrato non solo un profondo equilibrio ed una spiccata sensibilità per le esigenze della certezza e dell'affidamento, ma altresì un vigoroso senso di rispetto per quella che è la personalità umana*». ⁵⁰

Mas continuemos a observar as fontes: a propósito do problema de saber a quem pertence o fruto (*glans*) da madeira vendida para corte durante cinco anos, Labeo, citado por Servius, diz que é necessário, em primeiro lugar, recorrer ao que foi acordado e, se houver dúvidas, a *glans* caída das árvores não cortadas pertence ao vendedor; e a que estiver nas árvores ao tempo do corte pertencerá ao comprador. ⁵¹ Esta opinião, porventura inspirada na *aequitas* e na *bona fides*, é igualmente defendida por Alfenus, ⁵² Paulus ⁵³ e Iulianus ⁵⁴ e, portanto, estaremos, segundo parece, perante uma doutrina consagrada que privilegia a *interpretatio* típica que satisfaz a confiança e protege a *bona fides* do declaratório. ⁵⁵ Esta interpretação pode mesmo penalizar o declarante por falta de clareza na declaração da sua vontade, como observamos em Pomponius que, sobre o significado dos vocábulos *flumina estilicidia* utilizados num contrato de compra e venda, entende que deve atender-se ao que foi acordado e, havendo ambiguidade, ao sentido que «*venditori nocet*». ⁵⁶ Ou seja, consagra-se a autorresponsabilidade e a *bona fides* do declaratório.

49. Vide. VOCI, P., «Interpretazione...», *cit.*, p. 255. Vide. também SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos*, 5.^a edição, em *Studia Iuridica*, 50, Coimbra Editora, 2011, pp. 206-208.

50. Vide. TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990, p. 218.

51. Cf. D. 18,1,80,2.

52. Cf. D. 19,2,29.

53. Cf. D. 19,2,54,1.

54. Cf. D. 18,1,40,3.

55. Vide. GANDOLFI, G., «Criteri sussidiari e fine primario dell'ermeneutica negoziale», em *Studi in onore di Gaetano Scherillo I*, Milão, Istit. Edit. Cisalpino – La Goliardica, 1972, pp. 36-37.

56. Cf. D. 18,1,33.

Por outro lado, sendo a *voluntas* um elemento essencial dos negócios jurídicos e tornando-se a *conventio*, nas palavras de Alvaro d’Ors, «*a alma del contrato*»,⁵⁷ o dissenso justifica a nulidade dos atos bilaterais, como refere Paulus para quem «*nihil actum erit*». ⁵⁸ Do mesmo modo, se uma das partes se obrigou por virtude de dolo, a sua verdadeira *voluntas* era protegida através da *exceptio doli*, como refere Ulpianus.⁵⁹ Nem se compreenderia o motivo que levou Aquilius Gallus a criar a fórmula *de dolo* nem as notáveis definições que Labeo e Servius oferecem de *dolus malus*.⁶⁰

Mas não só o *dolus* protegia a *vontade*. Também sucedia com o erro na declaração que podia incidir sobre a identidade de uma pessoa⁶¹ ou do objeto;⁶² e o erro que vicia a vontade que, incidindo sobre os pressupostos de um negócio, a identidade de uma pessoa⁶³ ou o objeto,⁶⁴ justificava que, em determinadas circunstâncias, esse *negotium* fosse inválido. Nas palavras de Pasquale Voci, «*l’errore che esclude la volontà rende invalido l’atto*» e justifica a invalidade com «*l’essenza total di volontà*». ⁶⁵

A *simulatio* também não deixou de ser considerada, primeiro enquanto expediente de progresso e, por isso, frequentemente confundida com os contratos imaginários⁶⁶ e a *fictio*;⁶⁷ e, depois, enquanto divergência entre a vontade real das partes e a diferente vontade declarada, o mais das vezes com o propósito de prejudicar terceiros.

57. Vide. D’ORS, A., *Derecho romano*, na NEJ 1, 1949, p. 28.

58. Cf. D. 45,1,83,1.

59. Cf. D. 45,1,36. Vide. SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano...*, cit., pp. 215-217.

60. Cf. D. 4,3,1,2.

61. Cf. D. 12,1,32. Vide. SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano...*, cit., p. 214.

62. Cf. D. 18,1,9,1. Vide. SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano...*, cit., p. 214.

63. Cf. D. 12,1,32.

64. Cf. D. 18,1,9,2; -18,1,14; -18,1,11,1.

65. Vide. VOCI, P., *Interpretazione del genozio giuridico (diritto romano)*, cit., p. 271.

66. Cf. D. 44,7,54.

67. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A “*fictio iuris*” ...», cit., §§ 12.1.1 e 12.1.4.1.

E, finalmente, a coação (*metum*) também foi reprimida através da *restitutio jn integrum ob metum*, da *exceptio metus* e da *actio quod metus causa* que protegiam a *voluntas* da coação que a viciava.⁶⁸

Embora nas fontes romanas não haja uma teoria geral sobre os vícios da vontade e sobre as divergências entre a *voluntas* e a sua declaração, observa-se que a *iusprudentia* clássica agiu com um notável sentido de equilíbrio, preocupando-se em afastar as iniquidades do *ius civile* sem comprometer gravemente a certeza das relações jurídicas.⁶⁹ Por isso, os romanistas não têm deixado de estudar aquelas divergências intencionais e não intencionais nem os vícios de vontade,⁷⁰ oferecendo ao jurista não romanista conhecimentos preciosos.

III. DIREITO PORTUGUÊS

Renascido na Escola de Bolonha no século XII e seguidamente na Escola dos Comentadores, em Perusa, o Direito romano rapidamente se difundiu em Portugal a partir do século XIII, à semelhança do que aconteceu nos restantes países europeus. Até aí, o Direito português tinha uma base fundamentalmente consuetudinária e foraleira e a criatividade jurídica era marcada pelo empirismo orientado por tabeliões. Numa palavra, não havia ciência jurídica e disso se ressentia o nosso Direito.⁷¹

Depois, já no século XIII, a ciência jurídica penetrou em Portugal trazida por estudantes formados nas escolas italianas, por jurisconsultos portugueses e estrangeiros, pelo ensino na nossa Universidade entretanto criada, sendo visível em obras doutrinárias e legislativas, com destaque para as de Alfonso X, *El Sábio* (*Fuero Real*, *Siete Partidas*, *Flores del derecho* (ou *Flores de las leys*) e *Nueve tempos de los pleitos*).⁷²

E, em consequência, o Direito romano passou a ser aplicado como Direito subsidiário na integração de lacunas do Direito português, relegando o Direito canónico para as matérias ofensivas da ética cristã, ou

68. Vide. D'ORS, A., *Elementos...*, cit., pp. 119-120; e SANTOS JUSTO, A., «A “*fictio iuris*”...», cit., pp. 217-218.

69. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A “*fictio iuris*”...», cit., pp. 206-207.

70. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A “*fictio iuris*”...», cit., pp. 206-218.

71. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História...*, cit., pp. 215-222.

72. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História...*, cit., pp. 253-264.

seja, em que as suas normas fossem consideradas pecaminosas⁷³ e chegando mesmo a substituir o nosso Direito nos tribunais superiores, cujos juízes tinham sido formados estudando o Direito romano.⁷⁴

Neste ambiente de fervor e exaltação romanística, compreende-se que o direito romano constituísse uma das traves-mestras das nossas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Em relação a estas, citamos alguns fragmentos:

IV,1pr.: «*As compras e vendas podem ser feitas [...] consentindo ambos (vendedor e comprador) na venda...*».

IV,17,4: «*Se o vendedor afirmar que o escravo, que vende sabe alguma arte ou tem alguma habilidade boa, assim como pintar, esgrimir ou que é cozinheiro [...] e depois de achar que não sabia tal arte ou não tinha a tal habilidade, poderá o comprador enjeitá-lo*».

Facilmente se vê que, no primeiro fragmento, a *voluntas* surge como expressão essencial do contrato. E a solução do segundo constitui simples consequência: se a verdadeira vontade foi viciada, o contrato será desfeito, ou seja, a coisa vendida regressa ao vendedor e o preço, ao comprador. Por isso, se compreende que Pascoal José De Melo Freire Dos Reis, «*um dos mais eminentes jurisconsultos que tem tido Portugal*», nas palavras de Paulo Merêa,⁷⁵ tenha anunciado a máxima de que «*a vontade dos contraentes dá a lei*»⁷⁶ e, em consequência, preocupado com o regime do dolo, da simulação, da lesão imoderada, etc.⁷⁷ A mesma orientação foi seguida por Corrêa Telles e Coelho da Rocha, obreiros das transformações do Direito português depois de Revolução liberal de 1820, que prepararam o ambiente favorável em que, em 1867, surgiu o primeiro Código Civil português.

73. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História...*, cit., pp. 341-349, máxime, pp. 345-346.

74. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História...*, cit., pp. 350-351.

75. Vide. MERÊA, M. P., *Lições de história do direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1923, p. 116.

76. Vide. MELO FREIRE DOS REIS, P. J. de, «Instituições de direito civil português, trad. de Miguel Pinto de Menezes», no *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 162, 1967, p. 63.

77. Vide. MELO FREIRE DOS REIS, P. J. de, «Instituições...», cit., pp. 66-67.

A propósito do erro sobre a substância da coisa e acerca da pessoa, Corrêa Telles disse que «*é nulo o consentimento*»;⁷⁸ e também «*é nulo o consentimento extorquido por força ou ameaças que façam temer a perda da vida, da saúde, da honra e da liberdade*». ⁷⁹ E sobre o dolo, observou que «*é outro vício do consentimento, por causa do qual se podem anular os contratos*». ⁸⁰

E Coelho da Rocha, considerado um dos mais distintos civilistas do século XIX e que, nas palavras de Almeida Costa, «*numa linguagem clara e mesmo elegante, traça o sistema do Direito civil em vigor, a que não faltam algumas análises certas dos precedentes históricos*», ⁸¹ definiu o contrato como «*o ato jurídico pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam por consentimento recíproco a dar, fazer ou não fazer alguma coisa*». ⁸² E acentua o dolo e a violência como anomalias que, viciando a vontade, são suscetíveis de justificar a anulação do contrato. ⁸³

Prosseguindo a mesma linha, o primeiro Código Civil português define o contrato como «*acordo por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação*»⁸⁴ e, entre as condições que sustentam a sua validade, coloca o mútuo consenso que «*deve ser claramente manifestado*». ⁸⁵ Depois, para defesa da vontade, determina que o consentimento prestado por erro, coação, dolo e má fé produz a nulidade do contrato. ⁸⁶ E, quanto à interpretação dos contratos, considera «*nulo o contrato sempre que [...] se não possa depreender qual fosse a intenção ou vontade dos contraentes sobre o objeto principal*». ⁸⁷

Volvida uma centúria, chegamos ao atual Código Civil português, de 1976 que, na boa linha romanista, não define negócio jurídico nem

78. Vide. CORRÊA TELLES, J. H., *Digesto portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis accommodado às leis e costumes da Nação Portuguesa para servir de subsídio ao novo código civil P*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1845, §§ 236-237.

79. Vide. CORRÊA TELLES, J. H., *Digesto portuguez...*, cit., §§ 238-239.

80. Vide. CORRÊA TELLES, J. H., *Digesto portuguez...*, cit., § 248.

81. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História...*, cit., p. 516.

82. Vide. COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições de direito civil portuguez*, II⁸, Lisboa, Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, 1917, § 733.

83. Vide. COELHO DA ROCHA, M. A., *Instituições...*, cit., § 736.

84. Cf. artigo 641.

85. Cf. artigo 643.

86. Cf. artigos 656 e 668.

87. Cf. artigo 684.

contrato. Mas nem por isso deixou de atribuir relevo à *voluntas contrahentium*, como observamos, desde logo, na eficácia da declaração negocial;⁸⁸ na exigência do acordo das partes em todas as cláusulas do contrato;⁸⁹ na interpretação da declaração negocial feita por um declaratório normal, sem afastar a hipótese de relevar a vontade real do declarante;⁹⁰ e na falta e nos vícios da vontade (simulação, reserva mental, erro, dolo, coação e incapacidade acidental de entender).⁹¹ E quanto aos negócios *mortis causa*, assinala-se a nulidade do testamento se o testador não tiver exprimido claramente a sua vontade;⁹² e a necessidade de a sua interpretação observar «*o que parecer mais ajustado com a vontade do testador*». ⁹³

Em breve síntese conclusiva, poder-se-á dizer que o Direito civil português não se afastou do Direito romano desde os tempos mais antigos aos atuais. Assim como a doutrina portuguesa civilista nunca se distanciou da ciência jurídica romanista.

IV. A ATUAL CRISE. NOVOS RUMOS

Como observámos, a ciência jurídica romanista sucessivamente elaborada a partir das fontes do Direito romano conheceu duas orientações muito diferentes que a mergulharam numa crise muito profunda. Já referimos que muitos romanistas desorientados consideraram que «*a sua profissão de juristas acabara*». ⁹⁴ Não havia lugar para o estudo do Direito romano que os modernos Códigos Civis tinham absorvido e os romanistas consideravam-se substituídos pelos civilistas. A decadência cultural, o utilitarismo, a eliminação do latim, o positivismo jurídico e outros fatores criaram o ambiente favorável ao eclipse dos estudos do Direito romano.

88. Cf. artículo 224.º, n.º 1.

89. Cf. artículo 232.º

90. Cf. artículo 236.º

91. Cf. artículos 140.º e 257.º

92. Cf. artículo 2180.º

93. Cf. artículo 2187.º

94. Vide CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., p. 105.

Por isso, os romanistas mudaram de rumo e abandonaram a tradicional orientação conhecida do *mos italicus*. Todavia, os estragos foram enormes e continuam presentes. Por toda a Europa, salvo raríssimas exceções, domina o pessimismo e a incerteza sobre a utilidade do estudo do Direito romano.⁹⁵

Entretanto, com amargura, os romanistas questionam se a sua disciplina tem alguma utilidade e procuram novos rumos, um dos quais o regresso ao estudo do *ius commune* a que o Direito romano pertence desde a escola bartolista. Curiosamente, trata-se de um direito que, durante alguns séculos, se contrapôs aos direitos próprios (*iura propria*) dos diversos países, assumindo o papel de direito subsidiário;⁹⁶ e que, agora, vem sendo repensado não obviamente para integrar as lacunas daqueles direitos, mas para facilitar a sua compreensão.

Bem vistas as coisas, estaremos perante a recuperação da corrente do *usus modernus pandectarum* que, também numa época de crise, encarava o Direito romano com os olhos da realidade e, por isso, distinguia o direito que se mantinha vivo do direito obsoleto.⁹⁷ É claro que, hoje, ninguém pensa no *ius romanum* definitivamente ultrapassado, mas acredita-se que o seu interesse prático ainda tem sentido por facilitar o conhecimento do repensado *ius commune* que está presente na generalidade dos direitos de base romanística.

Assim sendo, não desviando os olhos simultaneamente do Direito romano e dos direitos atuais, poder-se-á tentar recuperar a orientação do *mos italicus* e retirar o *ius romanum* da crise em que o *mos gallicus* o colocou. Ou seja, o Direito justiniano do *Corpus Iuris Civilis*, que renasceu em Itália a partir do século XII e se difundiu sucessivamente pela Europa volta a ter sentido. Não se ignora que muitos textos dos jurisconsultos clássicos foram interpolados para responderem a novas necessidades da vida. O próprio Imperador Justiniano autorizou a sua alteração dando aos juristas nomeados «instruções e poderes para eliminar repetições e contradições, suprimir o que estivesse ab-rogado ou

95. Vide. SANTOS JUSTO, A., «A crise...», *cit.*, pp. 56-67.

96. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História...*, *cit.*, pp. 285-287.

97. Vide. ALMEIDA COSTA, M. J. de, *História...*, *cit.*, pp. 392-394.

*em desuso, modificar, como entendesse, todas as constituições ainda em vigor [...], numa palavra, interpolar à vontade».*⁹⁸

Ou seja, nem todas as interpolações têm o peso negativo de expedientes de vulgarização que foi assinalado. Importa distinguir as que se tornaram necessárias na adaptação do Direito romano clássico aos novos tempos de Justiniano e na uniformidade do direito em todo o Império.⁹⁹ Simplesmente, este Imperador foi um classicista¹⁰⁰ e, portanto, preocupado com a grandeza do pensamento jurídico clássico, procurou que a substância do Direito clássico fosse mantida, sempre que possível. Tarefa para a qual contribuíram decisivamente as Escolas de Direito do Oriente e alguns juristas de grande envergadura, como Triboniano e os seus colaboradores, principalmente Teófilo e Doroteu.¹⁰¹ Por isso, estudar o Direito romano de Justiniano não será pôr de parte o Direito clássico, mas atender à sua evolução imposta pelas exigências da vida.

Foi esta linha que a corrente do pensamento jurídico conhecida pelo *usus modernus pandectarum* prosseguiu, dando continuidade e atualidade à Escola dos Comentadores de Bártolo; e de que a Pandectística alemã não se afastou, «*entregando-se a um doutrinário jurídico que ainda hoje assombra pela sua agudeza e engenho*».¹⁰² A ela se deve o Código Civil alemão (BGB), «*um dos maiores códigos de todos os tempos e que é, sem dúvida, a maior consagração do Direito Romano*».¹⁰³

Cabe aos romanistas mostrar que o estudo do Direito romano continua a ser útil para o esclarecimento de soluções que, desde há séculos, foram acolhidas pelos nossos direitos. Figuras como as obrigações e os direitos reais não são conhecidas sem o estudo do Direito romano; e também o estudioso dos direitos da família e das sucessões não pode dispensar o recurso ao romanista que lhe transmite os conhecimentos indispensáveis à compreensão da sua estrutura e das alterações entretanto feitas.

Numa palavra, o civilista contemporâneo não pode dispensar o contributo que o romanista lhe oferece. E tão pouco os seus alunos, da

98. Transcrevemos CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., p. 444.

99. Vide CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., p. 453.

100. Vide CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., pp. 51 e 450-453.

101. Vide CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., pp. 448-450.

102. Transcrevemos CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., pp. 100-101.

103. Voltamos a transcrever CRUZ, S., *Direito romano...*, cit., p. 101.

licenciatura, do mestrado e do doutoramento não podem alhear-se da historicidade dos direitos que estudam porque muitas das soluções que oferecem remontam ao Direito romano e não se pode compreender o presente sem olhar para o passado que continua presente.¹⁰⁴

V. CONCLUSÃO

Até meados do século XIX, o Direito romano continuou a ser estudado como direito de cuja utilidade para a compreensão do direito presente não se duvidava. Foi assim, na Escola dos Glosadores, onde a ciência jurídica romanista renasceu no século XII; e prosseguiu na Escola dos Comentadores, com o método escolástico e a *as inveniendi* que trouxe novas soluções a partir das fontes romanas.

Só com a Renascença, nos séculos XV e XVI, surgiu em França, a orientação do *mos gallicus*, com a Escola Humanista ou dos Jurisconsultos Cultos a estudar o Direito romano da época clássica, com o método histórico-crítico. A sua preocupação com o pensamento jurídico clássico levou-os ao estudo das interpolações, ou seja, das alterações introduzidas nas fontes desta época durante as épocas pós-clássica e justinianeia. Todavia, este novo rumo não teve grande sucesso, por se tratar duma orientação erudita que a prática dos tribunais tinha dificuldade em compreender. A corrente do *usus modernus pandectarum* prosseguiu a orientação bartolista do *mos italicus* e a Pandectística alemã consolidou-a.

Todavia, com a promulgação do Código Civil francês e, depois, do Código Civil alemão (BGB), os romanistas julgaram que a sua atividade se tinha esgotado, porque, pensavam, as fontes do Direito romano tinham sido substituídas por aqueles Códigos e, especialmente, pelo BGB. Por isso, abandonaram a orientação do *mos italicus* e procuraram recuperar a nova orientação do *mos gallicus*.

104. Vide, numa análise recente sobre o interesse do estudo do Direito romano, MURILLO VILLAR, A., *Para qué sirve el derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2018; e a apresentação deste livro feita por SANTOS JUSTO, A., no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XCV, Tomo II, 2019, pp. 1511-1519.

Cometeram-se, no entanto, exageros muito graves, vendo-se interpolações em quase todas as fontes e ficando os romanistas isolados dos juristas não romanistas que os não compreendiam. Sobretudo atingidos foram os fragmentos dos juristas clássicos em que a referência à *voluntas* (e a outros vocábulos que a manifestavam) nos negócios jurídicos *mortis causa* e *inter vivos* se julgava interpolada. As declarações de vontade (*verba*) eram consideradas sem ligação à vontade que, uma vez declarada, se obnubilava. Nessa época (clássica) não tinha sentido falar-se de vontade nem dos seus vícios, nem das divergências entre declaração e vontade. Era matéria relegada para as épocas pósclássica e justinianeia.

Todavia, a reação não tardou. A orientação do *mos gallicus* foi posta em causa por romanistas italianos e, posteriormente, por romanistas de diversos países europeus. Em consequência, a *voluntas contrahentium* ressurgiu nas fontes clássicas e prosseguiu nas épocas seguintes. E o Direito romano, que muitos consideravam «morto» voltou a ser estudado em alguns países, como seiva dos seus direitos.

É com este sentido que o tema do presente Congresso (La reinterpretación del Derecho Romano en los textos del *ius commune*: fundamentos para la ciencia jurídica actual) ganha realce porque esta «reinterpretação» só pode ter por objeto, sem os exageros interpolacionísticos, as fontes do Direito justinianeu que renasceu em Itália e se difundiu pela Europa, em cujos códigos civis foi consagrado.

**APROXIMACIÓN AL *EXOVAR*
Y EL *CREIX* EN LOS *FURS*
DE VALENCIA A TENOR
DE LA REGULACIÓN DE LA *DOS*
EN LAS FUENTES ROMANAS**

*«Approach to the exovar and the creix
in the Furs of Valencia according to the
regulation of the dos in the roman sources»*

BELÉN FERNÁNDEZ VIZCAÍNO

Universidad de Alicante

Resumen: en los *Furs* de Valencia, de carácter claramente romanizado, se pueden observar en la regulación dedicada al régimen patrimonial del matrimonio una serie de instituciones jurídicas que siguen el citado fundamento, en concreto, se hace referencia al *exovar*, equivalente a la *dos* romana; así, podemos ver regulado en el citado cuerpo normativo valenciano una misma institución con dos denominaciones: una foral, *exovar*, y otra romanista, *dot*. Por otro lado, cabe destacar la figura del *escreix* o *creix*, anexa a la anterior, que añadía un aumento si se cumplían ciertas circunstancias en el matrimonio y que se puede asimilar, aunque es objeto de conflicto, a la *donatio propter nuptias* romana.

Palabras clave: *Furs*. Matrimonio. Donación. Régimen matrimonial.

Abstract: in the *Furs* of Valencia, of a clearly romanized nature, a series of legal institutions that follow the aforementioned foundation can be observed in the regulation dedicated to the patrimonial regime of marriage, specifically, reference is made to the *exovar*, equivalent to the Roman *dos*, as well, we can see regulated in the aforementioned Valencian regulatory body the same institution with two denominations, one foral, *exovar*, and another romanist, *dot*. On the other hand, it is worth noting the figure of the *escreix* or *creix*, annexed to the previous one, which added an increase if certain circumstances were met in the marriage and which can be assimilated, although it is the subject of conflict, to the Roman *donatio propter nuptias*.

Keywords: *Furs*, marriage, donation, patrimonial regime.

Con relación a las figuras del *exovar* y del *creix* dentro del régimen económico matrimonial aplicable en territorio valenciano a partir del siglo XIII, tras la conquista de *Jaume I*, debemos hacer referencia a la normativa que se impuso en los *Furs*,¹ esto es, al Derecho foral

1. El Derecho foral valenciano toma como fundamento la promulgación de la *Costum* de la *Ciutat* de Valencia por el rey *Jaume I* en el año 1240, vigente en el Reino

valenciano, que con fundamento romanista abrevia los primeros nueve libros del Código de Justiniano adaptándolos a su época, así como a un territorio valenciano caracterizado por estar compuesto por una población heterogénea, necesitada de una regulación amplia y justa para todos sus habitantes, por lo que esta legislación aun con claras raíces romanas se vio matizada en diversos preceptos por el Derecho autóctono.

Sobre esta cuestión, los *Furs* permitían a los futuros esposos y a sus familias regular la estructura económica del nuevo matrimonio, disponiendo la posibilidad de elegir, por un lado, el régimen económico de separación de bienes con régimen dotal, que contemplaba la aportación patrimonial realizada por la familia de la esposa en los distintos tipos de donaciones por razón de matrimonio, de manera que cada uno de los esposos tenía su propio patrimonio y el sostenimiento de las cargas familiares se realizaba mediante las figuras del *exovar* o dote y del *creix*; y por otro, contemplaba que el régimen económico matrimonial se podía regir por una comunidad total de bienes de ambos cónyuges, la denominada *germania*, conformada por la totalidad de bienes habidos antes y después del matrimonio, mientras este continuara vigente;² a este respecto, la elección de una u otra opción era reflejada en los documentos notariales que se levantaban con carácter previo, si bien en ocasiones se realizaba con posterioridad a la celebración de las nupcias para ordenar el comportamiento futuro a nivel económico de los cónyuges, esto es, se pactaba en capitulaciones matrimoniales como se desprende de *Fur 5, 1, 10.—... Si doncs en la carta que fo feita e-l temps del matrimoni feït entre ells no era d'altra manera contengut.*³

de Valencia desde su constitución que, con una base netamente romanista, con la excepción de algunas notas de Derecho canónico y germano, evolucionó modificando su ámbito geográfico y su nombre a *Furs* para darle mayor relevancia jurídica, siendo un cuerpo legal paralelo a *Las Partidas* de Alfonso X. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, Valencia, 1966, pp. 12 y ss.; GARCÍA I SANZ, A., *Institucions de Dret civil valencià*, Castelló, 1996, pp. 23 y ss, pp. 99 y ss; FEBRER ROMAGUERA, M. V., *Domínio y explotación territorial en la Valencia foral*, Valencia, 2000, pp. 19 y ss.

La edición de los *Furs* utilizada en este trabajo es COLÓN, G., y GARCÍA SANZ, A., *Furs de València*, 8 vols., Barcelona, 1983.

2. *Fur 6, 6, 10; Fur 5, 2, 4.*

3. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, *cit.*, pp. 37 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en*

Con relación al sistema de separación de bienes matrimonial matizado por el sistema dotal se puede observar del estudio de los *Furs* una normativa sobre la dote extensa, desde su más amplia perspectiva, derivaciones y casuísticas al ser el sistema económico matrimonial más utilizado en la práctica del Reino de Valencia en la época de la promulgación de la normativa foral, como afirma la doctrina y se recoge en *Fur* 5, 3, 8 y *Fur* 5, 1, 10.⁴

A este respecto, con carácter previo a desarrollar la correlación entre las normas dictadas en el territorio valenciano, y aquellas pertenecientes al Derecho romano que regulaban la figura de la dote, cabe destacar el significado del término *exovar* que se utiliza en los *Furs* junto al de dote en varias disposiciones, alternando su uso, de manera que ambas voces parecen tener un significado análogo; en el mismo sentido, del estudio de estas normas se observa que los dos términos, referidos a una misma institución jurídica, mantienen una reglamentación que toma como fundamento la regulación romana del sistema dotal, a excepción de pocas normas propias que quedaran expuestas en este trabajo.⁵

la Valencia foral, Valencia, 2002, pp. 23 y ss.; PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales en régimen dotal 1381-1491: una aproximación a la sociedad del reino medieval de Valencia», en *En la España Medieval*, 35, 2012, pp. 99-120, pp. 99 y ss.

4. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 28-73 y ss., afirma que este sistema se configuraba como el régimen propio de los territorios de Cataluña y Valencia. Opinión que comparte BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., p. 38, al afirmar que el legislador sigue el criterio romano, según la influencia jurídica en la época de elaboración de los *Furs*, organizando el matrimonio foral bajo el régimen de separación de bienes, si bien dejaba a las partes pactar un régimen distinto, matizado este por la afectación de cada cónyuge a determinadas obligaciones familiares. En el mismo sentido, PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales...», cit., p. 102. *Fur* 5, 3, 8. «Les mullers dels béns lurs movents o semovents o seents, los quals hauran per successió de pare o de mare o d'altres proïxmes lurs o per altra rahó altra lur exovar, pusque fer lurs voluntats sens consentiment de lurs marits... *Fur* 5, 1, 10. La muller que haja alcuna cosa en aqueles coses que'l marit guaanyarà o conquerà, altra l'exovar o'l creix que li és feit per rahó de l'exovar».

5. Esta aproximación de los dos términos, *exovar* y dote, cuenta con un amplio respaldo en la doctrina como se puede observar en BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., p. 48; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 73 y ss. Si bien es rechazada por PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales...», cit., p. 102, cuya tesis

Sobre esta cuestión, a partir del análisis del ordenamiento jurídico valenciano,⁶ podemos afirmar de su contenido análogo a las normas que en el Derecho romano regulaban la dote desde el derecho arcaico que la dote se denomina en el Derecho foral valenciano *exovar*,⁷ y se identifica como el conjunto de bienes que la mujer, u otra persona en su nombre, entregaba al marido para sostener las cargas del matrimonio, bien al inicio del mismo o incluso una vez celebrado, pues era factible de aumentarse;⁸ a este respecto, los *Furs* establecen que la posibilidad de constituir o aumentar el *exovar* en un momento posterior a las nupcias se podía identificar en tres supuestos: en primer lugar, cuando así lo establecían las cartas nupciales, lo que se denomina *Deixar les cartes en uber*; también cuando la dote se prometía, pero no se plasmaba en el correspondiente instrumento dotal, y por último, constante el matrimonio, se podía aumentar la dote y el *creix*, sin ser necesaria autorización judicial, siempre que no se hubiera establecido promesa de dote o aumento.⁹

sostiene que en el Libro V de los *Furs* se identifica el *exovar* como el conjunto de ropas y textiles de la mujer, e incluso algunos muebles, pero si bien todos estos bienes son parte de la dote, de los textos no se puede afirmar que *exovar* y dote sean términos sinónimos, pues la dote también contiene otros bienes patrimoniales de distinta naturaleza a los citados; para justificar esta opinión le sirve como argumento la documentación notarial estudiada a lo largo de sus trabajos, de la que extrae que la obligación de realizar una estimación en monedas de las dotes en el acuerdo económico con motivo de las nupcias implicaba un desglose de los bienes entregados en dote, de lo que se puede deducir que el *exovar* conformaba una de las partes del conjunto de la dote, pero no la dote misma.

6. *Furs* Libro 5.

7. TARAZONA, P. J., *Institucions dels furs i privilegis del Regne de València*, Valencia, 1580, p. 117; SASSOFERRATO, B. de, *Commentaria in I. partem...*, Digest. Lib. 24; BARBOSA, P., *De matrimonio et pluribus*, I, part. 3, rúbrica 2; GÓMEZ, A., *Ad leges, ley 50*, n.º 15; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 74 y ss.

8. GARCÍA I SANZ, A.: *Institucions de Dret civil valencià* cit., pp. 129 y ss.; BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 56 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral* cit., pp. 73-130 y ss.; LÁZARO GUILLAMÓN, C., «Los bienes parafernales –*oltra l'exovar*– según las disposiciones de los *Furs de València* de Jaume I: entre los bienes privativos de la mujer» *RGDR*, 16, 2011, pp. 1-13, pp. 2 y ss. *Fur* 5, 1, 7; *Fur* 5, 1, 10.

9. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 133.

A favor de esta idea, Guillot Aliaga¹⁰ afirma que en el Derecho foral valenciano el *exovar* se correspondía con la dote romana, apoyando su tesis en que, por un lado, la mujer u otra persona por ella aportaba los bienes al marido; por otro, los frutos de los bienes aportados como dote quedaban sujetos a sostener las cargas familiares del matrimonio, y por último, porque la dote era un método para ayudar al marido a sobrellevar la citadas cargas matrimoniales, como se puede observar del estudio de los textos de los *Furs*, Libro 5, rúbrica 1.^a «*de arres e d'esposalles*», rúbrica 3.^a «*de promissió d'exovar e del dret dels exovars*» y rúbrica 5.^a «*en cual manera sia demanat l'exovar quant lo matrimoni serà solt o departit*», naturaleza y función que se encuentra en la regulación de la dote en Derecho romano.

En este sentido, en correlación a la figura del *exovar* que se regula en la norma valenciana, la dote romana hacía referencia a un instituto jurídico de carácter patrimonial, fundamental en el régimen económico del matrimonio, que tenía como contenido al conjunto de bienes que eran transmitidos¹¹ o prometidos por el titular de la *potestas* sobre la mujer o por un extraño, con la función de *sustinere onera matrimoni*, al marido o a quien adquiriría la *potestas* de la mujer en el matrimonio *cum manu*.¹²

10. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 74 y ss.

11. La dote romana quedaba constituida con la transmisión real de los bienes mediante los modos propios de la transmisión de las cosas, esto es, si se trataba de la *datio de res Mancipi*, mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio* y si de *res nec Mancipi* la *traditio* o, en su caso, asumiendo la obligación de llevar a cabo la transferencia por causa de la *dotis dictio* o con la *dotis promissio*, esto es, con la *stipulatio*; esta entrega de bienes como dote se conforma como la *iusta causa traditionis* que requieren las distintas formas de adquirir la propiedad citadas. Ya en el Derecho postclásico, Teodosio II en una constitución del 428 admitió la constitución de la dote por simple acuerdo de las partes, sin las formalidades descritas. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 676; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 393 y ss. Gayo, 3, 96; *Epit. Ulp.* 6, 11; *Epit. Ulp.* 11, 20; *C Th.* 3, 13, 4.; D. 12, 4, 8; D. 23, 3, 21; D. 23, 3, 3.

12. TORRENT, A., en voz: *Dos*, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, pp. 293 y ss., expone el probable origen de la dote en el Derecho arcaico cuando el matrimonio *cum manu* privaba a la mujer de sus expectativas sucesorias y para compensar esta circunstancia se entregaba a quien adquiriría la potestas de la mujer bienes a fin de soportar las cargas del matrimonio; esta misma función configura la dote a finales de la República, cuando ha decaído el matrimonio *cum manu* y el *sine manu* es la norma ge-

La dote fue una de las instituciones más vitales del Derecho romano como afirma Gutiérrez-Masson,¹³ confirmando Bonfante¹⁴ ese carácter, así como determinando que fue uno de los que más evolucionó, adaptándose a la sociedad y a los cambios en la familia, lo que indica que estamos ante una de las instituciones más ricas y más complejas de estudiar, pues despliega sus efectos en prácticamente todo el Derecho de familia.

A este respecto, en el Derecho romano arcaico, la dote daba respuesta a la situación familiar y patrimonial que se planteaba cuando una mujer entraba en otra familia por medio del matrimonio, celebrando la *conventio in manu*, con distinto desarrollo según la mujer fuese *sui iuris* o no, así, en el primer caso, los bienes de la *uxor in manu* pasaban a su nueva familia *dotis nomine*, pero en el caso de ser *filiafamilias* al no disponer de bienes propios por estar bajo *potestas*, se establecía la entrega por el *paterfamilias* de dinero o cosas a título de dote a una hija que por matrimonio entraba en otra familia.¹⁵

En esta etapa, la obligación de constituir dote a favor de la hija era moral, su fuerza nacía de los mores,¹⁶ garantizada por la *fides* del padre

neral. En el mismo sentido, ALBERTARIO, E., «La connessione della dote con gli oneri del matrimonio», en *Studi di diritto romano, vol. I, Persone e familia*, Milano, 1933, pp. 283 y ss.; ALBERTARIO, E., *Il diritto romano*, Milano, 1940, pp. 140 y ss.; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, pp. 707 y ss.; GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Paris, 1978, pp. 1008-1009; GARCÍA GARRIDO, M., *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil. La tradición romanística*, Barcelona, 1982, pp. 12 y ss.; DOS SANTOS JUSTO, A., «Relações patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro», en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, R. López Rosa – F. del Pino Toscano (coord.), Huelva, Universidad de Huelva, 2004, pp. 323-353, pp. 327 y ss.

13. GUTIÉRREZ-MASSON, L., «La dote en el Derecho romano», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1989, p. 271. En el mismo sentido, ARÉVALO, W., «A propósito de la dote de Licinia», en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, R. López Rosa – F. del Pino Toscano (coord.), Huelva, Universidad de Huelva, 2004, pp. 41-48, p. 41.

14. BONFANTE, P., *Corso di diritto romano, I, Diritto de familia*, Roma, 1963, p. 187.

15. FUENTESECA, P., en *Derecho privado romano, cit.*, pp. 391 y ss., sostiene la importancia de los esponsales, ya que en ese momento el *paterfamilias* debía constituir solemnemente la dote, esto es, dinero o bienes que pasarían al marido una vez celebrada la *coemptio matrimonii causa*, por lo que se concluye la relación entre dote y esponsales.

16. HALICARNASO, D. de. 2, 10; PLUTARCO, *Romulus*, 13.

que la llevaba a cabo, pero con el paso del tiempo este deber fue consagrado por ley según el *favor dotium* y por el principio «*ne mulier maneat indotada*». ¹⁷ Esta obligación jurídica fue establecida por una constitución de Caracalla y Septimino Severo, según se extrae de D. 23, 2, 19. ¹⁸

En este orden de ideas, en Derecho romano, la dote o *dos* se encontraba unida al matrimonio, así se establece en D. 23, 3, 4 y D. 23, 3, 68, de tal manera que la promesa y constitución de una dote, ya fuese por el padre, otra persona, o la mujer, tenía como condición tácita que las nupcias se celebrasen, esta afirmación sirve como prueba del reflejo en la normativa foral valenciana de la regulación dotal romana, ya que podemos afirmar que el sistema de separación de bienes con *exovar* se configuraba como un sistema condicional, esto es, no podía haber dote sin nupcias, pero sí al revés, como se establece en la doctrina medieval. ¹⁹

Una vez establecidas las precisiones terminológicas de esta figura, sobre el origen del *exovar*, Belda Soler ²⁰ presenta su tesis afirmando que estamos ante un caso de pervivencia del Derecho romano vulgar reflejado en la regulación de la dote de la mujer, con notas que se funden con la costumbre visigoda de que las novias aportasen al casarse algunos bienes de uso doméstico y personal adquiriendo el derecho de restitución de los mismos a la disolución del matrimonio por cualquier causa, que persiste a pesar de la conquista musulmana y que con la recepción es recogida por el legislador en el momento de la redacción de los *Furs*, si bien es adaptada al momento histórico.

En el estudio de esta cuestión es necesario poner de relevancia la teoría del Honorio García, ²¹ que si bien tenía una intención meramente

17. DOS SANTOS JUSTO, A., «Relaçòs patrimoniais...», *cit.*, p. 332.

18. GUTIÉRREZ-MASSON, L., «La dote en el Derecho romano», *cit.*, pp. 272 y ss. En contra de esta opinión se manifiesta CASTELLI, G., en *Scritti Giuridici*, Milano, 1923, pp. 129 y ss., al sostener que la dote se convierte en ley con Justiniano debido a la separación de los vínculos familiares y la deformación de los conceptos de *officium* y *mos*.

19. TARAZONA, P. J.: *Institucions dels furs i privilegis del Regne de València cit.*, p. 218; DE ULBADI, B.: *Commentaria in*, 5, tít. *De iure dotium*.

20. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia, cit.*, p. 51.

21. GARCÍA, H., «Sobre el fondo consuetudinario del derecho de Valencia», en *Bol. Soc. Cast. Cultura*, 18, 1943, pp. 17-29, pp. 17 y ss.

divulgativa, plantea una situación jurídica de interés a la hora de profundizar en el escenario social, religioso o económico de Valencia en el momento de dictar los *Furs*, afirmando que el matrimonio valenciano demuestra la persistencia de las costumbres mozárabes, pues a diferencia de la regulación catalana y aragonesa recoge instituciones dentro del régimen económico matrimonial con diferente nombre que en Derecho romano, cuyo fundamento, en su opinión eran instituciones populares en la que observa analogías con la familia musulmana; a este respecto, sostiene la existencia de un derecho consuetudinario mozárabe, en especial en Derecho privado, que se observa en la regulación de los *Furs* a pesar de su fundamento romanista, como ha quedado establecido anteriormente; así, afirma que tienen este carácter el *exovar*, *escreix*, *germanía*, *arras*, *l'any de plor* y la institución de la *cambrá*, en consecuencia, afirma que el *exovar* tiene su origen en el «*xuar*» musulmán, que se mezcló con la dote romana dando lugar a un instituto regulado en los *Furs* con dos nombres distintos, uno vulgar, o *exovar*, y otro romanista, *dot*.

Otro aspecto que encontramos en el origen del *exovar* viene recogido en la regulación que establecen los *Furs* de los bienes parafernales, en este sentido, la normativa foral valenciana, con una evidente ascendencia romana, no recoge el término bienes parafernales, siempre hace referencia a «bienes fuera de la dote», esto es, *oltra l'exovar*.²² Esta situación de falta de exégesis y tratamiento etimológico puede tener su origen, en opinión de Lázaro Guillamón,²³ en que el legislador tuvo claro, desde siempre, que se hacía referencia a bienes privativos de la esposa, con la única limitación a su plena disposición que el acuerdo de administración a favor del marido.

22. Con relación al término bienes parafernales, ALBERTARIO, E., *Il diritto romano*, cit., pp. 140 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 682; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., pp. 399 y ss.; BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 39 y ss. 110-111; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 154; LÁZARO GUILLAMÓN, C., «Aproximación al régimen jurídico de los bienes parafernales –*extra dotem*– en el *ius comune*», en *RGDR*, 12, 2009, pp. 1-13, pp. 2 y ss. D. 23, 3, 9, 3; C. 5, 14, 8; C. 5, 14, 11; Nov. 97 c. 5; *Fr. Vat.* 254; *Fur* 5, 3, 8; *Fur* 5, 4, 4.

23. LÁZARO GUILLAMÓN, C., «Los bienes parafernales...», cit., pp. 11.

Por otra parte, también refuerza la tesis presentada sobre el origen del *exovar* el régimen económico matrimonial del Derecho foral valenciano basado en la comunidad de bienes o germanía que, si bien no es objeto de este trabajo y no gozar de la pormenorizada regulación de la dote, ya que es referido en escasas ocasiones y no de forma exhaustiva, se conforma como un instituto jurídico propio del Derecho foral valenciano;²⁴ en este sentido, la definición de germanía no se encuentra en los *Furs* de forma directa, sino que se extrae de *Fur* 6, 6, 10 y *Fur* 5, 2, 4, estableciendo un sistema económico sobre una comunidad en la que todos los bienes de los cónyuges, bien aportados al tiempo del matrimonio como adquiridos durante el mismo, pertenecen por mitad a cada una de las partes y, una vez disuelto el vínculo matrimonial, por cualquier causa, debían dividirse entre los dos una vez pagadas las deudas.²⁵

24. La germanía se configuraba como una institución con personalidad propia valenciana, de carácter consuetudinario, que tenía su origen en las prácticas germano-cristianas que se llevaban a cabo incluso antes de la reconquista de la ciudad por los mozárabes, y que continuaba realizándose *a posteriori*, cuyos principales destinatarios eran el campesinado y los artesanos, como afirma BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 105 y ss.; BELDA SOLER, M. A., «Instituciones de derecho de familia en los “*Furs de Valencia*”», CABANES PECOURT, M. A., (directora), *Temas Valencianos*, Zaragoza, 1979, pp. 16 y ss. Sin embargo, respecto a este origen de la germanía valenciana, GARCÍA, H., «La germanía», en *Bol. Soc. Cast. Cultura*, 31, 1945, pp. 23-30 defiende, al igual que hace con otros institutos jurídicos del régimen económico matrimonial, sus raíces en el Derecho consuetudinario mozárabe existente en el territorio valenciano a la hora de conformar la regulación de los *Furs*, equiparándolo al *mig per mig* de las Costumbres de Tortosa. En contra de esta teoría, plantea dudas sobre el fundamento mozárabe del *mig per mig* GUAL CAMARENA, M., en recensión a «El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia» de BELDA SOLER, M. A., en *Anuario de Historia de Derecho Español*, 37, 1967, p. 560, pues no hay suficiente prueba en los documentos disponibles.

25. CASTAÑEDA, V., «Organización familiar en el derecho valenciano», en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, XII, Madrid, 1908, pp. 257 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 30 y ss.; LÁZARO GUILLAMÓN, C., «La germanía de los Fueros de Valencia: una forma particular de organizar el patrimonio de los cónyuges», en *RGDR*, 14, 2010, pp. 1-16; PIQUERAS JUAN, J., «Matrimonios en régimen de germanía y relaciones intrafamiliares en Alicante durante el siglo XV», en *Espacio, Tiempo y Forma. Serie 3, Historia medieval*, 29, 2016, pp. 593-620.

Con relación a la germanía valenciana, Guillot Aliaga afirma que el sistema de comunidad de bienes era propio de una sociedad poco desarrollada y principalmente agraria, en la que marido y mujer se convertían en socios a nivel general. En esta comunidad de bienes se formaba un condominio entre los cónyuges, que administraba el marido si así se era acordado por las partes, pero cuanto más complejas se volvían las relaciones comerciales, así como las jurídico-políticas, el sistema de comunidad de bienes ya no respondía a las expectativas de las partes, pues se planteaba el problema de las cargas del matrimonio, que debía sostener el marido, aunque no contase con más bienes que los que proporcionaba su trabajo, mientras que con el régimen de separación de bienes con dote el marido soportaba las cargas matrimoniales contando con los bienes aportados por la mujer con esa finalidad, a título de dote.²⁶

Lo que nos lleva a afirmar que el desarrollo económico y la romanización del territorio valenciano desplazó los pactos de comunidad de bienes, siendo en algunos territorios una situación excepcional en los matrimonios de la época; sobre esta cuestión cabe destacar que la dote como régimen económico matrimonial era el mejor regulado en los *Furs*, como ha quedado establecido anteriormente, de lo que se puede extraer que se consideraba como propio y fundamentado en la sociedad valenciana, siendo acogido y utilizado de forma mayoritaria por futuros esposos de diversa procedencia económica, profesional o territorial.²⁷

Pero, tomando como punto de partida este *status quo* hemos de preguntarnos porqué la dote tuvo una mayor regulación por el legislador, y mejor aceptación por la población, a lo que se puede responder que la razón se encuentra en los fundamentos del Derecho romano presentes en la sociedad valenciana desde antiguo, incluso en la etapa de la conquista árabe, ya que al pensamiento jurídico romano hay que sumar aquellos institutos jurídicos árabes con notas análogas a la dote que ayudaron al citado uso e incluso obligatoriedad por parte de la familia

26. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 33 y ss.

27. PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales...», cit., pp. 104 y 105; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 34.

de los contrayentes. Así, cabe señalar que en el Reino de Valencia el sistema de separación de bienes junto a la constitución del *exovar* tuvo un mayor reconocimiento legal en la normativa foral medieval, precisamente a tenor de la herencia jurídica proporcionada por el Derecho romano y su recepción en el *ius comune*.

Otro aspecto del *exovar* que configura esta figura jurídica es su naturaleza en la regulación de los *Furs*, en este sentido, de su estudio y de las consecuencias hereditarias de su constitución por el futuro marido en el reparto patrimonial hereditario, distinguiendo si son mujeres o varones, se puede observar en *Fur* 6, 3, 5, dictado directamente por *Jaume I*, que se ordena la imposibilidad de las hijas casadas y dotadas de reclamar al padre, madre o resto de herederos más bienes que la dote recibida, si no se los han legado expresamente, indicando asimismo que si la dote recibida por la mujer supera la legítima²⁸ no se le puede reclamar importe alguno por parte del resto de herederos, convirtiendo la dote en la única participación de la hija dotada en la herencia familiar.²⁹

A este respecto, tomando como referencia el citado precepto y desde su íntima relación con la naturaleza jurídica de la dote, se pueden distinguir distintas cuestiones: en primer lugar, como plantea Guillot Aliaga, opinión que seguimos, se debe distinguir si estamos ante un derecho de alimentos, o la dote se configuraba como un pago anticipado de la legítima establecido por el *paterfamilias*, dando como respuesta que en principio se trataba de la primera de las opciones, pues con la dote sucedía el deber de alimentos que tenía el padre con sus hijas, por derecho natural, lo que justificaba la dote entregada a las hijas naturales, emancipadas o adoptadas;³⁰ no obstante, esta situación

28. PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales...», *cit.*, p. 104, el sistema de legítima estuvo en vigor en Valencia hasta el 1358, a partir del cual se dictó la libertad de testar siempre que se cumplieran unos requisitos mínimos para recibir bienes de la herencia; así, se excluía a esclavos, herejes, infieles, excomulgados entre otros casos. En el mismo sentido, MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El derecho de sucesiones en la Valencia foral y su tránsito a la Nueva Planta*. Universidad de Valencia, Valencia, 1998, pp. 99 y ss.

29. PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales...», *cit.*, p. 104.

30. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, *cit.*, pp. 76 y ss., p. 77 (notas 228 y 229)-87-160 y ss.

tenía su reflejo en el Derecho hereditario, ya que en el territorio valenciano las hijas dotadas, cuando concurrían con hermanos o hermanas indotados, ya no tenían derecho a legítima, lo que vendría a significar que también estamos ante un anticipo de aquella, si bien podía reclamar un suplemento si el *exovar* era inferior a lo que hubiese recibido en concepto de legítima.³¹

Se puede completar esta afirmación respecto a la regulación hereditaria relacionada con la dote reflejada en los *Furs*, distinguiendo la sucesión testada de la intestada, así, en la testamentaria, la hija dotada no podía pedir nada si en el testamento no se lo dejaba su padre, pues el testador tenía facultad de privar a los herederos forzosos de la legítima, como se afirma en *Fur* 6, 4, 41 y *Fur* 6, 4, 52, distinto caso era la preterición, que suponía poder reclamar el suplemento. En el supuesto de sucesión intestada la hija dotada era excluida, ya que la dote era equivalente a la legítima, con la opción de pedir el suplemento si la cuantía de esta última fuese inferior, pero como ha quedado establecido, si lo recibido en concepto de dote era superior, los herederos no podrían reclamar ese exceso, como se afirma en *Fur* 5, 3, 6; de igual modo, un hijo dotado no podía suceder si quedaban hermanos por casar, de ambos progenitores, como se afirma en *Fur* 5, 3, 7, situación extendida a las nietas casadas y dotadas. Caso especial es la hija dotada por la madre, que no estaba excluida de la sucesión intestada de su padre, aunque hubiese más hijos.

Esta situación significaba, como afirma Guillot Aliaga, que en la práctica, si reclamaban una sucesión intestada hijos varones e hijas que habían sido dotadas, estas eran excluidas de la sucesión, excepto en el derecho a pedir el suplemento que les correspondiese hasta alcanzar la legítima, pues era habitual que en las cartas dotaes se estableciera que la dote era parte de la futura legítima o de cualquier otro derecho que pudiera corresponder a la hija dotada por cualquiera de los progenitores.³²

31. Se exceptúa de esta afirmación aquellos casos de dolo cierto que causara un importante perjuicio por parte del progenitor, que cuenta sin embargo con la presunción de que lo entregado a título de *exovar* era correcto, GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 81.

32. GUILLOT ALIAGA, D., en *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 79 expone el caso de Gaspar Rovira, que fue declarado heredero *ab intestato* junto a los hijos de su hermana, en los bienes de su madre, reclamó esta decisión y en Real

Otro aspecto que conforma la naturaleza de la dote o *exovar* valenciano es conocer si trae causa onerosa o lucrativa, sobre lo que podemos afirmar que la dote se consideraba en Valencia como una aportación de la mujer destinada a sostener las cargas familiares del matrimonio, esto es, tenía carácter oneroso, ya que su constitución tenía un fin concreto, y no era una simple donación, a mayor abundamiento cuando en la práctica determinados sujetos como el padre o el que cometía delito de violación, estupro o rapto estaban obligados a cumplir con la constitución de dote a la mujer.³³

Con relación a la naturaleza y fundamento de la dote romana, al igual que se plantea en la legislación foral valenciana se puede afirmar, en opinión de Solazzi,³⁴ que en su origen estamos ante la concesión de un anticipo del patrimonio paterno para indemnizar a la mujer por la pérdida de su cuota hereditaria al integrarse en una nueva familia al celebrar el matrimonio *cum manu*, otorgándole una posición más elevada a la mujer dotada frente a la que contraía matrimonio sin dote; aporta otra perspectiva complementaria a esta la posición de Bofante³⁵ cuando sostiene que el objetivo de la dote era sostener las cargas matrimoniales, de lo que se extrae el eventual derecho de restitución de la mujer y la consiguiente obligación del marido a devolverla cuando se rompía el vínculo matrimonial.

La institución de la dote llevó un camino paralelo a la evolución de la familia y del matrimonio, lo que trajo consigo modificaciones en la constitución de aquella, al producirse el paso a los matrimonios *sine manu* con la misma disposición que se había llevado a cabo anteriormente, pues el hecho de otorgar dote a la mujer favorece el matrimonio;³⁶

Audiencia del 8 de mayo de 1623 se le declaró como único heredero; en el mismo sentido, plantea las capitulaciones matrimoniales de Luisa Palavesin, que al casar fue dotada con 40.000 ducados y en las mismas debió renunciar a todos los derechos y acciones que pudiera tener por razón de legítima tanto paterna como materna y presentó protesta por el gran perjuicio que le causaba la misma respecto a su expectativa de legítima.

33. GUILLOT ALIAGA, D, *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, pp. 75 y ss.

34. SOLAZZI, S., *La restitutions della dote nel diritto romano*, Castello, 1899, pp. 11 y ss. D. 4, 4, 3, 5.

35. BONFANTE, P., *Corso di diritto romano, I, Diritto de familia, cit.*, pp. 401 y ss.

36. ARÉVALO, W., «A propósito de la dote de Licinia», *cit.*, p. 42. D. 21, 2, 71; D. 23, 7, 75.

en efecto, a partir de Augusto se confirma su finalidad como medio para sostener las cargas matrimoniales, sirviendo para distinguir las *iustas nuptias* frente al concubinato, proyectando su eficacia en el interés público de la dote, ya que promueve el matrimonio de las mujeres y el nacimiento de hijos, como se observar en D. 23, 3, 2.— *Paulus 60 ad ed. Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.*³⁷

Con relación a la obligación de constituir dote a la mujer cabe destacar la evolución de este instituto jurídico desde el Derecho romano más antiguo, así, como afirma Torrent,³⁸ en su inicio estaba circunscrito por razones económicas obvias a las familias con capacidad económica suficiente para dotar a sus hijas, no apareciendo en las clases más bajas, sin embargo, con la evolución del sistema dotal pasa a ser habitual en el matrimonio, para más adelante ser un medio de promoción social en el medievo, que se establecía no solo en las clases altas de la sociedad, sino también en las más bajas, que dotaban a sus hijas para favorecer su posición social, siendo considerada respecto a algunas personas incluso una obligación.³⁹

En este orden de ideas, la obligación de la dote en el sistema matrimonial de separación de bienes en la normativa foral valenciana se puede observar desde su fundamento en el Derecho romano, ya que hacemos referencia a una institución derivada de este Derecho, si bien adaptada a las necesidades de una sociedad que ha evolucionado.

A este respecto, en primer lugar y como premisa previa, haremos referencia a las clases de *exovar* en los *Furs* de Valencia comenzado por el criterio que establece la persona que constituye la dote, entre estas se

37. FUENTESECA, P., *Derecho privado romano, cit.*, pp. 391 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano, cit.*, pp. 674 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, p. 74.

38. TORRENT, A., en voz: *Dos, Diccionario de Derecho romano, cit.*, pp. 293 y ss.

39. La situación de la mujer respecto a la dote tiene un aspecto no jurídico que hay que tomar en consideración, pues también se plantea la compleja situación que para la mujer significaba la falta de dote en la celebración de sus nupcias, pues tenía consecuencias negativas para su honor, ya que la dote formaba parte de su estima social; así, además de formar parte de su honra obtener una dote, la cuantía también era un aspecto importante ya que tener más o menos patrimonio para entregar suponía subir o bajar en la escala social, lo que en ocasiones le obligaba a entregar no solo los bienes dotales sino los parafernales y aquellos que recibía con motivo del *creix*. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, p. 74-75. A. R. V., Justicia Civil, request, 1702, signat. 1390 mano primera, fol. 25 y ss.

puede distinguir la profecticia, constituida por el padre o parientes por línea masculina, incluso si se trataba de una dote establecida por un tercero como pago de una deuda al padre. También se encuentra la dote adventicia, constituida por bienes de la madre, o parientes por esta línea, o un extraño, e incluso tiene esta denominación la entrega de bienes al marido por parte del padre con bienes de su hija y, por último, la dote mixta, que se conforma con bienes tanto de línea paterna como materna.⁴⁰

En los *Furs* también se encuentran las clases de *exovar* según su forma de constitución, entre las que se puede destacar la dote prometida, aquella que se había ofrecido mediante carta dotal o capitulaciones matrimoniales, aun sin hacer entrega de la misma,⁴¹ la dote entregada, cuando los bienes ya se habían entregado al marido, existiera carta dotal o no, y la dote confesada, en la cual este declaraba que había recibido los bienes dotales, sin existir prueba de tal acto.⁴²

Por los efectos de su constitución se puede clasificar el *exovar* en la legislación foral en dote inestimada, cuyos bienes entregados al marido no se valoraba, restituyendo los mismos bienes que se habían entregado en caso de disolución del vínculo matrimonial⁴³ y, por otro lado, la dote estimada, en la cual los bienes se valoraban al tiempo de la entrega al marido, debiendo restituir en caso de disolución el valor que había sido estimado; en esta última clase de dote se podían distinguir dos situaciones diferentes: la realizada en *venditiones causa*, cuando esta valoración era el precio a entregar en una situación de disolución del matrimonio, o la *taxationes causa*, cuando la estimación servía para determinar desperfectos o mejoras en los bienes, en esta clase, como afirma Guillot Aliaga,⁴⁴ con «la estimación se trataba de fijar de antemano la medida de la responsabilidad del marido en caso de que la restitución no se realizase».

40. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia, cit.*, pp. 59 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, pp. 82.

41. *Fur* 5, 3, 1; *Fur* 5, 5, 15.

42. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, pp. 83 y 84.

43. *Fur* 5, 5, 7; *Fur* 5, 5, 32.

44. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, p. 85. En el mismo sentido, DOS SANTOS JUSTO, A., «Relações patrimoniais...», *cit.*, pp. 332 y ss.

Acerca de las clases de *exovar*; especial relevancia se observa, respecto al carácter de su constitución, entre la dote voluntaria, aquella que otorgaba una persona que no estaba obligada por la ley y la dote necesaria, referida a aquella persona obligada a ello, como eran los reos de violación, estupro y raptó, y, el caso más habitual, el padre de la mujer, o la madre en algunas circunstancias.⁴⁵

Por lo que concierne al Derecho romano, con relación a las clases de dote se puede afirmar que, a tenor del criterio que distingue las personas que constituyen la dote, en Derecho clásico⁴⁶ se distingue entre *dos profecticia*: la constituida por el *paterfamilias* de la mujer, incluyendo la realizada por el padre de la hija emancipada, ya sea directamente, por un procurador o un tercero que se encargara de la constitución, si bien en el Derecho justinianeo solo tiene esta denominación la dote que proviene del *paterfamilias*, o *dos adventicia*, constituida por otra persona que no es el *paterfamilias* de la mujer, que podía ser la madre, otro ascendiente materno o un extraño, de lo que se puede observar que el contenido de la clasificación no corresponde exactamente con la legislación foral, ya que no se exige la patria potestad para ser considerada como dote profecticia.⁴⁷

45. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., p. 59.

46. ALBERTARIO, E., «Dos profecticia e dos adventicia», en *Studi di diritto romano*, vol. I, *Personae e familia*, Milano, 1933, pp. 283 y ss.; FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, cit., p. 708; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., pp. 394 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 676; GARCÍA GARRIDO, M., «*Adus uxorium*». El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano», *Consejo Superior de Investigaciones Científicas: Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, 9, Roma, 1958, pp. 63 y ss. D. 4, 4, 4; D. 4, 4, 5; D. 24, 3, 3.

47. En Derecho romano clásico, a estas clases de dote, según el sujeto que la constituye, se puede añadir la *dos recepticia*, en la que el constituyente, no el *paterfamilias* o padre de la mujer, se reserva el derecho a la restitución de la dote en el caso de que el matrimonio se disuelva por muerte de la mujer, si bien, como afirma FUENTESECA, P., en *Derecho privado romano*, cit., p. 394, la denominación de *dos recepticia* no es doctrina pacífica. Sobre esta cuestión, BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, VI, *Diritto di successione*, Milano, (reimpresión 1974) 1930, pp. 284 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 82 y ss. *Ulp.* 6, 5; D. 23, 3, 5 pr.; D. 44, 7 19.

En este orden de ideas, y a consecuencia de la evolución del Derecho y la sociedad romana, en Derecho justinianeo se hace referencia a la *dos necessaria*,⁴⁸ que determina la obligación legal de algunas personas a constituir una dote, en concreto el *paterfamilia* de la mujer, la madre de esta como excepción y la mujer misma, si bien la exigencia de aportar dote por la mujer tiene el carácter de natural.⁴⁹

Esta obligación de algunos sujetos a constituir dote a la mujer con fines matrimoniales es recogida en la normativa foral, estableciendo como orden de prelación en primer lugar, el padre, o los que habían cometido un delito de violación, estupro o rapto, pero también y subsidiariamente el heredero del padre, el abuelo paterno y la madre, cuando el padre no hubiese podido.⁵⁰

Respecto al padre de la mujer, este deber no se concreta en los *Furs* de forma expresa, pero del espíritu de la norma se desprende esta obligación a constituir el *exovar* a sus hijas,⁵¹ salvo que no dispusiera

48. C, 5, 11, 7, 2; D. 23, 2, 19; Nov. 97, 5.

49. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 676.

50. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 86 y ss.

51. Otra cuestión a tomar en consideración con relación a la obligación de otorgar *exovar* a la hija es establecer las posibles diferencias de clases sociales y económicas que pueden encontrar a la hora de aplicar una única norma, esto es, como afirma Guillot Aliaga, por un lado, si se debía dotar a todas las hijas o solo a la que no tiene bienes propios, y por otro, si otorgar *exovar* era una obligación si la hija contraía matrimonio sin consentimiento del padre. Con relación a la primera cuestión se afirma que el padre debía dotar a la hija rica porque esta exigencia no tenía que ver con la pobreza, sino con favorecer un buen matrimonio de las hijas, además de cumplir así con el deber de alimentos paterno, como se observa en la obligación de dotar incluso si ingresaba en religión. Respecto a contraer matrimonio con oposición paterna, la Iglesia no adoptó ninguna resolución que hiciera obligatorio dicho consentimiento, si bien se aprobaron normas legales a fin de limitar estos comportamiento. En este sentido, los *Furs* establecen que bien el padre o la madre podían desheredar a una hija que se casase sin su consentimiento, pasando la legítima a los demás hermanos y, de igual modo, se establece que si una mujer se casaba sin consentimiento de su padre o, en su defecto, de su madre, no podía exigir nada por razón de *exovar*, ni ella ni su esposo, aun en el caso que se hubiese ya constituido o prometido la dote, ni si quiera en concepto de alimentos, como se puede observar en *Fur* 6, 9, 2, *Fur* 6, 9, 5, *Fur* 6, 9, 6 y *Fur* 6, 9, 7. Esta normativa viene matizada en *Partidas* 4, 1, 32 al establecer una distinción por razón de la edad, ya que si la mujer tenía más de veinticinco años el padre debía otorgar dote, afirmación que se extendía en el supuesto de la hija que contraía matrimonio indigno, que

de bienes para hacerlo, en cuyo caso la dote podía ser otorgada por la madre, como se recoge en *Fur* 5, 3, 3.

Con relación a este deber del padre hay que tomar en consideración el sentido de *Fur* 5, 3, 4, de cuyo estudio se confirma la obligación del progenitor, aun cuando la madre también hubiera firmado las cartas dota-les, pues si no se reflejaba en la misma la parte que entregaba cada uno de ellos, padre y madre, la constitución era del padre y no de la madre, porque en la legislación foral valenciana tal era su obligación.

Referente a esta cuestión en Derecho romano se puede afirmar que en el mismo se obligaba a constituir dote al padre o al abuelo paterno, si bien en la época antigua la mujer debía estar bajo la potestad de aquellos, pero esta imposición lleva una evolución paralela a todo el Derecho, adaptándose a la sociedad romana y sobre todo a la familia que es fundamento y piedra angular del mismo, de manera que en época republicana se daba también en el supuesto de una hija emancipada,⁵² llegando en Derecho clásico a ser considerada una obligación civil que podía ser exigida en juicio, incluso en las provincias, como se afirma en D. 23, 2, 19 y C. 5, 11, 17, asimismo, esta obligación se cumplía por la madre en algunos supuestos según se indica en C. 5, 12, 14.⁵³

De lo expuesto se puede afirmar que la naturaleza de esta obligación del padre, del heredero del mismo o de la madre se debe observar en la regulación foral valenciana desde la perspectiva de un derecho natural, pues esta regulación es en esencia Derecho romano adaptado a la sociedad de su época y, al igual que este, consideraba que la obligación de la mujer de constituir dote a favor de la hija era propio del *ius naturale*, en el momento de su promulgación los *Furs* establecieron que

si tenía cumplida esta edad no podía ser desheredada ni privada de dote. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 89 y ss. 209 y ss.

52. Esta circunstancia es identificada por Caracalla como un *officium pietatis*, LÓPEZ GÚETO, A., *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano*, Madrid, 2017, pp. 35 y ss. Valerio Máximo 5, 5, 6.

53. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 86.

el padre estaba obligado a dar *exovar* a la hija adoptiva, incluso a la bastarda,⁵⁴ pues tiene su fundamento en el derecho de alimentos.⁵⁵

Establecida la obligación paterna o, en caso excepcional, la materna, haremos referencia al supuesto de una hija menor sujeta a tutela o curatela, caso en el cual eran los titulares de estas figuras los que debían cumplir la obligación de otorgar *exovar* y, si no cumplían con la misma, el juez, una vez estudiadas las causas, podía obligarlos a cumplir si estas eran ilegítimas. En el mismo sentido, en Derecho romano, en el supuesto de un *paterfamilias* declarado *furiosi* o pródigo era el titular de la curatela el obligado a dotar a la hija mediante autorización judicial, oídos los parientes más próximos, como se afirma en C. 4, 1, 28; C. 4, 5, 25; D. 3, 23, 5; D. 3, 23, 3, si bien, en el supuesto de que la situación fuese un *paterfamilia* retenido por enemigos o ladrones, entonces era la autoridad judicial la encargada de cumplir tal manda, según D. 3, 23, 5 y D. 3, 23, 4.⁵⁶

Otros sujetos obligados a otorgar *exovar* a la hija son los herederos del padre, a tenor de lo establecido en los *Furs*, salvo que en su testamento ya hubiese disposición al respecto constituyendo dote a favor de la hija, lo que constituía práctica habitual, pues de lo contrario la hija se veía forzada a acudir a la vía judicial para alcanzar sus bienes dotales, pues la normativa no establecía una obligatoriedad de constituir dote, sino que se limitaba a un deber de alimentos, ya tuviesen madre o hermanos a quien pedirselos.⁵⁷

Con relación a la madre, como se ha venido adelantando hasta el momento, se puede afirmar que en Derecho romano nos encontramos ante un supuesto excepcional de obligación de constituir dote a favor de la hija, siempre que existiera una causa establecida en las leyes, pues hacemos referencia a un deber que corresponde al *paterfamilia* que tiene la patria potestad de la hija u otro ascendiente de la misma, como se afirma en C. 5, 12, 14.

54. En el supuesto de la hija bastarda, afirma GUILLOT ALIAGA, D., en *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 88 y ss., que dotar a esta hija era una necesidad más allá de los alimentos, pues se debía velar por su honor y procurarle un buen matrimonio que protegiese su honestidad.

55. Igual regulación se puede observar en *Partidas* 4, 1, 1.

56. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 93- 94.

57. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 95.

Cumpliendo tal afirmación en los *Furs* se dispone que la madre no dota si ella misma no tiene recursos para hacer frente a esta cesión patrimonial, tampoco si la hija casa sin su consentimiento o lleva una vida indecorosa, por ende, los supuestos en los que la madre debía dotar eran que el padre fuese pobre, o que hubiese muerto sin dejar bienes, o fuesen insuficientes para constituir una dote suficiente, siempre con carácter subsidiario al padre, heredero del mismo o abuelo paterno, como ha quedado establecido en *Fur* 5, 3, 3.

Otro supuesto en la obligación de dotar se encuentra en el hermano de la mujer; en este caso, se debía dar una serie de circunstancias para verse obligado a dotarla. A este respecto, los juristas medievales consideraban que dentro de la dote necesaria se debía incluir como obligación natural aquella de los hermanos consanguíneos de la mujer, todo ello en razón de D. 26, 7, 12, 3,⁵⁸ estableciendo la regulación foral valenciana distintos supuestos; en primer lugar, si el hermano es heredero del padre, no hay duda de que se subroga en el lugar de este y tiene que dotar a la mujer; la dificultad surge en si también lo tiene que hacer si tiene fortuna suficiente, mientras que el padre o la madre no disponen de bienes para hacer frente a la entrega de bienes dotales, esta cuestión no es pacífica en la doctrina, que distingue los hermanos de doble vínculo junto a aquellos que son hermanos del mismo padre, pero de diferente madre, en oposición a los que eran hijas e hijos de la misma madre, pero de distinto padre, admitiendo que la obligación se tenía por el hermano, si no pudiera el progenitor, salvo que solo fuese hermano de madre.⁵⁹ A este respecto, cabe sostener que en el supuesto de admitir la obligación natural de otorgar *exovar* a la hermana se debe ceñir a lo que correspondía por derecho de alimentos, continuando el espíritu de este instituto jurídico.

Por último, haremos referencia a sujetos obligados a constituir *exovar* a la mujer según el Derecho penal, ya que los *Furs* establecían que aquellos que cometían un delito de violación, estupro o raptó tenían la obligación de otorgar una dote suficiente a la mujer si era virgen a fin de que tuviese un casamiento adecuado, quedando limitado el deber de

58. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 676 (nota 126).

59. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 96 y ss.

casarse a que el sujeto tuviese la misma o mejor condición social que la mujer, si no cumplía esta obligación el castigo era la pena de muerte, como se afirma en *Fur* 9, 2, 1 y *Fur* 9, 2, 13.⁶⁰ Sin embargo, si la mujer no era virgen ni casta, la obligación se limitaba a constituir dote para poder realizar un buen matrimonio bajo pena de prisión, como se afirma en *Fur* 9, 2, 4.⁶¹

Sin embargo, además de las personas obligadas a constituir *exovar* a favor de la mujer, la normativa foral establecía otras que lo podían llevar a cabo de forma voluntaria en correlación al Derecho romano; así se afirmaba como una de las clases de dote la adventicia que se configuraba como la realizada por persona distinta del *paterfamilias* de la mujer, que podía ser la madre, otro ascendiente materno o un extraño. A este respecto, la doctrina hace referencia a la propia mujer, la madre que otorgaba dote sin estar obligada a ello, el hermano que no era heredero del padre, los tíos y las cofradías u obras pías, que dotaban a las doncellas pobres o huérfanas.⁶²

De lo expuesto respecto de la obligación y el derecho al *exovar* en los *Furs* del Reino de Valencia se puede observar que, al igual que en Derecho romano, la familia es el núcleo del derecho, lo que también queda de manifiesto en la formalización de los pactos dotales, pues en estos la presencia de la misma era determinante en la negociación del régimen económico del futuro matrimonio, que se configuraba como una alianza entre familias destinada a asegurar el progreso de los individuos de cada uno de los grupos de las mismas. En este sentido, los padres acudían a un notario para entregar en matrimonio a sus hijas, reflejando en la

60. *Fur* 9, 2, 1. *Si alcú forçarà fembra verge, ella clamant e provant o sos parents la força que li serà feyta, aquell qui la haurà forçada la prene per muller; si serà ell de sa valor o de mellor. E si ell no serà de sa valor; o serà tal que aquella no deje pendre per muller; do a ella tant del seu que pusque pendre marit de sa valor. E si fer no o porà, o no volrà, sia penjat.*

Fur 9, 2, 13. *Si alcú traurà alguna fembra de casa de son pare o de sa mare, o d'aquells qui la tendran en poder; e que aquella sia de temps de maridad, o no de temps de maridad, que si ell és de valor d'ella que la prengua per muller. E si ella no val tant com ell, don-li ell marit de la valor d'ella; e si açò fer no podrà o no volrà, que muyre.*

61. *Fur* 9, 2, 4. *Aquell que forçarà fembra que no serà verge ne casta, do a ella tant del seu on pusque pendre marit, si doncs no serà putana pública...*

62. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 99 y ss.

carta nupcial como norma general los acuerdos económicos regulados por la dote y donaciones previas al matrimonio, como así se recoge en *Furs* Libro V, Rúbrica I, «*De arres e d'esposalles*», *Fur* 1.⁶³

La constitución del *exovar* se otorgaba en el momento de contraer matrimonio con carácter general, si bien se admitía constituir o aumentar el *exovar* en un momento posterior a las nupcias, al igual que en Derecho romano se consideraban admisibles los pactos dotales tendentes a modificar su cuantía una vez contraído el matrimonio, como se afirma en D. 23, 4, 1. [...] *Pacta quae de reddenda dote fiunt, inter omnes fieri oportet, qui repetere dotem et a quibus repeti potest, ne ei, qui non interfuit, apud arbitrum cognoscentem pactum non prosit*;⁶⁴ en el mismo sentido, legisló Justiniano sobre la posibilidad de aumentar o constituir donaciones *ante nuptias*, con fundamento en que la dote se podía aumentar una vez celebradas las nupcias, como se puede observar en C. 5, 3, 19.

Un elemento esencial en la constitución del *exovar* o de la dote es su cuantía. Para adentrarnos en el mismo partiremos de la regulación dotal en Derecho romano, que establecía una amplia libertad respecto a su importe, ya que se podía entregar a título de dote todos los bienes patrimoniales que pertenecían al que la constituía, sin limitación alguna, si bien para fijar el importe de la dote se debía estar a la dignidad y posición de la futura esposa, a la del padre que otorgaba la dote, su patrimonio y al número de hijos, de igual manera, se tomaba en consideración la dignidad y situación económica del marido, como se afirma en D. 3, 32, 43; D. 24, 3, 14, 1; D. 23, 4, 4 y D. 23, 3, 69.

Estos principios se siguen en los *Furs*, en primer lugar, no existía límite en la entrega de los bienes dotales cuando la constituyente era la propia mujer, ya que como se señala en *Fur* 5, 3, 2, podía dar en *exovar* todos sus bienes; por otro lado, cuando el obligado era otra persona, los bienes a entregar en concepto de *exovar* se regían por la costumbre, la posición social, económica y familiar de quien lo constituía, salvo que

63. PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales...», *cit.*, p. 105 (nota 21).

64. En este sentido se expresa D. 23, 3, 4, que recoge la entrega como dote de la nuda propiedad y, posteriormente, del usufructo, afirmando que no es una nueva dote, sino un aumento de la primera constituida, si bien, este supuesto tenía como límite temporal la muerte de la mujer, de manera que aunque se podía constituir después de las nupcias, la entrega no se podía atrasar hasta ese momento, pues en ese caso no cumpliría la finalidad de ayudar al marido a sostener las cargas familiares del matrimonio.

tras la muerte de su padre la mujer reclamará, por vía judicial, el suplemento que por razón de la legítima le hubiese correspondido.⁶⁵

En la regulación de los bienes dotales, respecto a su propiedad y gestión se puede afirmar la evolución del derecho en relación con el amparo legal concedido a la mujer a fin de proteger sus bienes al contraer matrimonio, configurando un *iter* temporal que parte de una disposición plena del marido en el Derecho romano arcaico, que continúa hasta el siglo II cuando el marido pierde este poder ilimitado y comienza a responder por su administración de los bienes entregados a título de dote, hasta llegar a un papel de mero administrador con la recepción del Derecho romano en el *ius comune* a partir del siglo XI, que será la norma general en los *Furs* de Valencia promulgados en el siglo XIII.

Ahondando en esta cuestión, en Derecho romano la gestión de los bienes dotales estaba destinada al marido, que respondía hasta el límite de la *culpa levis*, y con Justiniano por la llamada *culpa in concreto*, si bien, esta figura jurídica fue especialmente sensible a la evolución de la sociedad romana; así, en la *lex Iulia de adulteriis* de Augusto se prohibía la enajenación sin el consentimiento de la mujer de los fundos dotales en suelo itálico, si bien es discutida por la doctrina si esta prohibición se extendía a los fundos provinciales.⁶⁶ En el mismo sentido, con la reforma de la dote promulgada por Justiniano ni siquiera era posible constituir hipotecas sobre los fundos dotales,⁶⁷ extendiendo esta prohibición a todas las clases de fundos, ya estuvieran establecidos en suelo itálico como en las provincias; así, se prohibía enajenar u obligar los bienes inmuebles dotales, incluso con el consentimiento de la mujer,⁶⁸ tomando esta una hipoteca privilegiada general sobre todos los bienes del marido como garantía de su dote.⁶⁹

65. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., p. 54; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 114-115.

66. FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, cit., p. 710. Paulo 2, 21b, 2; D. 23, 3, 4, 78; D. 23, 5, 16; D. 50, 16, 28.

67. C. 5, 13, 1, 15b.

68. C. 5, 13, 1, 15b; I. 2, 8 pr.

69. FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, cit., pp. 714 y ss.; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., pp. 396 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., pp. 678 y ss.

A este respecto, la regulación en los *Furs* del *exovar* establece la distinción entre la dote estimada y la inestimada con relación a la propiedad de esta, pues la administración y el usufructo en los dos casos los tiene el marido constante el matrimonio, siempre que cumpla su función principal, esto es, sostener las cargas del matrimonio, como se afirma en *Fur* 5, 1, 17.

En estos bienes se incluían todos aquellos que se añadían al dominio del marido proveniente de ganancias de la mujer, ya por su trabajo o por realizar ciertas actividades comerciales que aportaran beneficios económicos, ya que todo lo que se hacía era en interés de la familia, cuya cabeza visible era el marido, excepto que los bienes fuesen parafernales.⁷⁰ Por el contrario, la mujer no podía participar en las ganancias e incrementos del marido durante el matrimonio.⁷¹

A pesar de esta norma general que establecía la administración del *exovar* a favor del marido, en los *Furs* se regulaban también algunos supuestos excepcionales en sentido contrario, como es el caso de un marido pródigo, con algún trastorno mental o ausente, que hacía recaer la administración de los bienes dotaes en la mujer, previa solicitud judicial de la misma.⁷²

Con relación a los efectos de la citada dote inestimada, la normativa foral valenciana la equipara con la dote estimada *taxationis causa*, afirmando que en esta el marido tenía la administración de los bienes dados en *exovar*, así como el derecho a percibir sus frutos, pero la mujer continuaba con la propiedad, en consecuencia los aumentos o deterioros iban a favor o en contra de la misma, salvo que interviniera dolo o culpa

70. *Fur* 5, 4, 3. *Si la muller gaaanyarà alcuna cosa de sa art o de ses obres o de sos trebayls o de sa honesta mercaderia o de les coses de son marit, tot allò gaaanye a obs del marit.*

71. *Fur* 5, 1, 10. *La muller que haja alcuna cosa en aqueles coses que-l marit gaaanyarà o conquerrà, oltra l'exovar o-l creix que li és feit per rahó de l'exovar, si doncs lo marit no ho féu posar e compendre en la carta que fo feita el temps del matrimoni entre ell e ella.*

72. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 153.

del marido, situación que recogen distintos textos de las fuentes, tanto romanas como valencianas, *Fur* 5, 5, 33; D. 23, 3, 10 pr.; D. 23, 3, 52.⁷³

Sobre esta cuestión, Guillot Aliaga⁷⁴ afirma que era válida la dote constituida estimando los bienes, pero con el pacto de restituir solo aquellas que existiesen en su momento, quedando el aumento o disminución según la determinación de un juez, pagando el valor de aquellos bienes que no existiesen; en este caso, la mujer también podía solicitar la devolución de los bienes que sin consentimiento hubiese dispuesto el marido, con fundamento en D. 24, 3, 50. En este orden de ideas, los *Furs* señalan que el marido no podía vender u obligar los bienes dados en concepto de *exovar*, ya que era un acto nulo, salvo que la mujer prestase juramento autorizando tal negocio; de esta manera, el predio entregado no podía ser enajenado contra la voluntad de la mujer ni se podía constituir censo sobre este, de forma que en el supuesto que se diera este caso la mujer tenía acción contra los terceros poseedores, si bien antes se debía actuar contra el marido o sus herederos, como se afirma en *Fur* 4, 19, 1 y *Fur* 4, 19, 28, poniendo de manifiesto la íntima relación entre la normativa valenciana foral y la regulación dotal romana.

Como confirmación a esta regulación, se plantea el supuesto de una mujer que entregaba todos sus bienes en concepto de *exovar* existiendo acreedores anteriores al matrimonio. En este caso, el marido debía responder con todos los bienes hasta el límite de la dote, y si no quedaba nada, llegado el momento de la restitución, los herederos no podían reclamar nada, o en su caso, solo lo que hubiese quedado después de pagar las deudas, todo ello con fundamento en D. 23, 3, 72 y *Fur* 5, 5, 13.

Ahora bien, respecto a la dote estimada, cabe destacar que en este caso el dominio se transfería al marido, que debía asumir los deterioros, las pérdidas o los incrementos, en lo que podía significar una venta de los bienes de la dote al marido, por lo que, en el caso de restitución por disolución del vínculo matrimonial esta se ceñía al valor

73. Asimismo, se puede observar la relación de la *taxationis causa* en los *Furs* y a su regulación análoga en Derecho romano en C. 5, 12, 5; D. 23, 3, 6; D. 23, 3, 7.

74. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 156 y ss.

de estos y no a los bienes en cuestión.⁷⁵ Sobre esta clase de dote se debe matizar que en los territorios valencianos, llegado el momento de restitución a la mujer, por cualquier causa, quedaba a voluntad del marido la elección entre devolver los bienes o su valor,⁷⁶ lo que nos lleva a afirmar que no se daba venta de los bienes dotales al marido, ya que al tener opción entre devolver los bienes o su valor quedaba descartada la venta a su favor.⁷⁷

La regulación de los frutos producidos por los bienes entregados en *exovar* seguía, respecto a su destino, los mismos principios contemplados en esta institución jurídica, ya que se empleaban en sostener las cargas familiares, como se afirma en *Fur* 5, 3, 5; *Fur* 5, 1, 18 y *Fur* 5, 1, 19; del estudio de estos textos se puede extraer como premisa previa para afirmar que el marido hacía suyos los frutos la necesidad de entregar los bienes, la celebración del matrimonio y que los frutos de los citados bienes sostuvieran las cargas familiares, si bien hay que destacar que aunque excedieran las cargas matrimoniales este se hacía con el dominio de los mismos; por el contrario, si estos frutos no eran suficientes para el sostenimiento de las cargas, el marido lo hacía con sus propios bienes.

Esta finalidad concreta de los bienes dotales estaba en relación con el elemento real del *exovar* valenciano, esto es, con el contenido de los contratos dotales; a este respecto, como ha quedado indicado y se afirma en la rúbrica I del libro V de los *Furs*, era necesaria una valoración económica de los bienes aportados por la mujer en concepto de dote al matrimonio a fin de sostener las cargas de este, que debía ser «*en diners o en haver...*», de manera que ante notario se debía declarar el valor de la dote en moneda, ya fuese en libras o en sueldos; estos bienes dotales a valorar podían ser de toda clase: muebles, inmuebles, derechos de crédito o reales, o derechos personales, entre otros, siempre que su enajenación no estuviera prohibida por la ley.⁷⁸ De esta manera, se podían entender tres tipos de naturaleza diferente: por una parte,

75. *Fur* 5, 5, 32; *Fur* 5, 5, 34; *Fur* 5, 5, 35; *Fur* 5, 5, 38.

76. *Fur* 5, 1, 9; *Fur* 5, 5, 14.

77. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, p. 159.

78. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, pp. 105 y ss. *Fur* 6, 6, 7; *Fur* 6, 6, 11.

podemos mencionar la ropa, textiles y muebles de uso personal de la mujer;⁷⁹ por otra, en función del poder económico de la familia, se podían incluir propiedades inmuebles, entre las que destacan las tierras de cultivo,⁸⁰ y por último, con la misma premisa se añadía a la dote una cantidad en metálico.

Con relación a los derechos y obligaciones de las partes, una vez constituido el *exovar* y el *creix*, y tomando como referencia la evolución social así como del derecho que hace pasar al marido de pleno disponente en el Derecho romano arcaico a mero administrador en el *ius commune*, y por ende, en los *Furs* de Valencia, podemos afirmar la especial relevancia que tuvo este cambio en el amparo legal que concedía la ley a la mujer a fin de proteger sus bienes a la hora de contraer matrimonio, lo que vino a significar que, en paralelo a la legislación romana,⁸¹ las nupcias realizadas en Valencia bajo el sistema tradicional dotal debían someterse a la restitución de la dote a la esposa en caso de disolución del matrimonio, a la que se añadía la aportación realizada por el marido del

79. A este respecto, PIQUERAS JUAN, J., «Contratos matrimoniales...», *cit.*, pp. 104 y ss., sostiene la distinción de estos bienes con la denominación de *exovar*, que formarían parte de la dote, pero no se identificarían como la dote misma; así, el Libro V regula la restitución del *exovar*; según afirma este autor, siguiendo su opinión en contra de la doctrina general, que es la forma inexacta de llamar a la dote en el texto legal, en especial en los textos más antiguos del mismo.

80. MONFORTE BAGUENA, A., *Los contratos acerca de la tierra en Valencia. Su pasado, su presente y su futuro*, Valencia, 1922, p. 18; RÚA MORENO, J. L. de la, *Arrendamientos Históricos Valencianos, Doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencia*, Valencia, 2002, pp. 26 y ss.; AMAT LOMBART, P.– RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *Arrendamientos Históricos Valencianos*, Valencia, 2004, p. 137.

81. D. 23, 3, 1; D. 23, 3, 75; *Top.* 17, 65.- *Top.* 4, 23; *Gayo* 2, 98; D. 6, 1, 65, 1; D. 23, 3, 24; D. 37, 7, 8; C. 5, 18, 7.

Sobre la evolución en el Derecho romano de la disposición del marido de los bienes de la dote hasta llegar a ser un mero administrador de los mismos, BONFANTE, P., *Corso di diritto romano, I, Diritto de familia*, *cit.*, pp. 401 y ss.; ARNÒ, C., «Il nouvo regimen dotale serviano», en *Studi Bonfante, I*, Milano, 1930, pp. 83 y ss.; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, *cit.*, p. 397; GIRARD, P. F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, *cit.*, pp. 1008 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, *cit.*, pp. 674 y 678; TORRENT, A., en voz: Dos, *Diccionario de Derecho romano*, *cit.*, p. 293; ARÉVALO, W., «A propósito de la dote de Licinia», *cit.*, p. 43; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, *cit.*, pp. 28 y ss.

creix o *excreix*, de ordinario por valor de la mitad de la dote,⁸² siempre que la mujer fuese virgen, con el posterior reparto de bienes según testamento, cumpliendo determinadas normas de protección a la viuda, así como a su patrimonio, recogidas en *Fur* 6, 5, 5; *Fur* 7, 5, 5 y *Fur* 8, 5, 5 y que tienen como contenido *l'any de plor*⁸³ y *la tenuta*.⁸⁴

A fin de atender a estas garantías respecto a los bienes que conforman el *exovar* de la mujer, partimos de la obligación que tenía el marido, una vez disuelto el vínculo matrimonial, de restituir los bienes o el valor de estos, según se haga referencia a dote estimada o inestimada. Para asegurar este cumplimiento, la mujer tenía una hipoteca general tácita⁸⁵ a su favor sobre el patrimonio de su marido, siempre que los bienes prometidos se hubiesen entregado, cobrando la deuda por su *exovar* con preferencia a otros acreedores, como se afirma en *Fur* 5, 1, 4 y *Fur* 8, 2, 14.

Asimismo, respecto a la salvaguardia de los bienes de la mujer, del estudio del pasaje recogido en *Fur* 8, 2, 14 se pueden extraer dos tipos de garantías: la denominada llamada obligación, que se correspondía con la hipoteca tácita, en la cual el marido se obligaba con todos sus bienes, presentes y futuros, pero sin especificar ninguno y, por otro

82. GARCÍA I SANZ, A., en *Institucions de Dret civil valencià, cit.*, p. 131 afirma que el *creix* o *escreix* valenciano, a modo de *donatio propter nuptias* correlativamente a la dote y equivalente a la mitad de esta, tenía carácter obligatorio con carácter de contradote, ya que no podía otorgarse sin que previamente se haya constituido el *exovar*, siendo fundamental en su constitución la virginidad de la esposa y la consumación del matrimonio.

83. Con relación al término jurídico *any de plor* establecido en la regulación valenciana, BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia, cit.*, pp. 117-118; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, pp. 190 y ss., pp. 268 y ss.; OBARRIO MORENO, J. A., «La voz *donatio propter nuptias, sponsalium, creix* en la praxis y en la *interpretatio doctorum* de la Corona de Aragón», en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, R. López Rosa – F. del Pino Toscano (coord.), Huelva, Universidad de Huelva, 2004, pp. 465-482, pp. 474-475. *Fur* 5, 2, 6; *Fur* 5, 2, 8; *Fur* 5, 2, 9; *Fur* 5, 5, 9.

84. Respecto a la *tenuta*, BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia, cit.*, pp. 118 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, pp. 190 y ss. *Fur* 5, 5, 6.

85. Cumpliendo el mismo principio el marido también disponía de una hipoteca tácita sobre la dote que no se le había entregado una vez prometida, GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral, cit.*, p. 170 (nota 580).

lado, la expresa obligación, en la cual el marido identificaba los bienes obligados en la restitución del *exovar*, incluso se podía obligar un bien particularmente a dicha devolución, apartando el resto de sus bienes de la misma,⁸⁶ y si este vínculo particular se garantizaba con un bien inmueble, el resto de bienes del marido quedaban libres, siempre que su valor fuera tanto como el *exovar* y el *creix*⁸⁷

Idéntica regulación se encuentra en C. 5, 9, 8; C. 5, 13, 1 y C. 8, 18, 12.

Respecto a la restitución del *exovar* así como del *creix* en los *Furs* se regulaba su devolución a la mujer o a sus herederos a la muerte del marido, como se afirma en *Fur* 5, 5, 29 y *Fur* 5, 5, 30, si bien en ciertos casos que se plantearán más adelante, como la pobreza del marido, dicha restitución se realizaba incluso durante el matrimonio;⁸⁸ esta regulación encuentra su paralelismo en el Derecho romano al afirmar Teodosio y Honorio, en C. 5, 18, 11, que una vez fallecido el marido la dote revertía en la mujer y el heredero no podía reivindicar nada de esos bienes.

En lo que concierne a la restitución de la dote en Derecho romano, desde finales del siglo II a. C., en caso de disolución del matrimonio, el pretor concedía la restitución de los bienes dotales a la mujer, o a quien hubiese transferido los bienes dotales con independencia de los acuerdos entre las partes, concediendo a la mujer si esta era *sui iuris* o al constituyente de la dote una *actio rei uxuarie*,⁸⁹ basada en la equidad y de buena

86. Sobre esta cuestión se debe hacer referencia a la preferencia de las hipotecas dotales cuando existían otras hipotecas anteriores, pues se realiza por la doctrina una equivalencia con el Fisco; así, se tendrá prioridad ante una hipoteca anterior tácita, pero no si era expresa, BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., p. 88. *Fur* 8, 2, 14; *Fur* 8, 2, 16; *Fur* 8, 2, 17.

87. *Fur* 5, 1, 6.

88. OBARRIO MORENO, J. A., «La voz *donatio propter nuptias*...», cit., p. 479; BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 65 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 188 y 190. *Fur* 5, 2, 12; *Fur* 5, 3, 9.

89. SOLAZZI, S., *La restituzione della dote nel diritto romano*, cit., p. 174; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano, I, Diritto de familia*, cit., pp. 401; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., pp. 398 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 675; ARÉVALO, W., «A propósito de la dote de Licinia», cit., p. 43 (nota 14) y 44. *Ulp.* 6, 4; *Ulp.* 6, 5; D. 4, 4, 3; D. 4, 5, 8, 9; D. 11, 7, 16; D. 21, 2, 71; D. 24, 3, 24, 5; D. 23, 3, 1; D. 24, 3, 66 pr.; D. 23, 3 75; D. 23, 3, 75; D. 37, 6, 4; *Fr. Vat.* 108.

fe, para obtener su restitución una vez disuelto el matrimonio, limitando los derechos del marido sobre estos bienes, a pesar de la afirmación de que era su propietario,⁹⁰ ya que el destino de los bienes dotales, orientado a sostener las cargas de la familia legítima así como la existencia de matrimonio informaba esta devolución patrimonial, de manera que disuelto el vínculo se debía restituir a la mujer, a sus herederos o al constituyente de la dote los bienes que la conforman, así como todos los incrementos, excluidos los frutos, que se hayan producido durante el matrimonio,⁹¹ si bien el marido gozaba del *beneficium competentiae*, de manera que no podía ser condenado más allá de su disponibilidad económica, además de poder cumplir la restitución en tres plazos, *annua, bima, trima* en caso de tratarse de bienes fungibles, salvo que por su comportamiento perdiera esta facilidad.⁹²

Esta situación se encontraba regulada en el mismo sentido en los *Furs*, afirmando que si el marido alegaba pobreza ante la restitución del *exovar* solo podría ser condenado a aquella cantidad que se encontrara dentro de sus posibilidades, reservándose lo necesario para vivir, quedando la deuda viva si *a posteriori* obtuviese ganancias, a no ser que pudiera vivir sin estos bienes, como se observa en *Fur* 5,5, 21 y *Fur* 5, 5, 22.

La gestión de los bienes dotales tuvo como punto de inflexión en su evolución jurídica la introducción de la *actio rei uxoriae* por el pretor en su Edicto, ya que esta reforma permitía a partir de ese momento imputar al marido por una responsabilidad por dolo o culpa en su administración,

90. En este sentido, como afirma VOLTERRA, E., en *Instituciones de Derecho privado romano, cit.*, p. 674 (nota 119), el marido ejercía varias facultades del pleno propietario, como enajenar las cosas dotales, darlas en prenda, manumitir esclavos dotales adquiriendo asimismo los derechos de patronato, se extinguían por confusión las servidumbres que él tuviera sobre el fundo dotal, tomar posesión de los bienes de la dote, adquiriendo frutos, accesiones, entre otras, lo que se concentra en que podría hacer uso de las acciones que corresponden a un propietario y ser demandados por las que se dirigían contra un propietario.

91. FUENTESECA, P., *Derecho privado romano, cit.*, p. 398; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano, cit.*, p. 681.

92. *Ulp.* 6, 8; *Ulp.* 6,13.

tomando en consideración su comportamiento si llegaba el momento de la restitución.⁹³

No obstante, el cambio fundamental en la restitución de la dote en el caso de disolución del matrimonio, ya sea por divorcio o muerte del marido, se produjo en el Derecho justiniano a tenor de la evolución producida en la sociedad romana y las limitaciones ya establecidas en la etapa postclásica. Las modificaciones de este periodo otorgaron la propiedad de los bienes a la mujer, si bien su función era siempre estar destinados a sostener las cargas familiares, dejando la disponibilidad del marido reducida en la práctica a ser un administrador, como ya se ha puesto de manifiesto, salvo las excepciones que le permitían retener parte o todo, afirmando el carácter de reversible de la dote cuando se disuelve el matrimonio, y otorgando a la mujer para la restitución de los bienes corporales una acción real, lo que demostraba su derecho de propiedad sobre el patrimonio dotal. En este sentido, Justiniano también reguló el pacto de restitución de la dote, si bien lo configuró como un contrato innominado cuya tutela judicial era del *actio praescriptis verbis*.⁹⁴

A este respecto, en el siglo V se encuentran constituciones imperiales que en la práctica ya afirmaban la pertenencia de los bienes dotales a la esposa y la reserva de los bienes maternos para los hijos.⁹⁵ Así, en C. 5, 13, 1 de Justiniano se recoge la reforma del sistema clásico, aboliendo la *actio rei uxoriae* y concediendo en caso de disolución matrimonial a la mujer o a sus herederos la acción dotal, *actio dotis*⁹⁶ o *actio ex stipulatu*, pues, como afirma Fuenteseca,⁹⁷ para asumir esta unificación de las acciones se tenía que considerar que toda constitución de dote suponía una *tacita stipulatio*, con independencia de que existieran acuerdos o pactos entre las partes, conservando únicamente su derecho el *paterfamilias* sobre la *dos profecticia*, quedando abolido

93. FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, cit., pp. 709 y ss.; ARNÒ, C., «Il nuovo regimen dotale serviano», cit., p. 88. D 24, 3, 66.

94. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 679.

95. C. Th. 3, 13, 3, *Nov. Valentiani*, 35 (34), 91.

96. DOS SANTOS JUSTO, A., «Relações patrimoniais...», cit., p. 333. C. 5, 12, 30.

97. FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., p. 399.

en la misma norma el *edictum alterutro* y las retenciones dotales,⁹⁸ si bien, también se concedía al marido actuar para el reembolso de los gastos útiles conservando el *ius tollendi* o facultad de retirar las mejoras para los gastos voluptuarios, reconociendo a la mujer o a los que tuviesen derecho de restitución una hipoteca tácita sobre los bienes del marido que se configura como privilegiada.⁹⁹

Este derecho de restitución en los *Furs* tenía como requisito indispensable que la dote se hubiese entregado; en caso contrario, decaía la obligación legal de devolver dote ni pagar el *creix*,¹⁰⁰ pero una vez cumplido el trámite los obligados con carácter general eran el marido, sus herederos si había muerto y, como caso especial si por cualquier circunstancia el hijo no pudiera llevar a cabo este deber recaía en el padre del marido, pues se entiende que al igual que dota a sus hijas, se comprometía a dar donación *propter nuptias* y a restituir el *exovar* de los hijos.¹⁰¹

98. Con relación a estas *retentiones*, que son producto del amplio arbitrio del juez a tenor de la naturaleza de buena fe *de actio rei uxoriae*, y que están constituidas por diversas cantidades de bienes que se dejan al marido por distintas causas, hacemos referencia a las *retentio propter res donatas*, esto es, se ordenaba la retención de las cosas donadas por el marido en contra de la prohibición de donación entre cónyuges, *la retención propter res amotas*, en la que se retiene una cantidad equivalente al valor de las cosas que la mujer hubiera sustraído de los bienes dotales a fin de asegurarse la devolución en caso de divorcio, ya que, en este supuesto, la mujer que con carácter previo al divorcio se apropiaba de los bienes dotales, sin esperar a solicitar la restitución formal no podía ser acusada de *furtum*, pero sí podía intentar en su contra la *actio rerum amotarum*, *la propter impensas*, que hace referencia a la cuantía de gastos necesarios realizados en los bienes dotales y en los gastos útiles llevados a cabo con el consentimiento de la mujer, no dando lugar a retención los gastos voluptuarios, *la propter liberos*, que se obtenía cuando el divorcio era culpa de la mujer, o del padre que la tuviera en su potestad y la cuantía de la retención sería una sexta parte de la dote por hijo sin poder exceder de la mitad de la misma, y la *propter mores*, en la que se retenía una sexta parte en el caso de adulterio de la mujer y, una octava si la falta era menor, FERRINI, C., *Manuale di Pandette*, cit. p. 712; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., pp. 398 y ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., p. 680. DOS SANTOS JUSTO, A., «Relações patrimoniais...», cit., p. 334. *Ulp.* 6, 10; D. 25, 1, 5; C. 5, 17, 11b; *Fr. Vat.* 105-107;

99. FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, cit., p. 399; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., p. 28.

100. *Fur* 5, 5, 13.

101. Con relación a la obligación del marido a pagar el *creix* o si la misma le correspondía al padre de este, OBARRIO MORENO, J. A., «La voz *donatio propter nuptias*...»,

Los bienes restituidos tenían destinatarios distintos en función de qué cónyuge había fallecido. A este respecto, continuando la tesis de Guillot Aliaga¹⁰² se puede afirmar que, si moría antes el marido, sus herederos restituían la dote a la viuda; en el supuesto de que falleciera la mujer se distinguía si tenía hijos o no, pues, si fallecía con hijos, los bienes del *exovar* quedaban en poder del padre de sus hijos, salvo pacto en contrario cuando se contrajo matrimonio, esto es, los bienes los retenía el esposo supérstite, si bien la propiedad correspondía a los hijos de matrimonio, pues todavía estaban destinados a sostener las cargas familiares.¹⁰³ En el supuesto de que los hijos fuesen de dos o más matrimonios, la dote se restituía a todos ellos, por igual, salvo disposición testamentaria, por el contrario, el *creix* solo se destinaban a los hijos que la mujer hubiera tenido con el marido que lo había constituido.¹⁰⁴

Por otro lado, si la mujer fallecía sin hijos y con testamento disponía en el mismo solo de un tercio de los bienes dotales, ya que las otras dos terceras partes se restituían al dotador, si moría sin hijos, pero sin testamento todos los bienes dotales volvían al dotador o a sus herederos, como se afirma en *Fur 5, 5, 2*.

En el mismo orden de ideas, en las fuentes de Derecho romano, cuando se gestionaba una dote profecticia, si la hija fallecía se debía restituir la dote al padre, con dos posibles supuestos de pacto revisional, por un lado, era factible pactar que cuando muriera la hija, toda la dote se entregara al suegro o a sus herederos si había fallecido, y por otro, si el otorgante de la dote era un extraño se podía pactar que si se disolvía el vínculo matrimonial tenía derecho a su devolución.¹⁰⁵

La restitución de la dote procedía cuando fallecía alguno de los cónyuges o cuando se rompía el vínculo matrimonial por culpa del marido; esto es, cuando se producían circunstancias especiales, constante el matrimonio, que impedían una vida conyugal normal, como el caso

cit., p. 479 (nota 68); GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, *cit.*, pp. 186 y 187.

102. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, *cit.*, pp. 202 y ss.

103. *Fur 5, 5, 5*.

104. *Fur 6, 4, 31*.

105. D. 23, 4, 9; D. 24, 3, 19, 1; D. 23, 3, 63; D. 23, 4, 1.

del *furiosi*, o el abandono del hogar, tener deudas, o cometer malos tratos sobre la mujer, en estos casos, se establecía que el marido no tenía ni *exovar* ni *creix*.¹⁰⁶

Entre estos últimos supuestos cabe destacar la restitución por pobreza del marido durante el matrimonio, siempre que el marido se empobreciera o usara mal la fortuna familiar, permitiendo a la mujer solicitar que se le devolviera el *exovar* y se le pagase el *creix*;¹⁰⁷ es este un nuevo supuesto de recepción del Derecho romano en el cual se prohibía, constante el matrimonio, que se restituyese la dote por ser un acto contrario a la institución, pero estableciendo excepciones a la regla general, como que la mujer tuviera que solicitar ayuda a sus padres o alimentar a los hijos de un matrimonio anterior,¹⁰⁸ y también en caso de indigencia del marido, como se afirma en D. 24, 3, 24.

Respecto a este supuesto, el Derecho romano establece que en la restitución de la dote por pobreza del marido se distinguen tres periodos: en el primero, Ulpiano afirma que la mujer podía reclamar su dote durante el matrimonio por pobreza del marido si era evidente que los bienes de este no eran suficientes para cumplir con la exigencia de la dote; por otro lado, en el *Codex* se establecía que, aunque el marido tuviera bienes suficientes, pero también estaba obligado por un número importante de deudas, ante la duda de que no pudiera hacer frente a las cargas familiares, la mujer podía reclamar su dote y, por último, en Auténticas se afirma que si el marido tenía bienes suficientes, podía sostener las cargas familiares, pero si hacía mal uso de la fortuna familiar la mujer podía solicitar la restitución de su dote como se puede observar en D. 24, 3, 24 y C. 5, 12, 30.¹⁰⁹

Un supuesto de similares características es aquel que hace referencia al hecho de que la pobreza del marido fuese existente y conocida antes del matrimonio, pues en este caso la mujer no podía reclamar la dote ya que conocía la situación con anterioridad a las nupcias; caso

106. OBARRIO MORENO, J. A., «La voz *donatio propter nuptias*...», *cit.*, pp. 480 y ss. *Cost. de Tort.* 5, 5, 3.

107. *Fur* 5, 5, 16.

108. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, *cit.*, pp. 202 y ss.

109. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, *cit.*, pp. 210 y ss.

distinto es que una vez celebrado el matrimonio hiciera mal uso de los escasos bienes, haciendo temer por la estabilidad familiar, ya que entonces la mujer sí podía reclamar su dote.¹¹⁰

El marido, ante la solicitud de restitución de la dote y del *creix* por la mujer, podía oponer algunas circunstancias para impedirlo, entre las que citamos la ya expuesta pobreza del marido, o cuando el marido pagaba deudas de la mujer, de manera que, si estas eran superiores al valor de la dote, ni la mujer ni sus herederos podían reclamar nada, asimismo, la mujer perdía el *exovar* y el *creix* si cometía adulterio.¹¹¹

Como conclusión, de lo expuesto en este trabajo podemos extraer las distintas aristas legales y sociales que tenía la constitución del *exovar*, al igual que sucedía con la dote romana, pues a la cuestión familiar y al apoyo a un nuevo matrimonio se sucedía una regulación económica extensa, ya que este instituto jurídico formaba parte de la evolución, o en su caso involución, de los individuos en la sociedad, de ahí el importante número de preceptos legales que la regulaban, de forma directa, en títulos *ad hoc*, pero también a lo largo de toda la normativa foral valenciana, de igual forma, en las fuentes romanas se pueden observar diversos textos que sobre la misma materia de una forma u otra influyen en la vida familiar y en su desarrollo económico y social.

No obstante, a pesar de que del estudio de los textos se puede observar la legislación foral valenciana como una adaptación temporal de la regulación romana de la dote como lo establecen los paralelismos establecidos hasta el momento, también encontramos opiniones como la de Belda Soler,¹¹² que sostiene la personalidad particular de los *Furs* respecto a las normas que regulan la estructura económica matrimonial valenciana a pesar de su marcado carácter romanista, afirmación que realiza sobre el *exovar* y el *creix*, con especial referencia a las normas

110. GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 213 y ss.

111. *Fur* 5, 2, 3.

112. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 133 y ss.; BELDA SOLER, M. A., «Instituciones de derecho de familia...», cit., pp. 3 y ss.

que regulan la *setantena*¹¹³ y el *privilegi marital*¹¹⁴ y, sobre todo, las que conciernen al régimen económico en la germanía.¹¹⁵

Sobre la personalidad propia de los *Furs*, Belda Soler¹¹⁶ fundamenta su tesis en que el régimen matrimonial que regulan gozaba de capacidad de evolución, reforma y perfeccionamiento, así como que el origen de sus instituciones básicas se encontraba en un derecho ancestral a pesar de ser regulado según el Derecho romano, así, afirma que estas instituciones romanas se vieron modificadas a tenor de estas costumbres y prácticas de derecho local y, por último, considera esencial el hecho de que diversas instituciones recogidas en los *Furs* de Valencia tenían su procedencia en otros territorios de la Corona de Aragón, en especial de Cataluña, si bien fueron adaptadas al territorio valenciano.

113. La *setantena* era una forma de protección a la mujer por los posibles perjuicios que se podían presentar en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, pues aun con la constitución de dote podía suceder que si la mujer no tenía bienes parafernales, su fortuna quedaba limitada a la dote aportada y al *creix* si era doncella en el momento de celebrar el matrimonio, y todavía era peor la situación si por motivos económicos no podían acceder a la dote, contrayendo un matrimonio indotada, pues en el caso de viudedad se veían forzadas a acudir a la caridad para subsistir; estas razones llevaron al legislador foral a regular ciertos derechos para la viuda sin dote respecto a los bienes de su marido fallecido. Esta corrección legal pasaba por reconocerle a la mujer indotada que no había tenido hijos el setenta por mil de todos los bienes del marido, deducidas las deudas de la herencia, como se afirma en *Fur* 5, 1, 14. Más adelante, los fueros extendieron este derecho a la viuda sin dote que sí había tenido hijos, que podía elegir entre vivir de los bienes del marido fallecido junto a sus hijos, mediante la posesión y usufructo, o pedir la *setantena*, o lo que es lo mismo, obtener la propiedad del siete por cien de esos bienes. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 114 y ss.; GUILLOT ALIAGA, D., *El régimen económico del matrimonio en la Valencia foral*, cit., pp. 274 y ss.; BELDA SOLER, M. A., «Instituciones de derecho de familia...», cit., pp. 14 y ss.

114. BELDA SOLER, M. A., «La economía familiar valenciana en el Código de Jaime I (*Furs* de Valencia) y su proyección en el llamado privilegio marital», en *VI Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Cerdeña 1957, pp. 393 y ss.; BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 72-127 y ss.; BELDA SOLER, M. A., «Instituciones de derecho de familia...», cit., pp. 4 y ss.

115. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 116 y ss.

116. BELDA SOLER, M. A., *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, cit., pp. 134-135.

Con relación a esta teoría presentada por Belda Soler, y a tenor de la investigación llevada a cabo en este trabajo de los distintos preceptos que regulan el régimen económico matrimonial de separación de bienes, matizado con la constitución de *exovar* y *creix*, sostener la personalidad propia de la legislación foral valenciana no se corresponde con la realidad histórica, ya que, como afirma Gual Camarena,¹¹⁷ únicamente se plantea esta circunstancia en el caso de la *setantena*, el *privilegi marital* y la germanía como precursora de la comunidad general de bienes, el resto de normas que regulan el sistema económico matrimonial desde la promulgación de los *Furs*, incluso con sus posteriores modificaciones, son instituciones de Derecho romano moderadas y adaptadas a la realidad de su tiempo, como ha quedado demostrado en la correlación de fuentes romanas que tienen su reflejo en la regulación foral establecida en los *Furs*.

117. GUAL CAMARENA, M., recensión a «El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia», *cit.*, p. 561.

**LA RECEPCIÓN DEL DERECHO
JUSTINIANO EN LOS FUEROS
DEL REINO DE VALENCIA DE 1238**

*The reception of Justinian Law
in the Fueros of the Kingdom
of Valencia in 1238*

VICENTE GARCÍA EDO
Universitat Jaume I

Resumen: los Fueros de Valencia promulgados por Jaime I en 1238 constaban de casi mil quinientos artículos, de los que alrededor de la mitad procedían o se basaban en el Derecho justiniano, siendo la primera obra de sus características redactada en Europa, circunstancia poco conocida entre historiadores. En este artículo tratamos de situarlos en su contexto espacial y temporal, dentro de la secuencia cronológica que explica la introducción del *ius commune* en los reinos medievales de la península ibérica.

Palabras clave: Derecho justiniano. *Ius commune*. Fueros de Valencia. Derecho valenciano. Jaime I.

Abstract: the Fueros of Valencia promulgated by James I in 1238 consisted of almost one thousand five hundred articles, of which around half came from or were based on Justinian law, being the first work of its kind written in Europe, a circumstance little known among historians. In this article we try to situate them in their spatial and temporal context, within the chronological sequence that explains the introduction of the *ius commune* in the medieval kingdoms of the Iberian Peninsula.

Keywords: Justinian Law. *Ius commune*. Fueros of Valencia. Valencian Law. James I of Aragon.

En uno de sus muchos trabajos, el profesor Armando Torrent¹ se refirió a la importancia que la recepción del Derecho justiniano había tenido en la península ibérica a partir del siglo XII, haciendo hincapié en su pronta aparición en tierras catalanas: «Cataluña fue la región de España donde llegaron antes los textos justinianos»² y al impacto que generó en el código de las *Siete Partidas* de Alfonso X, tras su redacción

1. TORRENT, A., «La recepción del derecho justiniano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la Historia del Derecho Europeo», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 10, 2013, pp. 26-119.

2. TORRENT, A., «La recepción del derecho justiniano...» *cit.*, p. 102.

definitiva en tierras de la corona castellana en el año 1263, considerándolo «la obra legislativa de mayor relieve en la historia jurídica bajo-medieval española».³ También indicó, respecto de los Fueros de Valencia (1238) promulgados por el rey Jaime I, «que apelaban al derecho justiniano, *Liber iudiciorum*, [y a las] decretales canónicas»; y dijo de los Fueros de Aragón de 1247 «que recogían la sistemática del *Corpus iuris civilis*».⁴

Se trata, en todos los casos, de perfectos ejemplos de cómo, de manera continua pero muy lenta –tal como lo eran los ritmos de las sociedades de los diferentes reinos peninsulares de la Baja Edad Media–, se fueron introduciendo los principios del Derecho justiniano recopilado por buen número de juristas en la Universidad de Bolonia a finales del siglo XI y comienzos del XII, así como las diferentes manifestaciones de la literatura del *ius commune* derivadas del mismo, incluida la notarialística italiana de comienzos del siglo XIII, sobre todo a partir de las obras de Raniero de Perugia y Salatiello, y desde mediados de dicha centuria, de la definitiva *Summa Artis Notariae* de Rolandino Passeggeri.

Es también destacable la opinión del profesor Torrent, al afirmar que la recepción del Derecho justiniano en tierras españolas «es un capítulo más de los fundamentos del derecho europeo, dentro de una historia del derecho que hoy ya no debe ser una historia de los derechos nacionales, sino historia del derecho europeo, superados los nacionalismos que preferían ver exclusivamente la historia del derecho de los países comprendidos dentro de la Unión Europea, que aspiran a la unificación jurídica...».⁵ Sin embargo, nacionalismos aparte, desde una perspectiva meramente científica parece lógico, e incluso necesario, que los historiadores del Derecho sigamos prestando atención a la importancia del estudio del Derecho y las instituciones de los diferentes reinos peninsulares que, tras la muerte de los Reyes Católicos, compartieron monarca pero no leyes, la práctica totalidad de las cuales han llegado a nuestros días y, en todos los reinos, muchas fueron redactadas y aprobadas con anterioridad a la unificación de las distintas coronas en una sola, y continuaron en vigor durante siglos.

3. TORRENT, A., «La recepción del derecho justiniano...» *cit.*, p. 61.

4. TORRENT, A., «La recepción del derecho justiniano...» *cit.*, p. 116.

5. TORRENT, A., «La recepción del derecho justiniano...» *cit.*, pp. 226-27.

Algunos de estos textos legislativos, como la *Carta de Franceses* de Mallorca (1230), los *Furs de València* (1238), los Fueros de Aragón (1247), u otros de mera literatura jurídica, como el *Vidal Mayor* aragonés (redactado entre 1247-1252), tenían en mayor o menor medida influencias del Derecho justinianeo, buena prueba de la importancia que los juristas de la Cancillería Real aragonesa, promotores de su redacción –y algunos de ellos formados en Italia– concedían a las leyes romanas reconstruidas y estudiadas en el entorno de la Universidad de Bolonia, en un largo proceso que se inició en el último cuarto del siglo XI, y seguía manifestándose en todo su esplendor durante el segundo cuarto del siglo XIII, al coincidir en el tiempo y seguramente en el lugar personajes tan célebres como fueron los juristas Azzo (+c.1230), Accursio (+c.1263), Ramon de Penyafort (+1275), Raniero de Perugia (+c.1255) o Salatiello (+1280), entre otros; autores todos ellos de obras que constituyen las ramas principales del gran árbol del Derecho que se generó a partir del firme tronco constituido por el Derecho justinianeo.

Por lo que a nuestro objeto interesa, también es necesario señalar la importancia de otros dos importantes juristas, formados ambos en Bolonia en el primer tercio del siglo XIII, como fueron Vidal de Canelas (c.1190-1252) y Pere Albert (+c.1269). El primero⁶ fue autor de la obra titulada *In excelsis Dei Thesauris*, más conocida como *Vidal Mayor*, llegada a nuestros días a través de un único manuscrito, que es traducción navarra de muy a finales del siglo XIII, efectuada a partir de un original latino del cual no se ha encontrado ningún ejemplar en la actualidad, y que contenía no solo los Fueros de Aragón promulgados por Jaime I en 1247, sino también amplias explicaciones de los mismos, así como de textos relativos a numerosas otras materias vinculadas con las instituciones a las que los diferentes fueros se referían, constituyendo por su extensión una verdadera enciclopedia jurídica de gran utilidad para los profesionales del Derecho de la época; como lo serían a partir de 1263 las *Partidas* de Alfonso X, que en origen no eran otra cosa más que otra espléndida enciclopedia jurídica, cuyo contenido solamente comenzó a tener valor legal supletorio en la corona castellana,

6. ARCO, R., del, «El jurisperito Vidal de Canelas, obispo de Huesca», *Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita*, 1, 1951, pp. 23-112.

a partir de mediados del siglo XIV, tal como dispusieron las cortes castellanas en el conocido Ordenamiento de Alcalá.

No fue menos significativo el trabajo de Pere Albert,⁷ canónigo de la catedral de Barcelona y asesor legal del rey Jaime I al menos entre 1238 y 1269, año en el que parece ser que falleció. Este autor puede ser considerado como la mente pensante de la confección del esquema y coordinación del trabajo de redacción de los Fueros de Valencia, realizado por los juristas de la Cancillería Real de Jaime I de Aragón, y promulgados por este en 1238, constituyendo el primer texto legislativo extenso de un reino europeo basado en el Derecho justinianeo, una circunstancia que suele pasar desapercibida entre los historiadores del Derecho, probablemente por la cada vez menor atención que se dedica en nuestra disciplina al estudio y análisis de las fuentes legislativas medievales de los diferentes reinos peninsulares.

Esa falta de estudios es la que provoca, a fecha de hoy, que muchos historiadores sigan reconociendo, sin plantearse otras posibilidades, a Vidal de Canellas, como autor material tanto de la redacción de los Fueros de Valencia de 1238, que es un texto muy extenso y sistemático basado en gran parte en el Derecho justinianeo y necesariamente resultado de un largo trabajo colectivo realizado por un grupo de expertos juristas; así como también autor de los Fueros de Aragón de 1247, un texto cuatro veces menor en extensión que el cuerpo legislativo valenciano, y además casi exclusivamente basado, o trasladado, del Derecho aragonés –también algo del navarro–⁸ preexistente (Fueros de Jaca, Huesca y Zaragoza, que bebían de una misma fuente),⁹ si bien aderezado con distintos elementos que demuestran ser igualmente un trabajo de naturaleza menor en cuanto a extensión, y distinta por lo que al concepto y contenido de refiere, pero no por eso menos práctica, para las necesidades y, sobre todo, las opciones que los juristas de la Cancillería Real, verdaderos autores de la obra, tenían en ese momento para

7. GARCÍA SANZ, A., «El jurista Pere Albert i la seva obra». *Estudis històrics i documents dels arxius de protocols*, 14, 1996, pp. 7-38; FERRER PLANAS, E., *El jurista Pere Albert i les Commemoracions*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 2006.

8. GARCÍA EDO, V., «Concordancias entre el Fuero de Estella de 1164 y los Fueros de Aragón de 1247», *Glossae. European Journal of Legal History*, 12, 2015, pp. 359-380.

9. GARCÍA EDO, V., «Los orígenes del Derecho general aragonés. Del Fuero de Jaca a los Fueros de Aragón de 1247», *Aragón en la Edad Media*, 29, 2019, pp. 91-126.

conseguir la aceptación del texto por parte de la nobleza y las ciudades aragonesas, enfrentadas permanentemente a la voluntad reformadora de la corona en materia legislativa.

El jurista Vidal de Canellas era además obispo de Huesca, razón por la que figura, por derecho propio, entre los prelados que en 1238 se hallan presentes en la asamblea de notables que en octubre-noviembre fue reunida en Valencia por el rey Jaime I para promulgar los Fueros del nuevo reino, creado inmediatamente después de la conquista de la ciudad a los musulmanes. A tenor del conocimiento actual de la estructura y funcionamiento de las cortes aragonesas y catalanas de la época, que eran bastante rudimentarias, la asamblea valenciana presentaba características muy similares a aquellas, lo cual demuestra que no es otra cosa sino la celebración de cortes constituyentes del nuevo reino de Valencia y, por tanto, la figura de Vidal de Canellas, no tiene por qué interpretarse como la de autor de las leyes por las que ha de gobernarse, sino como la de testigo del hecho principal que motivaba la reunión, al formar parte del estamento eclesiástico, uno de los tres brazos de las Cortes de cualquier reino de la época.

Por sus circunstancias personales, Vidal de Canellas vuelve a figurar en las Cortes de Huesca de 1246-47, allí con mayor motivo, al ser además titular de la sede episcopal de la ciudad de celebración de dichas Cortes, pero de nuevo sin que ello signifique que fuera autor del código de fueros del reino de Aragón, que no es otra cosa sino el triunfo de una forma de derecho practicada en la mitad norte del reino aragonés, nacida en Jaca en la segunda mitad del siglo XI y expandida a través de Huesca, Zaragoza, Borja y Tarazona, en otras muchas poblaciones del Valle del Ebro durante la primera mitad del siglo XII; en contra del derecho que se practicaba en la mitad sur de Aragón, basado principalmente en los dictados de los fueros extensos que regían en las grandes comunidades de villa y aldeas de Calatayud, Daroca, Teruel y Albarracín; lo que generó una crisis que no llegó a superarse del todo sino a finales del siglo XVI. Con tales antecedentes, los Fueros de Aragón de 1247 no podían responder a esquema justiniano alguno, puesto que los textos de procedencia de sus contenidos eran otros y, aunque los juristas de la Cancillería Real empleasen alguna lógica difícil de reconocer actualmente, a la hora de reordenarlos los

parecidos que podemos encontrar pueden considerarse una mera coincidencia.¹⁰

Vidal de Canellas, en cambio, sí fue autor de esa gran enciclopedia jurídica que conocemos con el nombre de *Vidal Mayor* (escrita entre 1247 y 1252), que tiene mayores vínculos con el texto justiniano, si bien nunca fue un texto legislativo aprobado por las cortes aragonesas y promulgado por el rey, sino una obra literaria, extensa y completa, y por su buena redacción y contenido considerada útil por generaciones de juristas aragoneses hasta la primera mitad del siglo XVI. Muchos historiadores del Derecho, sin embargo, la consideran versión extensa de los fueros aragoneses, en contraposición a una versión breve de los mismos, que fueron los aprobados en Huesca el 6 de enero de 1247, lo cual no tiene ningún sentido.

La Cancillería Real aragonesa, perfectamente organizada desde los primeros años del reinado de Jaime I (1214-1221), coincidentes con su minoría de edad –tiempo durante el cual los territorios de la Corona de Aragón fueron administrados por un consejo de regencia fuertemente influido por la Iglesia– tuvo desde 1218 al frente de la misma a la figura de un canciller, que fue el obispo de Barcelona, Berenguer de Palou, quien ejerció el oficio hasta su fallecimiento en 1241.¹¹ Aunque la documentación conservada acerca de su estructura y funcionamiento no es muy abundante, permite suponer que seguía los modelos de la cancillería apostólica, en especial por lo que se refiere a la introducción de las técnicas de la notarialística italiana del *ius commune*, entre las cuales la más destacable era la doble redacción del documento, pues además de los pergaminos librados habitualmente, las matrices de todos los instrumentos notariales quedaban registradas en los libros de registro, o *notales*, que desde el primer cuarto del siglo XIII formaron parte de la dinámica diaria de escribanos y notarios de la Cancillería Real, con lo cual el valor jurídico del documento y su seguridad para los receptores de los mismos se hacía mucho más evidente.

10. GARCÍA EDO, V., *La obra legislativa de Jaime I de Aragón*, Castellón, Universitat Jaume I, 2008, en especial las pp. 60-65, donde se comparan los títulos de los Fueros de Aragón con sus equivalentes en el *Codex* justiniano, comparación que, sin embargo, no excede del título y no se traslada al articulado de cada capítulo o rúbrica del texto.

11. TRENCHS ODENA, J., «La cancillería de Jaime I: cancilleres y escribanos» en *Palaeographica, Diplomática et Archivística. Studi in onore di Giulio Battelli*, Roma, Storia e Letteratura, 1979, pp. 97-128.

Esta seguridad jurídica también había que trasladarla a cada nuevo texto legislativo, breve o extenso, aplicable a cualquier reino o territorio de la corona, razón por la cual ese fenómeno lo iremos viendo de manera lenta pero progresiva desde comienzos del reinado de Jaime I, primero en textos singulares de aplicación local (como en cartas de población, concesiones de ferias y mercados, exenciones de impuestos) o territorial (constituciones de paz y tregua, reglamentación fiscal) y, posteriormente, en ordenamientos jurídicos más complejos (privilegios de la ciudad y reino de Mallorca, ordenamientos de cortes aragonesas y catalanas, ampliación de los *Usatges* de Barcelona). En el ámbito privado, la influencia del Derecho justiniano está perfectamente documentada a través de los registros notariales catalanes (en especial en Vic), y en la documentación notarial valenciana de carácter privado a partir de 1239. En cuanto al ámbito judicial, la documentación suelta de la primera mitad del siglo XIII demuestra igualmente el empleo de instituciones de Derecho justiniano, tanto en tierras catalanas como valencianas, en este último caso desde la creación del reino de Valencia.

La masiva introducción de Derecho justiniano en Valencia se produjo a través de los nuevos fueros del reino, promulgados en 1238, inicialmente denominados *Costum de la Ciutat i Regne de València*, lo que significa que desde su promulgación estuvieron pensados para aplicarse al conjunto del reino, independientemente del hecho de que no fuera posible realizarlo inmediatamente, por razones puramente materiales sobre las que no es necesario detenernos ahora, pero sí fue posible hacerlo todavía sobre unas cuarenta poblaciones durante el reinado de Jaime I (+1276), y en muchas más hasta finales del siglo XIII y en las primeras décadas del XIV, de modo que en las Cortes de 1329-30, la práctica totalidad de poblaciones habitadas por cristianos habían adoptado ya como norma los Fueros de Valencia, mientras que los musulmanes continuaron usando el Derecho islámico contenido en el libro de la *Suna e Xara* hasta su expulsión a comienzos del siglo XVII.¹²

12. BARCELÓ TORRES, C., *Un tratado catalán medieval de derecho islámico: el «Llibre de la Çuna e Xara dels moros*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1989. GARCÍA EDO, V., / PONS ALÓS, V., *Suna e Xara. La ley de los mudéjares valencianos (siglos XIII-XV)*, Castelló, Universitat Jaume I, 2009.

Los Fueros de Valencia de 1238, su extensión y fuertes vínculos con el Derecho justinianeo son conocidos desde antiguo, aunque solo fueron definidos de manera correcta y completa a partir de la publicación de su edición crítica, efectuada por los profesores Germà Colón y Arcadi García entre 1970 y 1999,¹³ en la que se comparaba la versión original latina del texto con su traducción romance efectuada en 1261, también oficial a partir de esa fecha. En dicha edición crítica, los autores identificaron la procedencia de gran parte de las fuentes de Derecho romano-justinianeo, tarea que se amplió y sistematizó en 2002, al tiempo que se introdujo una numeración nueva, correlativa de todos los fueros, con el fin de que pudieran identificarse con mayor facilidad y permitieran búsquedas más ágiles que generaran mejores resultados de investigación.¹⁴

Ello permitió afirmar que, en su origen, los Fueros de Valencia de 1238 constaban de 1475 artículos (o fueros), divididos en dos grandes libros o partes y, a su vez, ambos subdivididos en un total de 146 capítulos o rúbricas de extensión muy desigual. Del total de rúbricas,¹⁵

13. COLÓN DOMÉNECH, G., y GARCÍA SANZ, A., *Furs de València*. 8. Vols. Barcelona 1970-1999.

14. Al fallecimiento del profesor Arcadi García en 1998, la edición estaba incompleta, pues los autores se habían basado para llevarla a cabo en la edición sistemática de los Fueros de Valencia, publicada en Valencia en dos volúmenes entre los años 1547 y 1548; y solamente habían podido concluir los estudios del primer volumen, en el que se encuentran todos los fueros de 1238 más las adiciones llevadas a cabo por el propio rey Jaime I y sus sucesores hasta el año 1542. En este primer volumen, por tanto, figuran todos los fueros de base o inspiración justiniana, más los posteriores relativos a las mismas materias, generados por los legisladores de cada momento. Quedaba por realizar el estudio histórico-jurídico que ofreciese la visión global de los Fueros a comienzos de nuestro siglo, derivado de las investigaciones llevadas a cabo por estos autores u otros dedicados a la materia, y faltaba también acometer el análisis del volumen segundo de la edición de 1547-48, denominada de Fueros «Extravagantes», que reúne todos los posteriores al reinado de Jaime I, que tratan de asuntos no contemplados en los Fueros de 1238 y, por tanto, no existe o no es tan evidente, su dependencia del Derecho romano. Tanto el estudio histórico-jurídico como la edición de los fueros «Extravagantes» fue realizado por los profesores Germà Colón Doménech y Vicent García Edo, y publicados a continuación de los anteriores, formando parte de la misma obra: *Estudio*, volumen IX (2002). *Extravagantes*, volúmenes X y XI (2007).

15. COLÓN DOMÉNECH, G., y GARCÍA EDO, V., *Furs de València*, Vol. IX, Barcelona, Barcino, 2002. Para este punto en concreto, conviene consultar el anexo II (pp. 155-167,

los títulos de 119 coinciden con sus equivalentes en el *Codex* de Justiniano, y en el índice de los Fueros están colocadas siguiendo exactamente el mismo orden que en la legislación justiniana. Las restantes 27 rúbricas se encuentran situadas al comienzo (7) y al final de la obra (20) y tienen títulos adrede redactados por los juristas de la Cancillería Real, así como contenido nuevo ideado para singularizar la nueva legislación valenciana.

Con respecto al contenido del casi millar y medio de artículos,¹⁶ los autores de la redacción utilizaron fuentes legislativas variadas, la más significativa fue las *Consuetudines Ilerdenses* (de 1228), de la que se adoptaron alrededor de sesenta artículos o fueros;¹⁷ pero la base del nuevo Derecho valenciano derivó, al pie de la letra o en espíritu, de los más de setecientos artículos del *Corpus iuris civilis* (sobre todo del *Codex*), que los juristas de la Cancillería seleccionaron para formar parte de los Fueros de Valencia, con criterios que solo ellos nos podrían indicar, pero que sin duda alguna respondían a objetivos de mayor y mejor servicio a los habitantes del nuevo reino cristiano que se incorporó a la corona, tras la conquista de la ciudad de Valencia a los musulmanes, cosa que sucedió tras la capitulación de la ciudad el día 28 de septiembre de 1238.

La campaña militar de conquista de Valencia a los musulmanes se había iniciado en el mes de julio de 1237 y duró hasta finales de septiembre de 1238. En ese tiempo, el rey Jaime I de Aragón estuvo casi

donde figura una tabla de concordancias de las rúbricas del *Codex* de Justiniano (CJ), los Fueros de Valencia (FV) y las Costumbres de Tortosa (CT), texto este último que, en cuanto al índice se refiere, deriva de FV, pero este no es un criterio que pueda aplicarse al pie de la letra respecto de los contenidos de cada rúbrica, asunto que no interesa en este momento.

16. COLÓN DOMÉNECH, G., y GARCÍA EDO, V., *Furs de...*, *cit.* En el anexo III (pp. 168-281) figura la relación correlativa de los Fueros en versión latina de Jaime (1475 de 1238, más las adiciones del reinado de este monarca, hasta un total de 1558 fueros), paralela a la relación equivalente (numerada a la manera romana) de los Fueros en romance de la edición de 1547, y a pie de página se indica la fuente documental, romana o no, de cada uno de los Fueros que pudieron identificarse a fecha de la edición del volumen.

17. COLÓN DOMÉNECH, G., y GARCÍA EDO, V., *Furs de...*, *cit.* Para este punto en concreto, conviene consultar el anexo I (pp. 153-154), donde figura una tabla de concordancias de los Fueros de Valencia y sus equivalentes, a la letra o en espíritu, de las *Consuetudines Ilerdenses*.

siempre residiendo en el campamento militar instalado primero en el Puig de Santa María y posteriormente en Ruzafa, extramuros de la ciudad de Valencia. A comienzos de 1238 ya era evidente que la caída de la capital del reino musulmán iba a ser pronto realidad, lo cual marcaría un hito muy importante en la vida y en el prestigio internacional del rey Jaime I de Aragón, pues tras el de Mallorca incorporaba un tercer reino a su corona, estos dos últimos ganados a los musulmanes.¹⁸

Sin embargo, la victoria sobre Valencia generaba un importante problema antes de producirse y, además, era necesario resolverlo antes de que ese hecho sucediera, pues en cuestión de días, o de pocas semanas, los musulmanes de la ciudad de Valencia se verían obligados a abandonar sus casas, inmediatamente repartidas y habitadas por nuevos repobladores cristianos a los que, como es natural, había que dotar de un derecho que les sirviera de referencia, inexistente en ese momento; ya que en el reino de Valencia únicamente se practicaba la ley islámica y no ha quedado rastro documental alguno de la existencia de una comunidad mozárabe, que pudiera seguir utilizando el antiguo derecho visigodo, recopilado en el *Liber iudicum*, obra estancada en la versión vigente a finales del siglo VIII, pocos años antes de la invasión musulmana.

Un texto legislativo nuevo y exclusivo para una ciudad del tamaño e importancia de la Valencia del siglo XIII, no podía en modo alguno adoptar la forma de una carta de población al uso en la época. Tampoco podía ser un fuero breve, dicho de manera un tanto coloquial, como se había efectuado en 1230, cuando el propio Jaime I había promulgado el texto de la *Carta de Franqueses* de la ciudad de Mallorca.¹⁹

Por tanto, en esta ocasión había de volar más alto, y no era fácil hacerlo, pues no había referentes en los que apoyarse, porque en 1238

18. Este proceso puede seguirse de manera muy completa a través del análisis del primer volumen del manuscrito conocido como *Llibre del Repartiment del Regne de València*, que se corresponde con el registro 5 de la Cancillería Real, conservado en el Archivo de la Corona de Aragón, en Barcelona.

19. Nos referimos a la denominada *Carta de Franqueses*, promulgada el 1 de marzo de 1230, que puede tener la consideración de un fuero breve, y consta de poco más de un centenar de artículos. Ha sido publicado en numerosas ocasiones. Seguramente la más significativa: CATEURA BENNÁSSER, P., *et al.* *Llibre dels Reis. Llibre de Franqueses i privilegis del regne de Mallorca*, Mallorca, Universitat Illes Balears, 2010.

no existía en reino alguno de la Corona de Aragón, ni tampoco en el resto de la península ibérica e incluso en el resto de Europa occidental, ordenamientos jurídicos extensos similares al que se precisaba, pues se partía del vacío más absoluto.

Así pues, los juristas de la Cancillería Real, responsables de llevar a cabo una tarea de esa naturaleza, únicamente podían tratar de buscar una solución nueva, y distinta a todo lo realizado hasta esos momentos, y la hallaron buceando en las fuentes del Derecho justiniano, en los distintos tomos que componían el *Corpus iuris civilis*, que solían llevar consigo en la pequeña biblioteca jurídica portátil que los acompañaba en sus continuos desplazamientos.

Como es natural, dicha biblioteca era sencilla, pero muy práctica. No conocemos inventario, si lo hubo, pero no puede haber ninguna duda de que contaba con el *Corpus iuris civilis* completo, con glosas incluso, si bien es lógico pensar que todavía no con todo el aparato de glosas de Accursio, a quien en 1238 todavía le quedaban tres décadas de vida y de producción científica. Es probable que llevaran algún ejemplar del *Decretum Gratiani* y de las *Quinque recopilationes antiquae*, aunque para esta finalidad su interés era muy relativo. También contaban con una copia del *Liber iudicum*, que consultaron y utilizaron muy poco, otra de las *Consuetudines Ilerdenses*, de la que sí sacaron bastante provecho, como ya se ha indicado, también un manuscrito de las *Consuetudines maris*, de origen italiano y, probablemente, algún tratado de derecho notarial, seguramente la *Summa artis Notariae*, de Salatiello, pues en definitiva fue quien estableció los principios en los que debía sustentarse la figura de los nuevos notarios que, por su carácter de fedatarios públicos, sustituyeron a los antiguos escribanos.

Desde una perspectiva actual, el trabajo de los juristas de la Cancillería Real puede considerarse como una verdadera proeza, pues en muy poco tiempo –seguramente el que medió tras la victoria militar del Puig contra los musulmanes (enero 1238) y la capitulación de Valencia (septiembre 1238)– redactaron un texto legislativo totalmente nuevo, completo, extenso y listo para poder ser de aplicación inmediata en la ciudad y reino de Valencia. Tan ardua tarea se llevó a cabo bajo la dirección de Pere Albert, experto jurista formado en Bolonia en los principios del *ius commune*, quien dirigiría los trabajos de los demás juristas y escribanos de la Cancillería. No tenemos ningún dato acerca

de cómo se realizaron las tareas de selección, coordinación y redacción de los Fueros o *Costum de València*, sino que estos únicamente pueden deducirse del análisis de sus resultados, es decir, del texto original primitivo, desprovisto de los numerosos añadidos realizados con mucha posterioridad, pero todavía durante el reinado de Jaime I.

Haciendo un tratamiento informático del contenido, podemos descubrir que se utilizaron las fuentes documentales citadas anteriormente, y alguna más, con lo cual podemos afirmar que alrededor de una tercera parte del articulado es claramente original, pero las dos restantes no, al depender estas en mayor o menor medida del Derecho justinianeo.

Los Fueros de 1238, en su conjunto, son resultado de la enorme capacidad de los juristas para llevar a cabo la selección de los textos adecuados con ese propósito, dentro de un esquema que en su mayor parte seguía el modelo exacto establecido en el índice del *Codex* de Justiniano que, como es bien sabido, en el siglo XIII comprendía únicamente los nueve primeros libros de este, mientras que los tres últimos se englobaban dentro del llamado *Volumen Parvum*, en donde figuraban también otras obras.

Ahora bien, del *Codex* se copiaron únicamente los títulos de los capítulos o rúbricas que los juristas del rey consideraron de interés, y en el mismo orden en que aparecen en la obra de referencia, para poder cotejar textos con rapidez, en caso de necesidad.

En los Fueros de Valencia, sin embargo, no todo es derecho romano, pues un número significativo de instituciones, en especial de derecho público, necesitaban una regulación distinta, o nueva, acorde con la realidad del siglo XIII. Repasando el índice de los Fueros, que una vez finalizados constaban de 146 capítulos o rúbricas, podemos observar que un total de 27 (las numeradas del 1 al 7, 120, 121, 126, 131 a 146), no tienen equivalencia en el *Codex*; es decir las 7 primeras y todas las demás al final de la obra.

Estas 27 rúbricas son las que sirven para singularizar la *Costum* o Fueros de Valencia, dándoles entidad propia. Además, al comienzo de la obra se incluyó un prólogo de carácter político, cuyo encabezamiento recuerda al de los documentos ordinarios de la Cancillería Real, si bien aquí las pretensiones eran otras, en el que encontramos explicadas las razones que motivan la redacción de la obra.

Del primer bloque destacaremos la rúbrica 1, que contiene, por separado, la delimitación del término general del reino y el municipal de Valencia. Y en la 3 se establece la figura y competencias del Justicia, que es la máxima autoridad de la ciudad o de cualquier otra población del reino.

Del segundo bloque de rúbricas no vinculadas al *Codex* nos fijaremos en la 131, en la que se establece el oficio de bayle real, la 132, dedicada al oficio de notario, la 136 para la regulación de molinos, hornos y baños, la 137 y 138, para fijar el peso del pan, así como el peso y las medidas públicas, o la 143, que regula la figura de los acequeros, por la importancia del agua para la agricultura valenciana.

En el momento de su redacción, la *Costum de Valencia* se dividió en dos grandes libros o partes, cada una de las cuales equivalía a la mitad del total del articulado, es decir, algo más de 700 artículos cada una de ellas. El corte se sitúa en la rúbrica 84, cuyo equivalente en el *códex justinianeo* (C.6.1-6.2) es la titulada: *De servis fugitivis et furtis*.

La rúbrica 8 es la primera con equivalencia en el *Codex*: *Que jueu ne eretge ne sarraí no haje servu crestià*), que corresponde a C.1.10. Y las siguientes hasta la rúbrica 15 también se encuentran en el libro 1 del *Codex*.

A partir de la rúbrica 16 da comienzo la selección del libro 2 del *Codex*, que llega hasta la 32 y comprende 17 rúbricas de este.

El esquema se mantiene invariable hasta la rúbrica 119: *De questionibus*, que equivale a la rúbrica 9.41 del *Codex*.

Podríamos señalar que una vez finalizado este proceso debieron darse por bastante satisfechos con el resultado, pues en la parte final de la obra únicamente se añadieron tres rúbricas fuera de lugar del *Codex*, los números 122, 124 y 128, bien porque no fueron consideradas en primera opción bien porque se pensaron para ocupar lugar definitivo en otra parte del texto legislativo valenciano. Y, además, en esta última parte, como excepción, conviene decir que la rúbrica 125 procede de las *Instituta* y el *Digesto*, y las 127 y 129, esta última titulada: *De regulis iuris*, ambas también del *Digesto*.

Con respecto al contenido de las rúbricas de los Fueros de Valencia, cuyo título guarda relación con el *Codex*, contienen leyes tomadas literalmente o inspiradas en este, o fragmentos del *Digesto* relativos a las materias de que se trate en cada momento. Teniendo en

cuenta que los Fueros de Valencia tenían vocación de ley general desde el momento mismo de su concepción, en ellos podemos encontrar una selección amplia de contenidos muy variados, que trataban acerca de todo tipo de materias, como puede comprobarse haciendo una consulta previa del índice de rúbricas, así como un detenido análisis de los contenidos de cada rúbrica, tal como los encontramos en la edición crítica de los profesores Colón y García Sanz, a partir de la cual pueden llevarse a cabo estudios de naturaleza muy variada, como los dos magníficos trabajos que mencionamos a continuación.

Por orden de antigüedad citaremos el estudio general a las instituciones de Derecho civil valenciano,²⁰ sobre todo las contenidas en los Fueros de 1238, que son mayoría y fueron tomadas directa y principalmente del Derecho justiniano. Fue realizado por el profesor Arcadio García Sanz, quien demostró, sin ningún género de dudas, que desde su origen existió en los Fueros un verdadero y completo código civil valenciano, tal como lo entendemos en la actualidad, un caso único en los ordenamientos jurídicos medievales españoles, si bien a simple vista no podía apreciarse pues la estructura del mismo no era la establecida en el siglo XIX sino la de la compilación justiniana, por lo que el autor reordenó las instituciones civiles forales a la manera del Código Civil actual, de modo que queda patente el elaborado y completo trabajo de los juristas de la Cancillería Real, a la hora de dotar al nuevo reino de Valencia de un derecho básico para la vida diaria de sus habitantes.

La segunda obra aborda un tema tan importante y actual como es el análisis de la condición jurídica de la mujer en los Fueros de Valencia,²¹ una monografía publicada por la profesora Carmen Lázaro Guillamón, en la que ofrece una imagen del papel de la mujer desde los orígenes del reino de Valencia creado por Jaime I, en la que queda patente la enorme influencia del Derecho justiniano, en especial en materias tan sensibles como son las vinculadas al Derecho de familia y al de sucesiones.

20. GARCIA SANZ, A., *Institucions de dret civil valencià*, Castelló, Universitat Jaume I, 1996.

21. LÁZARO GUILLAMÓN, C., *La condición jurídica de la mujer en los Furs de València*, Valencia, Publicaciones de la Universitat de València, 2018.

Acabamos de decir que, en 1238 la *Costum* se dividió en dos libros o partes, y no en nueve como el *Codex*. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XIV, los juristas de la época reconsideraron la decisión inicial y, en los manuscritos de este tiempo llegados a nuestros días, ya figura introducida esa nueva división en nueve libros, como el *Codex*, que permitía con más facilidad a los juristas acudir a las fuentes en caso de duda.

No hemos realizado el cálculo de cuántos artículos o fueros de la *Costum* de 1238 proceden directamente de los textos de Derecho romano-justiniano, pues todavía queda por identificar la fuente documental de buena parte de los fueros de Jaime I, pero podemos estimar que alrededor de la mitad del texto procede directamente del *Corpus iuris civilis*, lo que convierten a los Fueros o *Costum* de Valencia de 1238, en el primer texto legislativo extenso de Europa Occidental de aplicación a la totalidad de un reino, con tan fuertes vínculos con el Derecho justiniano.

**LA PROTECCIÓN DEL *VENTER*
EN SU DOBLE VERTIENTE
Y LAS INFLUENCIAS DE LA *CURA*
VENTRIS EN EL ACTUAL SISTEMA
DE *CESIÓN* DE LOS VIENTRES**

*Protection of the venter
in its double side and the influences
of the cura ventris in the current
womb cession system*

CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ

Universidad de Oviedo

Resumen: en el siguiente artículo se analizará la protección del *venter*, o lo que es lo mismo, de la mujer gestante y del contenido del vientre en sí mismo o *nasciturus*, a través de la recepción jurídica del instituto de la *cura ventris*; de modo que se pueda observar cómo determinados sistemas actuales han conservado o recuperado ciertas características en relación con el sistema de garantías ofrecido por el curador del vientre en la antigua Roma.

Palabras clave: *Curator*. Ventre. Guarda. Gestación. Cesión.

Abstract: the following article will analyze the protection of the venter, or in other words, of the pregnant woman and the contents of the womb itself or *nasciturus*, through the legal reception of the institute of *cura ventris*; so that it can be observed how certain current systems have preserved or recovered certain characteristics in relation to the guarantee system offered by the curator of the womb in ancient Rome.

Keywords: *Curator*. Womb. Guardianship. Gestation. Cession.

SUMARIO: I. Introducción a la figura desde una perspectiva cercana. II. Tradición y recepción histórico jurídica de D. 37. 9. 1. 17. III. El control ejercido sobre el *venter* «cedido» en la actualidad. IV. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN A LA FIGURA DESDE UNA PERSPECTIVA CERCANA

En todas las épocas, y en la práctica totalidad de los sistemas jurídicos, el concebido no nacido o *nasciturus*, que etimológicamente significaría el que habrá de nacer, ha venido gozando de una regulación, más o menos amplia, o más o menos garantista, en relación con su naturaleza y condición jurídica. En ocasiones se le habrá otorgado

consideración de persona ya desde el momento de la concepción, en otras se habrá negado de manera absoluta tal condición, y en otras se optaría por una consideración intermedia que haría recaer la cuestión en un estado de «pendencia» –criterio acogido por la doctrina de nuestro país–.¹ Así, la figura eminentemente romana del *curator ventris*, aquel curador encargado de la vigilancia del embarazo y la protección del concebido no nacido y sus intereses, pasaría a formar parte de numerosos ordenamientos jurídicos posteriores; en ocasiones con tintes más patrimoniales y, en otras, limitada a los supuestos en que se verificase colisión de derechos o intereses entre el *nasciturus* y la propia mujer gestante.²

En el ordenamiento europeo, del que el Derecho napoleónico habría sido matriz indiscutible, nos encontramos con un enfoque que habría tildado al instituto de la *cura ventris* como un mecanismo de protección de la viuda encinta, a petición de a quien bien tenga «interés». Así, nos encontramos con el artículo 393, del libro primero –*Des*

1. A este respecto, la posición mayoritaria entendería que el futuro varón o la futura mujer tendrían estos derechos supeditados a que el nacimiento se produjera en las condiciones requeridas: separación total del seno o claustro materno, viabilidad y figura humana. Pero también ha habido partidarios de conceder la citada autonomía, ya desde el momento de la concepción, y no del alumbramiento. A este respecto, nuestro posicionamiento viene a coincidir con el de autores como Lamberti o Zuccotti que, lejos de aceptar, critican la parcialidad y descontextualización en el estudio de las fuentes de los partidarios de la teoría de la ficción o la de la realidad, pues en ningún caso puede confundirse, como parecen pretender, al que está *in rerum naturam*, con el *in rebus humanis*. Sobre estas cuestiones, *vid.* POLO ARÉVALO, E. M., «Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en Derecho Romano y su recepción en Derecho Histórico Español y en el vigente Código Civil», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 11, 2007, pp. 719-739; LAMBERTI, F., «Concepimento e nascita visuali antiche e distorsioni moderne», en F. Lamberti (ed.) *et al.*, *Iuridica, Scritti dedicati dalla Facoltà di Giurisprudenza a Francesco Grelle*, Collana della Facoltà di Giurisprudenza, Università del Salento, Nuova Serie, Edizioni Scientifiche Italiane, I, 24, 2011, pp. 303-364. Se pronuncia también Zuccotti sobre esta cuestión en ZUCCOTTI, F., «Vivagni VIII. In *rerum natura et in rebus humanis* ese aut non ese?», *Rivista di Diritto romano*, 8, 2008, pp. 4-15.

2. Así, un estudio pormenorizado de esta figura se lleva a cabo en GARCÍA FERNÁNDEZ, C., «El *curator ventris* desde las fuentes jurídicas romanas. Entre la protección al *nasciturus* y la cosificación del cuerpo femenino», *e-legal History Review*, 35, 2022, pp. 1-71.

personnes— del Código de Napoleón, que en su título décimo *De la minorité, de la Tutelle et l'Emancipation*, capítulo primero *De la tutelle*, sección primera *de la Tutelle des Père et Mère*, enunciaba que, si al morir el marido, quedare embarazada la mujer, el consejo de familia nombraría un curador del vientre, y al nacer el hijo, la madre pasaría a ser su tutora, y el curador sería por derecho el tutor subrogado. Así, la expresión *curateur au ventre*»sería el resultado de la modificación de la expresión *curateur enfant a'naitre* o, lo que es lo mismo, curador del niño que estaría por nacer, pues de lo contrario, podría parecer que se tratase de un mero fideicomisario, mientras que el nombramiento también incluiría la prevención de la suposición infantil, entre otras. Diferenciación que, además, procede del Derecho romano, tal y como se estudiará más adelante.

La influencia de este código haría que, en otros más recientes, así el código italiano de 1942, se contemplase dicha institución, que no sería derogada hasta la década de los setenta, concretamente en 1975, por medio del artículo 159 de la Ley n.º 151 de 1975, que supondría una reforma total de las relaciones de parentesco y filiación natural en Italia. Porque, mientras que en el siglo XIX la figura del curador del vientre se contemplaba como una institución que debía velar por el interés del feto, tanto en lo relativo al control de la gestación, como en lo que respecta a las cuestiones patrimoniales, en el siglo XX, pasaría a contemplarse como un «*curatore del nascituro*», y ya no del vientre, por lo que se enfocaría más en las cuestiones penales como la prevención del aborto, la suposición o la sustitución —por lo que se contemplarían cuestiones como la posibilidad de delegar a una partera o a un médico de confianza en el momento del parto—. Por tanto, el curador ya no aunaría obligatoriamente las potestades relativas a la administración de los bienes —a no ser que el tribunal lo considerase oportuno—, cuestión que, sin embargo, sería ampliamente criticada, pues atribuía una importante relevancia pública que limitaba aún más los derechos de la madre. No obstante, bebiendo de las concepciones jurídicas del Derecho romano, ya en el artículo primero del Código Civil italiano se especificaría que la capacidad jurídica se adquirirá al momento del nacimiento, pues el derecho que la ley reconoce en favor del concebido queda subordinado al evento mismo —del nacimiento efectivo—.

En la actualidad, esta cuestión sigue siendo fuente de debate, sobre todo en lo que afecta a aquellas cuestiones recogidas por la Ley de procreación médicamente asistida, Ley n.º 40 de 2004, por lo que la necesidad de dicha institución sigue planeando sobre el pensamiento de determinados sectores que entienden que sería necesario recuperar la institución con intención de deshacerse, eso sí, de las connotaciones masculinas, que habrían sido objeto de las revoluciones feministas de la corriente italiana de la década de los setenta –que terminaría por atribuir mayor autonomía a la mujer embarazada–. No obstante, para muchos, ello supondría la continuación de la patria potestad tras la muerte del padre, posibilitando la imposición de la prohibición a la madre de ostentar su pleno derecho durante el desarrollo de la gestación.³

En este contexto, la ley italiana de reproducción asistida ha sido uno de los ejemplos más evidentes de cómo se habría ido parcheando y ampliando a golpe de pronunciamientos, pues, aunque la ley no prevé una serie de derechos en favor del concebido como tal, sí que se contemplan determinadas prohibiciones o restricciones que evidencian la importancia otorgada a la especial protección del concebido no nacido, a veces incluso por encima de la libertad de procreación. Esta cuestión, sin embargo, choca de manera frontal con la permisibilidad del ordenamiento italiano en referencia a la interrupción voluntaria del embarazo, que prioriza la tutela de los intereses de la gestante por encima de la vida de este *nasciturus*. De este modo, en pronunciamientos como los realizados por el Tribunal de la Lazio, de 5 y 23 de mayo de 2005, se refleja la férrea prohibición de prácticas como las pruebas preimplantacionales, por entender que no existiría un «derecho a concebir un hijo sano», pareciendo obviarse el hecho de que la ley relativa al aborto permitiría sobrepasar el plazo ordinario de noventa días cuando se dieran malformaciones.⁴ La posibilidad, por tanto, de nombrar un

3. Esta cuestión sería criticada ampliamente por impedir la plena eliminación de toda discriminación entre ambos progenitores, por lo que se exigía la derogación expresa y retroactiva de las reglas que sancionaban únicamente a la madre, entre las que se incluía la imposición de esta institución. De este modo, *vid.* FINOCCHIARO, A., y FINNOCHIARO, M., *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 29 maggio 1975*, 151 (2), Giuffrè, Milán, 1976, pp. 260 y ss.

4. Sobre las cuestiones jurisprudenciales en relación con la materia contemplada y resoluciones de los tribunales italianos, *vid.* MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P.,

curador especial de embriones para permitirle intervenir en la causa cuando existan intereses enfrentados, habría caído en saco roto, tras un importante debate, infructuoso finalmente, en el que se recogería el posicionamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 27, de 1975, que hacía mención al todavía entonces *curatore del nascituro*, pero actualizándolo esta vez a una especie de comisario especial para los embriones a los que la ley reconocía una determinada subjetividad jurídica. En el extremo opuesto, otros harían uso de la postura que terminaría por imponerse, y que era la recogida por el Decreto de 26 de noviembre de 1997, por la que el Tribunal de Menores de Trieste respondía de modo negativo a la solicitud de nombrar un *curator ventris* para proteger al feto «en riesgo», al entender que dicho instituto no podía entrar en juego sin la existencia de un supuesto de especiales necesidades en función de la capacidad jurídica del sujeto a proteger, cuestión no aplicable y que confirmaría, posteriormente, el Tribunal de apelación italiano.⁵

Del mismo modo, la problemática sobre los casos relativos a la conservación, destrucción y propiedad de los embriones se contagiaría a otros países como Reino Unido, en el que convergen numerosos posicionamientos, desde planteamientos muy diversos, a lo largo de los últimos años –recordemos pues que en este país se permiten prácticas como la gestación por sustitución–. Así, nos encontramos con ejemplos que narrarían esta preocupación, como el del caso *Evans vs. The U. K.*, en el que se concluiría que la solución final variará en función de que se haga prevalecer los derechos de los mismos, las alternativas de las partes aportantes del material genético o los posibles pactos previos, teniendo presente que los preembriones no constituyen vida humana protegible, y dejando al arbitrio de los Estados los matices legales.⁶

«La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia», *Revista española de derecho constitucional*, 38 (112), 2018, pp. 315-344.

5. En relación con este aspecto, *vid.* CAMPATELLI, C. B., «La Cura Ventris tra passato e presente», *Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza*, Universidad de Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza, 2014, pp. 95-104.

6. Al respecto, *vid.* FARNÓS AMORÓS, E., «¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 1, 2007, pp. 1-16.

Así, en el marco europeo, desde los inicios de la construcción de Europa como la conocemos, muchas han sido las normas o recomendaciones que habrían insistido en la protección del embrión, en relación con aspectos vinculados a la ingeniería genética, la investigación y la experimentación clínica o la fecundación *in vitro*, entre otras prácticas.⁷ Así, véase el artículo 6 de la Declaración de los derechos del niño no nacido, de 6 de octubre de 1979, que señala que «la ley debe asegurar al niño, antes de su nacimiento, con la misma fuerza que después, el derecho a la vida inherente a todo ser humano»; la Recomendación n.º 934/1982, de 26 de enero de 1982, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la ingeniería genética, que invitaba a todos los Estados miembros a «establecer netamente los límites a las técnicas de ingeniería genética y a adaptar sus sistemas de vigilancia y control»; la Resolución n.º 4.376/1982, de 4 de octubre de dicho año, que establecía que «la vida humana comienza en el momento de la concepción» o la Recomendación n.º 1.100/1989, de 2 de febrero, de la misma, que aunque se refería a la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica, consideraba que «procede definir la protección jurídica que debe concederse al embrión humano desde la fecundación del óvulo».

En los últimos años, además, habrían visto la luz otros pronunciamientos similares, como el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 18 de octubre de 2021, que establecía que el embrión es un ser humano y que, no obstante, sí existirían influencias en el ordenamiento nacional –español–, al menos en lo recogido en los artículos 29 y 30 del Código Civil por los que «el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que se sean favorables [...]». En este punto, recordar que la legislación española sigue la doctrina del estado de pendencia, por lo que considera al *nasciturus* como nacido desde la concepción –sin perjuicio de que la gestante puede interrumpir su desarrollo–, siempre que nazca con los requisitos que exige la ley; a los efectos del artículo 30 del Código Civil, modificado por la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: «la personalidad se adquiere en el momento

7. Sobre esta cuestión, *vid.* BUENO DELGADO, J. A., «Algunas consideraciones en torno a la figura del “*curator ventris*” en Derecho Romano y en el Derecho actual», *Revista General de Derecho Romano*, 31, 2018, pp. 2 y ss.

del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno», que difiere significativamente de lo recogido con anterioridad, pues se citaba que «para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».⁸

Sin embargo, y a diferencia de lo que parece estar ocurriendo en Europa, esta institución sí sería recuperada en otros ordenamientos alejados de la influencia del TEDH, así el caso del ordenamiento argentino, que reconoce de manera clara la capacidad del concebido no nacido. La República Argentina iría más lejos que ningún otro país del mundo. En 1869 se aprobaría un Código Civil, vigente hasta el presente –con apenas modificaciones ni reformas–, en el que se recoge que será persona todo ser humano «desde su concepción en el seno materno», por lo que, desde dicho momento, será sujeto de derechos. Dicha posición habría sido tomada del Proyecto de Código Civil brasileño redactado por Augusto Teixeira de Freitas, que, a su vez, decía haberse inspirado en el Derecho romano. Con la llegada de las técnicas de reproducción asistida, se plantearía si la circunstancia concreta de la fecundación «extracorpórea» supondría negar la personalidad a los embriones no implantados en una mujer. La mayoría de la doctrina se decantaría por rechazar tal limitación, y reforzarían el criterio implantado por las Jornadas Nacionales de Derecho civil. A mediados de los años noventa, concretamente en 1994, con la reforma de la constitución argentina, se conferiría de jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos, que toma como punto de partida la concepción misma. Así, los proyectos de ley abogarían por dicha protección, al fin de basarse en «razones tradicionales», o lo que, para los redactores significaría dicha frase: por basarse en los principios que emanaban de los textos latinos.

8. En relación con esta cuestión relativa a la adquisición de la personalidad civil, y en concreto sobre el criterio de la figura humana, *vid.* FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., «El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del Código Civil», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 17, 2013, pp. 577-604. En el mismo se realiza una profunda reflexión sobre el actual contenido del Código Civil tras la reforma del año 2011, y se compara la situación con la que existió en Derecho romano. El mismo también recoge la importancia de las opiniones de los científicos en investigaciones biomédicas que se encuentran en otros textos jurídicos.

Con anterioridad, en el año 1993, Ricardo Rabinovich-Berkman, profesor y director del Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, habría promovido una acción judicial en defensa de los embriones congelados, por entender que debía primar su carácter de personas de acuerdo con el sistema normativo argentino, que los hacía titulares de derechos humanos. Finalmente, la Cámara de Apelaciones declararía que se trataba de sujetos de derecho, y que debían ser protegidos, por lo que se ordenaría la elaboración de un censo que diera fe cierta de la cantidad de «seres» congelados existentes. El fallo se haría efectivo en 1999, pero dicho recuento no llegaría a realizarse, ello debido, en gran medida, al debate que rodearía dicha polémica, por parte de especialistas en criopreservación, la pasividad de las propias clínicas, e incluso el rechazo de aquellos encargados de recabar la información relativa a la elaboración del mismo.

Sería entonces cuando el defensor de Menores ante la Cámara, Alejandro Molina, decidió acudir a un novedoso recurso, que bebía de las tradiciones latinas: requerir del tribunal de designación de un «tutor especial» para que se hiciese cargo de la protección de estos embriones y ovocitos pronucleados –células con ambos núcleos, el del óvulo y el del espermatozoide, pero aún sin conjugación genética–, y llevase a cabo la elaboración del citado censo. Tras meses de importantes controversias, el mismo terminaría por ver la luz. Dicha medida sería presentada como la «reaparición» del *curator ventris*, pero claramente adaptado a las necesidades del siglo XXI, siendo, esta vez, el encargado de defender lo que se entendían como derechos básicos de los embriones criopreservados. Para el impulsor de esta iniciativa, el profesor Rabinovich-Berkman, se trataría de un éxito legislativo que podría contagiar a otros ordenamientos vecinos y, por qué no, cruzar el charco para implantarse en países como España e Italia, en los que entendía podría tener cabida. No obstante, con el paso del tiempo, dicha expectativa se ha demostrado infructuosa,⁹ llegando incluso el mismo a desistir de sus funciones en el año 2006, sin haberse encontrado sustituto.

9. Las palabras concretas del mismo las encontramos en el número 35 de la Revista electrónica mensual que dirige, *vid.* RABINOVICH BERKMAN, R., 2004: *El regreso del curator ventris*. Disponible en: <https://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Editorial.htm> (última consulta: 16 de noviembre de 2022).

También en el continente americano, concretamente en Estados Unidos, en 1973, la Corte Suprema, sin embargo, en el fallo *Roe vs. Wade*, declararía que en dicho país el «ser en gestación», es decir, el *nasciturus*, no poseía derecho alguno y solo existiría un interés público en que no fuera abortado a partir del momento en que podría mantenerse con vida si se produjera un inminente parto; es decir, lo que en términos precisos se conoce como «viabilidad». No obstante, en el año 2003, la herida se reabría con el caso *Jeb Bush*, así conocido pues, siendo gobernador de Florida, trataría de dar solución a un complejo caso basándose en el Derecho romano: nombrando a un curador del vientre. Se trataba del caso de una mujer huérfana de veintidós años, con una gran discapacidad intelectual, y que contaba con un tutor legal designado por el Estado, que había sido abusada sexualmente por parte del marido de la mujer que la estaba hospedando en un centro social para discapacitados. Debido a la gravedad de la situación, la cuestión trascendió a la opinión pública, conmocionando a la sociedad norteamericana, que pedía que se tomaran medidas excepcionales. Entre las soluciones que se fueron planteando a lo largo del proceso, llegó a considerarse que se iniciasen los trámites de acceso al aborto, sin embargo, un importante sector conservador, junto con el movimiento Pro-vida, lograron paralizar dicho trámite, solicitando que se llevase a cabo una intervención alternativa por iniciativa judicial que consistiese en nombrar a un tutor o tutora, pero esta vez no para ella, sino para el feto.

El entonces gobernador de Florida, *Jeb Bush*, apoyaría este nombramiento, que, de haber sido llevado a cabo, habría impedido a la misma abortar, sentando un peligroso precedente legal para la resolución de casos similares y restringiendo en la práctica tal derecho en dicho Estado. No obstante, las férreas posiciones en contra, como la del director ejecutivo de las libertades civiles estadounidenses del Estado, *Howard Simon*, terminarían por imponerse, al entenderse que dicha intervención socavaba la constitucionalidad del derecho a abortar. Finalmente, el Tribunal de apelación rechazaría la solicitud del gobernador por considerar que se trataba de una posición irrespetuosa con los principios constitucionales, aunque quizá demasiado tarde, pues la joven terminaría por dar a luz poco tiempo después. Así pues, con todo, el caso llegó a copar titulares a lo largo y ancho del mundo a principios

de 2004,¹⁰ pues de haber sido resuelto a favor, supondría el necesario cambio de consideración legal en que el feto pasaría a ser considerado como persona, respetándose el derecho a su vida por encima de cualquier otro interés, cuestión que no se encuentra recogida en ningún otro precedente.

A este respecto, uno de los tres magistrados del Tribunal llevaría a cabo una importante apreciación, pues subrayaba las graves implicaciones de que el Estado tome control sobre el cuerpo de la mujer; el juez Richard Orfinger llamaba a la reflexión sobre los peligros del paternalismo estatal, citando a modo de ejemplo otras posibles decisiones que siguieran la misma línea, como si la mujer embarazada podría o no beber o debiera dejar su adicción al tabaco. Curioso resulta, sin embargo, y aunque volveremos con posterioridad sobre la cuestión, que no se haya tenido en consideración cómo estas cuestiones sí son recogidas en los contratos de otra de las figuras más problemáticas del siglo en lo que a gestación se refiere: la gestación por sustitución.

No obstante, una vez planteado lo anterior, lo cierto es que este *curator*, curador o tutor especial de embriones y ovocitos pronucleados, y posible garante del proceso gestacional, como quiera que sea presentado, nos obliga a mirar a un pasado –muy presente–, aunque con la vista puesta en las problemáticas actuales. Así, para poder conocer más sobre este instituto debemos preguntarnos ¿quién era este *curator*?, ¿qué función o funciones podía llevar a cabo? y, lo más importante ¿por qué?

II. TRADICIÓN Y RECEPCIÓN HISTÓRICO JURÍDICA DE D. 37. 9. 1. 17

Cuando se trata de estudiar aspectos de una sociedad tan desigualitaria como era la romana, sobre la que nos encontramos una enorme heterogeneidad de fuentes jurídicas, literarias, antropológicas o epigráficas, entre otras, y cuyo marco temporal y territorial se presenta tan extenso, debemos partir de la búsqueda de aquellos elementos

10. Al respecto, *vid.* TOWNSEND, R., 2004: *Un tribunal rechaza la petición de Jeb Bush de imponer un tutor al feto de una discapacitada*. Disponible en: https://elpais.com/diario/2004/01/13/sociedad/1073948405_850215.html (última consulta: 16 de noviembre de 2022).

comunes y constantes, para luego descender a los casos concretos. Así, la idea con la que tradicionalmente se ha trabajado es la de la sumisión de una gran parte de esta sociedad frente a unos pocos: la sumisión del esclavo o esclava al amo, la del hijo o hija al padre, y la de la esposa al marido –y, por supuesto, en determinado momento la de todos ellos al *princeps*–. No obstante, en lo que respecta a este trabajo, el objeto de análisis recae principalmente sobre un tipo de sumisión mucho más específico: el de la sumisión del vientre a un fin. La razón principal residiría en una cuestión práctica, ya que sin vientre no habría descendencia, y sin descendencia no hay estirpe.

Esta sumisión se traduciría, históricamente, en la tarea de transformar lo que, a todas luces, se corresponde con un gran poder y, por tanto, una gran responsabilidad –contenido en positivo–, en un ejercicio de obediencia y servilismo –contenido en negativo–. Se trata pues, del poder de parir, de traer al mundo dicha descendencia. De este modo, la conceptualización del contenido de dichos vientres, el feto, el *nasciturus*, supondría para la legislación romana –tanto como para la actual– un verdadero reto, al existir una clara intersección entre diversos derechos familiares y personales, independientemente de que no fuere considerado una persona autónoma en sí misma; cuestión, por otro lado, nada exenta de polémica y que todavía para determinados sectores sigue haciendo correr ríos de tinta. En este punto, es importante recordar que, sea como fuere, el derecho se presenta como fuente teórica de una evidencia social de *facto*, que se corresponde con la realidad de cada momento y de cada lugar.

Así pues, es importante conocer el marco histórico de cada época, así como el parecer social y jurídico respecto de la figura o institución con la que trabajamos, y en este caso, la diversidad de problemáticas y soluciones que irían surgiendo durante los siglos de la era romana, que nos permitirán acercarnos a la manera en que la sociedad habría ido concibiendo al individuo, a la familia y a la mujer en sí misma, dentro y fuera de su función de *venter*. Porque cuando la mujer se encontraba embarazada, se entendía que estaba cumpliendo con el objetivo principal de su género, pasando a ser una «mera detentadora provisional» de algo que, por derecho, le pertenecía al *pater*.

Por este motivo, siendo conocedores de que la misma se presentaba como un medio necesario, para un fin concreto y del alcance tanto

personal como patrimonial de las consecuencias de la situación, comenzarían a darse ciertas medidas de precaución concretas, conocidas como medidas de precaución de embargo del vientre: *missio in possessionem ventris nomine*. De este modo, surgiría, por tanto, la figura del curador o *custode* específico, conocido como *curator ventris*. Esta figura sería recogida ya en el Edicto (D. 26, 5, 20: Mod. 7 *Diff.*), y sería la encargada de todas aquellas cuestiones relativas al *venter*, ya bien en su vertiente de contenido, en relación con el feto, o en su vertiente de continente, la mujer gestante. Así pues, en lo que respecta a esta cuestión, la disciplina contenida en el *Digesto* construiría la fusión de dos oficios diferenciados, por un lado, el del *curator ventris*, y por otro, el del *curator bonorum*, que podían bien recaer en sujetos diferentes o en el mismo.¹¹ Ello, dado que podría nombrarse tanto para controlar la veracidad de la gestación o el alumbramiento, como para proteger la distribución de la cuota hereditaria del *nasciturus* o prestar a la mujer gestante aquellos *alimenta* que resultasen necesarios para poder llevar un embarazo satisfactorio. Por ello, el nombramiento del mismo podía ser solicitado por parte de todo aquel que tuviera interés, ya bien la propia mujer, el que hubiese sido marido, el causante o el familiar que pudiese resultar interesado en la herencia.

Por tanto, cuando la mujer sospechase que podía encontrarse embarazada, la misma debía anunciar su estado dentro de los dos siguientes meses; a partir de ese momento, tanto si era la interesada, como si era solicitado por otra parte, a la misma podría sometérsela a un minucioso examen físico denominado *inspectio corporis ventris nomine*, llevado a cabo por tres parteras honestas. A este respecto, recoge Ulpiano en el

11. Al respecto, *vid.* CAMPATELLI, C. B., «La *Cura Ventris* tra passato...», *cit.*, pp. 29-77. Tanto la *cura ventris* como la *custodia ventris*, a veces confundidas, estarían pensadas para proteger al *nasciturus* y preservar sus derechos, debiendo ser entendidas como mecanismos complementarios, pues mientras que la *cura ventris* estaría instituida en favor del concebido, para salvaguardar los derechos que le corresponden como tal, o que le corresponderían si naciese, en modo favorable; la *custodia ventris* se establecería también a favor del feto, en los casos de embarazo de viuda o divorciada, cuando el marido afirmase que la mujer estaba encinta, a fin de evitar abortos, falsas atribuciones de paternidad, simulaciones o suposiciones de parto, o incluso sustituciones de recién nacido, *vid.* BLANCH NOUGUÉS, J. M., «Algunas consideraciones en torno a la figura del *curator ventris* en Derecho Romano y en el Derecho actual», *Revista General de Derecho Romano*, 31, 2018, p. 8.

Título IV del Libro XXV una serie de casos sumamente ilustrativos; en uno de ellos, un hombre afirmaba que su mujer se encontraba embarazada, pero la misma lo negaba, por lo que el pretor ordenaría que se le pusiera un guarda y, de continuar negándolo, se procediera a dicha inspección, de modo que si dos de estas parteras probadas, tanto por sus conocimientos como por su integridad, manifestaban que se encontraba encinta, se la persuadiera para que accediese a ser guardada. En caso contrario, se entendería que el marido habría actuado para inferirle daño (D. 25, 4, 1: Ulp. 24, *ad Ed.*) o movido por el deseo cegador de continuar su estirpe. Una estirpe, eso sí, fruto del que hubiera sido un *iustum matrimonium*, conforme a los requisitos exigibles, pues esta era la única considerada a efectos sucesorios.¹²

No obstante, debemos tener en consideración una cuestión que se presenta imprescindible a los efectos, y es que ya en las *XII Tablas* se establecía que debía heredar «*qui in rerum natura fuerit*» en el momento de la muerte del causante, o lo que es lo mismo, quien ya existe, aspecto que debe ser interpretado a la luz de la suspensión de efectos de la expectativa de «*qui in utero est*», a quien debe protegerse siempre que sea fruto de la misma –no en caso contrario–. Para hacerlo, se contemplaba una disposición que regulaba la capacidad sucesoria *ab intestato* desde el momento mismo de la concepción, que sería rápidamente admitida por el *ius civile*. A los efectos, el desarrollo del concepto jurídico de *spes* iría evolucionando de un modo coincidente a la evolución de la corriente cada vez más proteccionista del *nasciturus* –que, no obstante, no otorgaría autonomía–; así, en un principio, se presentaría casi irrelevante, para en la República ir dotándose de un mayor interés

12. Ello dado que solamente los hijos legítimos adquirirían un *status* privilegiado, diferente al de los hijos naturales, o los nacidos de unión ilegítima, así los hijos fruto del concubinato, además de los espurios o *vulgo concepto*, resultado de relaciones esporádicas. No es de extrañar, por tanto, que la mayor preocupación recayese sobre el vínculo o unión matrimonial existente, más que en la vida en sí del *nasciturus*. Sobre esta cuestión se abre un debate ya clásico, en torno a la condición o naturaleza de aquellos que se encuentran en el seno materno, aunque no sobre el reconocimiento de la expectativa de suceder de aquellos concebidos durante el matrimonio. Así, incluso en la última etapa del Derecho romano, la vida de aquel no fue objeto de protección jurídica, *vid.* NÚÑEZ PAZ, M. I., «Perspectivas sociales y jurídicas del aborto consentido en la Antigua Roma», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 3, 1989, p. 938.

jurisprudencial que culminaría con la doctrina del póstumo, en lo que a derechos sucesorios se refiere.¹³

En esta línea, entendemos que debe desecharse toda aquella opinión extremista que de modo literal interprete de manera descontextualizada la expresión de Ulpiano de que *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum pos editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit* (D. 25, 4, 1, 1: Ulp. 24, *ad Ed.*). A este respecto, y bajo la interpretación realizada por Luchetti, el *partus* aparece condicionado, al momento del parto, en cuanto al perfeccionamiento de la adquisición de derechos, tal como habríamos apuntado al inicio; momento en que pasará a convertirse en *partus editus*.¹⁴ Así pues, nos encontramos con evidencias a modo de prohibición, tal sería la imposibilidad de enterrar a la mujer que se encontrase encinta, protegiendo dicha «*spem animatis cum gravida peremisse videtur*» de modo que «*negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*» (D. 11, 8, 2: Marc. 28, *Dig.*). En la misma línea no podría darse

13. Por Trifonino, recogiendo palabras de Cicerón, conocemos de un caso en que un hombre habría sido acusado de matar a la mujer de su hermano para evitar que concibiera y haber pagado a la mujer de su tío para que abortase de su hijo póstumo, para asegurarse así una cuantiosa herencia (Cic. *Chu.* 11-12). Sin embargo, con toda probabilidad, el más conocido sea el caso de Miliesia, que se habría provocado el aborto tras haber recibido un pago por parte de los herederos (D. 48, 19, 39: Tryph. 10, *Disp.*). En el mismo, se recoge la pena de muerte para la mujer que aborta, aunque lo cierto es que, según González Gutiérrez, se trataría de una mención con fines retóricos, ya que, tal como se recoge en el Digesto, la pena habitual sería la de destierro temporal. Así, *vid. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, P.*, «La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia», *Gerión, Revista de Historia Antigua*, 35 (1), 2017, p. 108. Para Núñez Paz, del caso obtenemos tres conclusiones claras: la primera, que el hecho de acudir a Miliesia para aconsejar la penalización del aborto nos muestra cómo este tenía cabida en Roma; la segunda, que no se penaría el aborto en sí mismo, sino la intención de generar un fraude en una sucesión y, por último, la tercera, la cual emerge del escrito y es la arraigada concepción de que se estaría privando a un padre del hijo deseado y, por ende, a la República de un futuro ciudadano romano. Al respecto, *vid. NÚÑEZ PAZ, M., I.*, *ob. cit.* p. 923.

14. Así, *vid. LUCHETTI, G.*, «Breves consideraciones acerca de la relevancia jurídica de la concepción», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 8, 2012, pp. 1-8.

pena de muerte (D. 1, 5, 18: Ulp. 27, *ad Sab.*) ni tampoco someter a tortura (D. 48, 19, 3: Ulp. 14, *ad Sab.*), debiendo esperarse para que tuviera efecto la acusación de adulterio sobre la mujer encinta «ne quod praeiudicium fieret nat» para no causar perjuicio alguno al hijo (D. 37, 9, 5: Gai. 14 *ad Ed. prov.*); incluso si finalmente la misma fallecía, debía practicarse cesárea para tratar de salvar y entregar dicha expectativa a quien interesase.

Otro aspecto a tener en cuenta sería el hecho de que, de manera ineludible, el encargado de realizar este control o vigilancia sería siempre un hombre, un *bonus vir*, y con –paradójica– independencia de que quienes realizasen la citada inspección fueran mujeres, así como la importantísima labor de convertir dicha esperanza en realidad durante el momento del parto. Ello porque, según los argumentos recogidos por las fuentes, de un lado, así lo habrían entendido los antepasados y, de otro, porque de no ser así, si las mujeres ostentaban un cierto control personal o patrimonial, podrían llegar a dominar a los hombres. Por ello, no es extraño encontrarse con posicionamientos como el de Cicerón, cuando afirma que fue la voluntad de los antepasados que todas las mujeres, por su debilidad de juicio, estuvieran bajo la potestad de los tutores (Cic. *Pro Mun.*, 12, 27-28) o la de Livio en *Historia de Roma*, cuando recoge que las mujeres, si tuvieran libertad, llegarían a dominarlos, empezando por los hogares, y pasando luego al Foro (34, 2, 11). Con este tipo de alegaciones y conductas se justificaba, de modo tajante, en el mundo jurídico romano, que el patrimonio femenino y, en especial, su gestión, debían ser controlados por los hombres, supliendo así las carencias del sexo femenino –entre las que se encuentra la ya célebre y supuesta *fragilitas sexus*–. Así pues, al no poder gestionar sus propios bienes, cómo podrían hacerlo sobre aquello que no era suyo, en este caso la esperanza paterna –véase el ejemplo de la presunción Muciana–¹⁵. De este modo, fusionando la gestión y la gestación, se entiende que la fuente de riqueza que llevan en su vientre debe ser un asunto

15. Se trataba de una presunción formulada por Quinto Mucio Escévola en el siglo I a. C. en la que se entendía que todos los incrementos del patrimonio de la misma durante el matrimonio se considerarían hechos por el marido, en función de preservar las virtudes femeninas de fidelidad, honestidad y *pudicitia*, pues su espíritu frágil hacía que las riquezas las alejasen del pudor debido. Al respecto, *vid.* SCACCHETTI, M. G., *La presunzione muciana*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 142 y ss.

también de los hombres, ya bien por el interés del propio *nasciturus*, ya bien por el interés del *paterfamilias*.

Sin embargo, no todo hombre era válido para llevar a cabo tales funciones, así pues, debía tratarse del citado *bonus vir*, un hombre bueno, un hombre digno, que proporcionaría los *alimenta ventris* –comida, bebida, vivienda, vestido– y realizaría el resto de funciones de control, todo ello a cargo del patrimonio hereditario embargado a los efectos, y con independencia de que la mujer tuviese dote con la que sufragarlo: *curator ventris alimenta mulieri statuere debet nec ad rem pertinente, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in útero est* (D. 37, 9, 5: Gai: 14 ad Ed. prov.). Así, por ejemplo, si el causante no tuviere vivienda que proporcionar, debía arrendarse una para que la mujer pudiera pasar su embarazo –y lo mismo sucedería con los esclavos–.¹⁶ Del mismo modo, el *curator* encargado de la *custodia rerum*, se encargaría de proteger los intereses de aquellos afectados por las relaciones hereditarias alteradas o suspendidas por la existencia del *nasciturus*.

Por tanto, si descendemos a un estudio más pormenorizado, y recordando lo anteriormente recogido, podemos observar una serie de detalles característicos como serían que el nombramiento del mismo pudiera ser individual o colectivo, lo que ocurría cuando se nombraba un curador para el feto y otro para el resto de bienes, conocido como *curator bonorum*. Así, de manera habitual, este *curator ventris bonorumque* se elegiría entre los tutores que hubieran sido nombrados por el póstumo en caso de que se contase con testamento, o por los parientes o amigos del mismo, siendo frecuente que se eligiera a alguno de los acreedores, pues se entiende que el mismo tiene interés en que el patrimonio se conserve lo mejor posible. Los candidatos se sometían a un riguroso estudio sobre su idoneidad y su honradez, pues de no considerarse aptos, debería nombrarse a otro –elegido por el magistrado–, sin que deba mediar entonces vínculo alguno, y responderían, a través de una serie de acciones útiles por su actuación negligente –*actio de negotiorum gestorum*–. Esta cuestión, que debido a su

16. Para sufragar estas cuestiones se contaba con un orden, primero se utilizaría el dinero en efectivo, de no ser suficiente, se imputaría a aquellos bienes que generaban más gastos que frutos y, por último, se deduciría como deuda de la herencia en sí misma.

impacto ha dado título a este epígrafe, es recogida en las fuentes a través de palabras del propio Ulpiano de modo que:

Quotiens autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum in custodia bonorum esse: si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, cum periculum ad curatorem pertineat. idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet, oportet creditores curare vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret (D. 37, 9, 1,17: Ulp. 41, ad Ed.).

Del mismo modo, continúa diciendo que:

Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis et ventri detur: sed si creditores instant vel qui sperat se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debebit et plures, si desiderentur, dandi sunt (D. 37, 9, 1, 18: Ulp. 41, ad Ed.).

Por otro lado, cuestión también a destacar es que, si en vez de tratarse del caso de una gestante viuda se tratase de una divorciada, se aplicaría además el senadoconsulto Planciano de reconocimiento de filiación –*de liberis agnoscendis*–, que recogía las cuestiones relacionadas tanto al reconocimiento de los hijos e hijas, como de las consecuencias de los casos de suposición de parto, que podían reclamarse por vía extraordinaria.¹⁷ Así, a los efectos de evitar posibles engaños por parte de estas mujeres –*crimen de partu supposito*–, o de que no se produjeran abortos no consentidos,¹⁸ se llevarían a cabo estrictos exámenes y controles que garantizaran el buen devenir de la gestación. El senadoconsulto Planciano se encargaría pues de garantizar los derechos

17. En lo que respecta a este senadoconsulto, se desprende del mismo que se reconocería de forma incidental, indirectamente, la paternidad. Así, *vid.* ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J. M., «Aspectos de la prestación de alimentos en Derecho Romano: especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007, pp. 23-24.

18. Al respecto de los mismos, y en un estudio sumamente reciente, *vid.* MARTÍN MINGUIJÓN, A. R., «El aborto en Roma. Estudio exegético de fuentes literarias y jurídicas. La influencia de la patristica en la sociedad romana», *e-legal: History review*, 36, 2022, pp. 1-58.

inherentes a la descendencia, como son el de ser reconocido como legítimo y el de alimentos, para lo cual era necesario y exigible, por ende, que la mujer notificase su estado lo antes posible –plazo de treinta días–.

La importancia de acreditar que el hijo fruto de ese embarazo y alumbramiento era el que verdaderamente se habría concebido dentro del matrimonio preocupaba de tal modo que, encontramos también en las fuentes evidencias de una práctica de control riguroso en lo que al planteamiento y organización del parto se refiere a partir de un determinado momento. Así pues, el mismo debía producirse en una habitación sin ventanas, con una única puerta y cinco mujeres ingenuas como testigos, todo ello en una casa respetable y cuya entrada estuviera vigilada por seis personas; la iluminación debía ser la adecuada, para no dar lugar a error, y era necesario revisar a todo aquel que entrara y saliera de la habitación, para evitar que introdujera o sustrajera a ningún otro ser (D. 25, 4, 1, 10: Ulp. 24, *ad Ed.*). No obstante, estas medidas de control férreo no siempre se llevaban a cabo, y ello dependería de la insistencia o importancia manifiesta de la consecuencia del nacimiento de dicho hijo, aunque lo cierto es que, si se optó por recogerlas en el *Digesto*, de seguro se plantearon en la práctica.¹⁹

Así, a la luz de estas garantías, se trataba de proteger, de un lado, el derecho de paternidad y, de otro, la reducción de la probabilidad de abandono mediante la *expositio infantes*, por contar el nacido con reconocimiento y medios de subsistencia a futuro. En relación con esta cuestión, para Paulo «*necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet*» (D. 25, 3, 4: Paul. 2, *Sent.*); preocupación que se extendería a lo largo y ancho del territorio y durante todas las épocas, sin que dicha práctica pudiera, sin embargo, erradicarse, forzando a que todavía en tiempos de Justiniano se pronunciara este, en su Novela 153, de modo que se atribuía al abandono únicamente a quien carece de toda humanidad, por lo que sería merecedor de pena de

19. Estas medidas, utilizadas a partir del gobierno de Marco Aurelio y Lucio Severo, se presentan a ojos de algunos, como es el caso de González Gutiérrez como exageradas. Sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, P., «La concepción del feto...», *cit.*, p. 107.

muerte *—eritcapital istud malum—*.²⁰ Entre medias, el incumplimiento de las obligaciones parentales habría pasado de ser una responsabilidad patrimonial a penal (CTh. 5, 9, 1) (Brev. 5, 7, 1), datándose la primera intervención testimoniada del Estado que obligaría a la crianza de los hijos, de modo que cada uno criare a su progenitura de tiempos de Valentiniano, Valente y Graciano. En esta época, el homicidio del menor constituiría un sacrilegio y sería motivo de penal capital (CTh. 9, 14, 11). Los emperadores Honorio y Teodosio compartirían este parecer, por considerar que el que abandona a un recién nacido queda privado de todo derecho (CTh. 5, 9, 2).²¹

Para evitar dichas situaciones, se concedería la acción prejudicial que posibilitaba la reclamación de la legitimación del hijo *—de partu agnoscendo—*, para lo que el marido podía directamente negar la situación, reconocerla o enviar a tres personas para que custodiasen a la esposa, sin perjuicio de que por ello se juzgase la condición de padre *—del mismo modo que tampoco se juzgaba a la inversa si la mujer omitía—*.²² Si no se pronunciaba de ningún modo, se entendía que debía dar sustento al nacido hasta que no se probase lo contrario, es decir, que no podría haberlo concebido, pues la presunción de paternidad recae en quien demuestran las nupcias (D. 2, 4, 5: Paul. 4, *ad Ed.*). Si la que negaba era la mujer, podía obligársela a la *inspectio* citada con anterioridad, y si el desconocimiento del padre procedía de que la mujer no hubiera notificado en los treinta días, podía el mismo no reconocer al hijo, pero única-

20. En referencia a esta cuestión, es importante aclarar cómo el concepto de *humanitas* habría ido también evolucionando, del mismo modo que la consideración de los actos realizados en favor de la misma *—propter nimiam paupertatem efestatemque—*; ello porque, en determinados momentos, incluso el que abandona puede verse justificado si lo hace por misericordia. Así, *vid.* NÚÑEZ PAZ, M. I., «Algunas consideraciones sobre la pena de muerte en el Derecho de Familia romano», en F. Pérez Álvarez, M. A., Núñez Paz y I. García Alfaraz (coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2008, pp. 567-582.

21. Sobre esta cuestión, así como de su evolución histórica, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, C., «El abandono de menores y su tratamiento jurídico desde la *expositio infantis* a la actualidad», en C. Rubiera, *Las edades vulnerables. Infancia y vejez en la antigüedad*, Gijón, Trea, 2018, pp. 185-207.

22. Al respecto, *vid.* BLANCH NOUGUÉS, J. M., «La filiación en el pensamiento jurídico romano: *ueritati locum superfore*», *Iustel, RGDR: Revista General de Derecho Romano*, 3, 2004, p. 16.

mente a los efectos de prestación de alimentos, no de negarle la condición de hijo legítimo; una vez nacido, no obstante, podría hacer valer sus derechos, incluso a modo de interdicto o por auxilio del príncipe, si es que lo desease y fuera necesario (D. 25, 4, 1, 1: Ulp. 34, *ad Ed.*). En cuanto a la notificación, esta podría realizarse bien por escrito o bien por palabra, de modo que quedara constancia clara de la situación.

En época de Adriano, la situación parece que comenzaría a aplicarse, por analogía, también a los nacidos dentro de matrimonio, a los efectos de poder solicitar el reconocimiento de paternidad ante el varón ascendiente en los casos en que se negasen a reconocer a la prole, aunque parecen existir noticias suficientes como para poder conocer cómo funcionaba exactamente dicho mecanismo.²³ Esta preocupación de Adriano se desprendería de su política de protección del *nasciturus* y de la descendencia. Así, suya fue la constitución que establecería que los hijos varones debían ser alimentados hasta los dieciocho años, y las hijas hasta los catorce, introduciendo un concepto de pubertad diferente con base en la piedad, que entendía el derecho debía hacer operar (D. 34, 1, 14, 1: Ulp. 2, *fid.*). La misma se entendería en su respuesta por rescripto ante el caso de la mujer libre y embarazada que, siendo condenada a muerte:

quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem romanum parit et in potestate patris (D. 1, 5, 18: Ulp. 27, *ad Sab.*).

Así pues, podemos concluir que resultará necesario proteger un bien tan preciado como es la esperanza de descendencia descrita, del modo más garantista posible, ya bien, en ocasiones, promovido por la propia mujer gestante, ya bien por otros que resulten acreditar interés. No obstante, mientras que la figura del curador, el vigilante, el garante, habría de ser siempre masculina, fueran las mujeres las que se presentaron como necesarias para poder llevar a cabo tanto las inspecciones como los alumbramientos. Sin embargo, lo cierto es que ambas son tratadas como medios para un fin, una por ser el *venter* gestante y otra

23. Así, *vid.* ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J. M., «Aspectos de la prestación de alimentos...», *cit.*, p. 11. Sobre la misma, *vid.* también TAFARO, S., «Infantes», *Annali Della facoltà Di Giurisprudenza Di Taranto*, I, 2, 2008, pp. 441-447.

por ser la que haría de ojos y manos del hombre. Porque el *curator* haría valer sobre ellas sus potestades, evitando que su sexo las hiciera corromper. La garantía nacía con su nombramiento durante la gestación, y debía extenderse al momento en que el nacido se presentase ante el padre –o la familia de este, de manera voluntaria o por interdicto exhibitorio–, pasando por el resto del embarazo y el momento del alumbramiento. Después, sería cuestión de estos decidir, pues la función del mismo finalizaba con la llegada del nacido. Sin embargo, y tal y como hemos visto, herramientas posteriores podían entrar en juego para garantizar el reconocimiento de la prole.

Ello, dado que, en definitiva, no podemos olvidar que, más allá de la *spes patris* y de los intereses sucesorios y de ciudadanía, entraba en juego el futuro de un pueblo, el pueblo romano, por lo que se defendería el interés público que competiría al Estado proteger –*favorabilior partus*–. Así, esta idea, como hemos visto, no moriría con el fin del Imperio, pues perduraría en Derecho histórico, dentro y fuera de nuestro país, ya bien por su construcción religiosa en favor de la expresión «conceptus pro iam nato habetur», ya bien por construcciones jurídicas como la defendida por Rabinovich-Berkman y con las que abríamos este trabajo.

Ejemplo de dicha recepción jurídica lo encontramos en el control de todos aquellos aspectos relacionados con la gestación y el parto en el medievo y las épocas que lo siguieron. A este respecto, además, la tradición jurídica mantendría la aplicación de la pena capital en los casos de infanticidio, aborto y abandono de los hijos, ahora bien, tanto de los llevados a cabo por la madre como por el padre: *ninguna cosa non es peor de los padres que non an piedat et matan a sus fijos [...]*. Expresión que se encuentra recogida en el *Liber Iudidiorum*, en relación con los *expositi infantes* (LV 6, 3, 7 y LV 6, 4, 3). Esta preocupación también aparecería recogida en el Fuero Juzgo, donde se contemplaba de igual modo, aunque de manera más extensa (Libro 6, título 3, ley 7). Por otro lado, con la institucionalización legislativa entre pecado y delito, dicha preocupación influenciaría también a estos nuevos cuerpos legales. Así, en *Las Partidas* (Partida 7, título 8, ley 12) vendría plasmada la idea, de manera prácticamente idéntica a lo recogido en el

Código de Justiniano, de que el pecado no subsanado conllevaría la necesaria aplicación de penas expiatorias,²⁴ de modo que:

cualquier dellos que mate a otro a tuerto con armas, o con yerbas paladinamente, o encubierto, mandaron los emperadores e los sabios antiguos que este a tal que fizo esta enemiga que sea azotado públicamente ante todos, e sí que lo metan en un saco de cuero, e que encierren con él un can, e un gallo, e una culebra e un ximio, e después que fuere en el saco con estas cuatro bestias, cosan la boca del saco, e léncelos a la mar o en el río que fuere más cerca de aquel lugar do acaesciere.

Sin embargo, durante este periodo, las leyes penales se presentan poco claras en cuanto al control de los nacimientos y de los partos fingidos, aunque sí que sabemos que el mismo sería tratado como delito de falsedad y era aquel cometido por mujer que fingiendo estar embarazada o no habiendo alumbrado criatura con vida introducía un hijo ajeno como propio al momento del parto, y así se recoge en *Las Partidas* (Partida 7, título 7, ley 3):

Trabajanse a las vegadas algunas mujeres, que non pueden auer fijos de sus maridos, de facer muestra que son preñadas, non lo seyendo; e son tan arteras, que facen a sus maridos creer que son preñadas; e quando llegan al tiempo del parto, toman engañosamente fijos de otras mujeres, e metenlos consigo en los lechos, e dizen que nascen dellas. Esto decimos que es grand falsedad, faziendo, e poniendo fijo ageno por heredero en los bienes de su marido, bien asi como si fuese fijo del. E tal falsedad como esta puede acusar el marido a la mujer; e si el fuesse muerto, puedenla acusar ende todos los parientes mas propincos que fincaren del finado, aquellos que ouiesse derecho de heredar lo suyo, si fijos no ouiesse. E demás dezimos, que si después desso ouiesse fijos della su marido, como quier que ellos non podrían acusar a su madre, para recibir pena por tal falsedad como esta, bien podrían de la herencia del que dice que era su padre, o su madre. Mas otro ninguno, sacando estos que auemos dicho, non pueden acusar a la mujer por tal yerro como

24. Así, tal parece recogerse la pena del saco o *poena cullei*, aunque durante la Edad Media los modos de ejecución variarían enormemente de un lugar a otro, debido a la gran discrecionalidad arbitral.

este. Ca guisada cosa es, que pues estos parientes lo callan que los otros non gelo demanden.

Además, en cuanto a la exigencia de viabilidad del nacido y la evolución del concepto,²⁵ en este periodo se habrían admitido determinadas premisas del Derecho germánico que exigían cierta temporalidad de vida tras el parto para poder ser considerado persona, además de aquellas otras relativas a la necesidad de bautismo del Derecho canónico, aunque no siempre de manera uniforme. Sin embargo, donde mejor se observa la pervivencia del Derecho romano será, nuevamente, en *Las Partidas*, concretamente en la Sexta, donde se recogería que *si el fijo o la fija nasciere vivo, el aurea la heredad en los bienes del padre (Partida 6, título 6, ley 16)*. Se exigía, además, en la *Partida Cuarta*, que el mismo presentase figura humana (*Partida 4, título 23, ley 5*). Posteriormente, y para cerciorarse de que no se consideraba nacido a un ser abortivo, las Leyes de Toro tratarían de dar uniformidad en cuanto al tiempo necesario, de modo que en su ley trece se recogía que:

Para evitar muchas dubdas que suelen ocurrir acerca de los fijos que mueren rezien nacidos, sobre si son naturalmente nacidos o son abortivos ordenamos y mandamos quel tal fijo se diga que naturalmente es nacido, e que no es abortivo quando nasció bivo todo e que a lo menos después de nacido vivió veynte e quatro oras naturales, e fue baptizado antes que moriese, y si de otra manera nascido, murió dentro de dicho término o no fue baptizado, mandamos que tal fijo sea avido abortivo e que no pueda heredar a sus padres, ni a sus madres, ni a sus ascendientes; pero si por el ausencia del marido, o por el tiempo del casamiento claramente se provase que nasció en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho fijo las qualidades susodichas, que no sea avido por parto natural ni lejitim.

Por otro lado, el proceder para evitar estos engaños y para proteger la esperanza del nacimiento, ya bien movidos por la garantía de la *spes*, ya bien por las nuevas influencias religiosas de protección del

25. Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., «Nacimiento de la persona: Pasado y presente», *Foro, Nueva época*, 2 (16), 2013, pp. 160-165.

concebido, existía la opción de nombrar a un vigilante de la situación de hecho y de la consecuencia de derecho, y esta vez sería el alcalde. Eso sí, acompañado de los familiares del causante y de al menos dos «mujeres buenas» –terminología que se mantiene–. Los requisitos se mantendrían, de igual modo, prácticamente inalterados, exigiéndose, entre otras cosas, buena iluminación, y el examen de aquellas que por entrar deberían ser «bien catada que no pueda hacer engaño», y así se recoge en el *Fuero Real* (Libro 2, título 6, ley 3). La mujer, a su vez, también debía comunicar el momento en que se ponía de parto y la entrada y salida serían igualmente vigiladas. Nacida la criatura sería mostrada a los parientes para que, si lo deseasen, dieran veracidad.

Vemos pues, nuevamente, cómo la mujer es un ser que debe ser vigilado, incluso cuando se supone buena –tal es el caso de las comadronas–, y la preocupación mayor recae siempre en la esperanza traducida en el nacimiento de un hijo, pasando la gestante y la parturienta a un segundo plano. Las prácticas entonces comienzan a ser mucho más invasivas y dolorosas, y se centran en la expulsión del mismo de manera más cómoda para quien comienza a cobrar cada vez mayor interés en estos asuntos hasta entonces femenino –el ginecólogo, en este caso–.

A su vez, la evolución del Derecho penal, pasaría de castigar el homicidio de dichos seres en todo caso, a considerar la opción de exceptuar aquellos casos en que se llevasen a cabo movidos por la desesperación de conservar la honra. Así, en el siglo XIX, concretamente en el Código Penal de 1822, artículo 612, aparecería de modo explícito que se daría consideración diferenciada a las mujeres solteras o viudas que, teniendo un hijo legítimo, y no habiendo podido darle a luz en casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las 24 horas primeras del nacimiento, para encubrir su fragilidad. No obstante, y para no descentrar el estudio de la figura que nos compete, únicamente señalar que dicho privilegio de la *causa honoris* se mantendría hasta el siglo XX, momento en que comenzaría a criticarse por considerarse excesivo.

Posteriormente, en la década de los años treinta de este siglo, por otro lado, llegaría a darse un hito legal sin precedentes en los siglos anteriores, y es la despenalización del aborto, en plena Guerra Civil española, año 1937, por parte del Gobierno republicano en los territo-

rios que todavía no habían caído.²⁶ En ese mismo año en la Maternidad de Les Corts se crearía la primera «Escuela de Maternidad Consciente», ya que ello se entendía sería una ayuda para acabar con los abortos clandestinos, alta fuente de mortalidad, para que la interrupción pasase a ser un instrumento seguro y legal. Para ello, la mujer que lo solicitaba debía pasar un exhaustivo examen psicológico, físico, eugenésico y social, que asegurase su integridad en un concepto amplio. De no darse garantías de su seguridad no se llevaría a cabo, por lo que observamos cómo en apenas unas décadas la corriente cambiaría de manera drástica, pues por primera vez se primaba el interés y la integridad de la mujer frente a la del *nasciturus* o los intereses de otros. Con la llegada del franquismo, sin embargo, estos avances serían erradicados del tejido legislativo y el aborto volvería a ser penalizado por medio de la Ley de Represión del Aborto de 1941. En el artículo 410 del Código Penal de 1944 se recogería nuevamente que la madre –entre otros– que matase al hijo por ocultar su deshonra sería condenada por homicidio, pero de modo atenuado.

En esta etapa, las autoridades del país, los entes religiosos y todos los medios trabajarían para volver a instaurar la idea de que la natalidad debía estar al servicio del Estado, para «levantar» un país más fuerte y lleno de nuevos patriotas. Durante las siguientes décadas, todos los textos literarios, jurídicos y médicos, se verían empapados de un contenido completamente paternalista, en el que el vientre y, por ende, las mujeres, serían un medio necesario para un fin, pero que, no obstante, resultarían las únicas responsables de las posibles complicaciones que pudiera surgir. De este modo, la que «no se dejase hacer», pondría en riesgo la vida de su hijo y un bien mayor, y sería tachada de mujer

26. Así, el 9 de enero de 1937 se publicaría, en el *Diari Oficial de la Generalitat*, el Decreto de 25 de diciembre de 1936 en el que se incluiría la interrupción artificial del embarazo por causas terapéuticas. Entre ellas, se recogía la enfermedad física o mental de la madre, las motivaciones eugenésicas –taras que pudieran transmitirse–, los factores neomalthusianos, cual deseo de limitar la natalidad, y las razones éticas o sentimentales que justificasen su interrupción. Sin embargo, también se impondrían determinadas limitaciones, como la de que solamente por motivos terapéuticos se podría realizar el aborto pasados los tres meses de gestación, o la prohibición de que se llevase a cabo más de una vez al año, a menos de que ello fuera estrictamente necesario.

egoísta.²⁷ Por tanto, durante este periodo, el control del vientre femenino vuelve a copar un lugar relevante en el esquema de desarrollo de la nación, y en el Código Penal de 1973 se dedicaría un capítulo completo al infanticidio y otro al aborto, con el hilo conductor del honor, y teniendo en consideración las circunstancias económicas como atenuantes. Finalmente, la despenalización no llegaría hasta el Código Penal de 1985, eso sí, sujetándolo a una serie de requisitos.²⁸ Diez años después, en el Código de 1995, dejarían de aplicarse los privilegios por parentesco, y eso que ya en 1985 el Tribunal Constitucional se había pronunciado en Sentencia 53/1985, de 11 de abril, en relación con el aborto, en su interpretación del artículo 15 de la CE, de modo que «el derecho a la vida de los todavía no nacidos constituye un bien jurídico constitucionalmente protegido».

Sin embargo, en esta evolución normativa, lo que queda patente es que se seguirían tomando en consideración conceptos típicamente patriarcales que habríamos venido desarrollando, y que, para otorgar potestades a la mujer sobre su propio cuerpo, la hacía volver a pasar por un mecanismo de control, esta vez psiquiátrico, al utilizarse expresiones tales como «salud física o psíquica de la embarazada», como criterios a tener en cuenta.²⁹ De hecho, incluso tras la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, las batallas sociales y políticas continúan presentes,³⁰

27. Sobre esta cuestión, *vid.* OLIVA, J. L., «Vigilancia médica del embarazo. Su importancia en la defensa de la madre y el hijo», *Conferencias radiadas de puericultura*, Jefatura provincial de Sanidad, Servicios Provinciales de Sanidad Infantil y Maternal, Málaga, La Regional, 1941, pp. 16-20.

28. La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, declararí­a no punible la práctica del aborto siempre que se incurriera en alguna de estas tres circunstancias: riesgo para la vida o salud física o psíquica de la embarazada, delito de violación y presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

29. Así, según palabras de la presidenta de la Asociación de Clínicas Acreditadas para la interrupción del embarazo (ACAI), durante el tiempo que dicha normativa estuvo en vigor, muchos médicos se arriesgaron, al tener que realizar una interpretación amplia y apenas fundamentada para poder justificar la interrupción solicitada por la gestante.

30. Así, de ello nacerí­a el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de vida del concebido, en el año 2013, que, con la premisa de regular la objeción de conciencia, y para proteger como bien jurídico la vida del concebido no nacido o *nasciturus*, se pedí­a

llevando a que, incluso, los profesionales de la salud mental tuvieran que pronunciarse en favor de la autonomía de la mujer embarazada, pues esta no debería ceder el control de su cuerpo a terceros, ni a nadie que tutele una decisión de relevancia biográfica crucial en sus vidas, por «el simple hecho de ser mujeres».³¹

Ahora bien, no habría sido únicamente la regulación de la interrupción del embarazo, en contraposición a los intereses del *nasciturus* –por pendencia–, la única cuestión controvertida en relación con los vientres. En el supuesto contrario nos encontraríamos con una situación que habría resurgido en los últimos tiempos y que no es otra que la problemática inherente a una determinada técnica de reproducción humana asistida, la gestación por sustitución, en la que, a todas luces, la vigilancia y el control del vientre se presentan como realidades jurídicas y *de facto*. Así pues, y debido a su impacto, a esta última dedicaremos las páginas finales de este trabajo, de un modo independiente.

III. EL CONTROL EJERCIDO SOBRE EL *VENTER* «CEDIDO» EN LA ACTUALIDAD

Una vez establecido todo lo anterior, y considerando necesaria tanto la aproximación realizada a la problemática reciente, como el origen y razón de la *cura ventris*, llega el momento de analizar si la misma tiene algún tipo de impacto en nuestra legislación o, mejor dicho, nuestra práctica jurisprudencial. Ello dado que partimos del hecho de que, por ley, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, recoge en su artículo 10 que,

aplicar la ley más restrictiva de la democracia. De este modo, interrumpir el embarazo volvería a ser delito despenalizado únicamente en determinados supuestos, eso sí, de manera mucho más estricta que la aplicada de 1985 a 2010, y suprimiendo como causa las malformaciones fetales gravísimas, al menos de forma expresa –podría alegarse daño psíquico para la madre gestar y alumbrar a un bebé con malformaciones–. Finalmente, el anteproyecto no sería respaldado.

31. Este pronunciamiento se publica en la *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Al respecto, *vid.* «Posición de la Asociación Española de Neuropsiquiatría-profesionales de la salud mental sobre el Anteproyecto de la Ley de Aborto», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 122 (34), Madrid, 2014.

en relación con la gestación por sustitución –el equivalente a la cesión del *venter* o, lo que es lo mismo, de la mujer embarazada–³², será nulo de pleno derecho todo contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio –rechazando así el posible carácter altruista– a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, así como que la filiación de los hijos nacidos por dicha técnica será determinada por el parto –principio de *mater semper certa est*–,³³ y que la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico se blinda conforme a las normas generales.

En definitiva, una nulidad de efectos civiles que, no obstante, en la práctica se ve esquivada con facilidad por medio del procedimiento de *exequatur*, que permite la inscripción de resoluciones extranjeras de manera que, cotejada su veracidad, se homologuen sus efectos en nuestro ordenamiento. Así, partiendo de esta premisa, no resulta extraño observar cómo, año tras año, miles de familias españolas acuden a países donde esta práctica resulta legal para contratar dicho servicio; en la mayoría de las ocasiones, además, estos contratos se producen por la intermediación de agencias especializadas.

Pero lo que a los efectos de este trabajo nos interesa analizar, no es tanto el fondo del asunto, el cual ya ha hecho correr ríos de tinta en los últimos años, sino una peculiaridad especial que resulta de la lectura de estos contratos: el férreo control al que estas mujeres se ven sometidas. Así pues, independientemente de que el reconocimiento legal de la práctica se considere viable o no en un futuro cercano en nuestro país, lo cierto es que gracias a la jurisprudencia hemos podido tener acceso a cláusulas de contratos ya existentes realizados, como no puede ser de otro modo, en el extranjero, y cuyo fruto habría sido la llegada de un nuevo ser al territorio nacional –previos todos los trámites procesales pertinentes–.

32. Al respecto, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, C., «Edad, salud y capacidad adquisitiva en la formación de los diferentes tipos de familia en el Derecho romano. La cesión del *venter*», en L. Suárez Llanos (coord.), M. I. Núñez Paz, P. Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 53-75.

33. Así, *vid.* NÚÑEZ PAZ, M. I., «Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio *mater Semper certa est*», *e-legal History Review*, 28, 2018, pp. 1-37.

Un ejemplo sumamente esclarecedor lo encontramos recogido dentro de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 1153/2022, de 31 de marzo de 2022, en la que se dirime sobre la nacionalidad de un niño nacido en Méjico por dicha técnica y que, tras lo cual, habría venido junto con su madre intencional a España. En la misma, aparece recogida copia del contrato suscrito entre la comitente y la madre gestante, donde aparecería nombrada la sociedad mercantil a través de la cual se realiza el proceso, así como la renuncia a todos los derechos sobre el menor por parte de la gestante y, lo que nos resulta más llamativo: cláusulas específicas de comportamiento durante la gestación. Entre ellas, no fumar tabaco o hierbas ilegales, así como no tomar bebidas alcohólicas energéticas o incluso que contengan cafeína, al igual que otra serie de cuestiones médicas o de delimitación territorial, que impedirían a la gestante salir de la ciudad sin informe previo. En cuanto a la interrupción del embarazo o el estado de salud del nacido una vez alumbrado, se muestra el contrato tajante, pues obliga a la madre intencional a hacerse cargo del menor sea cual fuere el estado, pudiendo únicamente realizarse el aborto cuando ambas lo decidiesen o existiera un criterio médico que lo abalase, por ejemplo, salvar la vida de la embarazada. Así, a excepción de esta última parte, observamos una cuestión que no puede hacer más que recordarnos aquella labor de control y salvaguarda que caracterizaba la *cura ventris*, y que habríamos desarrollado en el apartado anterior. Las similitudes son innegables y, desde luego, el objetivo es el mismo: la consecución de una esperanza, la llegada de un hijo.

Por otro lado, el pago de este «servicio» o la compensación por el mismo, se recoge que ascendía a seis mil dólares, pagados durante seis meses, uno por cada mes tras el tercero y hasta el nacimiento, para asegurar así que pudieran sufragarse todas las necesidades surgidas; esta cuestión, igual que ocurría con los elementos anteriores, nos recuerda del mismo modo, y de manera innegable, a la garantía otorgada por los *alimenta ventris* que cubrían, como veíamos, las necesidades básicas de la gestante, con independencia de que la misma tuviera o no recursos propios.

Interesante resulta, aunque de modo independiente a lo anterior, otro fragmento del mismo en el que se recoge textualmente que: «la gestante sustituta reconoce haberse informado médica y psicológicamente

de todos los riesgos derivados al proceso antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc». Esta cuestión, que sea quizá la más novedosa y diferenciada a los efectos del análisis comparativo de este trabajo, presenta ahora, a diferencia de lo que ocurría antaño, a la mujer gestante como un sujeto plenamente capaz y consciente, que, a modo de consentimiento informado, acepta y afronta los posibles riesgos y consecuencias derivados de una gestación.

Así pues, a través de esta sentencia, de la que, como avanzábamos, no entraremos en su fondo, el Supremo aprovecha para reafirmarse en su posicionamiento en contra de dicha práctica y en su temor y rechazo a la «cosificación» del vientre femenino, de modo que entiende que: «no es preciso un gran esfuerzo de imaginación una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano [...] Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales». Ello, en un ejercicio de análisis global y generalizado, que no se permite descender a la casuística concreta que pueda darse en el contexto específico de cada caso, que, de seguro difieren en gran medida –perfil y estado económico de la mujer en concreto, garantías del proceso en dicho estado o la situación de los padres intencionales–. No obstante, todas estas cuestiones, exceden del objetivo de este trabajo, que no trata de cuestionar la práctica en sí misma, sino de buscar evidencias del impacto y recepción de la *cura ventris* en sus más variadas vertientes –desde la protección de los óvulos fecundados y congelados, hasta la prohibición del consumo de ciertas sustancias por parte de la mujer que gesta «para otro»–.

Finalmente, como no podía ser de otro modo, en un sistema guiado por la verdad biológica como es el español, insiste el Tribunal en que el padre biológico –pese a que se trata de un donante– puede acudir a la acción de reclamación de paternidad.³⁴ En este caso, la esperanza del

34. A este respecto, determinados autores entienden que, para poder proceder a una acción por parte del padre biológico, debe precederse de una acción de impugnación de la filiación, así sería el caso de que la gestante estuviera casada. Así, *vid. HUALDE MANSO, M. T.*, «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación

padre parece mantenerse igualmente intacta, y con independencia de que se trate de un sujeto que únicamente hubiera llevada a cabo una donación de sus gametos.

No obstante, lo cierto es que son muchos los que apuntan, como es el caso de Lamm, que se limita de este modo genérico la libertad de las personas, basándose en una supuesta falta de moralidad o en un temor que parece preocupar en ocasiones más a quien juzga que a quien padece, lo que pondría en duda no solo su libertad de participar en acuerdos libres que no dañen a terceros, sino también su propia capacidad como sujetos. En lo que respecta a la tan recurrida cosificación, advierte que, al entrar en juego el factor de la voluntariedad del acuerdo, difícilmente se puede tratar de explotación, y que por el mero hecho de aceptar una compensación tampoco se podría aplicar automáticamente dicho término. De ser así, estaría llevándose a cabo un exceso en la protección de las mujeres que se prestan a esta técnica que nos remitiría a las sociedades androcéntricas en las que la mujer no tendría capacidad suficiente por sí misma para consentir prestar su cuerpo a voluntad.³⁵ Pues, de modo lógico, parece que no será lo mismo entender que se trata de un sujeto que se presenta como medio necesario de manera consensual que de un sujeto cosificado. Sin embargo, sea como fuere, lo que la mayoría parece obviar es la reflexión que ha servido de base para la elaboración de este trabajo: ¿es necesario dicho control,³⁶ a todas luces paternalista, de la mujer que se presta como *venter*?, ¿se exigiría a aquella que gesta para sí misma dicho control garantista, o simplemente se plantearían dichas pautas como aconsejables? Y en definitiva, ¿por qué ha de haber consecuencias jurídicas diferenciadas para ambas?

contratada», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 10.4 (1), 2012, pp. 35-47. Sin embargo, otros como Farnós Amorós, entienden que llevar a cabo una reclamación de paternidad y una adopción posterior por parte de la pareja resulta mucho más complejo y no hace más que ignorar la realidad social actual, aunque hoy en día aceptar el contrato de gestación por sustitución no es posible debido a su nulidad. A este respecto, *vid.* FARNÓS AMORÓS, E., «¿De quién son los embriones? Crisis...», *cit.*, p. 41.

35. Así puede verse en LAMM, E., «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 3.4, 2012, pp. 1-49, p. 8.

36. Sobre esta cuestión, y la necesidad de atender a las necesidades y características de cada sujeto, *vid.* VALVIDARES SUÁREZ, M. L., «El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación subrogada», en L. Suárez Llanos (coord.), M. I. Núñez Paz, P. Jiménez Blanco (eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos...*, *cit.*, pp. 137-166.

La respuesta clave parece residir en esta última cuestión, pues, en el caso de la gestación para otros parece que todavía sigue primando aquello del «interés del tercero», por encima del de la propia gestante y es en este donde, a todas luces, encontramos las más claras reminiscencias a un pasado muy presente: un pasado paternalista.

IV. REFLEXIONES FINALES

Históricamente se ha presentado a la mujer como medio o mera parte dentro un proceso necesario, la procreación. No obstante, es importante diferenciar entre «ser medio» y «ser un sujeto alienado». Así, la diferencia radicaría en la capacidad de reflexionar y decidir, pues quien se fija sus propios fines y vive conforme a sus deseos, difícilmente puede decirse que se encuentre cosificado. Por tanto, el problema surge cuando, por uno u otro motivo, esta voluntad se ve mermada, utilizada o redirigida hacia la satisfacción del interés de un tercero.

En el caso de la mujer embarazada, tal como hemos apuntado a lo largo del trabajo, en un principio se encontraba supeditada, en primer lugar, a los intereses del *pater*; o de los familiares de este, si se encontraba fallecido, y en segundo lugar a los intereses del Estado, que protegía la llegada de un nuevo ciudadano. Posteriormente, la idea de pecado y delito sometería dicho cometido a los designios divinos, aunque sin perder nunca de vista los intereses patrimoniales inherentes a la llegada de un nuevo heredero. Finalmente, con la llegada de las técnicas de reproducción humana asistida, se abriría un abanico de posibilidades que recuperarían viejas prácticas, aunque ajustadas a los medios modernos. Aparece entonces el interés de un nuevo sujeto, la madre intencional –también el padre–, que, aun siendo mujer, se coloca como sujeto expectante, en el sentido de quien espera, pero de otro –otra–, y no de sí misma. Poniendo así en jaque a los legisladores y registradores de medio mundo que, ante la heterogeneidad normativa surgida de dichas prácticas, únicamente encuentran como punto de conexión la necesidad de protección del *venter* en su doble vertiente, ya bien como contenido, ya bien como continente, en función de la ponderación de derechos que se establezca en cada ordenamiento.

Así pues, pese a la variedad de problemáticas y perspectivas de diversa índole que pueden generarse de un tema de tal complejidad y calado, lo que a la luz de este trabajo se ha puesto en evidencia es cómo, a lo largo y ancho de la geografía mundial y siglos después de la aparición del instituto de la *cura ventris*, independientemente de la terminología utilizada, la misma seguiría todavía presente en el ideario jurídico y jurisprudencial de los actuales garantes de la legalidad.

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS
SOBRE LA PISCICULTURA
EN DERECHO ROMANO**

*Legal Considerations on Pisciculture
in Roman Law*

M.^a OLGA GIL GARCÍA
Universidad de Burgos

Resumen: la existencia de la acuicultura durante la dominación romana es una evidencia en las fuentes arqueológicas y literarias, pero desde el punto de vista jurídico apenas se conoce. En este estudio se presentan algunas cuestiones jurídicas relacionadas con el cultivo de peces y moluscos, así, por ejemplo, en caso de compraventa, la piscina accede al fundo, pero no su contenido; también se analiza la equiparación de los peces criados en piscinas a otros animales domésticos; o las diferencias que derivan del entorno público o privado en donde se llevan a cabo estas actividades; su protección interdictal e incluso la posible fiscalidad de estas explotaciones.

Palabras clave: Piscicultura. Acuicultura. Piscina.

Abstract: the existence of aquaculture during Roman predominance is quite evident in archaeological and literary sources, but is almost unknown from the legal point of view. In this study, some legal questions are presented in relation to the cultivation of fish and molluscs. Thus, for example, in the case of purchase, the fish pond, though not its contents, formed part of the estate. The analysis also covers the assimilation of fish cultivated in ponds with other domestic animals; and the differences derived from the public or the private environment where these activities were carried out, their protection through interdicts and even the possible taxation of these exploitations.

Keywords: Pisciculture. Aquaculture. Fish pond.

Plinio el Viejo, sobre el 150 a. C., refiere que la acuicultura estaba implantada por Sergio Orata, quien organizó los primeros parques de ostras en Bayas, y vendió casas de campo con ese cultivo, lo que supuso un gran incremento del valor de tales villas.¹ En Roma, Marco P. Apicio en su *De re culinaria*, (s. I a. C.), refiere un método para engordar ostras,

1. Plinio en su *Historia Natural*, libro IX, p. 170, relata que estos viveros de ostras se construían por codicia, ya que ese invento le suponía la percepción de grandes ganancias, además de suponer un valor añadido a esas casas con esas construcciones.

conservarlas y transportarlas a lugares distantes.² Se atribuye a Licinio Murena (s. I a. C.) la autoría de viveros adaptados para la cría de diferentes especies piscícolas de agua salada. Lucio Moderato Columela, en su tratado «De rustica», afirmaba que patricios y grandes potentados repoblaban con alevines estanques artificiales y grandes lagunas, empleando para ello huevos de especies marinas, como la dorada y la lubina, capaces de adaptarse a la cría vigilada.³

En la península, durante la dominación romana, también hubo cría de peces. La acuicultura referida a peces marinos tiene raíces en los esteros de Cádiz, en las albuferas de Valencia y Baleares, en Murcia, cuyas ensenadas se abrían y cerraban a intervalos para facilitar la entrada de especies que luego se engordaban en cautividad. Lázaro Guíllamón describe esta actividad pesquera en Carthago Nova, y aunque no se refiere a la cría de peces en cautividad, sí describe las infraestructuras

2. SADOWSKI, P., «La mer et les fruits de mer chez Marcus Gavius Apicius – aspects historiques et juridiques». *Ius Romanum*. II/2021, Mare Nostrum, p. 260, viaje que hace Apicius para buscar langostas, calamar, sepia, pulpo, ostras, crustáceos, erizos de mar, mejillón, bonito, atún, salmónete, pez gato, barbo... los barcos tenían baños en el interior para desplazar los frutos del mar vivos.

MARTÍN VELA, R., PÉREZ LEGIDO, D., CENTENO CEA, I. M., «La villa romana de Matabuey (Nava de la Asunción, Segovia): poblamiento durante el Alto y Bajo Imperio en el valle del Eresma», S. Martínez Caballero (coord.), *Segovia romana. Investigaciones recientes del mundo romano en Segovia*, Segovia, Junta de Castilla y León, Ayuntamiento de Segovia y Asociación de Amigos del Museo de Segovia, 2021, pp. 223-238, p. 229 en el marco del proyecto Eresma Arqueológico, han encontrado en la Villa, levantada en plena tierra de pinares segoviana restos de ostras, mejillones y, al menos, tres o cuatro especies de mar y río, entre los que destaca la trucha; malcofacuna consumida por los moradores de la villa, que está siendo analizada en la Universidad de León. En el estudio también se refiere la existencia de un estanque alimentado por una canalización, que parece que también se han descubierto en otros lugares, un *locus amoernus*, un pequeño vergel en el centro de la vida doméstica.

3. COLUMELA, *De rustica*. Tomo II, libro 8., XVI. De las piscinas, y del mantenimiento de los peces, lo trata después de la referencia al cuidado de las gallinas. También VARRON, en su *Rerum Rusticarum Libri III*, explica esta actividad dentro de las explotaciones, en las granjas, junto al tratamiento de otros animales que allí viven. Pero no solo ellos; Plinio, en su *Historia Natural* enseña cómo los peces se nutrían con otros pequeños peces, pan, manzana e higos secos, diferenciando para ello distintas especies. Incluso refiere que se alimentaban diferente si enfermaban y se les trasladaba a estanques de agua templada. Por diferentes autores sabemos que se cultivaban mújoles, lucios, lampreas, morenas, doradas y lubinas.

para retener el pescado y como se trasladaban en grandes tanques y se vertían en sus grandes piscinas.⁴ Posteriormente, la piscicultura recae en las órdenes monásticas.⁵ En el Fuero Juzgo se instauran múltiples medidas, no tanto para la cría propiamente, sino para la prohibición de pescar en determinada época del año, preservando el equilibrio ictiológico, dejando que desoven y críen, evitando que se esquilme la riqueza pesquera.⁶

Respecto a lo que podemos considerar cría o cultivo de peces o moluscos, es decir, la acuicultura, atenderemos a una definición actual, que comprende el cultivo de organismos acuáticos, incluyendo peces, moluscos, crustáceos e, incluso, hoy día, plantas acuáticas. Según definición de la FAO, es la cría o cultivo de organismos acuáticos con técnicas encaminadas a aumentar, por encima de las capacidades naturales del medio, la producción y esto será a lo largo de la fase de cría o de cultivo hasta su recogida, y se añade propiedad de una persona física o jurídica.⁷ Con esta expresión describimos esta actividad que consiste en la intervención del hombre en la cría, aumentando su producción con

4. LÁZARO GUILLAMÓN, C., «Algunas notas sobre la actividad pesquera en la Hispania romana a la luz de una inscripción de Carthago Nova –CIL II, 5929–», en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. 9, (Derecho comercial romano, vol. 2), Madrid, *BOE*, 2021, pp. 1109-1124.

5. GONZÁLEZ SERRANO, J. L., *Evolución histórica y situación actual de la acuicultura en el mundo y en España*. Madrid, Serie Estudios-Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (España), 2001, p. 94. como lo prueban los estanques de El Escorial, Yuste o San Martín de Castañeda.

6. Fuero Juzgo, libro 8. Título 4. Ley 29 se dice que los ríos grandes, en que se echan redes, por donde vienen los salmones, otros pescados de mar y las barcas con mercaderías, que nadie los cierre para su propia utilidad y quitar la de otros; solo puede hacerlo hasta el medio del río donde está el agua más fuerte, dejando la otra mitad libre para beneficio común: el contraventor pague cinco sueldos... Sabiendo esto, los dos dueños de ambos lados del río, no deben cercarlo todo, aunque diga cada uno que cerró su mitad, pues si uno debe cerrar la de arriba y el otro la de abajo, deben dejar paso por medio; si se contraviene hay sanción.

7. Artículo 63 del Informe de Pesca N.º 741, de la Consulta de expertos sobre la aplicación de cuestiones asociadas con la inclusión de especies acuáticas explotadas comercialmente en los apéndices de la CITES. Roma 25-28 de mayo de 2004. Disponible en: <https://www.fao.org/3/y5751s/y5751s08.htm#bm08>

operaciones de siembra, alimentación, protección frente a los depredadores, práctica que lejos de ser actual, tiene su origen en la antigüedad.⁸

Parece innegable que la actividad existió, al menos por las fuentes arqueológicas y literarias, sin embargo, desde el punto de vista jurídico esta realidad es más oscura. Puede parecer que no contamos con muchos textos que lo avalen, pero sí los suficientes como para que tengamos certeza de su existencia como actividad económica con algunas consecuencias jurídicas, que se va a llevar a término en ciertas explotaciones romanas, principalmente en las piscinas, dentro de las villas marítimas e incluso en algunas *domus*.⁹ Es más, se nos dice que la misma piscicultura precede a las propias villas marítimas,¹⁰ también existe una alta probabilidad de que existiera este cultivo en otros entornos como estanques, lagos o en la orilla del mar.¹¹

8. Para situar la actividad en la antigüedad ya se refiere a ella un bajorrelieve de un templo egipcio en el que se podía ver cultivo de peces en un estanque artificial; en China parece ser que se criaban ostras en el mar (entrelazando bloques de piedras con conchas de ostras) y carpas en estanques, ya en el 460 a. C. y los griegos poseían viveros de peces y moluscos. Aristóteles habla de calidades de ostras dependiendo del lugar de cultivo.

9. La arqueología nos enseña que esta actividad no se desarrolla de forma exclusiva en villas del litoral, puesto que existen excepciones como viveros de agua dulce, viveros en el mar, quizá de la colectividad, e incluso hay piscinas sin relación con villas FIORENTINI, M., «Sulla rilevanza económica e giuridica delle ville marittime durante la Repubblica e l'Impero», *Index: Quaderni camerti di studi romanistici*, 24 (1996), pp. 143-198, p. 143, para él la acuicultura es uno de los fenómenos más singulares de la historia económica y de las costumbres de la Roma antigua; en la p. 145 se refiere a la crianza de peces en villas de interior y agua dulce, son previas aunque menos rentables, que a partir de la primera mitad del siglo II a. C. cuando se generaliza la actividad en las villas marítimas. Como advierte BERNAL CASASOLA, D., ALONSO VILLALOBOS, C., GRACIA PRIETO, F. J. «De la acuicultura en “Baetica” A propósito de la posible “piscina” vivero del yacimiento haliúctico del Cabo Trafalgar (Cádiz)», *Revista de prehistoria y arqueología*, 67, 2011, pp. 145-160, son villas con piscinas de las que hay certeza de que existieron a partir del siglo II a. C. con sofisticadas instalaciones para piscicultura.

10. LAFON, X., *Villa Maritima: recherches sur les villas littorales de l'Italie romaine: 3. siècle av. JC-3. siècle ap. J. C. Villa Maritima*, Paris, EHSS, 2001, p. 170.

11. BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, J. M., *La pesca en la antigüedad y sus factores económicos*. *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2007, p. 8 y 9. Disponible en: file:///C:/Users/ogil/Downloads/la-pesca-en-la-antigüedad-y-sus-factores-economicos-0-1.pdf. Indica que las mejores familias tenían viveros de peces, donde se criaban muchos peces en arroyos privados y en estanques, principalmente peces de agua salada, era un negocio muy lucrativo.

Por supuesto, esta actividad resulta imprescindible que se desarrolle en el agua. Agua que tiene su consideración jurídica, dado que, aunque discurra por un lugar privado, en principio no es apropiable,¹² y su consumo es común, como se desprende de D. 1.8.2.1 (*Marc. 3 instit.*) e I. 2.1.1, textos donde se la considera cosa común por derecho natural.¹³ Otra consideración merece el lugar por donde discurre o se almacena, lugar donde en su caso se podrá practicar la acuicultura. Actividad que, según Lafon, se pudo iniciar alrededor del siglo I a. C.¹⁴ Estas piscinas, desde el punto de vista jurídico, son construcciones voluntarias más o menos complejas en las villas marítimas, normalmente dentro de espacios privados, pero la mayoría cerca de la orilla del mar. Por lo que sabemos se dedican a la cría, cultivo y cuidado de peces, aunque de peces que se traen de otros lugares que quedan allí alojados.

Aproximándonos por tanto al término piscina, observamos que es de origen latino y que se refiere precisamente al lugar donde se depositan peces para su cuidado.¹⁵ En las fuentes jurídicas, concretamente

12. BOVE, L., s.v. «Aquae (Diritto romano)» en *NNDD T. I.* Torino. Unione tipografica editrice torinese, 1981, p. 206, dice que los romanos niegan la propiedad del agua corriente, que no es de nadie, ni siquiera del estado que solo tiene derecho de soberanía y de policía sobre ella. Si bien el agua, en pequeñas cantidades, se puede considerar *res nullius* como nos indica GUARINO, A., *Diritto privato romano*, Nápoles 1970, 4.^a ed., pp. 340 y 681.

13. Del agua del mar, incluso diremos que es *res communis ex iure gentium vel naturali*. No existe hurto del agua, y la polución de ella no se tipifica como *damnum*, sino que da lugar al interdicto *quod vi aut clam* (D.43.24.11 pr.).

14. LAFÓN, X., *Villa Maritima: recherches...*, cit., p. 158. En cuanto a las piscinas, aunque las instalaciones se van perfeccionando, las primeras solo tienen un sector y luego con diferentes sectores para distintas especies (p. 165). Las divide en tres tipos (p.171), las de tipo 1 excavadas en la roca o en grutas, las del tipo 2 parte excavadas y parte hechas con mampostería, y las del tipo 3 construidas íntegramente por el hombre. Arqueológicamente quedan muchos más restos de los dos primeros tipos y se datan en torno a los años 30 a 50 a. C.; es interesante reseñar, como dato curioso, que este autor indica que estas piscinas no están cerca de las salinas, ni tampoco de las empresas de salazones (p. 180) como pudiera entenderse de tener relación con esas industrias.

15. La palabra piscina llegó sin variaciones desde el latín clásico hasta el castellano, el catalán, el portugués y el italiano, entre otras numerosas lenguas romances, mientras que en francés se adaptó a *piscine*. La voz latina proviene de *piscis* ‘pez’, de donde se derivaron también vocablos como pez, pesca, piscifactoría, piscina, pisciforme, y el signo zodiacal de Piscis, entre muchos otros.

encontramos este término, al menos, en los siguientes cinco textos del *Digesto*, D.19.1.15.(16) (*Ulp. 32 ad ed.*); D. 41.2.3.14 (*Paul. 54 ad ed.*); D. 43.22.1.pr. (*Ulp. 70 ad ed.*); D. 43.22.1.4 (*Ulp. 70 ad ed.*); D. 43.22.1.10 (*Ulp. 70 ad ed.*) que describen actividades compatibles con la acuicultura.

El primer pasaje señalado es el siguiente:

D.19.1.15.(16) (*Ulp. 32 ad ed.*): *Lacus et labra, salientes, fistulae quoque, quae salientibus iunguntur, quamvis longe excurrant extra aedificium, aedium sunt: ítem canales: pisces autem qui sunt in piscina, non sunt aedium nec fundi.*¹⁶

Este fragmento ulpiniano se ubica en el título referido a las acciones de compra y venta; en él se explica cómo, a la hora de vender, se considera que forman parte de la casa: los lagos, las pilas, los surtidores y las cañerías, aunque vengan de fuera del edificio, pero *pisces autem, qui sunt in piscina, non sunt aedium, nec fundi* [pero los peces, vivos, que están dentro de la piscina (entendemos que, para su cuidado, como así lo indican las fuentes arqueológicas) no son de la casa, ni siquiera del fundo]. Esto nos indica que el tratamiento de estos animales no está unido al destino de la casa, ni del fundo en su conjunto, pero la piscina, como edificación, sí. Lo que parece indicar es que normalmente estas construcciones se encontraban dentro de una casa o villa, o incluso en un fundo. De los peces que puedan habitar en los lagos, no refiere nada, porque su tratamiento, en ese caso, sí que está unido al propio lago, como se deduce de otro párrafo que también trataremos.

En este pasaje, la piscina como edificación está considerada dentro del inmueble, es decir, del contrato, pero no así los peces que habitan en ella. En esta venta, se considera que la piscina accede al inmueble principal, bien al *aedium*, bien al *fundi*. Por tanto, una primera reflexión que podemos extraer sobre este párrafo es que esta actividad no era tan inusual, puesto que este pasaje confirma que las piscinas se repueblan con peces, lo que reafirma lo que ya sabemos, que existen piscinas que

16. D.19.1.15 (16) (*Ulp.32 ad ed.*). Los lagos y las pilas, los surtidores, y también las cañerías, que se unen a los surtidores, aunque vengan de lejos de fuera del edificio, son de la casa; y asimismo los canales. Mas los peces, que están en la piscina, no son de la casa. ni del fundo.

se construyen en múltiples villas, sobre todo cerca del mar, con ese fin, pero lo más reseñable es que los peces no se entienden como un todo, un conjunto unido a la piscina. Así, el jurista romano Ulpiano, diferencia claramente el continente, que es la piscina, del contenido, que son los peces, y en otro orden de cosas, no mezcla lo animado con lo inanimado.

Era habitual que las villas marítimas contaran con piscinas, de modo que *accessorium sequitur principale* [D. 34.2.19.13 (*Ulp. 20 ad ed.*)] por tanto, la piscina accede al fundo, porque se le une o incorpora por mano del hombre, en ocasiones aprovechando enclaves naturales para ello, de manera que cada cosa conserva una autonomía propia, la primera sirve y se aprovecha para el uso y destino económico social de la principal. Incluso en D. 41.1.30.4 (*Pomp. 34 ad Sab.*) se indica que si echas moles en el mar y edificas sobre ellos, el edificio se hace inmediatamente tuyo, si edificas una casa en el mar, al punto se hace tuya porque lo que no es de nadie se hace del que lo ocupa.¹⁷ Pero respecto de los peces que habitan en ellas, se prevé expresamente en D.19.1.15. pr. (*Ulp. 32 ad ed.*) que no se adquieren por accesión, los peces que están en la piscina no son de la casa, ni del fundo. Por lo tanto, los peces no se entienden incluidos ni en la piscina y, por tanto, tampoco en la villa.

Este contenido se repite en las *Partidas*, concretamente en la Quinta, Título 5, ley 30, cuando se habla de cómo los pescados que crían en las *albhuera*¹⁸ *de las casas que se venden e las otras animalias que crían en ellas deuen ser del vendedor*. Se refiere a las fuentes o albercas que están en la casa (castillo, cortijo o cualquier otra morada) o en la heredad donde se cría el pescado, eso sí, incluyendo en este texto alfonsino a los peces que habitan los lagos, cosa que no hacía el *Digesto*,

17. *Si pilas in mare iactaverim, et supra eas inaedificaverim, continuo aedificium meum fit. Item si insulam in mari aedificaverim, continuo mea fit, quodiam id, quod nullius sit, occupantis fit.*

18. Si atendemos a la etimología, la forma castellana de *albhuera* era *albohera*, que perdió la h y se convirtió en *albuera*, como lo atestiguan topónimos como la *albhuera* de Badajoz o Segovia. En portugués se denomina *albufeira*, y la forma catalana es la que prospera: *albufera*, que no es una laguna sin más, sino una laguna separada del mar por una estrecha flecha de arena, donde se mezcla agua dulce y salada. *Albuhera* está en desuso y era un depósito artificial de agua, como estanque o alberca.

que solo se refería a los que habitaban las piscinas.¹⁹ Quedando más clara la diferencia entre continente, piscina o lago, y contenido, los peces. Incluso en los comentarios de Gregorio López, a esta ley de las *Partidas*, se indica a pie de página que «viene pues únicamente comprendido en el contrato aquello que es de la naturaleza de la cosa vendida»,²⁰ por lo que entendemos que lo edificado con lo edificado, no con los animales que se cuidan en esos entornos, que debemos deducir que no comparten su naturaleza con el inmueble en el que habitan.

Es interesante fijar este punto, porque más tarde la codificación dará al traste con esta concepción, llegando incluso a tratar los peces que estén en viveros como inmuebles. Así, García Goyena advierte este viraje y comentando el artículo 380.6.º, del Proyecto de 1851, que incluía como bienes inmuebles los viveros de animales, dice así «La Ley 15. Título I, Libro 19 del *Digesto*, dispone lo contrario, y la copia la ley 30, Título 5, *Partida 5: pisces autem quae sunt in piscina, non sunt aedium*. Godofredo, en su comentario a dicha Ley 15, cita algunos autores franceses que sostenían la costumbre de París contraria a la Ley romana, diciendo que esta segunda solo procedía cuando se arrojan los peces para custodiarlos, no para que se multipliquen y den fruto... Es decir, que cuando se pretende que sea un uso más comercial sí que acceden. Consecuencia de ello es que lo que está en ellos resulta ser un bien inmueble, por muy extraño que parezca calificar a un animal como inmueble, pese a que estemos habituados a ello. También se recoge ese cambio en los comentarios de Derecho civil,²¹ con el criterio de la ley de la quinta *Partida*, por tanto, de la Ley romana, cuando dice que se habla de los animales en cuanto

19. Incluso en los comentarios de Gregorio López a las *Partidas*, P.5 t. 5. *Lex 30*, Con la glosa vertida al castellano de *Las Siete Partidas* del Sabio Rey Don Alfonso el IX, del Consejo Real de Indias de S. M., vertida al castellano... por D. Ignacio Sanponts y Parbá, D. Ramón Martí de Eixalá, y D. José Ferrer y Subirana, Barcelona, 1843, se dice más *Pisces inuenti in lacu vel fonte rei venditae tempore venditiones y gallinae y bestiae sunt venditoris*, es decir, los peces que se encuentran en el lago o manantial de la propiedad vendida en el momento de la venta y las aves y los animales son del vendedor.

20. En p. 85, nota 137.

21. GUTIÉRREZ, B., *Códigos, o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. 2, Madrid, Librería de Sánchez, 1871. 3.ª ed., p. 7.

hacen parte de un bosque, estanque o palomar, viniendo a ser por esta causa accesorios de los inmuebles.

Incluso, actualmente, después de la modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales por Ley 17/2021 de 15 de diciembre, el artículo 334.2²² se sigue insistiendo en ello: «Quedan sometidos al régimen de los bienes inmuebles los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente», pero se hace una salvedad, «sin perjuicio de la consideración de los animales como seres sintientes y de las leyes especiales que los protegen»,²³ es decir, en nuestro caso, en la medida en que los animales acuáticos se consideren seres sintientes o no, será de aplicación la accesión, pero no lo será si las leyes especiales advierten otra cosa.

García Goyena señalaba que el artículo 524 francés indicaba que los animales que gozan de su libertad natural nosotros no los poseemos en particular, sino en cuanto hacen parte del bosque, estanque o palomar destinados a su cría y cuyo valor se aumenta con esto: repútese, pues, como accesorios de los mismos inmuebles.²⁴ Por tanto, será en la codificación cuando al pez se le considere accesorio al inmueble, no en

22. El artículo 334. 1. 6 queda derogado para incluir su contenido aparte en el artículo 334.2 mencionado.

23. Para el régimen jurídico actual, aunque sin la referencia a la nueva redacción del código civil, *vid.* GIMÉNEZ CANDELA, M., «Tratamiento jurídico de los peces en la UE y en España», *da Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies* 10, (4), pp. 0043-59. Disponible en: <https://revistes.uab.cat/da/article/view/v10-n4-gimenez-candela-2>

24. Como indica PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. T. 8.º Vol 1. (dir.) Manuel Albadalejo García, Madrid, EDERSA, 1987, comentario al artículo 613 del Código Civil. La doctrina francesa diferencia las palomas cerradas en una *mue, volière* a las que habitan en un *colombier*, o los conejos que viven en un *clapier* de los que lo hacen en una *garenne* y los peces que viven en un *vivier* o *réservoir*, en contra de los que viene en un *étange*, porque es diferente cuando los animales viven en un recinto cerrado de cuando lo hacen haciendo uso del *ius revertendi*, es decir, son libres para acudir a un sitio u otro (*ius revertendi* que se describe en D. 41.1.44, (Ulp. 19 ad ed.) 67 y 68, D. 41.1.3.2, e I. 2.1.12 y 15). Cuando están cerrados son propiedad de quien los posee y cuando están libres, solo en la medida en que vuelven al palomar o están en el estanque...

Derecho romano que considera al pez como ser vivo, por tanto, no accede al inmueble.²⁵

El jurista romano es coherente, puesto que, además, considera que mientras están en nuestras piscinas vivos, los poseemos, quedando sujetos a la acción de nuestra voluntad, pero parece que solo los adquirimos cuando los capturamos. En la codificación, como hemos visto, se introduce el término vivero de animales, que en este caso describe el conjunto de pez y piscina como un todo, dándole una calificación única de inmueble; sin embargo, en el *Digesto*, las llamadas al término *vivariis* son: en D 7.1.62.1. (*Tryph. 7 disp.*), cuando se refiere solo a lugares en los que se custodian animales bravíos, sometidos al régimen de usufructo, y otro pasaje en D. 41.2.3.14 (*Paul 54 ad ed.*), en el que se refiere al

25. Actualmente, en 2021, se reforman las normas de Derecho civil y el Código Civil suprime su artículo 334.6, que incluía como bien inmueble los viveros de animales, palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente. Después de esta modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales por Ley 17/2021 de 15 de diciembre, cambia el nombre del libro segundo del Código Civil, que ahora se llama de los animales, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones. En su título primero, trata la clasificación de los animales y de los bienes disponiendo, en el artículo 333, que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles, también los animales, si bien estos con las limitaciones que se establezcan en las leyes. Se añade un artículo 333 bis 1, que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad, y solo se aplica el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza. En el artículo 333 bis 2, se indica que el propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado, respetando su cualidad de ser sintiente, asegurando su bienestar conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en esta y las demás normas vigentes. El artículo 333 bis 3 regula los gastos destinados a la curación y al cuidado de un animal herido o abandonado son recuperables por quien los haya pagado mediante el ejercicio de acción de repetición contra el propietario del animal o, en su caso, contra la persona a la que se le hubiera atribuido su cuidado en la medida en que hayan sido proporcionados y aun cuando hayan sido superiores al valor económico de éste. Y finalmente, en el artículo 333 bis 4, advierte que en el caso de que la lesión a un animal de compañía haya provocado su muerte o un menoscabo grave de su salud física o psíquica, tanto su propietario como quienes convivan con el animal tienen derecho a que la indemnización comprenda la reparación del daño moral causado.

encierro de *feras bestias*, por tanto, en ninguno de los casos se refieren a animales acuáticos.

Este primer texto que menciona las piscinas sigue así en D.19.1.16 [(17) *Pomp.31 ad Q. Muc.*]:

*non magis, quam pulli aut cetera animalia, quae in fundo sunt.*²⁶

Se indica que, respecto a los peces cuidados en piscina, su régimen jurídico puede ser análogo al de otros animales criados por el hombre romano, de hecho, incluso el texto que se recepciona en las *Partidas*, los une al destino de los pollos, gallinas y demás animales criados en los fundos. En cierta forma, el cultivo de peces puede estar más próximo a ese tipo de ganadería de granja que a la pesca extractiva propiamente, con la diferencia evidente de que la ganadería cuida animales terrestres y estos se cultivan en agua. Esta idea la corroboran fuentes jurídicas indirectas, tales como de *Rerum Rusticarum Libri III* de Varron²⁷ o, posteriormente, por Columela en *De rustica Tomo II libro 8, XVI*, con el título «De las piscinas, y del mantenimiento de los peces», quienes abordan esta actividad dentro del tratamiento de los animales de granja.²⁸

La convicción nos hace pensar, por tanto, que en Derecho romano los peces de cultivo se conciben como ese tipo de animales que se crían en las villas y en las casas para consumo [I. 2.4.2 y D. 7.5.1 (*Ulp. 5 ad ed.*)]²⁹ o para venta en el mercado. Los estanques privados de las casas, *piscinae* o *vivaria piscorum*, proporcionaban pescado fresco para los propietarios y para la venta en el mercado;³⁰ en este sentido, lo habitual es

26. D.19.1.16 [(17) *Pomp.31 ad Q. Muc.*] no de otra suerte que los pollos o los demás animales que hay en el fundo.

27. En cuyo libro III comienza diferenciando villa, granja rústica y vivienda urbana, y en el tipo de explotación de animales varios, trata en su punto 3.17 los viveros de peces, detrás de los dedicados a liebres, caracoles, lirones y abejas.

28. Consideración especial merecen los animales que se consideran *res Mancipi*, que no referimos porque en ningún caso son animales que pudieran ser similares a los que tratamos en este estudio.

29. En estos párrafos se describe la imposibilidad de constituir un usufructo sobre bienes consumibles.

30. Cuando había invitados, se les dejaba pescar. Marcial, *Epi. IX, 30* se burla de las tempestades si tienes una piscina, en tu propia casa, donde crías rodaballos y lubinas.

que ese sea su fin. Respecto a los más preciados pescados de las piscinas se dice que su uso era utilizarlo en las cenas como rito social en el último periodo de la República, que no se podían ni siquiera comprar en los mercados.³¹ Que el consumo de pescado era una realidad lo evidencia la existencia del *Forum piscarium*, dentro del *Macellum*,³² que contaba con múltiples tabernas y entre ellas esta, incluso estaban equipados con una piscina para la venta del pescado fresco, cuya subasta se dirigía por un *praeco*.³³ El fenómeno de la venta de pescado en los *macella* es concebido entre la sociedad romana como una actividad de lujo, capaz de convocar el interés y la competencia de los más ricos y respetables personajes de la escena sociopolítica romana. Es más, en D. 50.11.2.pr. (*Call. 3 de cog.*) se refiere esta actividad que, por supuesto, está sujeta a fiscalidad, como algunas otras de las practicadas en ferias, puesto que junto a los agricultores debe abonar las anonas pertinentes.

Sin embargo, hay anécdotas, o quizá leyendas, que nos relatan situaciones en las que no podemos calificar los peces como un bien de consumo en el mercado. Así, los peces mantenidos en piscinas, en estas condiciones de cultivo, también parece que podían tener una función siniestra, como la que relata Séneca (*De la ira XL*) consistente en el cultivo de lampreas para infligir la pena de muerte.³⁴ Las *damnatio ad bestias* no es una pena extraña en Roma, pero jurídicamente no hemos

31. Constituían una oferta de alimentos al huésped, que queda plasmado en los bodegones de la época, como señala GARCÍA HUERTA, R., *Los orígenes del pensamiento simbólico: Protohistoria y Edad Antigua*, Chicago, Síntesis, 2012, p. 137. También aparecen en cuadritos pintados en el *Macellum* de Pompeya.

32. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M. C., y AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J., «Algunas consideraciones sobre las ferias y los mercados en Derecho romano y su recepción de derecho español», *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7* de Setembro, 13, (2), 2016, pp. 139-163, p. 141.

33. Hoy día, la subasta sigue siendo el sistema más frecuente de fijar el precio del pescado.

34. Cuenta el caso de un esclavo que rompió un vaso durante un banquete en el que estaba de invitado Augusto y el anfitrión Vedio Polión ordenó que lo echaran al vivero de lampreas, ante su invitado. El esclavo suplicó a Augusto que le permutara el castigo por otro tipo de muerte, y este se conmovió, le dejó libre y obligó a Vedio a secar el vivero y a romper toda la cristalería. Como relata Séneca, Vedio cultivaba las lampreas no como lujo, sino como crueldad para infligir esos castigos.

encontrado referencias que se practicaran con estos animales, sí existen otros como osos, tigres, leopardos, panteras, toros e incluso cocodrilos.³⁵

En D.19.1.16 [(17) *Pomp. 31 ad Q. Muc.*] se equipara a los pollos y a otros animales que están en la granja con los peces de la piscina, es decir, con otros animales cuidados y criados por el hombre. De tal manera, que los peces de cultivo los podemos considerar frutos naturales, equiparables a las crías de otros animales.³⁶ Pero solo podremos considerar así a los animales acuáticos criados y cultivados por el hombre, en las piscinas, puesto que los que se pescan fuera de las piscinas se adquieren por ocupación. Por tanto, no es igual el modo de adquirir la propiedad del animal pescado para consumo directo en aguas abiertas a aquel de cultivo, pues si bien ambos son *res intra commercium*, el primero no ha tenido dueño anterior, por tanto, se adquiere por ocupación, es *res nullius*, sin embargo, el segundo es fruto natural de peces en cautividad, como el resto de los animales de la *domus*. Como tal *res nullius*, el pez en libertad es un bien susceptible de pertenencia personal, pero que aún no es propiedad de nadie hasta que sea pescado, incluso puede volver a ser *res nullius* si escapa de su captura.

Si asimilamos los peces de cultivo a los animales de granja y atendemos a la clasificación de los animales de Gayo en *ferae bestiae* o salvajes, *bestae mansuefactae*, mansos, o los que su naturaleza *fera non est*, o domésticos, los peces cuidados en piscinas, pueden pertenecer a este último grupo. Respecto a su adquisición, su naturaleza no es silvestre. Por su equiparación con estos animales domésticos (gallinas y ánsares D 41.1.5.6 *Gai. 2 rer. cott.*),³⁷ se adquieren porque nacieron de

35. En MUÑOZ SANTOS, M. E., *Animalia in spectaculis. Animales, feras y bestias en espectáculos romanos*. Tesis Universitat de Valencia 2022, se indica que no existen evidencias de ello p. 353. Disponible en: https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/83145/tesis_roderic.pdf?sequence=1&isAllowed=y La pena más parecida y no es el caso es la *poena cullei* (I.4.18.6 y D. 48.9.9.pr.).

36. En la *Tercera Partida*, T. 28, ley 25 se dice que son frutos naturales los productos de los animales.

37. *Gallarum et anserum non est fera nature; palam est enim alias esse feras gallinas, et alios feros anseres. Itaque si quolibet modo anseres mei, et gallinae meae turbati turbatae adeo iongius, evolaverint, ut ignoremus, ubi sint, temenni ileiuius in nostro dominio tenentur. Qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum ius iurandi animo apprehenderit.*

los que están en nuestro poder (D. 41.1.2)³⁸ y por derecho de gentes (D. 41.1.6pr. (*Flor. 6 inst.*)³⁹ e I.2.1.12)⁴⁰, no por derecho natural como sucede con las fieras salvajes, o con otros animales acuáticos (D. 41.1.1.1 *Gai. 2 rer. cott.*)⁴¹ que son de quien los captura.

Por otro lado, tampoco podemos olvidar otra precisión a destacar en D. 41.2.3.14 (*Paul. 54 ad. ed.*), cual es que estos animales, *pisces*, solo se «poseen» si están en piscinas, pero cuando se encuentran en estanques, aunque sean de la misma especie, ni siquiera se llegan a poseer, y son equiparados a animales de la selva. Por tanto, volvemos a observar la correlación de peces de piscina con animales de granja, que se poseen y se adquieren como frutos naturales, sin embargo, los que habitan en lugares naturales como selvas, bosques o estanques, gozan de libertad natural, hasta el punto de advertirse en el texto, que es falso que se puedan poseer todos los animales silvestres de una selva, por el mero hecho de comprarla. Por lo que vemos, tampoco aquí acceden a esos bienes, por tanto, los juristas romanos siguen diferenciando los animales del lugar donde habitan, no considerándolos un todo.⁴² Resulta coherente que, si los peces no acceden a las piscinas, tampoco lo hagan a los lagos, incluso cuando estos sean públicos, puesto que la naturaleza del animal no cambia.

Abordemos ahora el segundo texto D. 41.2.3.14 (*Paul. 54 ad. ed.*), en el que también hay referencia al término piscina, dentro del título segundo *De acquirenda, vel amittenda possessione* (De cómo se adquiere o se pierde la posesión):

Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno

38. *Florentinus libro V. (6) Institutionum «vel quae ox his apud nos sunt edita».*

39. *Florentinus libro VI. (8) Institut-timum. «item quae ex animalibus dominio nostro eodem iure subiectis nate sunt».*

40. «*Ferae igitur bestiae, et volucres, et pisees id est omnia animalia, quae terra, mari, caelo nascuntur, simultque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt; quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur».*

41. «*Gaius libro II. Rerum quotidianarum, sive aureorum «Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae; et quia antiqius ius gentium cum ipso genere humano reditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit».*

42. D. 41.2.3.14. (*Paul. 54 ad. ed.*).

*sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur; a nobis non possideri, quoniam relictæ sint in libertate natural: alioquin, etiamsi qui silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.*⁴³

La primera reflexión es que compara los viveros, donde se guardan las fieras salvajes, a las piscinas con peces. En ambos casos se refiere a estos animales en términos de posesión, posiblemente porque en ambos casos se trata de animales vivos y con libertad de movimientos. No podemos olvidar que la libertad natural es un bien ya admirado por el pueblo romano, que también advierte en los animales.⁴⁴ Este pasaje es muy esclarecedor puesto que describe la actividad, y los *pisces*, solo se poseen y se transportan vivos para echarlos en las piscinas o en los estanques. Por tanto, estos animales se depositan bien en piscinas o en estanques, para crianza o al menos para mantenerlos vivos. Este texto puede parecer contradictorio con el anterior, puesto que aquí equipara los peces a los animales salvajes, pero no podemos olvidar que lo hace porque, en este caso, los animales salvajes están encerrados, no gozan de libertad natural, lo que los aproxima a los animales domésticos.

Otra consecuencia del texto es dónde se llevan a término estas actividades, puesto que, junto a las piscinas, que ya conocemos, se hace otra llamada a los estanques, siendo los dos continentes los referidos a esta práctica. La diferencia es notable, puesto que la actividad cuando se desempeña en la piscina puede parecer que lo hace en un ámbito privado, aunque la mayor parte de las piscinas formaban parte de las villas marítimas a la orilla del mar, en cambio cuando se desempeña en estanques esto no siempre es así. El estanque puede ser de aguas públicas en las que, a priori, es aplicable el *ius piscandi* en toda su extensión, o bien este derecho puede estar limitado, quizá no tanto como en las piscinas en las que solo puede extraer el contenido el dueño de la

43. También son poseídos por nosotros los animales silvestres que hubiéremos encerrado en vivares y los peces que hubiéremos echado en las piscinas. Más no son poseídos por nosotros los peces que están en un estanque, ni los animales silvestres que vagan en selvas cercadas, porque han sido dejados a su natural libertad de otra suerte, también si alguno hubiere comprado la selva, parecería que él poseía todos los animales silvestres, lo que es falso.

44. CARDILLI, R., «Il problema de la libertà naturale in diritto romano», *da Diritto Animal: Forum of Animal Law Studies*, 10, (3), pp. 15-25, p. 17. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/da/article/view/v10-n3-cardilli/452149>

villa, pero sí que puede existir una casuística variada. La determinación de estanque como público o privado es compleja, no hay ninguna disposición normativa en el *Digesto* que permita separar de forma neta las aguas privadas de las públicas.⁴⁵ Cuando Ulpiano describe *lacus, stagna* y *fossa* en D. 43.14.1.3-5 (*Ulp. 68 ad ed.*), se refiere a ellos como aquellos que tienen agua temporalmente, pero agua viva, y que son naturales a diferencia de la fosa, que es artificial. Por otro lado, se podría plantear que son considerados de uso público según D. 43.14.1.6 (*Ulp. 68 ad ed.*) y en estos casos sí cabe el *ius piscandi*, aunque en las *Institutiones* solo se refieran a puertos y ríos (I. 2.2.2), pero entonces, qué sentido tiene lanzar peces en ellos, si no es el de cultivarlos o al menos mantenerlos vivos. Además, el derecho de pesca no es ilimitado, tiene restricciones y así en D. 47.10.13.7 (*Ulp. 57 ad ed.*) la acción de injurias se puede plantear contra aquel que frente a su casa no deje pescar, pero curiosamente esta acción puede quedar enervada en el caso de que sea un lago privado o dado en concesión. Es más, en D.43.14.1.7 (*Ulp. 68 ad ed.*) se describe un interdicto útil puesto que paga un canon para proteger su derecho de pesca. Por todo ello, es probable que además de en piscinas, también en los estanques se cuidaran y se vertieran peces para cría, como actividad económica.

Una diferencia entre piscina y estanque puede ser que mientras el estanque forma parte de un entorno natural, en la piscina interviene la mano del hombre, puesto que es una construcción humana para un fin, la mayoría de las que conocemos están excavadas en las rocas próximas a la orilla del mar, cerca de las casas, aprovechando la propia naturaleza de la costa. De lo anterior podemos pensar que las piscinas eran el lugar más idóneo para la cría de peces, aunque no el único; así, para Lafon,⁴⁶ la diferencia es que la piscicultura extensiva se da en estanques naturales, y la intensiva se llevaba a término en piscinas artificiales, utilizando una comparación con la agricultura extensiva o intensiva.⁴⁷

45. FORNELL MUÑOZ, A., «Lagos y humedales en el ordenamiento jurídico romano: gestión, uso u tratamiento de problemas medioambientales», en M. Fernández Rodríguez, E. Prado Rubio, L. Martínez Peñas (coords.), *Análisis sobre jurisdicciones especiales*, Valladolid, Omnia Mutantur, 2017, pp. 11-34, p. 16.

46. LAFON, X., *Villa Maritima: recherches ...*, *cit.*, p. 161.

47. FORNELL MUÑOZ, A., «Lagos y humedales en el ordenamiento jurídico romano...», *cit.*, p.14. Además de señalar la falta de documentación sobre los espacios

Incluso, las villas marítimas construyen sus piscinas en la orilla del mar, aunque en principio, el uso del mar y sus costas se considera libre para todos los hombres, siempre que no limite el derecho de uso de los demás, (D.1.8.4. (*Marc. 3 inst.*), D. 43.8.2.9 (*Ulp. 68 ad ed.*) y D. 47.10.13.7 (*Ulp. 57 ad ed.*) cuando se daba esta circunstancia, era necesaria la concesión estatal para tutelar el *usus omnium*.⁴⁸ Seguro que era preceptivo el consentimiento del Estado cuando alguno, por ejemplo, intentara practicar la pesca en una determinada zona de modo exclusivo o pretendiera construir una casa o villa sobre la playa, porque se trataba de facultades que trascendían del uso público normal;⁴⁹ por eso, el estado romano podía conceder a un particular un goce que superara el uso común.⁵⁰ Sin embargo, como advierte Maori,⁵¹ la costa del mar podía tener, en época justiniana, una condición jurídica entre *res publicae in usu publico* y *res nullius* puesto que, aunque prevalece el uso público, el edificio construido sobre la costa del mar mantiene su uso privado, hasta que se destruye D. 41.1.14.1 (*Ner. 5 membr.*),⁵² las cosas que están en la orilla del mar son *res nullius* (I.2.1.18 y D. 41.2.1.1 (*Paul. 54 ad ed.*) como «item lapilli, et gemmae, et cetera», ya que si están en las costas se hacen del que las halla. Incluso, el derecho permitía la locación del derecho de pesca en la zona próxima a su orilla.

Retomando los tres últimos textos que también se refieren a las piscinas, están incluidos en el tratamiento de los interdictos,⁵³ como remedio para solucionar problemas de la vida cotidiana práctica que se plantean en el ordenamiento romano, para que, de forma sumaria y concreta, se prohíban actividades que puedan perturbar al poseedor, protegiéndolo en su situación de hecho, que en este caso será, entre otros, el cultivo de

acuáticos, indica que los términos no son claros, pero pese a ello señala que el estanque sirve de contenedor artificial para la cría de peces.

48. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 203.

49. BIONDI, B., «Condizioni giuridica del mare e del litus maris», *Scritti giuridici III*, Milano, 1965, pp. 277 y ss.

50. BOVE, L., s.v. «Aequae (Diritto romano)...», *cit.*, p. 193.

51. MAORI, F., «Sulla natura giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 62, 1919, p. 167.

52. Comparándolo con las fieras que recuperan su libertad.

53. CAPOGROSSI COLOGNESI, L., s.v. «Interdetti», *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 901 y ss.

peces. Pues bien, la actividad que estamos considerando tiene reflejo dentro de los interdictos titulados «De fonte», en los siguientes tres textos, también aplicables a lagos y pozos:⁵⁴ D. 43.22.1.pr. (*Ulp. 70 ad ed.*); D. 43.22.1.4 (*Ulp. 70 ad ed.*); D. 43.22.1.10 (*Ulp. 70 ad ed.*). Este interdicto es algo diferente a los que se describen anteriormente, porque con él se protege extraer el agua, *aquae haustus*, no solo conducirla.

Con el primero D. 43.22.1 pr. (*Ulp. 70 ad ed.*), el pretor concede interdicto *nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus* para las piscinas, junto a los lagos y los pozos.

*Praetor ait: Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua, nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto. De lacu puteo, piscina ítem interdicam.*⁵⁵

En este caso, el pretor crea un interdicto para evitar el mal uso clandestino y violento de las piscinas, protege a su poseedor concediéndole interdicto para que las mantenga en perfecto estado, como las usó el año pasado. Y es el marco de toda la regulación que sigue desde el punto primero al undécimo.

«1. *Hoc interdictum proponitur ei, qui fontana aqua uti prohibetur: sevittutes enim non tantum aquae ducendae esse solent, verum etiam hauriendae, et sicut discretae sunt servittutes ductus aquae et haustus aquae, ita interdicta separatium redduntur.*»⁵⁶

54. Ulpiano, en los comentarios de los interdictos, utiliza un esquema similar, que sigue en varios títulos del libro 43 del *Digesto*, primero nombra el interdicto y luego comenta los términos y especialidades que lo acompañan, en este caso estamos en el del *De fonte*, (D.43.22 *De Fonte*) pero son similares el *De rivis* (D. 43.21 *De Rivis*), o el que le sigue *De cloacis* (D. 43.23 *De Cloacis*). LLANOS PITARCH, J. M., *La restitución en la posesión. (El interdicto quod vi aut clam)*, Castellón, J. V ediciones, 1995, pp. 65-687; FARGNOLI, I., *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetti quod vi aut clam*, Milano, Giuffrè, 1998, pp.126 y ss. DI PORTO, A., *Tutella della salubritas fra editto e giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 1988, pp. 91 y ss.

55. Dice el pretor: «Vedo que se haga violencia para que no uses de la fuente de que se trata, de la manera como de ella usaste en este año, ni violenta, ni clandestinamente, ni en precario. También daré interdicto respecto a lago, pozo o piscina».

56. 1. Propónese este interdicto para aquel a quien se le prohíbe usar agua de una fuente; porque suele haber no solamente servidumbres para conducir agua, sino también para sacarla; y así como son distintas las servidumbres de acueducto y de sacar agua, así también se dan por separado los interdictos.

De la redacción que sigue destacamos D. 43.22.1.4 (*Ulp. 70 ad ed.*), cuando concede el interdicto a las piscinas y lagos que tienen agua viva y no estancada (agua caduca), como sucede en el caso de las cisternas, que por tener agua estancada no tienen protección interdictal. Asimismo, el pretor protege las tareas de limpieza y reparación de las piscinas.⁵⁷

*«Hoc interdictum de cisterna non competit; nain cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam. Ex quo apparet, in his onmibus exigendum, ut viva aqua sit: ciesternae autem imbribus concipiuntur. Denique constat interdictum cessare, si lacus, piscina, puteus vivam aquam non habeat».*⁵⁸

Las construcciones de piscinas, en terrazas y aprovechando el agua del mar por impulso de las mareas, tienen aguas vivas... el agua, tanto por temperatura,⁵⁹ como por limpieza, debe renovarse para poder cultivar estos peces, y ya vemos como están protegidas interdictalmente.

En D. 43.22.1.7 (*Ulp. 70 ad ed.*) indica que este interdicto debe tener la misma utilidad que el de reparación de acequias, porque si no se puede limpiar y restaurar no se puede usar de ella⁶⁰ y sigue D. 43.22.1.8 (*Ulp. 70 ad ed.*) que debe ser limpiada y restaurada para contener el agua y usarla como se usó este año.⁶¹

57. ZAMORA MANZANO, J. L., «El ilícito penal medio ambiental en Roma: La contaminación y degradación de las aguas en el espacio urbano y rural», *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, t. 10 Derecho penal romano. Madrid, BOE, 2021, pp. 665-690, p. 678. En el que se refiere a la prevención del ensuciamiento de las *fontes* y en ellas se garantizaban las labores de limpieza de mismas para garantizar su uso y salubridad.

58. 4. Este interdicto no compete en cuanto a la cisterna; porque la cisterna no tiene causa perpetua, ni agua viva; de lo cual aparece que en todos estos casos se ha de exigir que el agua sea viva; más las cisternas se forman con el agua llovediza. Finalmente, consta que deja de tener lugar el interdicto, si el lago, la piscina y el pozo no tuviera agua viva. Sobre las aguas vivas Grosso, G., *Le servitù prediali nel diritto romano*. Torino, Giappichelli, 1969, p. 114.

59. Se conocen, arqueológicamente hablando, grandes toldos que se construían encima de las piscinas para que el agua no se calentara en exceso y mantener esos animales vivos.

60. 7. *Hoc interdictum eandem habet utilitatem, quam habet interdictum de rivis reficiendis; nisi enim purgare et reficere fontem licuerit, nullus usus eius erit.*

61. 8. *Purgandus autem et reiciendus est ad aquam coerendam, ut uti quis aqua possit, dummodo non aliter utatur, quam sicuti hoc anno usus est.*

Completando esta regulación en D. 43.22.1.10 (*Ulp. 70 ad ed.*), se determina que también compete el interdicto para limpiar el lago, piscina o pozo.

«*Sed et de lacu, puteo, piscina, reficiendis purgandis interdictum competit*». ⁶²

Con esta referencia se extiende la protección al cuidado de las piscinas y lagos para poder limpiarlos y restaurarlos cada año, con ello evitar el deterioro que se puede hacer al agua si se ensucia. Interdicto que disfrutaban las personas a quienes se les concede el interdicto del agua estival. Desde otro punto de vista, Plinio en su *Historia Natural* indica en diferentes lugares la referencia a la necesaria limpieza del agua de las piscinas para la crianza de los peces, y evitar aguas sucias o malolientes, estancadas, en las que no se puede cuidar debidamente esa explotación. ⁶³

Esta protección interdictal se extiende a lagos y piscinas, pero no parece que incluyan los estanques D. 41.2.3.14 (*Paul. 54 ad. ed.*). Sin embargo, si nos referimos a ellos, en *Digesto* tenemos diferentes textos ⁶⁴ que relacionan lagos y estanques, algunos relacionados con pesca o peces. Primero, la ya mencionada de Paulo y en D. 43.14.1.pr. (*Ulp. 68 ad ed.*), ⁶⁵ cuando se concede un interdicto para que se pueda navegar protegiéndose al que navega por lago, canal o estanque público, definiéndose el estanque en D.43.14.1.4 (*Ulp. 68 ad ed.*), como el que contiene temporalmente agua (a diferencia del lago

62. 10. Mas también compete al interdicto para restaurar y limpiar lago, pozo o piscina.

63. PLINIO, *Historia natural*, libro IX, p. 170.

64. D 7.4.1.2 (*Ulp. ad Sab.*) y D 7.4.1.3 (*Ulp. ad Sab.*) son sobre extinción del usufructo por inundación o porque se seque el estanque usufructuado. D. 8.2.28.pr. (*Paul.15 ad Sab.*), texto que prohíbe la servidumbre de acueducto para estanques, por no ser causa perpetua; D.14.1.1.6 (*Ulp. 28 ad ed.*), que habla de las naves y que pueden navegar por un estanque, lo que indica que hablamos de una superficie navegable. D.41.1.12.pr. (*Cal. 2 inst.*) habla de que los lagos y los estanques, aunque crezcan o se sequen conservan sus límites, no hay sobre ellos derecho de aluvión.

65. Tanto D.43.14.1.pr. (*Ut flumine publico navigare liceat*) como D.43.14.1.7 *Ulp. 68 ad ed.* se incluyen en el título que se dedica a que sea lícito navegar en el río «*ut flumine publico navigare liceat*».

que perpetuamente tiene agua D. 43.14.1.3 (*Ulp. 68 ad ed.*). Otro relacionado con D. 43.14.1.7 (*Ulp. 68 ad ed.*),⁶⁶ en el que se habla de Sabino y Labeón, en relación con el publicano que tomó en arrendamiento un lago o un estanque, entienden que le compete el interdicto útil, si se le impidiera pescar. Y se añade, también si lo hubiera tomado en arrendamiento de los munícipes, será muy justo que él sea amparado por el interdicto en favor al tributo «*publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari. Prohibeatur, utile interdictum competere Sabinus consentit: et ita Labeo, ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem intrdito eum tueri*». ⁶⁷ Se nos explica cómo el arrendamiento de un lago o un estanque tiene protección interdictal, pero por el interdicto útil, cuyo arrendador puede reclamar, si se le impidiera pescar. Incluso se indica que si lo arrendó a los munícipes será muy justo que sea amparado con el interdicto en favor del tributo. Pero lo que no tienen es la posibilidad de acordar un derecho de servidumbre de acueducto, porque en D. 8.2.28.pr. (*Paul. 15 ad Sab.*) se prohíbe expresamente la concesión de dicha servidumbre en lagos y estanques. ⁶⁸ Como indica Castán Pérez-Gómez, estos arrendamientos son concesiones que se llevaban a término por una *locatio conductio* pública, y en ellas el estado romano tenía un interés recaudatorio. ⁶⁹

En el mismo sentido, respecto a los lagos, además hay una referencia al *vegtigal piscariaum* (D. 50.16.17.1 (*Ulp. 10 ad ed.*) y su

66. D.43.14.1.7 (*Ulp. 68 ad ed.*) *Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere. Sabinus consentit: et ita Labeo. Ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigales favorem interdicto eum tueri.*

67. Dice Sabino, y también Labeón, que, al publicano que tomó en arrendamiento un lago o un estanque le compete el interdicto *utili*, si se le impidiera pescar. Luego, también si lo tuviera tomado en arrendamiento de los munícipes, será muy justo que él sea amparado con el interdicto en favor del tributo.

68. D.8.2.28 (27) (*Paul. 15 ad ed.*) *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest.* Servidumbre que no se indica que pueda afectar a piscinas, en la medida en que otorga el derecho de sacar agua, en ocasiones imprescindible para llenar las piscinas.

69. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones...*, cit., p. 219 y ss. señala que estos derechos exclusivos sobre la pesca ya existían en tiempos prerromanos, en su cita 54, concretamente alude a que la pesca del atún fue un privilegio de los templos antiguos.

correspondencia con D. 50.15.4.6 (*Ulp. 3 de cens.*), cuando al dueño de estos lagos se le exige declarar para el censo sus lagos de pesca y los puertos a efectos impositivos (*Lacus quoque piscatorios et portus in censum dominus debet deferre*). Lagos que, por otro lado, no se pueden contaminar ni ensuciar, puesto que de hacerlo se incurre en un delito de injurias muy grave, como se indica en D. 47.11.1.1 (*Paul. 5 sent.*), delito que se comete contra las buenas costumbres cuando se ensucia con estiércol, con cieno o con lodo, o se emporcan las aguas, cañerías o lagos.⁷⁰ Pero lo que desconocemos es si en estos lagos se «cultiva» pescado o solo viven estos peces, sin ninguna intervención humana para su cuidado. Es evidente que estamos ante un derecho de pesca, pero nos preguntamos si engordarlos podemos considerarlo acuicultura.

Respecto a los peces cuidados y criados en piscinas, consideramos que sí es acuicultura, puesto que se alimentan y se cuidan por el hombre, para ello, incluso las propias piscinas son obras humanas, pero esta actividad, cuando la referimos a los estanques, parece que es una intervención menor por parte del hombre, siendo un enclave natural en el que solo se construyen esclusas... la intervención es que se echan peces vivos y se mantienen en los estanques, para los que edifican ciertas obras de ingeniería que les impide escapar. En los estanques naturales, para poder realizar esta actividad, se trazaban canales en los que el hombre fijaba presas o rejillas móviles para mantener a los peces en el lugar de cultivo, estos estanques en muchas ocasiones eran de dominio público, tenían adjudicatarios y se licitaban las redes con postes fijos para explotar el lago.⁷¹ Según el texto de Ulpiano D 43.14.1.4-6 (*Ulp. ad ed.*), los lagos y los estanques eran *res publicae in publico usu*, pero también en D 43.14.1.7 (*Ulp. 68 ad ed.*) Ulpiano refiere la posibilidad de arrendar un estanque o lago. Lugares que era *res publicae in pecunia populi*, o *in patrimonio populi* o fiscales, que servía para proporcionar

70. ZAMORA MANZANO, J. L., «El ilícito penal medio ambiental...», *cit.*, p. 692 describe la tutela penal hídrica relacionada con los lagos.

71. LAFON, X., *Villa Maritima: recherches...*, *cit.*, p. 162. GARCÍA VARGAS, E., FLORIDO DEL CORRAL, D., «Tipos, origen y desarrollo histórico de las almadrabas antiguas. Desde época romana al imperio bizantino», D. Bernal (coord), *Pescar con arte: fenicios y romanos en el origen de los aparejos andaluces: catálogo de la Exposición Baelo Claudia*, diciembre 2011-julio 2012. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 2012, pp. 231-254, pp. 249-250.

rendimiento económico al *populus*, por todo ello, no es descabellado pensar que ejercían esta actividad.

La pesca, tanto fluvial como marítima, fue objeto de concesión exclusiva a los particulares por parte de las autoridades romanas⁷² (D. 43.14.1.7 (*Ulp. 68 ad ed.*) y D. 47.10.13.7 (*Ulp. 57 ad ed.*)⁷³ y, es más, tiene sentido que esa concesión para la explotación exclusiva de la pesca incluyera aquellos casos, en los que previamente se habían realizado ciertas actividades de cultivo y cría de peces, actividad que existía, como se puede extraer de Paulo D. 41.2.3.14 (*Paul. 54 ad ed.*). Texto que se complementa con el *vectigal piscariaum* de D. 50.16.17.1 (*Ulp. 10 ad ed.*), en el que se aplica el tributo a las *piscariarum* o pescaderías. Estos estanques, aunque eran de titularidad pública, no estaban vinculados al uso público de la comunidad y servían para soportar las cargas de la comunidad política, siendo bienes destinados a proporcionar un crédito o rendimiento económico al Estado,⁷⁴ arrendamiento que se podía conceder tanto a particulares como a *societates publicanorum*⁷⁵ previo abono del *vectigal*. En cuanto a la pesca⁷⁶ en lagos, hay datos de concesiones de pesca en lagos públicos, similares a las marítimas D. 43.14.1.7 (*Ulp. 68 ad ed.*).

Pero no olvidemos el mar, si bien conocemos de la pesca extractiva en ese entorno, lo que desconocemos es si se cultivaba, aunque lo que sí observamos es que existen derechos sobre ciertas zonas del mar próximas a la costa, para retener el pescado y facilitar su captura. Se llega a proteger la pesca próxima a las villas marítimas limitando los derechos de particulares. En D. 8.4.13, (*Ulp. 6 Opin.*), se describe un asunto en el que se reproduce una cláusula muy singular, referido a un

72. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones...*, cit., p. 219.

73. «...*In lacu tamen, qui mei dominii est, utique pescari aliquem prohibere possum*».

74. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones...*, cit., p. 32 y 33 nota 25.

75. CIMMA, M. R., *Ricerche sulle societa di publicani*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 22.

76. Respecto a la pesca en ríos no está sujeta a la concesión, o al menos no tenemos noticias de ello, pero sí es curioso el derecho de precedencia *ius praeoccupationis* que se concede en un lugar determinado para quien durante años hubiera estado pescando allí (D. 41.3.45).

contrato de venta de una villa, en el que se indica que el vendedor del fundo Geroniano había impuesto una condición para el fundo Botriano, consistente en que frente a él no se ejerciera la pesca de atún, y pese a que estamos hablando de aguas de mar, se reconoce ese derecho porque, aunque por pacto privado no puede imponerse servidumbre al mar, por la buena fe del contrato se exige que se guarde el pacto de la venta, no solo por parte de ellos, sino que también se extiende a los que a ellos les sucedan.

Desde el punto de vista de derecho público, tales concesiones romanas son seguras, incluso de explotación de una determinada zona del mar en exclusiva.⁷⁷ De este tipo será la almadraba móvil o de vista o tiro compatible con la propiedad pública (en el sentido de abierta a todos) del mar y sus recursos, característica del Derecho romano, pues cualquier reclamación de la ciudad, del Estado o de particulares sobre la propiedad de las pesquerías se refiere a las torres y los edificios construidos para servir a la pesquería, que puede ser de propiedad tanto pública como privada, no a la superficie de la playa donde se ejerce esta actividad, que es de disfrute comunitario.⁷⁸ Pero también creemos posible el hecho de que las piscinas, por su localización, la mayor parte estaban en la orilla del mar, eran edificaciones que se nutrían con agua de mar, por tanto, cabe pensar que también les fuera aplicable el régimen jurídico de las concesiones administrativas.

La edificación en la orilla del mar de viveros de peces fue muy frecuente, como hemos planteado que denotan los estudios arqueológicos y la literatura. Estas concesiones administrativas sobre el mar y sus litorales para edificar en la orilla bien pueden aplicarse a la actividad de cultivo de peces en piscinas de agua salada, circunstancia a la que se han referido algunos juristas, de manera tangencial. Así, Maroi, acudiendo a distintos autores como Horacio, Tibulo Plutarco, no juristas, indica que son ellos y no los jurisconsultos los que la tratan.⁷⁹ Castán, al hablar de

77. BIONDI, B., «La condizioni giuridica del mare...», *cit.*, p. 273 y 275.

78. LÁZARO GUILLAMÓN, C., «Algunas notas sobre la actividad pesquera...», *cit.*, p. 1121 describe la actividad en Carthago con la concesión de un derecho exclusivo de pesca y las almadrabas.

79. MAROI, F., «Sulla condizione giuridica del mare e delle sue rive in diritto romano». *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 62, 1919, p. 154. Cita a Horacio,

la naturaleza jurídica de estas concesiones sobre el mar y los litorales, indica que cabe pensar que el concesionario individual diera al edificio una función o un destino privado, entre las que incluye viveros, es más, que posiblemente los publicanos solicitaran concesiones, entre ellas las de grandes viveros por motivo de su trabajo.⁸⁰ Lázaro Guillamón nos habla de las piscinas en las que se vertían diferentes variedades de pescados, traídos desde Hispania por ruta marítima posiblemente transportadas en grandes tanques dentro de los barcos.⁸¹

Por otro lado, precisamente la circunstancia de la construcción en la orilla del mar ha nutrido diferentes polémicas doctrinales. La primera cuestión es si era absolutamente necesaria la concesión o bastaba la mera tolerancia del Estado para edificar en la orilla.⁸² Así parece desprenderse de la lectura de D. 41.1.50 (*6 Plaut.*), ya que se refiere a un decreto del pretor para que se pudiera edificar en la playa;⁸³ en la misma línea D. 43.8.3.1 (*Cels. 39 dig.*),⁸⁴ sin embargo, podemos extraer lo contrario y

Carm. III, 1, v.33 y ss; III, v.3-4. *Caementis licet ocupes-terrenum onme tuis et mare publicum*. Tibulo (2.6.28): *Claudit et innensum moles mare, laetus ut intra. Negligat hybenas piscis adesse minas*. Plutarco (Lucullus. 39) narra como hacían grandes obras en el mar, horadando montañas, conduciendo el agua del mar, haciéndola correr alrededor de la casa y sus viveros. Describe como Orata pensó hacerse con una franja del mar recogiendo con un muro bandadas de peces en su interior, donde cultivar frutos del mar. Incluso habla de cimientos submarinos.

80. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones...*, cit., p. 213, al hablar de la naturaleza jurídica de estas concesiones sobre el mar y los litorales, dice que cabe pensar que el concesionario individual diera al edificio una función o un destino privado, sobre todo casas de recreo, cabañas de pescadores, viveros, etc, y que posiblemente los publicanos solicitaran dichas concesiones por motivo de su trabajo, entre ellas grandes viveros.

81. LÁZARO GUILLAMÓN, C., «Algunas notas sobre la actividad pesquera...», cit., p. 426. También se describe esta actividad en SADOWSKI, P., «La mer et les fruits de mer chez...», cit., p. 260.

82. BIONDI, B., «La condizioni giuridica del mare...», cit., pp. 274.

83. *Quamvis quod in litore publico vel in mari exstruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat: immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito.*

84. *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitrator: I. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.*

por tanto pensar que es lícito construir en el litoral sin concesión en: D. 39.2.24 pr;⁸⁵ D 39.1.1.18 (52 ed.),⁸⁶ D. 43.8.4.(5 resp.).⁸⁷ La doctrina, además diferencia sus posturas en el Derecho clásico y en el justinianeo.⁸⁸ Posiblemente, la realidad soportó todo, costa con edificaciones sometidas a concesión, y otras que por resultar inviable su vigilancia por el Estado de Roma, no pudieran ser sometidas a ese régimen de concesión, pero sí están documentadas concesiones de derecho de pesca en exclusiva, en forma de *locatio conductio* para particulares en determinados lugares del Estado romano, tiene sentido, por tanto, que si se edifica a la orilla del mar, también se requiriera el pago para el erario romano.⁸⁹

Compartimos con Castán la idea de que debió existir un régimen de concesiones para las construcciones en el mar y sobre el litoral, por ser una actividad económica habitual, pues en la administración romana pocas situaciones quedaron exentas de regulación y entendemos que tampoco en esta (lamentablemente las fuentes jurídicas no nos resuelven esta cuestión).⁹⁰ Compartimos con él que las costas son un elemento del que pueden sacarse más utilidades y provechos económicos que la propia pesca⁹¹ y quizá uno de ellos fuera el cultivo de peces en las piscinas de la costa.

85. *Fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum et litorum. In his igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquam fiat.*

86. *Quod si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, iure tamen gentium suum facit: si quis igitur velit ibi aedificantem prohibere, nullo iure prohibet, neque opus novum nuntiare nisi ex una causa potest, si forte damni infecti velit sibi caveri.*

87. *Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.*

88. En CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones...*, cit., p. 207, resume la polémica y alinea en Derecho clásico a BRANCA, BONFANTE, en sentido contrario a ellos, afirmando la necesidad de la concesión, COSTA, LOMBARDI, ROBBE. Respecto al Derecho justinianeo, LOMBARDI entiende que no era necesaria la concesión, como piensa ROBBE, LOMBARDI, SCHERILLO.

89. ROBBE, U., *La differenza sostanziale fra «res nullius» e «res nullius in boni» e la distinzione delle «res» pseudo-marciana*, tomo I, Milano, Giuffrè, 1979, p. 612.

90. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones...*, cit., p. 212.

91. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Régimen jurídico de las concesiones...*, cit., p. 224.

**LA DOCTRINA DEL *IUS GENTIUM*
EN LAS ESCUELAS DEL DERECHO
EN CRACOVIA Y SALAMANCA**

*The ius gentium doctrine in schools
of law in Krakow and Salamanca*

ANNA KARABOWICZ

Universidad Pablo de Olavide

Resumen: la comprensión del *ius gentium* del Derecho romano arcaico se asemejaba al entendimiento otorgado por los pensadores medievales y renacentistas. Las escuelas de Derecho en Cracovia y en Salamanca aparecieron a principios de los siglos xv y xvi respectivamente. La lectura de obras de los pensadores cracovianos y salmantinos sobre los poderes civil y eclesiástico, su autoridad sobre los infieles, su autodeterminación, cristianización forzosa o la guerra justa, suscita innumerables asociaciones.

Palabras claves: Stanislaus de Scarbimiria. Paulus Vladimiri. Francisco de Vitoria. Bartolomé de las Casas. Francisco Suárez. *Ius gentium*, Derecho de gentes. Escuela de Derecho Internacional. Poder civil. Poder eclesiástico. Autodeterminación de los pueblos. Cristianización forzosa. Guerra justa.

Abstract: the understanding of *ius gentium* in archaic Roman law was similar to medieval and Renaissance scholars' interpretation of the term. Law schools in Krakow and Salamanca appeared at the beginning of the fifteenth and sixteenth centuries, respectively. The reading of the works of Cracow and Salamanca thinkers on civil and ecclesiastical powers, their authority over infidels, their right to self-determination, forced Christianization, or just war gives rise to numerous associations.

Keywords: Stanislaus de Scarbimiria. Paulus Vladimiri. Francisco de Vitoria. Bartolomé de las Casas. Francisco Suárez. *Ius gentium*, Law of nations. School of International Law. Civil power. Ecclesiastical power. Self-determination of peoples. Forced Christianization. Just war.

SUMARIO: I. Introducción. I.1. Sobre la noción de *ius gentium*. I.2. Las escuelas de Derecho en Cracovia y en Salamanca: sus principales representantes. II. El Derecho de gentes según los maestros cracovianos y salmantinos: la selección de cuestiones. II.1. Poder eclesiástico y poder civil. II.1.1. Entre el universalismo y el conciliarismo. II.1.2. Competencias del papa y del emperador hacia los pueblos paganos. II.2. Actitud hacia los infieles. II.2.1. Derecho a la autodeterminación de los pueblos. II.2.2. Cristianización forzosa. II.2.3. Guerra justa. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Sobre la noción de *ius gentium*

En Roma, el término *ius gentium* fue usado por primera vez por Cicerón en su obra *De officiis* (3.17.69).¹ El filósofo contrapuso el Derecho de gentes al Derecho civil diciendo que este no es igual al de gentes, pero el Derecho de gentes «es lo mismo que el civil». ² La expresión «derecho de gentes» fue usada por Tito Livio, Seneca, Tácito. Obviamente, la incorporaban en sus escritos los juristas clásicos como: Celso, Gayo. Cervidio Escévola, Papiniano y Ulpiano. ³

En la época del Derecho clásico (en tiempos de la República, especialmente desde la expansión territorial de Roma en el siglo III), la noción de *ius gentium* se relacionaba con el Derecho privado, regulando las relaciones jurídicas entre individuos: «*quod ad singulorum utilitatem [spectat]*» (D 1,1,1,2, I 1,1,4). En el Derecho primitivo, sin embargo, el llamado *ius gentium* cubría las materias vinculadas con las relaciones entre los pueblos o comunidades y abarcaba los problemas concernientes al fenómeno de la guerra y la paz. La comprensión más antigua del Derecho de gentes se asemejaba más, por lo tanto, al entendimiento del término otorgado por los pensadores medievales y, consiguientemente, los de la Época Moderna. La «privatización» del término *ius gentium* en la República romana encarnada por los textos clásicos era la consecuencia de la necesidad de nombramiento del sistema jurídico que pudiera ser aplicado en las relaciones fuera del ámbito de los *cives Romani*. Así, cuando una de las partes de la relación jurídica fue *peregrinus*, el derecho que regulaba dicha relación era el Derecho de gentes que era común y de carácter obligatorio para todos los humanos. ⁴ La creación en 242 a. C. de la magistratura del *praetor peregrinus* era, por un lado, el efecto de la misma exigencia y, por el otro, aceleró

1. DOMINGO, R., *Roman law. An introduction*, London-New York, Routledge, 2018, p. 12.

2. *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, (trad.) M. Menéndez Pelayo, t. IV, Madrid, Librería y Casa Editorial Hernando (S. A.), 1928, p. 183.

3. DOMINGO, R., *Roman law...*, *cit.*, p. 12.

4. KASER, M., *Ius Gentium*, (trad.) F. J. Andrés Santos, Granada, Editorial Comares, 2004, pp. 6-7.

todo el proceso. A pesar del cambio descrito en el entendimiento de la noción de *ius gentium*, nunca se había perdido su sentido más amplio, o, concretando, el sentido público: como las reglas reguladoras las relaciones entre los pueblos o estados.

Esa evolución de *ius gentium* causó la duplicidad del Derecho privado tan evidente en los textos de los primeros juristas clásicos: Cicerón y Gayo que confrontaban el *ius gentium* con *ius civile*. Sería conveniente aclarar que, como ya citamos después de Cicerón, el Derecho de gentes formaba parte del Derecho romano, ya que aquel se aplicaba a todos los hombres, incluidos los ciudadanos romanos.⁵ Cronológicamente, Gayo nos propone la primera definición de la noción de *ius gentium*. Según su relato, libre de las interpolaciones posclásicas y justinianeas, Derecho de gentes es «aquel [...] que la razón natural ha constituido entre los hombres, lo observan igualmente todos los pueblos». Entonces «es derecho común a todas las naciones» (*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id aput omnes populos peraeque custoditur [...] quasi quo iure omnes gentes utuntur, Gai 1,1,1*). Gayo añade también que «el pueblo romano reconoce a la vez un derecho que le es propio [entonces el derecho civil-AK], y un derecho común a todos los hombres [el derecho de gentes-AK]». *Esta contraposición ius gentium-ius civile*, en el siglo III d. C. se completó por Ulpiano añadiendo a toda esa ecuación el *ius naturale*.⁶

Aunque en la literatura los romanistas tratan de indagar y encontrar las complicadas relaciones entre *ius gentium* y *ius naturale* en tiempos romanos,⁷ Ulpiano en sus *Instituciones* delimita claramente las distinciones entre derecho de gentes y derecho natural: «Derecho natural es aquel, que la naturaleza enseña a todos los animales, pues este no es peculiar del género humano, sino común a todos los animales, que nacen en la tierra o en el mar, y también a las aves» (D 1,1,1,3). A su

5. KASER, M., *Ius...*, *cit.*, pp. 8-13.

6. DOMINGO, R., *Roman law...*, *cit.*, pp. 12-13.

7. Véase en KASER, M., *Ius...*, *cit.*, p. 68 y ss.; también en: MAUREIRA PACHECO, M., «La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXVIII, 2006, p. 269-288, quien trata de aclarar las complicadas relaciones especialmente entre *ius gentium* y *ius naturale* en tiempos romanos añadiendo las opiniones de los filósofos desde santo Tomás de Aquino hasta Kant y Hegel sobre esta contraposición.

vez, «Derecho de gentes es aquel, de que usan todos los pueblos humanos; el cual fácilmente se deja entender que se diferencia del natural; porque este es común a todos los animales, y aquel a solo los hombres entre sí» (D 1,1,1,4). El Derecho privado, como explica Ulpiano, tiene una naturaleza tripartita, dado que está compuesto de preceptos naturales, o de gentes, o civiles (*collectium etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus*).

Después de estas definiciones generales, que los compiladores de *Digesto* prestaron de las *Instituciones* de Ulpiano, empezando con D 1,1,2, sigue la enumeración de las instituciones pertenecientes a *ius gentium*. El *Digesto* menciona aquí los fragmentos de obras de Pomponio, Florentino, Ulpiano y Hermogeniano (D 1,1,2-5), las cuales especifican que al Derecho de gentes son propias las siguientes materias: «las obligaciones religiosas a Dios», obediencia «a los padres y a la patria», rechazo «de la fuerza y la injuria, [...] defensa de su propia persona [...], [prohibición] a que un hombre dirige asechanzas contra otro hombre», «las manumisiones», la esclavitud, «la introducción de las guerras, división de las naciones, fundaciones de los reinos, distinción de los dominios, limitaciones de los campos, construcción de edificios, institución del comercio, las compras, las ventas, los arriendos, los alquileres, y las obligaciones» con excepción de aquellas regidas por el *ius civile*. Según las *Instituciones* de Justiniano, al *ius gentium* pertenecen: «las guerras y las cautividades y esclavitudes, que son contrarias al derecho natural [...]; y de este derecho de gentes han sido introducidos casi todos los contratos, como la compra-venta, el arrendamiento, la sociedad, el depósito, el mutuo y otros innumerables» (I 1,2,2).

Conociendo ya el contenido clásico y justiniano de la noción de *ius gentium*, durante casi un milenio que separa la codificación de Justiniano y la aparición de los pensadores de las escuelas de Derecho en Cracovia y Salamanca el concepto y su comprensión sufrieron una evolución. Esta transformación del Derecho de gentes antiguo al Derecho entre naciones o internacional moderno era fruto de las obras de los filósofos y juristas relacionados con la Iglesia católica, especialmente de los escolásticos, como Agustín, Tomás de Aquino, Isidoro de Sevilla, Raimundo de Peñafort y otros. En sus tratados, entre múltiples problemas teológicos, abarcaban también temas de derecho y justicia. Principalmente se centraban en relacionar el *ius gentium* con *ius naturale*, reflexionando

paralelamente sobre la situación de Derecho de gentes entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Sin entrar en detalles, es incuestionable, que sin las teorías de los escolásticos medievales no habría nacido la moderna teoría de *ius inter gentes*. Los teólogos, filósofos y juristas de los siglos XVI y XVII reconocerían al *ius gentium* como referido exclusivamente al Derecho entre las diferentes naciones o estados.⁸

1.2. Las escuelas de Derecho en Cracovia y en Salamanca: sus principales representantes

Las escuelas de Derecho en Cracovia y en Salamanca aparecieron en la escena política, jurídica y filosófica a principios de los siglos XV y XVI respectivamente. Les separa unos cien años, se encuentran ubicados cronológicamente en distintas épocas (en la tardía Edad Media y en el Renacimiento). Entre unos pensadores y otros, ocurrían los sucesos que cambiaron el mundo conocido anteriormente como el descubrimiento de América, la reforma protestante o la revolución copernicana. Les distanciaba la cultura, idioma, miles de kilómetros. Cada escuela era el fruto de sus tiempos, acontecimientos, políticas. Y a pesar de todo, la lectura de sus tratados, correspondencias y obras suscita innumerables asociaciones. Los filósofos de Cracovia y Salamanca acudían y utilizaban las mismas fuentes, citaban los mismos autores del pasado y, lo que es más intrigante, llegaron a conclusiones similares. Estas semejanzas son llamativas especialmente en los campos relacionados tradicionalmente con el *ius gentium*, como el problema de la guerra, la forzosa cristianización de los no-cristianos, los poderes del papa y del emperador especialmente en relación con las posibles competencias de estos sobre los indígenas, o del derecho de autodeterminación de los pueblos «no civilizados». Las visibles analogías en las teorías de ambas escuelas son un efecto del mismo acontecimiento que testificaron los maestros de Cracovia y de Salamanca: la formulación de las respuestas

8. EHRlich, L., «The development of international law as a science», *Recueil des cours: Académie de droit international*, 105 (1), 1962, pp. 177-263, pp. 179-188; VIOLA, F., «Derecho de gentes antiguo y contemporáneo», *Persona y Derecho*, 51, 2004, pp. 165-190.

a muchas controversias nacidas en el choque entre las dos culturas: la europea y cristiana con la pagana (en el caso de los cracovianos) o con la precolombina (en el caso de los salmantinos).

La Escuela del Derecho en Cracovia comprende un grupo de pensadores que actuaron en el ámbito de la Academia de Cracovia en el fin del siglo XIV y a principios del siglo XV. Ante todo, hay que mencionar los nombres de dos representantes de la escuela cracoviana: Stanislaus de Scarbimiria y Paulus Vladimiri.

Con el fin de presentar a un lector hispanohablante la escena histórica y política en la cual actuaron los maestros cracovianos, es imprescindible abordar una pequeña introducción. En el fin del siglo XIV, la situación interior también como la exterior del Reino de Polonia, cambió mucho por causa de la extinción de la dinastía nativa de los Piast. El Reino estuvo gobernado formalmente por la reina Eduvigis (la hija del rey húngaro Luís de Anjou quien fue el rey polaco en las fechas 1370-1382 como el sobrino del último Piast, Carlos III el Grande). Pero realmente el poder perteneció al grupo de los aristócratas. Ellos decidieron que la joven reina (de 16 años) se casaría con un príncipe lituano Jogaila, quien se convirtió en soberano polaco con el nombre de Vladislao II Jaguelón.

Lituania en este periodo fue un país muy grande pero desintegrado en lo interior. Se compuso de dos partes: Lituania étnica y los territorios rutenos que desde el siglo X fueron bautizados según el ritual ortodoxo. Pero la patria de los nuevos monarcas polacos, Lituania étnica, hasta aquellos tiempos fue pagana. Lituania fue el último país no cristianizado en Europa. Por esta razón, la obligación principal para Jogaila antes de su coronación en Cracovia fue el bautismo de la Iglesia romana. El motivo de los aristócratas polacos para situar al príncipe lituano en el trono polaco fue el gran conflicto con la Orden de los Caballeros Teutones establecida allí para cristianizar los paganos pueblos en Prusia. El estado de la Orden de los Caballeros Teutones desde su llegada a los territorios al norte del Reino de Polonia en 1226 se desarrolló tanto económicamente como territorialmente. Este proceso era muy peligroso no solo para Polonia sino también para el joven país, Gran Ducado de Lituania. Especialmente porque los Caballeros Teutónicos justificaron su presencia en esta parte de Europa en el hecho de que todavía Lituania en la mayor parte era pagana. La Orden conquistó las tierras de los pueblos en Prusia justificándose con la inspiración de la cristianización y también con los

documentos concedidos por los papas y emperadores alemanes. La dirección de su planeada expansión fue muy evidente: el último pueblo pagano, los lituanos. Usando la violencia y los documentos falsos en el fin del siglo XIV estaba conquistando paso a paso los territorios lituanos y –lo que fue en ningún caso justificado– algunas tierras polacas. En 1386, Eduvigis, la joven reina de Polonia, se casó con el príncipe lituano Jogaila. Desde este año se empezó la unión personal entre el Reino de Polonia y el Gran Ducado de Lituania. El vínculo entre ambos países –polaco y lituano– era la natural reacción a la expansión de la Orden.

Stanislaus de Scarbimiria († 1431) fue rector de la Academia de Cracovia (fundada en 1364 y renovada por Vladislao Jaguelón en 1400), dos veces: en 1400 y en 1413. Era de la clase plebeya. Anteriormente, había sido enviado a Praga por orden de la reina Eduvigis para obtener un título académico adecuado. Primero fue educado en Artes Libres, luego en Derecho. Obtuvo su doctorado en 1396 en este campo. Era canónigo y confesor real. Stanislaus también actuó como diplomático en 1422 cuando fue enviado por el rey polaco como fiscal al juicio entre el Estado polaco y la Orden Teutónica. Escribió varios centenares de sermones (muchos se han conservado hasta la fecha). Una de ellas es la relección «*De bellis iustis*» («De las guerras justas»), que data de 1410. Stanislaus se ocupa en ella del problema de las guerras libradas por gobernantes o sociedades. Básicamente, se trata de una obra breve que debería presentarse oralmente a un grupo determinado de oyentes en el plazo de aproximadamente una hora.

En esta obra, Stanislaus se remite a numerosas fuentes jurídico-canónicas, como el muy conocido Decreto de Graciano o la colección de las Constituciones Pontificias (Decretales) de Gregorio IX. También cita obras del siglo XIII: «*Summa casuum*» de Raimundo de Peñafort y las voces a esta obra de Guillermo de Rennes. En su obra introdujo las opiniones de Santo Tomás de Aquino y del papa Inocencio IV. Se basó en el trabajo de Martinus Polonus y probablemente en las teorías de Juan de Lignano.⁹

9. EHRlich, L., *Pawel Włodkowiec i Stanisław ze Skarbimierza* [Paulus Vladimiri y Stanislaus de Scarbimiria], Warszawa, Narodowe Centrum Kultury-Teologia Polityczna, 2017, pp. 29-47; EHRlich, L., *Pisma wybrane Pawła Włodkowica* [La selección de obras de Paulus Vladimiri], t. I, Warszawa, Instytut Wydawniczy PAX, 1968, pp. XI-XIV.

Un pensador más joven fue Paulus Vladimiri¹⁰ († 1435), de familia noble. Stanislaus le animó a esforzarse por obtener el doctorado de los Decretos. Los primeros itinerarios educativos de los dos estudiosos fueron bastante similares. Paulus también estudió en la Universidad de Praga, donde primero recibió el rango de bachaláureo en la Facultad de Bellas Artes y en 1396 se convirtió en bachaláureo de los decretos o de la ley canónica. En 1398 se convirtió en escolástico de Poznań y en 1400 canónigo de Płock. Hacia 1403/1404, Paulus viajó a Italia para continuar su educación. En 1408, obtuvo la *licentia docendi* de los Decretos en la Universidad de Padua. Su maestro era el canónigo Francisco Zabarella. Entre 1411 y 1412 –con la ayuda de Stanislaus de Scarbimiria– se postuló al doctorado de los Decretos. En ese momento también se convirtió en curador y canónigo de Cracovia. Hacia el final de su vida se convirtió en párroco en Kłodawa. Paulus Vladimiri fue rector del *Studium Generale* de Cracovia en 1414-1415 y vicerrector en 1418.

Ya en 1412 ejerció como diplomático, como enviado del rey a Segismundo de Luxemburgo. Sin embargo, el campo más conocido de su actividad como emisario fue la participación en la misión al Concilio de Constanza (de noviembre de 1414 a mayo de 1418). El diario del Concilio menciona que, aparte de los oficiales legados del rey Jaguelón, vino a Constanza un doctor. Ese doctor era Paulus Vladimiri. En los documentos conciliares se le menciona por su nombre. Paulus permaneció hasta el final de las deliberaciones del Concilio en Constanza. Posteriormente, actuó en varias ocasiones a nivel internacional como enviado del rey de Polonia y defensor de los intereses del Estado polaco.

Durante su actividad diplomática, formuló sus obras más importantes, dos tratados presentados a los participantes en el Concilio de Constanza. El primero fue entregado a la nación germánica el 5 de julio de 1415 con el título «*Saevientibus*» o «*Tractatus de potestate papae*». El segundo es la «*Opinio Ostiensis*», que fue distribuida el 6 de julio

10. Sobre la doctrina de Paulus Vladimiri en castellano véase en: DÍAZ KAYEL, B., «Libertad religiosa y derecho de gentes en la Polonia tardo medieval: el caso de Pawel Wlodkowic (Paulus Vladimiri)», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 40, 2018, pp. 169-182.

de 1415 a todas las naciones.¹¹ En los años 1416 y 1417 publicó en Constanza otros escritos: «*Ad aperiendam*», «*Quoniam error*» (también conocido como «*Tractatus de ordine Cruciferorum*») e «*Iste tractatus*». Las fuentes en las que Paulus Vladimiri basó sus observaciones también variaban según la obra. Son dignas de mención, sobre todo, las obras o autores cuyas citas utilizó más a menudo. Se trataba del papa Inocencio IV, de Francisco Zabarella y de Pedro de Ancarano, que pertenecía a la misma Escuela de Padua, y de Antonio de Butrio, con las opiniones del cual pudo familiarizarse tanto durante los estudios Italia, como luego en el Concilio. Paulus contrapone las teorías de Enrique de Segusio, cardenal de Ostia (*Hostiensis*) sobre las guerras contra los paganos. También cita a Raimundo de Peñafort con comentarios de Guillermo de Rennes, Guillermo Ockham, Juan de Lignano y Oldradus de Ponte. Por supuesto, también se refiere a menudo a los pensamientos de santo Tomás de Aquino. Además, aprovecha las fuentes del Derecho romano, como *Corpus Iuris Civilis*, especialmente las *Instituciones* de Justiniano, o del Derecho canónico, como el decreto de Graciano y los decretos de Gregorio IX.

A veces, entre los pensadores de la Escuela de Cracovia se mencionan otros nombres de eruditos del siglo xv, como Mateo de Cracovia, Andrzej Łaskarz (que participó en la delegación polaca al Concilio de Constanza), Benedicto Hesse de Cracovia y el más joven de ellos Jakub de Szadek.

La Escuela de Salamanca y sus representantes no necesitan extensa presentación para los lectores iberoamericanos. Abarca múltiples filósofos y se suele distinguir dos épocas.¹² En la primera «generación» de maestros salmantinos, los más influyentes eran: Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas, Domingo de Soto, Martín Azpilicueta (agustino) (activa entre los años 1526 y 1575), y de la segunda etapa es

11. A la nación italiana, francesa, inglesa y alemana, la quinta, la española, fue añadida más tarde, cfr. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XXIX; sobre la legación de los reyes castellano y aragonés en el Concilio de Constanza, véase FROMME, B., *Die spanische Nation und das Konstanzer Konzil*, Münster, Regensbergische Buchhandlung und Buchdruckerei, 1894, *passim* y GOÑI GAZTAMBIDE, J., «Los españoles en el Concilio de Constanza», *Hispania sacra*, 15 (30), 1962, pp. 253-386.

12. BELDA PLANS, J., «Hacia una noción crítica de la “escuela de Salamanca”», *Scripta Theologica*, 31 (2), 1999, pp. 367-411, pp. 395-407.

necesario mencionar a Bartolomé Medina, Tomás de Mercado o Francisco Suárez (jesuita) (desde 1576 hasta 1624). Si el más prestigioso autor cracoviano e incluso internacional fue Paulus Vladimiri, entre los representantes de la Escuela de Salamanca, de sus dos etapas, el presente artículo se limitará a la doctrina de Francisco de Vitoria, añadiendo las opiniones de Bartolomé de las Casas y Francisco de Suárez, especialmente relacionados a la cuestión de la guerra.

El pensador de más autoridad y prestigio es, sin ninguna duda, Francisco de Vitoria. Nació en el año 1483 en Burgos, en familia de nobles, vistió el hábito de dominico en el año 1504. Estudiaba en el colegio Saint-Jacques de París, donde fue influenciado por el pensamiento de Erasmo de Rotterdam. En 1522 regresó a España y empezó a enseñar Teología en el colegio San Gregorio en Valladolid. En el año 1524 fue elegido director de la cátedra de Teología en Salamanca. De Vitoria murió en 1546 en Salamanca. Sus principales obras son: «*De potestate civili*», 1529, «*De potestate ecclesiae*» I y II, 1532, «*De Indis*» (en 3 partes), 1532, «*De Jure belli Hispanorum in barbaros*», 1532, «*De potestate papae et concilii*», 1534.¹³

Contemporáneamente vivió Bartolomé de las Casas, también dominico, de vida más que aventurera. Bartolomé de las Casas nació en 1484 en Sevilla. Estudió en Sevilla, Valladolid y Salamanca. Bartolomé llevaba la sangre viajera en sus venas, ya que su padre Pedro con su hermano Francisco embarcaron con Cristóbal Colón en su segundo viaje al Nuevo Mundo en 1493 y su tío paterno, Juan de la Peña, participó en la primera expedición de gran descubridor. No extraña pues, que nada más finalizar los estudios, alrededor del 1500, en 1502 partió del puerto de Sanlúcar de Barrameda en la cuarta expedición de Colón. Cuando en 1506 regresó a Sevilla recibió las órdenes menores al sacerdocio. En 1507 viajó a Roma, donde se convirtió presbítero. Luego ingresó en la Orden de Santo Domingo. Hasta el año 1547 cinco veces viajó hacia América. En 1516 fue nombrado procurador o protector universal de todos los indios de las Indias y en 1545 fue nombrado obispo de Chiapas, en México. Bartolomé falleció en 1566. Entre sus obras podemos distinguir las siguientes: «Memorial de remedios para las

13. Sobre la vida de Francisco de Vitoria véase en URDANOZ, T., *Obras de Francisco de Vitoria: relecciones teológicas*, Madrid, La Editorial Católica S. A., 1960, pp. 2-84.

indias» (1518), «Historia de Indias» (1527-1547), «Apologética historia sumaria» (1536), «Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión» (1537), «Tratado sobre los indios que se han hecho esclavos» (1552), «Sobre el título del dominio del Rey de España sobre las personas y tierras de los indios» (h. 1554).¹⁴

A la segunda generación de los pensadores salmantinos pertenece Francisco Suárez (1548-1617), granadino y de familia hidalga. En 1561 inició estudios en Salamanca. Después de hacerse jesuita en 1564, seguía con su formación en Salamanca estudiando Filosofía, Teología y Derecho. En Segovia es donde empezó su carrera como docente, que continuó en colegios de Ávila y Valladolid. En 1580 viajó a Roma, donde se incorporó al Colegio Romano de jesuitas. En 1585 Suárez regresó a España, donde enseñaba primero en la Universidad de Alcalá de Henares y después en la Universidad de Salamanca. En 1597, a petición del rey Felipe II, se hizo cargo de la Cátedra de Prima Teología de la Universidad de Coímbra. Falleció en Lisboa en 1617. Sus obras más prestigiosas y conocidas internacionalmente son: «*Metaphysicarum disputationem...*» (1597), «*De legibus ac Deo legislatore*» (1612), «*Defensio Fidei Catholicae*» (1613).¹⁵

II. EL DERECHO DE GENTES SEGÚN LOS MAESTROS CRACOVIANOS Y SALMANTINOS: LA SELECCIÓN DE CUESTIONES

Teniendo en cuenta los sucesos históricos, políticos, religiosos y culturales contemporáneos a ambas escuelas, se pueden identificar dos grupos de asuntos en los cuales se encuentran los puntos de contacto entre las teorías de los pensadores de Cracovia y de Salamanca.

14. Sobre la vida de Bartolomé de las Casas véase en: HERNÁNDEZ, B., *Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Taurus, 2019, pp. 75-227; GARCÍA GARCÍA, E., «Bartolomé de las Casas y los derechos humanos», en M. Maceiras Fafián, L. Méndez Francisco (eds.), *Los derechos Humanos en su origen. La República Dominicana y Antón Montesinos*, Salamanca, San Esteban Editorial, 2011, pp. 81-114.

15. Sobre la vida de Francisco Suárez véase en: SUÁREZ, F., *Tratado de las leyes y de Dios legislador*; (trad.) J. Torrubiano Ripoll, T. I, Madrid, Hijos de Reus Editores-Impresores-Librerías, 1918, pp. XXXVI-LIII.

La primera materia que une a los maestros cracovianos y salmantinos son las reflexiones relacionadas con la crisis de la Iglesia católica y de la figura del papa (como efecto del gran cisma de Occidente o fruto de la reforma protestante) y subsiguientes cuestiones sobre el poder del papa, especialmente en relación con las competencias del concilio. Junto con el poder del pontífice, los maestros cracovianos y salmantinos se preguntaban sobre la naturaleza y alcance del poder de emperador y la relación entre poder eclesiástico y civil. Paralelamente, se ocuparon del asunto de las tendencias universalistas del papa y del emperador, tan vivas en la Época Media. Todas esas opiniones quedan reflejadas en las obras de ambas escuelas en materia de Derecho de gentes y se enfocan en la cuestión de si el pontífice o cualquier monarca secular podían otorgar donaciones o legítimos títulos para la ocupación o colonización de las tierras habitadas por los pueblos paganos.

El segundo grupo de problemas está vinculado con la actitud que se debía tomar al respecto de los pueblos paganos. Entre los asuntos más importantes –y comunes para los representantes de las escuelas cracoviana y salmantina– se encuentra especialmente la posibilidad de reconocimiento del derecho a la autodeterminación para todos los pueblos, tanto civilizados como no-civilizados. La siguiente pregunta que se hacían los maestros de ambos extremos de Europa estaba relacionada con los medios que pudieran llevar a la conversión de los infieles. Los pensadores se posicionaban hacia el hecho de la cristianización forzosa. Sin embargo, lo que unifica sobre todo a ambas escuelas de Derecho es la materia de la guerra como elemento integrante del *ius gentium*, presente tanto en los tiempos romanos como entre los escolásticos medievales y filósofos de la Época Moderna.

II.1. Poder eclesiástico y poder civil

Los principios de los dos siguientes siglos, xv y xvi, fueron muy turbulentos para la historia de la Iglesia católica. El Cisma de Occidente, las enseñanzas de John Wycliffe en Inglaterra y de Jan Hus de Bohemia y, finalmente, la actuación de Martin Lutero, que inició la reforma protestante, provocaron una serie de crisis en la Iglesia romana que no había tenido comparación con siglos anteriores. La autoridad y

prestigio del papado fueron cuestionados y sus poderes se vieron afectados. Teólogos y filósofos de Cracovia y de Salamanca fueron testigos de estos tiempos tan difíciles para el papado y la Santa Sede y con sus obras y actuaciones jugaron un papel importante en la reforma de la Iglesia durante los concilios ecuménicos de Constanza (1414-1418) y de Trento (1545-1563).

Las ideas de universalismo papal e imperial, tan vivas y cruciales durante la gran parte de la Edad Media, ya eran anacrónicas en tiempos de Vladimiri y de Vitoria. Sin embargo, ambos se ocuparon de describir el carácter del poder del pontífice y sus elementos comparándolos con el poder civil del emperador, los príncipes o los reyes laicos. La razón para introducir sus opiniones sobre el carácter, alcance, límites y relaciones entre los poderes eclesiástico y el poder civil se fundamenta, por un lado, en la predominante visión teocéntrica del mundo, pues ellos fueron los principales filósofos que comenzaron a alterar la percepción del universo hacia el antropocentrismo, escribiendo sobre los derechos fundamentales de todos los hombres. Por otra parte, sus reflexiones les sirvieron a continuación para argumentar las prerrogativas del papa o de cualquier monarca a disponer las tierras de los no-cristianos. Los maestros cracovianos y salmantinos fueron testigos de las narraciones de diversos individuos que justificaban el hecho de la ocupación, la conquista y la colonización de los nuevos pueblos bajo la bandera de la imposición de la obediencia hacia la autoridad pontifical o imperial.¹⁶ Pero ni los pensadores de Cracovia ni los de Salamanca trataron como absoluta ninguna de las potestades, ni la eclesiástica, ni la civil: cracovianos y salmantinos tenían sus peculiares motivos para negar el carácter universal al poder del papa y al poder del emperador.

II.1.1. *ENTRE EL UNIVERSALISMO Y EL CONCILIARISMO*

Sobre la naturaleza del poder eclesiástico se pronunció, sobre todo, Francisco de Vitoria en sus dos reelecciones sobre la potestad de la

16. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999, p. 283; EHRlich, L., *Pisma...*, *cit.*, t. I, pp. XLIII-XLVIII, pp. L-LIII.

Iglesia. La primera obra del salmantino contiene la definición de la potestad eclesiástica y la segunda analiza el sujeto y el concepto de esta potestad.¹⁷ Vitoria explica que la Iglesia es «la comunidad de fieles o república de cristianos»¹⁸ y que tiene carácter de sociedad perfecta y sobrenatural, siendo su naturaleza distinta al poder civil. La Iglesia puede ejercer la potestad espiritual, pero no tiene legitimización en el derecho natural ni positivo de creación humana pues su origen es el mismo Dios.¹⁹ Sin embargo, bajo ningún concepto puede el papa titularse en la esfera temporal como *dominus orbis*.²⁰

Paulus Vladimiri, por su parte, formula la regla de que un acto o cualquier ejercicio de autoridad del pontífice es inválido si es contrario a la ley divina o natural. Y desde este punto de vista hay que interpretar la disposición papal de las tierras pertenecientes a los infieles, porque el ejercicio de esta donación no debe infringir el derecho de ningún individuo o Estado. Si no se pudiera interpretar el acto papal de esta manera, este es injusto y, por lo tanto, se podía suponer que había sido falsificado. Puesto que el poder papal estaba por encima de cualquier poder secular, las observaciones sobre los actos papales podían extenderse también a los privilegios que emanaban del poder civil.²¹ Por su parte, Vitoria establece análogos límites del poder papal: «si el Papa diere alguna ley injusta, los súbditos no están obligados a obedecerle. Luego tampoco si la dispensa fuese injusta por algún motivo, porque no puede oprimir a sus súbditos más con las dispensas que con las leyes».

Stanislaus y Paulus escribieron sus obras en un momento en la historia de la Iglesia en el que triunfaba la teoría conciliar (conciliarismo) usada para terminar con el cisma, sacando del trono pontifical a varios pretendientes o antipapas durante los dos siguientes concilios, Pisa y Constanza, a principios del siglo xv. Durante el siglo xvi, cuando actuaban los maestros salmantinos, se notaba un crecimiento de la autoridad del papa, aunque todavía estaba bien vivo el conflicto entre los

17. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 287.

18. VITORIA, F. de, «De la potestad de la Iglesia: relección primera», n. 1, en T. Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria...*, cit., p. 245.

19. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 287.

20. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 286.

21. EHRLICH, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLIII; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., pp. 285-286.

papistas y los conciliaristas. Francisco de Vitoria se posicionó hacia esta cuestión en el tratado *«De potestate papae et concilii»*. Su opinión era que no se podía hablar de una superioridad del papa o del concilio, ya que en algunas materias uno era superior y el otro lo era en otras. En ambos reside la plenitud de potestad y, según Vitoria, «nada puede el concilio que no pueda el Papa». ²² En la propuesta 21 de su obra, el maestro salmantino añade en su estilo: «Y ahora digo que tampoco se debe apelar, aunque creamos que el Concilio está sobre el Papa, pues, aunque sea así, es necesario que a él por ser Papa le pertenezca la última resolución de las causas». ²³

El esfuerzo por explicar los atributos de ambas partes del conflicto y así conciliar ambas facciones se hace evidente en su moderada posición hacia el problema, pues Vitoria rechaza todas las opiniones extremas de los conciliaristas. ²⁴ Merece una mención la opinión de Paulus Vladimiri, según la cual la Iglesia no debería tener una organización política, un estado. Por lo tanto, los clérigos no podían aspirar al poder político «en primer lugar, a causa de su propia profesión, en la que parecen haber renunciado a toda propiedad, tanto individual como colectivamente. [...] Tampoco podían tener estados por razón de sus lugares, los monasterios o los colegios». ²⁵ Como ejemplo, aludía a la posesión del estado por la Orden Teutónica, que dio lugar a abusos e injusticias. Por consiguiente, las instituciones políticas de la Orden no podían denominarse estado. ²⁶

Junto con el poder eclesiástico del papa, en forma de comparación y contraposición, los pensadores de ambas escuelas se pronunciaron sobre

22. VITORIA, F. de, «De potestad del Papa y del Concilio», n. 14, en T. Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria...*, cit., p. 472.

23. VITORIA, F. de, «De potestad del Papa...», cit., n. 21, p. 484.

24. URDANOZ, T., *Obras de Francisco de Vitoria...*, cit., pp. 418-419.

25. VLADIMIRI, P., «Do biskupa krakowskiego» [Al obispo cracoviano], en L. Ehrlich, *Pisma wybrane Pawła Włodkowica* [La selección de obras de Paulus Vladimiri], t. III, Warszawa, Instytut Wydawniczy PAX, 1969, pp. 221-222; WESOŁOWSKA, E. A., *Paweł Włodkowic – współczesne znaczenie poglądów i dokonań* [Paulus Vladimiri – la importancia contemporánea de sus opiniones y logros], Płock, Adam Marszałek, 2001, p. 31.

26. GRZYBOWSKI, K., «Włodkowica nauka o państwie a “proces doktrynalny”» [Enseñanza de Vladimiri sobre el estado y el «proceso doctrinal»], *Zeszyty Naukowe UJ. Prace Historyczne*, 8, 1961, pp. 23-33, p. 26.

la potestad civil ejercitada por los gobernantes laicos. Así pues, formularon las teorías sobre el origen, el carácter y la legitimización del poder civil o estatal, adelantándose en muchos puntos a sus tiempos y preparando las doctrinas que verán la luz en la época de la de Ilustración.

Stanislaus de Scarbimiria no aporta una definición del poder o gobernante sino que intercambia conceptos como rey, monarca o príncipe. En cuanto a la distinción entre el poder soberano (*rex*) y el poder imperial (*imperator*), Stanislaus, citando a Guillermo de Rennes, lo utiliza, por ejemplo, para indicar el caso en que un rey puede iniciar una guerra contra el emperador y viceversa, argumentando que «ninguno de ellos [es decir, ni el rey ni el emperador-AK] tiene un soberano sobre sí mismo». ²⁷ De esta forma expresa claramente el reconocimiento de la igualdad entre el emperador y el monarca soberano, que tenían las mismas cualidades de independencia de cualquier otra autoridad. Stanislaus no reconocía la soberanía imperial, especialmente en relación con el monarca polaco y, según él, el emperador no era superior a ningún gobernante y, por lo tanto, tampoco a ningún pagano.

Del mismo modo, Paulus Vladimiri habló durante las deliberaciones del Concilio de Constanza, como atestiguan los documentos de los participantes en el Concilio, ²⁸ para expresar que el emperador no tenía ningún poder supremo sobre el rey polaco. ²⁹ Asimismo, manifestó la opinión de que, por supuesto, un monarca universal sería el más perfecto como equivalente a «uno único rebaño de Cristo», sin duda, una utopía en el mundo real y pecaminoso. Por lo tanto, era insostenible que al emperador alemán se le concediera el título de soberano sobre otros estados. ³⁰

27. DE SCARBIMIRIA, S., «Kazanie o wojnie sprawiedliwej» [Relección sobre la guerra justa], en *Prawo ludów i wojna sprawiedliwa* [Derecho de gentes y guerra justa], Warszawa, Narodowe Centrum Kultury-Teologia Polityczna, 2018, pp. 41-59, p. 44.

28. EHRLICH, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLVIII.

29. TYMIENIECKI, K., «Moralność w stosunkach między państwami w poglądach P. Włodkowica» [La moralidad en las relaciones entre los estados según P. Vladimiri], *Przegląd Historyczny*, 22, 1919-1920, pp. 1-27, p. 5.

30. KRZYŻANOWSKI, S., «Doktryna polityczna Pawła Włodkowica» [Doctrina política de Paulus Vladimiri], en *Studia historyczne wydane ku czci Prof. Wincentego Zakrzewskiego* [Estudios históricos publicados en honor al Prof. Vincent Zakrzewski], Kraków, Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1908, pp. 389-399, p. 394; VLADIMIRI, P., «Saevientibus» en L. Ehrlich, *Pisma...*, cit., t. I, p. 43.

Paulus formuló su tesis sobre la legitimación del poder civil, señalando que el hombre se entrega al poder del otro solo voluntariamente. El poder civil, entonces, se basaba en la voluntad y la aprobación de los súbditos. Después de F. Zabarella, insistió en que había dos fuentes legítimas de poder del hombre sobre el otro: el otorgamiento de Dios o la voluntad de someterse al poder del prójimo. Y la tercera fuente de poder que determinó su ilegalidad fue la fuerza.³¹ Este argumento se usó para evidenciar el carácter ilícito del poder que impuso el emperador en las tierras de los gentiles, que habían sido conquistadas por la fuerza.³² El concepto del poder civil según Vladimiri se basa en el Derecho natural y es compatible con el Derecho divino y Derecho de gentes. Según el punto de vista de Paulus, una cosa era el poder público del monarca (*imperio*) y otra la propiedad del gobernante (*dominio*). Éste último ha dejado de ser propietario del Estado, por lo que el monarca no tenía el derecho de controlar el territorio del Estado, sino solo de administrarlo. Así, Vladimiri reconoció su derecho a beneficiarse de las tierras del reino, pero le negó la posibilidad de vender sus partes,³³ porque para disponer el territorio del Estado, el gobernante debía obtener el consentimiento de la sociedad.³⁴ Además, Vladimiri señaló claramente los límites del poder: si un gobernante o su funcionario se extralimitaba, su acción no tendría fuerza de ley.³⁵ Por ello, si el gobernante hacía algo injusto y, por tanto, perjudicaba al Estado, tal acto carecía de efectos jurídicos en el derecho público. El rey estaba limitado por el derecho, una referencia al principio tradicional polaco de que in Polonia *lex est rex* y no *rex est lex*.³⁶

31. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, pp. XLII-XLIII; WESOŁOWSKA, E. A., *Pawel Włodkowic – współczesne znaczenie...*, cit., p. 32; KRZYŻANOWSKI, S., «Doktryna polityczna...», cit., p. 394.

32. KRZYŻANOWSKI, S., «Doktryna polityczna...», cit., p. 395.

33. Cfr. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLV; cfr. VLADIMIRI, P., «Oculi», en L. Ehrlich, *Pisma...*, cit., t. III, p. 39.

34. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLVI; cfr. VLADIMIRI, P., «Ad videndum», en L. Ehrlich, *Pisma...*, cit., t. III, p. 142.

35. VLADIMIRI, P., «Ad Aperiendam II», en L. Ehrlich, *Pisma wybrane Pawła Włodkowica* [La selección de obras de Paulus Vladimiri], t. II, Warszawa Instytut Wydawniczy PAX, 1966, p. 111.

36. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, pp. XLVI-XLVII; véase también WESOŁOWSKA, E. A., *Pawel Włodkowic – współczesne znaczenie...*, cit., p. 32.

Francisco de Vitoria nos ofrece una amplia definición del poder civil que es propio de cada comunidad. El pensador de Salamanca rechazaba todo poder universal,³⁷ aunque admitía alguna forma de poder universal si fuese la voluntad de la mayoría de la humanidad.³⁸ En el siglo XVI, cuando las tendencias universalistas del emperador pertenecían ya a la historia, Europa se veía compuesta de las entidades políticas con los monarcas soberanos como sus gobernantes y Vitoria optó por una «sociedad de naciones», donde no habría sitio para un soberano del nivel superior: «Tampoco el emperador tuvo el dominio del orbe por legítima sucesión, ni por donación, ni permuta, ni compra, ni por justa guerra, ni por elección, ni por cualquier otro título legal, como es evidente [...] luego nunca el emperador fue señor de todo el mundo».³⁹

Sobre el origen de los Estados, Vitoria excluye la invención humana y le niega el carácter artificial: «La potestad pública está constituida por el derecho natural, y teniendo el derecho natural a Dios por autor, es manifiesto que el poder público viene de Dios».⁴⁰

Sin embargo, la titularidad de esta potestad de origen divino pertenece al pueblo y es la comunidad, la sociedad, quien puede elegir el tipo de gobierno y entregar el poder a uno o al grupo,⁴¹ ya que es «necesario que la administración se confíe a alguno o algunos que lleven este cuidado».⁴² Por tanto, aunque es Dios quien establece el orden político y social, el mismo Dios confía el poder civil al pueblo que –partiendo del principio de la libertad e igualdad de todos los hombres– decide sobre la forma de gobierno y a quién o quienes confiar el ejercicio del poder.⁴³

37. En los tiempos de Vitoria reinaba Carlos V, que en una persona unió los títulos del rey de España y emperador, lo que dio un motivo a la salida de varias teorías del especial papel que desempeñar España en el ámbito europeo y fuera de Europa, véase GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 292.

38. VITORIA, F. de, «De la potestad civil», n. 13 in fine, en T. Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria...*, cit., pp. 167 y ss., n. 14, pp. 178-81, y n. 21 in fine: «Y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes», p. 191.

39. VITORIA, F. de, «De los indios: relección primera», en T. Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria...*, cit., p. 669, p. 675.

40. VITORIA, F. de, «De la potestad civil...», cit., n. 8. p. 158.

41. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 286.

42. VITORIA, F. de, «De la potestad civil...» cit., n. 8, p. 162.

43. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 295.

Francisco Suárez, representante de la segunda generación de la Escuela de Salamanca, continua con la tradición del origen divino del poder político (*principatus politicus*): «Lo da Dios [...] como una propiedad que se sigue de la naturaleza, a saber, por medio de un dictamen de la razón natural».

La potestad civil es justa y adecuada para la naturaleza humana.⁴⁴ Suárez formula la teoría de las diversas «comunidades perfectas» en las cuales se organizan voluntariamente los humanos. Los gobernados tienen siempre la posibilidad de elegir otra forma de gobierno siguiendo la necesidad de preservar el bien común.⁴⁵ Cuando el gobernante abusa de su poder, es lícito oponerse a la tiranía y «hacerle justamente la guerra».⁴⁶ Según la doctrina suaresiana todos los pueblos de la tierra constituyen la comunidad moral y jurídica.⁴⁷

La cuestión sobre la cual se pronunciaron los representantes de ambas escuelas es la relación entre el poder espiritual ejercido por el papa y la autoridad del poder civil de los emperadores y otros monarcas laicos. Stanislaus formula la tesis sobre la igual autoridad de ambas potestades,⁴⁸ su compañero Paulus opina, aunque sin mucha convicción, que el poder papal tenía un alcance más amplio que el imperial: «Es imposible que haya dos iguales [...] pero el emperador no es más grande, por lo tanto (es más grande) el Papa».⁴⁹

Probablemente, esta posición fue un efecto de la específica relación entre la Orden Teutónica y los emperadores alemanes. En su opinión, la difusión de la fe cristiana pertenecía única y exclusivamente

44. PONZELA GONZÁLEZ, Á., «Origen y fin del poder en Suárez. Elementos antropológicos de la teoría de la “comunidad política perfecta”», en M. Santiago de Carvalho, M. Lázaro Pulido, S. Guidi (eds.), *Francisco Suárez. Metaphysics, politics and ethics*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, p. 319-333, pp. 325-327.

45. PONZELA GONZÁLEZ, Á., «Origen y fin del poder...», *cit.*, p. 330.

46. PONZELA GONZÁLEZ, Á., «Origen y fin del poder...», *cit.*, p. 331.

47. DE LA BRIÈRE, Y., *El Derecho de la Guerra Justa. Tradición teológica y adaptaciones contemporáneas*, México, Editorial Jus, 1944, p. 60.

48. EHRLICH, L., *Polski wykład prawa wojny XV wieku. Kazanie Stanisława ze Skarbimierza «De bellis iustis»* [La relección polaca sobre el derecho de guerra del siglo xv. El sermón de Stanislaus de Scarbimiria «*De bellis iustis*»], Warszawa, Wydawnictwo Prawnicze, 1955, p. 47.

49. EHRLICH, L., *Pisma...*, *cit.*, t. I, pp. XLVII-XLVIII; VLADIMIRI, P., «*Saevientibus...*», *cit.*, pp. 43-44.

a la autoridad eclesiástica.⁵⁰ Por su parte, Vitoria diferencia claramente entre la potestad temporal y la espiritual, argumentando que el papa no tiene ninguna autoridad en las materias temporales⁵¹ y que cada autoridad tiene su esfera de intereses: la potestad civil en la esfera temporal y la eclesiástica en la espiritual. La Iglesia podría entrometerse en lo temporal únicamente cuando lo necesitara la protección de los derechos eclesiásticos, pero los soberanos estatales no pueden estar sujetos a más autoridad que la misma república.⁵² Así, el papa tiene solamente el poder espiritual, incluso sobre los soberanos laicos: «En orden al fin espiritual, el Papa tiene amplísima potestad temporal sobre todos los príncipes, reyes y emperadores».⁵³

El maestro salmantino añade que en la relación entre las dos esferas hacia el hombre ha de existir equilibrio y coordinación.⁵⁴

II.1.2. *COMPETENCIAS DEL PAPA Y DEL EMPERADOR HACIA LOS PUEBLOS PAGANOS*

Según la *communis opinio* de los pensadores cracovianos y salmantinos ni el pontífice romano ni el emperador tenían competencias para decidir sobre los territorios de los pueblos no-cristianos.

Stanislaus negó explícitamente al papa el derecho de permitir la guerra contra los paganos o la autoridad de disponer los territorios de los infieles y escribió sobre el derecho de los paganos a resistir un ataque, también por parte de los cristianos, contra su Estado: «Si los gentiles son invadidos por los cristianos sin causa justa, luchan con justicia contra ellos para recuperar sus tierras o su patria».⁵⁵ Porque, argumenta Stanislaus que: «...no es lícito que el Papa o los fieles arrebaten estados o poderes a

50. Cfr. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. LI; VLADIMIRI, P., «*Ad Aperiendam II...*», cit., p. 110.

51. VITORIA, F. de, «De la potestad de la Iglesia...», cit., p. 310-312.

52. VITORIA, F. de, «De la potestad de la Iglesia...», cit., p. 297.

53. VITORIA, F. de, «De la potestad de la Iglesia...», cit., p. 305; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 289.

54. VITORIA, F. de, «De la potestad de la Iglesia...», cit., p. 205-206; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas a la doctrina...*, cit., p. 288.

55. EHRlich, L., *Polski wyklad...*, cit., p. 135.

los infieles», lo que eliminaba el argumento de los «difundidores del Evangelio» de actuar por mandato del obispo de Roma.⁵⁶

Por su parte, Paulus Vladimiri en sus tratados escritos y publicados durante el Concilio de Constanza trató de argumentar contra los documentos papales e imperiales (recibidos realmente o falseados), que otorgaban a la Orden Teutónica el derecho de ocupar los territorios lituanos y polacos: «No es justo que el Papa o el emperador den a alguien la oportunidad de invadir a los infieles, someterlos y ocupar sus países incondicional y directamente para difundir la fe».⁵⁷

En su obra «*Saevientibus*», Paulus presenta los argumentos de la validez de los privilegios papales e imperiales en las cuales se basaban las acciones de la Orden Teutónica y la legalidad de atacar a los paganos tranquilos o incluso cristianos diciendo que su bautismo era falso. Y se opone con distintos argumentos a los sucesivos títulos según los cuales el emperador o el papa podían disponer de tierras paganas.

En primer lugar, no se podía hablar de la restauración del dominio romano sobre estas tierras porque nunca formaron parte del imperio romano. Así, en el tratado «*Ad Aperiendam*» ataca directamente a la propia Orden (se nombra en los documentos otorgados como «Orden de los Caballeros Teutónicos del Hospital de Santa María de Jerusalén»), acusándola de falsedad, ya que no dirigía ningún hospital y fue creada para defender Jerusalén y, por lo tanto, debería haber dejado de existir después de la pérdida de la Tierra Santa. Por lo tanto, todos los privilegios y donaciones obtenidos por la Orden eran inválidos e inexistentes a causa de la falsedad con que fueron otorgados.

Francisco de Vitoria, en su selección *De los indios recientemente descubiertos*, enumeró la autorización otorgada por el papa o por el emperador a los conquistadores entre los títulos ilícitos de la conquista de los terrenos poblados por los indios. Según Vitoria, el papa no podía ejercer poder alguno hacia las tierras habitadas por los indios, pero el pontífice era competente para enviar a alguien a una misión para difundir

56. EHRLICH, L., *Polski wyklad...*, cit., p. 48 y 137.

57. VLADIMIRI, P., «Quoniam error I», en L. Ehrlich, *Pisma...*, cit., t. II, p. 301.

la fe cristiana: ⁵⁸ «Ninguna potestad temporal tiene el Papa sobre aquellos bárbaros ni sobre los demás infieles». ⁵⁹

Por tanto, al carecer de poder sobre los paganos, el pontífice no podía cederlo a nadie, tampoco a los reyes castellanos, lo que abolía uno de los títulos de la conquista del Nuevo Mundo que se utilizaba para justificar las actuaciones de los españoles frente los indígenas. ⁶⁰ En la misma obra concluye que «el emperador no es señor de todo el orbe», ⁶¹ añadiendo el maestro de Salamanca que incluso si se suponía que el emperador tuviera la potestad universal, «no por esto podría ocupar las provincias de los bárbaros y establecer nuevos señores, deponer a los antiguos y cobrar los tributos». ⁶²

Vitoria añadió que, si existiese alguna superioridad del emperador sobre otros monarcas laicos, esta se limitaría a las competencias jurisdiccionales y no de dominio, por lo que «no se extiende hasta el punto de poder convertir las provincias en lo que a su provecho personal convenga, o poder donar pueblos y haciendas a su arbitrio». Para concluir que «de todo lo dicho se infiere claramente que por este título no pueden los españoles ocupar aquellos territorios». ⁶³ A continuación, explicaría los títulos que podían legitimar la conquista del Nuevo Mundo por los españoles, rechazando los títulos ilegítimos, entre los cuales enumeró como primeros el poder universal del papa y del emperador. Junto a estos títulos, Vitoria criticó otros propuestos por autores y juristas: el descubrimiento y ocupación como derivados del Derecho natural, la elección por el pueblo de un determinado gobierno o los títulos por motivos religiosos como la oposición a recibir el evangelio, el paganismo o un especial mandato de Dios. Todos estos títulos son para Vitoria ilegítimos, porque no cumplen con el cuadro de principios que ha deducido del Derecho natural, ni responden al respeto debido a la dignidad humana de los indios, y a los derechos que les son inherentes, deducidos de

58. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 139.

59. VITORIA, F. de, «De los indios: relección primera...», cit., p. 682.

60. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 299.

61. VITORIA, F. de, «De los indios: relección primera...», cit., p. 668.

62. VITORIA, F. de, «De los indios...», cit., p. 675; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 294.

63. VITORIA, F. de, «De los indios: relección primera...», cit., pp. 675-676; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., p. 295.

su naturaleza humana. Y por ello contraponen estos títulos y los derechos que disfrutaban los pueblos según el Derecho de gentes.⁶⁴

II.2. Actitud hacia los infieles

En el centro de las obras de los representantes de ambas escuelas se coloca al ser humano como una criatura de Dios, la más perfecta entre de todas sus criaturas. Paulus Vladimiri y Stanislaus de Scarbimiria formularon claramente que un hombre es «*dignissima creaturarum mundi*». ⁶⁵ Para Francisco de Vitoria un hombre es un sujeto en las relaciones internacionales y de acuerdo con su obra el hombre no es privado de su dignidad incluso cuando no quisiera convertirse a la fe cristiana: «Pues tiene el pecador derecho de defender su propia vida [...] pero el hombre es imagen de Dios por su naturaleza, esto es, por las potencias racionales; luego no lo pierde por el pecado mortal». ⁶⁶

Para los filósofos polacos y españoles, el libre albedrío y la dignidad de los hombres se unía con la obligación del amar al prójimo. Los maestros cracovianos y salmantinos construyeron el catálogo de los derechos fundamentales del hombre, enumerando Paulus Vladimiri los derechos a la vida, a la dignidad, al Estado y religión. Estos derechos pertenecían a todos los hombres, independientemente de su confesión, porque, como podemos leer la igual frase en sus obras: «Dios hace salir el sol sobre los buenos y sobre los malos y caer la lluvia sobre los justos y sobre los injustos». ⁶⁷ Los representantes de ambas escuelas pensaban que, puesto que todos los hombres comparten la misma naturaleza, también comparten los mismos derechos como el de igualdad o de libertad.

Frente a la concepción predominante en España y Europa de los indios de América como infantiles o incapaces, la gran novedad fue el

64. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, cit., pp. 280-285.

65. EHRLICH, L., *Polski wykład...*, cit., p. 131; EHRLICH, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLVIII; WESOŁOWSKA, E. A., *Paweł Włodkowiec – współczesne znaczenie...*, cit., pp. 27-28.

66. VITORIA, F. de, «De los indios: relección primera...», cit., p. 654.

67. VITORIA, F. de, «De los indios: relección primera...», cit., p. 655; VLADIMIRI, P., «Do biskupa...», cit., p. 208; EHRLICH, L., *Pisma... cit.*, t. I, p. XLIX; WESOŁOWSKA, E. A., *Paweł Włodkowiec – współczesne znaczenie...*, cit., p. 28.

reconocimiento de sus derechos, como el derecho a la propiedad de sus tierras o rechazar la conversión por la fuerza. Porque de las premisas de la libertad e igualdad a todos los seres humanos, los maestros cracovianos y salmantinos extraían diversos derechos fundamentales comunes para todas las comunidades de hombres, entre los cuales podemos mencionar el derecho a autodeterminación de los pueblos, derecho de elegir la religión y derecho a defenderse o declarar la guerra.

II.2.1. *DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS*

Los filósofos de Polonia y de España se posicionaron firmes en la defensa del derecho de todos los pueblos o comunidades para establecer sus Estados.

Stanislaus de Scarbimiria en su sermón declaró que, al amanecer de la historia del mundo, Dios dio toda la tierra a la posesión del hombre para quien creó el mundo, y que, por lo tanto, el mundo podía ser disfrutado por los hombres en igualdad de condiciones.⁶⁸ Los paganos, según Stanislaus de Scarbimiria, tenían las mismas virtudes que los cristianos, como «la justicia y la generosidad» y por esta razón también era posible la interacción, la coexistencia de los paganos y los cristianos.⁶⁹ El mismo argumento fue esgrimido por Paulus Vladimiri, quien combatió la doctrina proclamada en la segunda mitad del siglo XIII por Enrique de Segusio, cardenal de Ostia, quien afirmaba que todos los Estados paganos habían perdido su legitimidad con la venida de Cristo y que la guerra de los creyentes contra los infieles era una guerra justa.⁷⁰ En «*Quoniam error*», Paulus cita excepciones de la extensa exposición del escritor inglés Guillermo de Occam de los siglos XII y XIII, según la cual, como dice el Antiguo y el Nuevo Testamento, los no creyentes pueden tener sus Estados y pueden gobernar sobre sus países y no es necesario que el mundo sea gobernado por un solo gobernante laico.⁷¹

68. EHRlich, L., *Polski wykład...*, *cit.*, p. 137.

69. EHRlich, L., *Polski wykład...*, *cit.*, p. 44, p. 133.

70. EHRlich, L., *Pisma...*, *cit.*, t. I, p. XXIV.

71. EHRlich, L., *Pisma...*, *cit.*, t. I, p. XXXIV; EHRlich, L., *Pisma...*, *cit.*, t. II, p. 231, p. 342.

Uno de los derechos fundamentales del hombre, según los maestros cracovianos, era también el derecho a crear y a poseer un Estado, a organizar el poder.⁷² Paulus escribió: «Es impío y ridículo afirmar que los infieles son hoy totalmente incapaces de cualquier autoridad, dignidad, poder o autoridad, porque esta afirmación rebelde abre el camino al asesinato y al saqueo, porque si no son dueños de estas cosas, a cualquiera le será permitido robarlas o incluso apoderarse de ellas. De ahí la conclusión de que los cristianos podrían, sin pecado, robar, saquear o asaltar las propiedades y bienes de los infieles, aunque quisieran vivir en paz con nosotros».⁷³

Por ello no puede privar a nadie de un país o de una tierra o de cualquier cosa a menos que haya dado una razón para atacar. Esto implica el derecho de las personas a organizarse en la comunidad, a elegir el poder, que fue la base de la idea posterior de un acuerdo social.⁷⁴ «Los gentiles poseen sus estados por la ley natural de las naciones, y por lo tanto con justicia, porque en virtud de la ley divina era lícito a cualquiera tomar posesión de la tierra por medio de la expropiación».

Según sus escritos, «el Estado y las propiedades [...] justamente, sin pecado, pueden estar con los infieles, porque [...] fueron creados no solo para los creyentes, sino para todo ser racional». Los estados no-cristianos que existían eran propiedad legal y justa de sus pueblos, lo que Paulus Vladimiri justificaba con estas palabras: «El mundo pertenece a Dios, que lo ha sometido al dominio del hombre; que al principio todo estaba en común, y que luego la cosa pasó a pertenecer a quien la tomó por primera vez [...] por lo tanto, los ingenuos tienen un estado legal y sin pecado».⁷⁵

Con este argumento, subrayaba la legitimidad de que polacos y lituanos tuvieran un estado legal y a la vez describía los intentos de los Caballeros Teutónicos de arrebatárles esos territorios como «la iniquidad de la malicia tiránica de quienes ocupan injustamente países extranjeros,

72. EHRlich, L., *Polski wyklad...*, cit., p. 44; EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLIX; WESOŁOWSKA, E. A., *Paweł Włodkowic – współczesne znaczenie...*, cit., pp. 28-29.

73. VLADIMIRI, P., «Opinio Ostiensis», en L. Ehrlich, *Pisma...*, cit., t. I, pp. 135-136.

74. VLADIMIRI, P., «Ad Videndum...», cit., p. 177.

75. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLIX.

velada bajo la pretensión de algún tipo de rectitud». ⁷⁶ Según él, los caballeros teutónicos actuaban «directamente contra los mandamientos del Señor “no robarás”, “no matarás”, etc., y sin embargo nadie cuerdo de mente duda de que los infieles tienen estados justos y (que) en base del derecho natural y de gentes». ⁷⁷

Los representantes de la Escuela de Cracovia reconocieron el derecho del hombre a la propiedad del territorio, de la tierra y de todos los bienes. Paulus defendió claramente el derecho del hombre a la propiedad, que también debe ser un derecho universal, porque «la propiedad, las cosas, el poder y las posesiones pueden pertenecer justamente sin pecado a los infieles». ⁷⁸ Vladimiri combinó este derecho con el derecho a poseer un Estado y a organizarse en comunidades políticas que a menudo describía formulando prohibiciones de apropiarse de la propiedad ajena, ya fuera del estado o del territorio, o simplemente de cualquier cosa ajena. ⁷⁹ Se trataba a las naciones por igual partiendo de la premisa fundamental de que el hombre es el prójimo de todos los demás, lo que se aplicaba también a la comunidad humana. Según Vladimiri, cada nación tiene el derecho a la libertad, a existir y a decidir sobre su futuro, que era un derivado de los mismos derechos del individuo. Sin embargo, hubo situaciones excepcionales en las que los cristianos podían interferir con los derechos soberanos de los pueblos infieles, cuando los derechos de los fieles que vivían en los estados paganos se veían amenazados. En última instancia, el papa tenía incluso el derecho de liberar a tales cristianos del poder de los infieles. ⁸⁰

Los Estados cristianos y los paganos estaban unidos por la comunión del Derecho divino, Derecho natural, Derecho de gentes y, por tanto, el Derecho de la guerra, la igualdad de dignidad humana, la capacidad de poseer y de gozar de las virtudes. Paulus Vladimiri se pronunció claramente a favor de la igualdad de las naciones paganas con las cristianas, basándose en que la Biblia llamaba a todo hombre un

76. VLADIMIRI, P., «Do biskupa...», *cit.*, p. 206.

77. VLADIMIRI, P., «Do biskupa...», *cit.*, pp. 214-215.

78. VLADIMIRI, P., «Saevientibus...», *cit.*, p. 88.

79. JASUDOWICZ, T., *Śladami Ludwika Ehrlicha: do Pawła Włodkowica po naukę o prawach człowieka* [Siguiendo los pasos de Ludwik Ehrlich: a Paulus Vladimiri para la enseñanza de los derechos humanos], Toruń, Comer Jacek Waloch, 1995, pp. 127-8, pp. 131-3.

80. TYMIENIECKI, K., «Moralność w stosunkach między...», *cit.*, p. 8.

prójimo. Anteriormente, Andrzej Łaskarz abogó por el tratamiento de los paganos como prójimos durante los juicios de Segismundo de Luxemburgo en Buda entre 1413 y 1414.⁸¹

Según la Escuela de Cracovia, cada nación tenía los mismos derechos que el individuo, porque los derechos de las naciones derivaban de los derechos humanos. Por lo tanto, cada nación, cada Estado, tenía derecho a existir, a la libertad, a la independencia, es decir, a la soberanía interna y externa, a decidir con qué leyes, normas y religiones quería vivir. Nadie podía imponerles las suyas, ni siquiera en nombre de Dios o de la religión.⁸² Según las frecuentemente citadas opiniones de Inocencio IV, el Creador había puesto el mundo entero bajo el dominio del hombre y, por lo tanto, todos los hombres tenían el mismo derecho a disfrutar de él.⁸³ De esto se deduce claramente que cada individuo, también la comunidad, tiene el mismo derecho a crear y poseer Estados. En la relección de Stanislaus sobre la guerra justa leemos: «Los estados, las posesiones y el poder pueden estar justamente, sin pecado, con los infieles, porque [...] fueron creados no solo para los fieles, sino para todo ser racional».

Una teoría análoga encontramos en el tratado «*Saevientibus*» de Vladimiri: «Los estados, las posesiones y el poder pueden estar justamente sin pecado con los infieles, porque fueron creados no solo para los fieles, sino para todo ser racional».⁸⁴

Paulus señaló la creación como un factor unificador a los cristianos con los paganos: «Aunque los incrédulos no son del rebaño de la Iglesia, sin embargo, todos son sin duda ovejas de Cristo por la creación». Por lo tanto, «los príncipes cristianos no deben expulsar a los judíos y a otros infieles de sus países, ni saquearlos, si no hay una causa justa».⁸⁵ Vladimiri extiende la protección de las tierras también, aunque con limitaciones, a los cismáticos y a los herejes:⁸⁶ «Se plantea la cuestión de los bienes de los cismáticos y de los herejes, si se les puede

81. BRZOSTOWSKI, T., *Paweł Włodkowiec* [Paulus Vladimiri], Warszawa, PAX, 1954, p. 93.

82. WESOŁOWSKA, E. A., *Paweł Włodkowiec – współczesne znaczenie...*, cit., pp. 29-30.

83. EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, p. XLIX; VLADIMIRI, P., «*Saevientibus...*», cit., p. 11 y ss.

84. VLADIMIRI, P., «*Saevientibus...*», cit., p. 13.

85. VLADIMIRI, P., «*Opinio Ostiensis...*», cit., p. 120.

86. VLADIMIRI, P., «*Saevientibus...*», cit., p. 28.

quitar. Parece que no, como tampoco es lícito ocupar los bienes de los paganos». ⁸⁷ Paulus otorgaba al estado o a la nación también el poder de establecer un sistema de normas y reglas, es decir, el derecho que se aplicaría en sus relaciones internas. Ningún estado tiene derecho a imponer su voluntad y sus principios a otro estado. ⁸⁸

En definitiva, la Escuela de Derecho de los Pueblos de Cracovia sienta las bases del concepto de comunidad internacional, ya que «la tierra ha sido compartida desde el principio». Sin embargo, esta comunidad engendraba discordia, de modo que «la práctica de los primeros antepasados llevó a algunos a apropiarse de uno y a otros a apropiarse de otro». Quien ha ocupado el territorio de nadie, que originalmente pertenecía solo al Creador, posee legalmente tal tierra y no puede ser arrebatada. Paulus Vladimiri escribe: «Desde el principio de la creación, todo era común a todos, pero en virtud del derecho de los pueblos, es decir, el derecho natural y el derecho humano, [...] y, por lo tanto, lo que antes ha sido ocupado por uno, ya no puede ser ocupado por otro, porque lo prohíbe el derecho natural». ⁸⁹

Cabe destacar que la aceptación de tales premisas lleva a reconocer que, según los profesores de Cracovia, la comunidad internacional no solo incluye a los países llamados «civilizados», es decir, cristianos, sino también a los paganos. Para todos los miembros de la comunidad internacional se puede hablar de la unidad del Derecho divino, del Derecho de la naturaleza, del Derecho de los pueblos, de la dignidad del ser humano y de la posibilidad de realizar las virtudes morales.

Francisco de Vitoria presentó opiniones análogas a los pensadores de Cracovia. Admite que «los españoles son prójimos de los bárbaros» ⁹⁰ y tienen obligación de amarlos. Sobre la posibilidad de crear, poseer los países y gobernarlos por parte de los indios, expone: «El pecado mortal no impide el dominio civil y dominio verdadero [...], la infidelidad no es impedimento para ser verdadero señor [...] el hereje no pierde el dominio de los bienes». ⁹¹

87. BRZOSTOWSKI, T., *Pawel...*, *cit.*, p. 71.

88. WESOŁOWSKA, E. A., *Pawel Włodkowiec – współczesne znaczenie...*, *cit.*, pp. 29-30.

89. VLADIMIRI, P., «Opinio Ostiensis...» *cit.*, p. 121.

90. VITORIA, F. DE, «De los indios: relección primera...», *cit.*, p. 798.

91. VITORIA, F. DE, «De los indios: relección primera...», *cit.*, pp. 653-656.

En su reelección sobre la potestad civil escribió: «no se puede poner en duda que entre los paganos haya legítimos príncipes y señores [...] Ni siquiera los príncipes cristianos seculares pueden privar de ese poder a los príncipes infieles, por el solo título de ser infieles». ⁹² Según el maestro salmantino se deriva del Derecho natural el principio que los pueblos son dueños de sus tierras y los gobiernos que es su tiempo eligieron su orden político, por lo que nadie tiene derecho de desposeerlos de sus dominios, añadiendo que es el derecho de todos los pueblos independientemente a la religión que confiesan. ⁹³ En su reelección sobre los indios, defendió el derecho de todos los pueblos a determinar su forma de gobierno y a confiarlo a los dirigentes que quieran porque «el poder reside por derecho natural y divino en la misma república», ⁹⁴ y que siendo la república el conjunto de ciudadanos y «no pudiendo ser ejercitado este poder por la misma multitud, fue necesario que la administración se confiase a alguno o a algunos que llevasen este cuidado, y nada importa que se encomendase a uno o a varios. Luego pudo encomendarse al príncipe este poder, que es el mismo de la república». ⁹⁵

En conclusión, la responsabilidad del ejercicio del poder es de la misma república «porque ésta tiene obligación de no encomendar este poder sino al que lo ejercite justamente». ⁹⁶ Y las reflexiones sobre el poder civil son igualmente válidas para todos los pueblos, puesto que «no se puede poner en duda que los paganos tienen legítimos príncipes». ⁹⁷

II.2.2. CRISTIANIZACIÓN FORZOSA

Teniendo en cuenta las reflexiones anteriores, no es de extrañar que todos los maestros cracovianos y salmantinos rechazaran la idea de la violenta imposición de la fe cristiana y la posibilidad de forzar a los

92. VITORIA, F. de, «De la potestad civil...» *cit.*, n. 9, pp. 117-120.

93. GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, *cit.*, p. 299.

94. VITORIA, F. de, «De la potestad civil...», *cit.*, n. 7, p. 159.

95. VITORIA, F. de, «De la potestad civil...», *cit.*, p. 162.

96. VITORIA, F. de, «De la potestad civil...», *cit.*, p. 167.

97. VITORIA, F. de, «De la potestad civil...», *cit.*, p. 165; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, *cit.*, p. 304.

paganos a la conversión. Los pensadores de Cracovia, contrariamente a lo que afirmaba el frecuentemente citado Inocencio IV, creían que no se podía argumentar para propagar la fe cristiana el sometimiento del prójimo o la destrucción de sus bienes.⁹⁸ En efecto, según Vladimiri, «no está permitido forzar a los infieles a la fe cristiana con armas o con opresión».⁹⁹ Todos los hombres, sean cristianos o no cristianos, poseían derechos naturales e intransferibles: «Y nuestros prójimos, según la Verdad, son fieles e infieles, sin distinción».¹⁰⁰

Paulus enfatizó que esto también se aplicara a los judíos y mahometanos,¹⁰¹ así como a los herejes, porque todo hombre, por naturaleza, estaba dotado de inteligencia y de las mismas cualidades y era una criatura de Dios. Por lo tanto, el sujeto de los derechos humanos podía ser cualquier ser humano en el que Paulus reconocía la humanidad.¹⁰² A los infieles «no se les debe negar lo que la ley concede a la comunidad humana».¹⁰³

En su tratado «*Saevientibus*», Vladimiri se preguntaba si estaba permitido el uso de la fuerza para convertirse a la fe cristiana y formuló los argumentos contra las acusaciones de la Orden contra los polacos, que decían les habían derrotado en la batalla de Grunwald (1410) con la ayuda de las fuerzas armadas lituanas, entre las que había paganos, musulmanes y ortodoxos. El maestro cracoviano abordó una serie de cuestiones fundamentales, tales como la base de la dominación del hombre sobre el hombre, los límites de la autoridad del Papa y de la autoridad del emperador, la relación entre lo espiritual y lo espiritual,¹⁰⁴ insistiendo Vladimiri en la ilicitud de «alguien que tenga que invadir y reducir con la fuerza a cualquier enemigo de la cruz de Cristo, arrebatando de sus manos su tierra o sus estados y aprovecharse de eso para multiplicar la fe católica».¹⁰⁵ Con el mismo espíritu escribió en otro lugar: «Dios ha ordenado el amor al prójimo, el hombre no puede

98. EHRLICH, L., *Pisma...*, *cit.*, t. I, pp. LI-LII.

99. VLADIMIRI, P., «*Saevientibus...*», *cit.*, p. 60.

100. VLADIMIRI, P., «*Saevientibus...*», *cit.*, p. 59.

101. VLADIMIRI, P., «*Ad Aperiendam II...*», *cit.*, p. 26.

102. JASUDOWICZ, T., *Śladami Ludwika...*, *cit.*, pp. 36-37.

103. VLADIMIRI, P., «*Ad Videndum...*», *cit.*, pp. 180-1.

104. EHRLICH, L., *Pisma...*, *cit.*, t. I, p. XXIV.

105. VLADIMIRI, P., «*Ad Aperiendam II...*», *cit.*, p. 160.

destruir ni dominar a su prójimo, aunque sea infiel». ¹⁰⁶ Por ello, la difusión del cristianismo, cuyo mandamiento supremo es el amor al prójimo, no debía consistir en destruir o someter al prójimo, aun infiel. Vladimiri escribió: «Señor Emperador, a ti no se te ha confiado el anuncio del Evangelio, sino la espada secular, no para promover la fe, sino más bien para defenderla, porque tú eres el intercesor y protector de la Iglesia, y no para oprimir a los infieles, sino para todos, creyentes o infieles, para hacer justicia». ¹⁰⁷

En su opinión, la elección de la religión debía caracterizarse por la racionalidad inherente a toda elección de conducta hecha por el hombre, descartando completamente la posibilidad de rechazar la fe cristiana. Tampoco aprobaba el Estado pagano, pero reconocía que la conversión no podía hacerse por la fuerza y que no se podía castigar por no aceptar la fe cristiana. Son los cristianos los responsables de que los incrédulos, al ver sus obras, se nieguen a aceptar el cristianismo. ¹⁰⁸

Francisco de Vitoria, en su obra «De los indios», constata que si «los bárbaros no quieran reconocer por Señor a Cristo, no se puede por ello hacerles la guerra o causarles menor molestia». ¹⁰⁹ Según sus palabras, los «que nunca abrazaron la fe, como los gentiles y los judíos, de ningún modo puede obligárseles a abrazarla por la fuerza», ¹¹⁰ añadiendo: «Por eso, nunca los sarracenos que entre cristianos viven han sido por este título despojados de sus bienes ni molestados en cosa alguna. Porque sostener que por este título es lícito hacerles la guerra, equivale a decir que pueden ser desposeídos por razón de infidelidad. Pero es cierto que ningún infiel reconoce el dominio [del Papa] y, no obstante, ningún doctor, ni aun de los contrarios, hay que conceda que por el solo título de infidelidad se puede despojar a nadie. Luego es completamente sofisticado lo que esos doctores afirman, a saber: que, si los infieles reconocen el dominio del Romano Pontífice, no se les puede hacer la guerra, pero sí, en caso contrario. Y ninguno, en efecto, lo reconoce». ¹¹¹

106. VLADIMIRI, P., «Ad Videndum...», *cit.*, pp. 182-184.

107. VLADIMIRI, P., «Ad aperiendam II...», *cit.*, p. 110; EHRlich, L., *Pisma...*, *cit.*, t. I, p. LI.

108. JASUDOWICZ, T., *Śladami Ludwika...*, *cit.*, pp. 103-105.

109. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 682.

110. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 696.

111. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 683-684.

Vitoria admite que la evangelización «es de derecho común y está permitido a todos» y «los cristianos tienen derecho de predicar y de anunciar el Evangelio en las provincias de los bárbaros». ¹¹² El maestro salmantino también opina que la aceptación de la fe cristiana debe basarse en la libre voluntad y rechaza su imposición por la fuerza: «porque el creer pertenece a la voluntad y el temor disminuye mucho el voluntario». ¹¹³ Los indios no cometían pecado en su estado de paganismo: «los bárbaros, antes de tener noticia alguna de la fe de Cristo, no cometían pecado de infidelidad por no creer en Cristo». ¹¹⁴ Además, «los bárbaros no están obligados a creer en la fe de Cristo al primer anuncio que se les haga de ella». ¹¹⁵ Los infieles pueden incluso llegar a la salvación, si fuera voluntad de Dios, «si hacen lo que está de su parte, viviendo honestamente según la ley natural». ¹¹⁶ El salmantino constata que, para la conversión de los indios a la fe cristiana, aparte de tenerla propuesta y aclarada, se necesitan el adecuado ejemplo y testimonio de los mismos cristianos: «imprudente y temerario sería quien creyera algo, sobre todo tratándose de lo que pertenece a la salvación, sin saber que lo afirma alguna persona fidedigna». ¹¹⁷ Por otra parte, Vitoria evaluó negativamente el modo en el cual los españoles presentaron su fe a los indígenas: «No estoy muy persuadido de que la fe cristiana haya sido hasta el presente de tal manera propuesta y anunciada a los bárbaros, que estén obligados a creerla bajo nuevo pecado». ¹¹⁸

Vitoria criticaba abiertamente el sinsentido de la cristianización realizada con la espada que utilizando estas palabras: «La guerra no es argumento en favor de la verdad de la fe cristiana; luego por las armas los bárbaros no pueden ser movidos a creer, sino a fingir que creen y que abrazan la fe cristiana, lo que es abominable y sacrílego». ¹¹⁹

112. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 715.

113. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 696; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, *cit.*, p. 280.

114. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 687; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, *cit.*, p. 310.

115. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 692.

116. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 691.

117. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 692; GOTI ORDEÑANA, J., *Del Tratado de Tordesillas...*, *cit.*, p. 310.

118. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 695.

119. VITORIA, F. de, «De los indios: reelección primera...», *cit.*, p. 696.

II.2.3. GUERRA JUSTA

Todos los más prestigiosos pensadores tanto de Cracovia como de Salamanca formularon en sus tratados las disposiciones sobre la guerra, poniendo los límites para que se pudiera calificar como justa. La doctrina de «*bellum iustum*» se remonta a la época romana.

La comunidad internacional, como comunidad de naciones soberanas, debe cooperar para mantener la paz, que debía consistir en la renuncia recíproca a las luchas. Stanislaus de Scarbimiria en su obra principal «Relección sobre la guerra justa» escribe: «No pelees contra un hombre sin causa, si él no te ha hecho nada malo». ¹²⁰ Vladimiri lo precisa con respecto a los paganos: «Si los infieles quieren vivir en paz entre los cristianos, no se les debe infligir ningún agravio sobre las personas o los bienes». ¹²¹ Este es el principio fundamental que debe regir la coexistencia tanto de individuos como de pueblos enteros. Por supuesto, hay casos en los que la guerra podría haber sido iniciada correctamente.

La paz, como bien supremo, era para Stanislaus un estado anterior a la guerra y era el estado que consideraba normal en la comunidad internacional. La guerra justa debía servir para volver a ese estado, al equilibrio, para «recuperar por la lucha la paz quebrantada o alcanzarla». ¹²²

La teoría de la guerra como doctrina tiene muchos elementos y aspectos, como las reflexiones sobre sus sujetos (especialmente el beligerante), sus fines y objetos, los efectos (especialmente la cuestión del botín de guerra) y, sobre todo, las bases de su calificación como guerra justa. En este artículo se presentarán únicamente los principales rasgos de la doctrina de la guerra justa según los cracovianos y salmantinos pues, basando sus argumentos en las mismas fuentes filosóficas, jurídicas y teológicas, los representantes de ambas escuelas tocaron los mismos problemas relacionados con la cuestión de la guerra y llegaron a conclusiones análogas.

Stanislaus de Scarbimiria era consciente del infortunio que traía la guerra, pero indicaba que podía ser útil y que no se debía considerar

120. DE SCARBIMIRIA, S., «Kazanie...», *cit.*, p. 41.

121. VLADIMIRI, P., «Saevientibus...», *cit.*, p. 9.

122. EHRlich, L., *Polski wyklad...*, *cit.*, pp. 95 y 54.

solo por sus efectos, que podían ocurrir incluso sin la lucha armada y también por la función de la guerra como signo de la ira de Dios.¹²³ En su opinión, la guerra estaba regulada por el Derecho de gentes y era una institución de este sistema jurídico: «Las guerras pertenecen al dominio del derecho de gentes y, en la medida en que están de acuerdo con la justicia, la Iglesia las reconoce».¹²⁴

Stanislaus entendía la guerra como cualquier tipo de lucha, incluso entre individuos, pero se centró principalmente en una guerra pública, es decir, una en la que se ataca «todo un reino o parte de él», «un reino o una comunidad».¹²⁵

Para Paulus Vladimiri, en cambio, «la guerra en sí misma se considera perteneciente a la especie de la miseria como dañar al prójimo, en la ley del Señor prohibida: “No matarás”. Por la que se prohíbe toda violencia».¹²⁶ Paulus opinó: «guerra [...] no solo es en sí misma contraria al debido orden de la justicia e injusta, [...] sino que al mismo tiempo está prohibida por el derecho divino».¹²⁷

La Escuela de Cracovia tomó la lista de cinco condiciones bajo las cuales la guerra era admisible como justa de la obra de Raimundo de Peñafort: la entidad, el objeto, la causa, la intención y la autorización.¹²⁸ Y Paulus Vladimiri añadió una sexta condición, que se refería al tiempo adecuado en el que se podía hacer la guerra, lo que excluía la posibilidad de iniciar y llevar a cabo guerras, incluso las justas en ciertos períodos.¹²⁹

Vladimiri, después de Inocencio IV y F. Zabarella, afirmó que no se podía quitar el dominio a los paganos, aunque Inocencio hizo una excepción a Tierra Santa al reconocer que el papa tenía el derecho de autorizar la cruzada. Paulus repite a Oldradus de Ponte, pues es lícito luchar contra los sarracenos en la península española porque el país era

123. EHRlich, L., *Polski wykład...*, cit., p. 55.

124. EHRlich, L., *Polski wykład...*, cit., p. 131.

125. EHRlich, L., *Polski wykład...*, cit., pp. 51-52.

126. VLADIMIRI, P., «Ad Aperiendam II...», cit., p. 31.

127. VLADIMIRI, P., «Quoniam error I...», cit., p. 301.

128. EHRlich, L., *Polski wykład...*, cit., pp. 57-8; EHRlich, L., *Pisma...*, cit., t. I, pp. LIX-LX; WESOŁOWSKA, E. A., *Paweł Włodkowiec – współczesne znaczenie...*, cit., pp. 42-3.

129. VLADIMIRI, P., «Saevientibus...», cit., p. 68.

cristiano y había sido conquistado ilegalmente por ellos: «Esta opinión parece coincidir también Oldradus en lo que se refiere a la pregunta: «Es lícita la guerra contra los sarracenos españoles, porque toda la provincia era cristiana y había iglesias, monasterios y otros lugares temerosos de Dios en los que se veneraba a Cristo, y que dependían de la Iglesia Romana; Los sarracenos la tomaron y nos robaron por nuestros pecados con el permiso de Dios. Por eso, cuando se trata de recuperar el país del que nos expulsaron violentamente, la guerra está permitida y debe ser condenada como defensiva, no como ataque».¹³⁰

Los filósofos de la Escuela de Salamanca dedicaron obras enteras o gran parte de ellas a la materia de la guerra justa. Francisco de Vitoria, en su segunda relección «De los indios o del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros», nos presenta su doctrina sobre la guerra, a la que no se opone. Así, la primera conclusión de su obra dice: «Es lícito a los cristianos hacer la guerra».¹³¹

Pero luego discute sobre los títulos para hacer la guerra, decidiendo si son causas justas o no. Por ejemplo, entre las razones menciona que «la diversidad de religión no es causa justa para una guerra» y que «no es justa causa de guerra el deseo de ensanchar el propio territorio».¹³² Según Vitoria «la única y sola causa justa de hacer la guerra es la injuria recibida».¹³³ En cuanto a cómo actuar durante la guerra, el salmantino dice que «en la guerra es lícito hacer todo lo que sea necesario para la defensa del bien público»,¹³⁴ pero no se puede matar a los inocentes «con intención directa», ni matar a los niños.¹³⁵

Como resumen de su obra, Vitoria añade «algunos cánones o reglas para hacer la guerra». Primero, la guerra siempre tiene que ser el último remedio: «Supuesto que el príncipe tiene autoridad para hacer la guerra, lo primero de todo no debe buscar ocasión y pretextos de ella, sino que en lo posible debe guardar paz con todos los hombres».

130. VLADIMIRI, P., «Saevientibus...», *cit.*, p. 81.

131. VITORIA, F. de, «De los indios: relección segunda», en T. Urdanoz, *Obras de Francisco de Vitoria...*, *cit.*, p. 816.

132. VITORIA, F. de, «De los indios: relección segunda...», *cit.*, pp. 823-824.

133. VITORIA, F. de, «De los indios: relección segunda...», *cit.*, p. 825.

134. VITORIA, F. de, «De los indios: relección segunda...», *cit.*, p. 826.

135. VITORIA, F. de, «De los indios: relección segunda...», *cit.*, pp. 840-841.

Segundo, la guerra tenía que finalizar con restablecimiento de la paz y no para perjudicar al vencido: «Declarada con causa justa la guerra, no debe ser llevada para ruina y perdición de la nación a quien se hace, sino para la realización del derecho y defensa de la patria y de la propia república y con el fin ulterior de conseguir la paz y la seguridad».

Tercero, la paz había de ser moderada y basada en el principio de equidad para todos: «Obtenida la victoria y terminada la guerra, conviene usar del triunfo con moderación y modestia cristianas y que el vencedor se considere como juez entre dos repúblicas, una ofendida y otra que perpetró la injuria, para que de esta manera profiera su sentencia no como acusador, sino como juez, con la cual pueda satisfacer a la nación ofendida».¹³⁶

Otro maestro salmantino, Bartolomé de las Casas, también propuso sus teorías sobre la guerra justa y abordó el problema de la guerra en varios escritos. La visión más general la presentó en «Doce dudas» de 1564. Como Vitoria, De las Casas no se opone a todo tipo de guerra: la guerra defensiva está permitida para los cristianos y es lícita pero quien hace la guerra injustamente comete un pecado mortal. De las Casas repite después de Graciano las causas que pueden justificar la guerra:¹³⁷ la defensa propia, recuperación de los bienes robados y castigo del enemigo por causas esos perjuicios.¹³⁸

Francisco Suárez, de la segunda etapa de la escuela salmantina, expuso su doctrina sobre la guerra en «*De triplici virtute*», publicada en 1621 después de su muerte, en la sección «*De bello*» de la «*Disputatio XIII*». El punto de vista de Suárez es más teológico que jurídico y, en su opinión, quien inicia la guerra sin justa causa peca contra la justicia y contra la caridad. Distingue entre los conflictos dentro de un Estado y

136. VITORIA, F. de, «De los indios: relección segunda...», *cit.*, pp. 857-858; DE LA BRIÈRE, Y., *El Derecho de la Guerra Justa...*, *cit.*, pp. 54-55.

137. BRUNSTETTER, D. R., «Las Casas and the Concept of Just War», en D. T. Orique O. P., R. Roldán-Figueroa (eds.), *Bartolomé de las Casas, O. P. History, Philosophy, and Theology in the Age of European Expansion*, Leiden-Boston, Brill, 2019, pp. 218-242.

138. ZORRILLA, V., «Just war in Las Casas's "Tratado de las doce dudas"», en D. T. Orique O. P., R. Roldán-Figueroa (eds.), *Bartolomé de las Casas...*, *cit.*, pp. 243-259, pp. 255-256.

las guerras exteriores entre los Estados, reiterando lo expuesto por Vitoria, Suárez opina que las guerras entre estados no son siempre intrínsecamente malas y que los cristianos pueden participar en este tipo de conflictos. Al igual que Vitoria, según el jesuita la guerra defensiva es siempre lícita, pero si se trata de defender la patria es obligatoria. Además, sobre la guerra ofensiva añade que la necesidad para este tipo de guerra puede ser evitar una injusticia o reprimir los enemigos. y «*non est per se malum, sed potest esse honestum et necessarium*». ¹³⁹

III. CONCLUSIONES

Hermogeniano escribió: «*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita...*» (D. 1, 1, 5). Esta comprensión de la noción de *ius gentium* ha sido desarrollado y profundizado por los filósofos, teólogos y juristas posteriores. El sentido moderno del Derecho de gentes se atribuye a Hugo Grocio pero, sin embargo, la doctrina del *ius gentium* tuvo prestigiosos representantes durante siglos anteriores en todo el continente europeo, y los asuntos mencionados en el citado fragmento de *Digesto* fueron objeto de los tratados de los maestros de ambas escuelas de Derecho.

A finales de la Edad Media, en la recién fundada Academia de Cracovia se estableció la Escuela del Derecho de Cracovia, cuyos pensadores más importantes fueron Stanislaus de Scarbimiria y Paulus Vladimiri. Ambos escribieron obras filosóficas y jurídicas sobre las instituciones como la guerra justa, los derechos fundamentales del hombre, la organización del poder político y la sociedad internacional. Su doctrina se elaboró como respuesta a la acción de la Orden de los Caballeros Teutones contra el interés de los estados polaco y lituano.

En un contexto muy similar, relacionado con la política de los colonizadores hacia los pueblos indígenas en las Américas, se expresa la Escuela de Derecho de Salamanca, siendo sus más prestigiosos representantes Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas o Francisco

139. LANGELLA, S., «La Guerra justa en Vitoria y Suárez: convergencias y adelantos de una teoría», en M. Santiago de Carvalho, M. Lázaro Pulido, S. Guidi (eds.), *Francisco Suárez...*, cit., pp. 447-476, pp. 461-465.

Suárez. Sus ideas relacionadas con los derechos del hombre, la justificación de las guerras y de la conquista, la separación de las potestades o el bien común han sido claves en la aparición del derecho internacional público contemporáneo.

Las analogías perceptibles entre las doctrinas presentadas por los maestros cracovianos y salmantinos habían sido notadas principalmente por los académicos polacos, como L. Ehrlich,¹⁴⁰ B. Winiarski,¹⁴¹ W. Czaplinski¹⁴² y últimamente M. Kowalski.¹⁴³ Por parte de los científicos iberoamericanos, el único ejemplo de las pruebas del acercamiento a un lector hispanohablante de la figura de Paulus Vladimiri y de la doctrina de la escuela cracoviana de Derecho de gentes que las obras comparativas de ambas escuelas en los últimos años han sido escritos por una profesora de la Universidad de las Andas en Chile, B. Díaz Kayel.¹⁴⁴

La duda que suscitan tantas analogías entre los tratados de los representantes de las escuelas de Cracovia y de Salamanca es si Francisco de Vitoria y otros maestros salmantinos conocieron las obras de Stanislaus de Scarbimiria y Paulus Vladimiri. No hay pruebas definitivas en forma de citas o referencias a los textos de los cracovianos en las reacciones de Vitoria u otros salmantinos. L. Ehrlich, en su artículo sobre el desarrollo del Derecho internacional escribió estas palabras: «[Vitoria] se refiere repetidamente a las decisiones adoptadas en el Concilio de Constanza; las actas del Concilio no se habían publicado en ese momento, pero había habido una “nación” española (uno de los cinco grupos dentro del Concilio); además, Vitoria había estudiado en París, donde, una vez más, se disponía de las actas del Concilio. Esto es

140. EHRlich, L., «The development...», *cit.*, pp. 195-198.

141. WINIARSKI, B., «Vitoria i Włodkowic» [Vitoria y Vladimiri], *Sprawozdania z czynności i posiedzeń PAU*, 40 (10), 1935, pp. 341-345.

142. CZAPLIŃSKI, W., «A Right of Infidels to Establish Their Own State? Remarks on the Writing of Paulus Vladimiri and Francisco de Vitoria», en Uerpmann-Witzack R., Lagrange E., Oeter S. (eds.), *Religion and International Law: Living Together*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2018, pp. 37-56.

143. KOWALSKI, M., «Stanisław of Skarbimierz (ca. 1360/65-1431) and Paweł Włodkowic (ca. 1370/73-1435-36)», en F. Longchamps de Bérrier, R. Domingo, *Law and christianity in Poland. The legacy of the great jurists*, New York, Routledge, 2023, p. 35-47.

144. DÍAZ KAYEL, B., «Just war against infidels? Similar answers from central and western Europe», *Studia Philosophiae Christianae UKSW*, 53 (3), 2017, pp. 55-75.

importante porque el razonamiento de la primera relección [“De los indios”] no solo recuerda, sino que también está organizado de una manera que recuerda al de Paulus Vladimiri». ¹⁴⁵

Los sustanciales paralelismos entre las doctrinas de Derecho de gentes presentadas por los pensadores cracovianos y salmantinos dan una imagen viva del *ius commune* que operaba en Europa desde la Edad Media hasta los tiempos modernos. *Ius commune* que abarcaba el Derecho romano en toda su compleja naturaleza y tripartita composición con el Derecho canónico. La comunidad de idioma, ideas, culturas, fuentes de derecho, filosóficas y teológicas creó un mundo donde el intercambio de los argumentos era increíblemente fluido. Las raíces, el corpus, eran comunes para toda Europa y servían para afrontar los problemas en diferentes partes del viejo continente e incluso en el Nuevo Mundo en distintas escenas políticas y cronológicas.

145. EHRlich, L., «The development...», *cit.*, p. 196.

**EL DAÑO TEMIDO SOBRE
COSA PROPIA EN LOS *FURS*
DE VALÈNCIA DE JAUME I**

*The feared damage to own things
in the Furs of València of King Jaume I*

CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN

Universitat Jaume I

Resumen: los *Furs de València* del rey Jaume I no contienen una rúbrica relativa al *damnum infectum* como sí sucede en el *Digesto*. Así, no construyen un régimen jurídico sobre el daño temido, sino que lo abordan integrándolo en tres pasajes que solo permiten suponer el régimen de la institución. El trabajo analiza las causas del poco tratamiento en los *Furs* de esta tutela civil preventiva en el contexto de las relaciones de vecindad, a través del análisis de los textos romanos y de los del *ius commune*.

Palabras clave: Daño temido. *Cautio damni infecti*. *Ius commune*. *Furs de València*.

Abstract: the *Furs of València* of King Jaume I do not contain a rubric related to *damnum infectum* as it does in the *Digest*. Thus, they do not build a legal regime on the feared damage, it is addressed by integrating it into three passages, that only allow us to assume the regime of the institution. The work analyses the causes of the scarce treatment in the *Furs* of this preventive civil guardianship in the context of neighbourhood relations, through the analysis of Roman Law texts and those of the *ius commune*.

Keywords: Feared damage. *Cautio damni infecti*. *Ius commune*. *Furs of València*.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los textos de los *Furs*. III. Hipótesis procedimental de la *cautio* en los *Furs*. IV. Apreciaciones doctrinales sobre los textos de los *Furs*. V. La *cautio damni infecti* en el *Fuero Viejo de Castilla* y en *Las Partidas*. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Una vez más, una de las líneas de investigación que me describen como romanista y que guían mi trayectoria académica inspira este trabajo.

Se trata de la recepción del Derecho romano desde la reinterpretación y el estudio de sus fuentes en los textos y por los juristas del *ius commune*; más concretamente, cómo se recibió en el Derecho foral histórico valenciano. Esta línea de investigación es deudora de la ciencia, dedicación y ejemplo de mi maestro, el profesor Enrique Gómez Royo¹ († 2020), a cuya memoria se ofrece este volumen; a los siempre acertados y serenos consejos de la que ya hace años es mi colega en nuestra área de conocimiento, la profesora Amparo Montañana Casaní,² atendiendo a sus lecciones en el aula del primer curso de Derecho, cuando la Universitat Jaume I comenzó a serlo, entendí y comprendí qué es ser jurista; y a los profesores de Historia del Derecho de la Universitat Jaume I, Arcadi Garcia i Sanz³ († 1998) y Vicent García Edo,⁴ con quienes hoy las profesoras del área de Derecho Romano y, desde siempre, el profesor Enrique

1. Una de sus últimas aportaciones a la ciencia jurídica, la obra: *Las sedes históricas de la cultura jurídica europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, es buena prueba.

2. Entre otros, los siguientes trabajos: MONTAÑANA CASANÍ, A., *La rescisión por lesión (origen, evolución histórica y recepción del Derecho moderno)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; «La retribución de las funciones judiciales en los Fueros de Valencia. Estudio de la rúbrica: “del quart e de les penes de la Cort”», en *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito M.^a Raimundo Yanes*, vol. 2, A. Murillo Villar (coord.), Burgos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2000, pp. 27-38; «The servitude for sewerage in the Furs de Valencia of King Jaume I: adapting Roman Law to environmental and urban development», *Journal of Modern Science*, 32 (1), 2017, pp. 244-264; «La *laesio enormis* en C. 4, 44, 2 y en *els Furs de Valencia*», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 7, Madrid, Editorial del BOE, 2021, pp. 803-812 (*Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, Universidad de Murcia, 1998, pp. 341-350); «Régimen jurídico de la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa en los Fueros de Valencia», en *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, vol. 11, Madrid, Editorial del BOE, 2021, pp.1593-1604 (*La responsabilidad civil: de Roma al Derecho moderno*, A. Murillo Villar (coord.), Burgos, Universidad de Burgos, 2001, pp. 563-572).

3. Quien recoge las principales instituciones del Derecho foral histórico valenciano, a modo de epítome. *Vid.* GARCIA I SANZ, A., *Institucions de Dret civil valencià*, Castellón, Servicio de Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1996.

4. Ofrece muestra de la magnífica biblioteca que se ha podido conformar en la Universitat Jaume I gracias a los trabajos y proyectos conjuntos desarrollados desde la mencionada línea de investigación. *Vid.* GARCIA EDO, V., *Aeternum Ius Romanum. Dos estudios de Derecho Romano y ‘Ius Commune’ y una biblioteca jurídica del siglo XVI*, Castellón de la Plana, Servicio de Publicaciones de la Universitat Jaume I, 2022.

Gómez Royo, compartimos proyectos de pasado y de futuro, e intentamos conectar esos dos tiempos en el presente, para que el Derecho no pierda su esencia, ni las normas jurídicas el necesario estudio de sus orígenes a fin de dar respuesta certera al ideal de la Justicia.

Refiriéndonos ya a la institución que se somete a consideración en este trabajo, la *cautio damni infecti*, llama la atención que no sea objeto de rúbrica particularizada en la estructura de los *Furs*. Como es bien sabido,⁵ los *Furs de València* del rey Jaume I siguen la estructura del *Codex* de Justiniano en su ordenación sistemática, por tanto, a simple vista, quizá no deba extrañar que no recojan una rúbrica concreta relativa al *damnum infectum*, puesto que el *Codex* no la contempla. Sí que lo hace el *Digesto* (D. 39.2),⁶ que regula de manera muy completa su régimen jurídico. Quizá la ordenación sistemática y metodológica a imagen del *Codex*, que fue la que dirigió en su momento la elaboración del texto foral, motiva la casi preterición de la institución de la *cautio damni infecti* en los *Furs*.

Sin embargo, como advierte Pacheco Caballero,⁷ parece que los redactores de los *Furs* reelaboraron alguna de las prescripciones contenidas en el *Digesto* a propósito de la *cautio damni infecti*, de forma que, aunque no construyen un régimen jurídico sobre el daño temido como los

5. Como afirman COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València*, 8 vols., Barcelona, Barcino, 1980-1999, del vol. IX COLON G. - GARCIA EDO, V., Barcelona, Barcino, 2002; en este caso, COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. I, p. 32, desde la edición de los *Furs* de Francesc Joan Pastor, queda claro que las rúbricas de los *Furs* siguen casi con exactitud el orden del *Codex repetitae praelectionis* de Justiniano en sus nueve primeros libros, puesto que los tres últimos de la obra justiniana forman parte del *Volumen parvum*, siguiendo la división de las ediciones antiguas de la compilación justiniana.

6. A cuya integración sistemática alude C. 1.17.2.7 Imperator Justinianus ad Senatum et omnes populos. «[...] *Post haec ea, quae de operis novi nuntiationibus damnique infecti et pro aedificiis dirutis et eorum insidiis et quae de aqua pluvia arcenda veteribus auctoribus placita sunt, nec non de publicianis et donationibus tam inter vivos quam mortis causa conficiendis cauta legibus invenimus, in librum singularem deduximus [...]*». (a. 533).

7. PACHECO CABALLERO, F., «Derecho valenciano, derecho catalán y recepción del derecho común: reflexiones en torno a la institución de las servidumbres prediales», *Historia. Instituciones. Documentos*, 22, 1995, pp. 371-430, p. 418.

textos del *Digesto*, que tratan profusamente tal figura preventiva,⁸ la referencia dispersa a la caución en algunos pasajes de los *Furs* permite presumir una práctica procedimental y su empleo en determinadas circunstancias. En particular, la *cautio* se alude y explica en un texto de la rúbrica xv del libro IX, *De significatio de paraules*; de manera indirecta, se halla presente en otro texto integrado en la rúbrica XIII de libro III dedicada a las formas de defensa de la propiedad y de la posesión; finalmente, con la concreta alusión a inmuebles que amenazan ruina, la caución se infiere de un pasaje que forma parte de la rúbrica XIV del libro III, *De clavegueres e d'estremeres o d'albellons*. Se anota, además, que en la rúbrica XX del libro IX *De guiatge o de treves* se aprecia una alusión a un eventual daño temido cuando dos de los pasajes de la rúbrica describen el miedo a sufrir daños físicos; sin embargo, por la categoría de los daños que se temen, no son objeto de este trabajo, es más, ambos textos no tienen parangón directo o indirecto en las fuentes romanas.

Este escaso tratamiento de la institución en el texto foral provoca la duda sobre si es el seguimiento de la sistemática del *Codex* la que hace que la *cautio* no se incluya en el texto foral o hay otros motivos, sobre todo teniendo en cuenta que esta *cautio* favorece la ordenación y salubridad de los inmuebles, que iría en consonancia con la preocupación por la ordenación urbanística de Jaume I y de sus sucesores.⁹

Así, el trabajo que abordamos se propone analizar las circunstancias del poco tratamiento en el Derecho foral histórico valenciano de una

8. En la toma de precauciones –*cavere* está el origen de las *cautiones* en general, y de la *cautio damni infecti* en particular–.

9. En efecto, a decir de SERRA DEFILIS, A., «La belleza de la ciudad. El urbanismo en Valencia, 1350-1410», *Ars Longa* 2, 1991, pp. 73-80, p. 74, «Desde comienzos del siglo XIV el *Consell* había emprendido la transformación física y funcional de un medio urbano de raigambre islámica para adaptarlo a un nuevo orden político, una estructura social, una religión y, en definitiva, un modo de vida distintos de los imperantes hasta la conquista cristiana de 1238». En sentido similar, HINOJOSA MONTALVO, J. R., «Espacios de sociabilidad urbana en el Reino de Valencia durante la Edad Media», en *Acta historica et archaeologica mediaevalia (Ejemplar homenaje a la Prof. Dra. Carme Batlle i Gallart)*, 26, 2005, pp. 985-1012, p. 988, «El poder central o municipal dictaba las normas urbanísticas, que dieron como resultado manzanas cuadrangulares y calles abiertas y regulares, aunque la nueva configuración urbana no alcanzó su plenitud sino en el siglo XV». *Vid.* en relación no solo con el urbanismo, sino también con la salud pública MONTAÑANA CASANÍ, A., «The servitude for sewerage...», *cit.*, pp. 248 y ss.

forma de tutela civil inhibitoria en el contexto de las relaciones de vecindad: la proporcionada por la *cautio damni infecti*. A través del estudio del *iter* textual de los textos de los *Furs*, de la doctrina sobre estos y, quizá también, de la comparación con otras fuentes más o menos coetáneas en el panorama legislativo de los siglos XII y XIII, en definitiva, del seguimiento de la reinterpretación de las fuentes jurídicas romanas por los juristas del *ius commune*, se intentará dilucidar las causas del relativo poco tratamiento de esta institución en la norma jurídica foral.

Es conveniente indicar que dejamos fuera de este estudio, sin perjuicio de que se incorporen a futuro en el global de la propuesta de investigación sobre la materia, aquellas actuaciones que ya en Roma vienen dictadas *ex officio* desde la institución administrativa correspondiente ante la inminente causación de un daño por ruina, es decir, no se abordarán supuestos en los que no se deja a la exclusiva autonomía privada la gestión de la amenaza de dicha ruina y, por tanto, del daño temido. Muy probablemente, que el daño que se teme provoque la intervención de la autoridad pública correspondiente, sea el resultado de la evolución de la institución en el sentido que la inicial convención privada preventiva del daño propiciará normas que conformarán lo que, en terminología jurídica actual, se integra en el contexto del Derecho administrativo urbanístico.¹⁰ El núcleo de la investigación y del análisis

10. Entre otros y más allá de la bibliografía clásica: VARELA MATEOS, E., «El grave problema de la conservación de edificios privados en la Roma clásica», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, tomo IV, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 847-860; MALAVÉ OSUNA, B., *Legislación urbanística en la Roma imperial: a propósito de una constitución de Zenón*, Málaga, Universidad de Málaga, 2000; RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *Urbanismo y Derecho en el Imperio de Justiniano (527-565 d. C.)*, Madrid, Dykinson, 2012; GÓMEZ BUENDÍA, C., «Conservación y estabilidad de los edificios en las fuentes jurídicas clásicas», en A. Fernández de Buján (dir.), G. Gerez Kraemer (ed.), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 207-218; MOLLÁ NEBOT, S., «Disposiciones sobre urbanismo y sistema de multas», en A. Fernández de Buján (dir.), G. Gerez Kraemer (ed.), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 247-259; GUERRERO LEBRÓN, M., «Un modelo de actuación intervencionista *ne ruinis urbs reformetur* en la Roma Imperial», en M.^a del V. Gómez de Terreros, L. Pérez Prat (eds. lit.), *Las ruinas: concepto, tratamiento y conservación*, Huelva, Universidad de Huelva, 2018, pp. 115-126; ZAMORA MANZANO, J. L., «La administración romana en relación al urbanismo sostenible: transformación, obsolescencia y gentrificación», en

en este momento no llega a las causas que provocan que la prevención del daño temido pase desde la gestión privada a la intervención de lo público, de forma que la tutela civil inhibitoria entre particulares pierda eficacia y eficiencia, aunque quizá este estudio permita presumir y anticipar alguna de aquellas causas.¹¹

II. LOS TEXTOS DE LOS *FURS*

Centrándonos en el texto foral y por una cuestión de lógica jurídica, es conveniente examinar la rúbrica dedicada al daño,¹² en concreto: *De dan donat*, rúbrica xvii del Libro III, a pesar de que, evidentemente, en sus textos se regula más bien al resarcimiento del daño que su prevención. Pero puesto que la materia objeto de estudio podría hacer presumir la inclusión de la institución de la *cautio damni infecti* entre las normas que componen esta rúbrica, su revisión es conveniente, sin embargo, se observa que ninguno de sus textos incluye referencia al *damnum infectum*.

Así las cosas, el análisis de los *Furs* ha de ser el de los tres textos que se avanzaban al inicio de este trabajo: el *fur* IX-xv-15, el *fur* III-xiii-12 y el *fur* III-xvi-7.

Por una cuestión de sistemática, puesto que es de rigor que la nota etimológica encabece la composición del régimen jurídico de una institución, comenzamos por el *fur* IX-xv-15, ubicado en la rúbrica xv del

A. Fernández de Buján (ed.), R. Escutia Romero y G. Gerez Kraemer (eds. lit.), *Hacia un Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental Romano*, tomo IV, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 733-760.

11. En efecto, y en relación con la intervención de la autoridad pública local en cuestiones urbanísticas, afirma SERRA DESFILIS, A., «La belleza de la ciudad...», *cit.*, p. 73, que «Dentro del marco legal de los fueros y los privilegios otorgados por la Corona, el *Consell* de la ciudad de Valencia y su brazo ejecutivo, los *Jurats*, estaban en condiciones en el siglo xiv de llevar a cabo una política urbanística independiente de la iniciativa real».

12. Que a decir de GARCÍA I SANZ, A., *Institucions de Dret civil valencià*, *cit.*, p. 31, es la rúbrica que trata de manera general las transgresiones jurídicas y la reparación del daño.

libro IX, *De significatio de paraules*,¹³ texto que alude explícitamente al *damnum infectum*, en particular, el pasaje reza: *fur IX-xv-15* (Iacobus I, rex). *Aquesta paraula: «damnum infectum», significa e contén en si dan que no és feit encara, mas és esperança que-s faça ivaçosament, e enaxí d'aytal dan que no és fet, mas és speranza que-s faça, perillosa cosa és que-l jutge alonch de conèxer e determenar sobre aquell dan que-s poria tost esdevenir.*¹⁴ En el *fur* se concreta que por daño temido se entiende el todavía no producido, pero que, dada la alta probabilidad de que se produzca de manera casi inmediata –*ivaçosament*–¹⁵, no es conveniente que el juez dilate el conocimiento sobre ese daño que podría llegar a producirse. Se trata de una reproducción literal¹⁶ de D. 39.2.2 (Gaius 28 ad ed. provinc.). *Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur*, al que se añade,¹⁷ a nuestro entender, el espíritu de D. 39.2.1,¹⁸ texto que habilita la jurisdicción del magistrado provincial, además de la del pretor, para conocer de la solicitud de la *cautio*, en todo caso, bajo la advertencia de que cualquier dilación puede hacer que la naturaleza preventiva de la institución pierda su eficacia, ya que el daño puede producirse en cualquier momento. Por tanto, la celeridad y la rapidez de su conocimiento en sede jurisdiccional son absolutamente oportunas (recordemos: *ivaçosament*).

En definitiva, lo que se recoge en el *fur IX-xv-15* es una referencia al daño temido breve, directa y simple que pretende su definición concreta, no hay, por tanto, una mínima alusión al régimen jurídico de la

13. Que es correlativa a la del C. 6.38 y D. 50.16 según COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 189, n. 1, a la rúbrica.

14. En su versión latina: *Dampnum infectum est, quod nondum factum est, sed quod futurum veremur, res itaque dampni infecti, celeritatem desiderat, et periculosa dilatio curie sive iudice videtur ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret.*

15. *Ivaçosament* significa rápidamente, así lo constatan COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 193, n. 3 al texto, quienes determina que deriva de *ivars*, esto es, rápido.

16. Siguiendo a COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. VII, p. 193, n. 1, al texto.

17. En concreto, desde [...] *más és [...]*, –*res itaque*– en la versión latina, hasta el final del texto.

18. D. 39.2.1 (Ulpianus 1 ad ed.). «*Cum res dampni infecti celeritatem desiderat et periculosa dilatio praetori videtur, si ex hac causa sibi iurisdictionem reservaret, magistratibus municipalibus delegandum hoc recte putavit.*»

institución, ni una aproximación a cómo se desarrolla en sede jurisdiccional. Tal y como hace presumir la ubicación sistemática del texto en la rúbrica dedicada al significado de las palabras, se limita a definir qué es *damnum infectum* y a advertir de la necesidad de que el magistrado que conozca el caso lo trate con prontitud. Precisamente, es la recomendación de celeridad la que presupone que la denuncia del daño temido va a provocar una intervención jurisdiccional.

La nota sobre la identidad del significado de la *cautio* es manifiesta en el *Casus*, ad D. 39.2.2: «*Dicitur in hac. l. quid sit dicere damnum infectum, et dicit quod damnun infectum est damnum nondum factum: timetur tamen ne fiat. Fran. Accur*». En efecto, en el mismo sentido, en cuanto a la premura de las actuaciones se produce la interpretación de los glosadores,¹⁹ en particular, respecto al concepto de daño temido, así lo recoge claramente el mismo Acursio en el *Casus*, ad D. 39.2.1: «*Dicitur in hac. l. quis est ille iudex qui potest iubere cavere de damno infecto. Et certem non solum Praetores et alii magistratus maximi, sed etiam magistratus municipales ex delegatione sibi an praetore facta. et reddit rationem: primo cum res damni infecti desiderat celeritate*». *Acc.*, y en la gl. *celeritatem*, ad D. 39.2.1: *id est ut cito fiant* [...], es decir, el glosador reinterpreta asertivamente: que las cosas se hagan pronto.

La conexión del *fur* IX-xv-15 con el siguiente texto a analizar viene de la mano de la presupuesta y necesariamente rápida intervención jurisdiccional. En efecto, quizá la pista de esta intervención jurisdiccional nos la ofrezca la referencia al daño que se teme recogida en el *fur* III-xiii-12, ubicado en la rúbrica XIII de Libro III, que lleva por título *En qual manera deu e pot hom recobrar la sua cosa que altre te*,²⁰ por tanto, incluido entre los textos que tratan sobre los medios defensa de la propiedad, siguiendo así una lógica sistemática procesal romana en cuanto a integrar a la *cautio* entre las formas de proteger el dominio. Vayamos al texto: *fur* III-xiii-12 (Iacobus I, rex). «*Aquell qui tendrà o*

19. La edición utilizada es: *Digestum novum seu Pandectarum Iuris Civilis tomus tertius, ex Pandectis Florentinis, Parisiis, apud Sebastianum nivelium*, 1576, pp. 34 y ss.

20. COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 199, n. 1 a la rúbrica, corresponde a C. 3.32, *De reivindicazione*.

*posseirà cosa moble o no moble o semovent per rahó de comodat, ço és de prest, o per rahó de loger, o serà mès en possessió per guardar la cosa que li serà liurada, per rahó d'alcuna lexa que li serà feita en darrera voluntat, o car alcuna fembra tendrà o serà mesa en possessió per nom de son ventre, ço és per rahó de l'infant qui encara serà en son ventre, o car alcú serà mes en possessió d'alcuna cosa de son vehí, per ço car aquel vehí no volrrà assegurar que no vingue dan a l'altre vehí de les cases d'aquel qui seran aparellades de caure, pusquen aqueles cases les quals alguns tendran o posseiran per aytals rahons, a ells ésser demanades, jasía ço que no sien dits verdaders posseïdors. Encara pusquen ésser demanades aqueles coses que tendran o posseiran a tot hom qui haje poder de restituhir o de retre aqueles coses que li seran demanades».*²¹

En el texto se concreta que pueden ser demandados a través de la acción reivindicatoria, aunque no sean propiamente verdaderos poseedores, el comodatario, el prestatario, el arrendatario, el depositario, el poseedor de bienes hereditarios, la mujer embarazada que posee determinados bienes en cuanto protege así derechos sucesorios del *nasciturus* y, en lo que a la institución que nos ocupa interesa, la *vindicatio* puede ser intentada contra la persona puesta en posesión de los bienes de su vecino a causa de que este no quiera asegurar que no producirá daño por la amenaza de un inmueble ruinoso —*per ço car aquel vehí no volrrà assegurar que no vingue dan a l'altre vehí de les cases d'aquel qui seran aparellades de caure*—, es decir, al *missus*, que lo es porque no se prestó la *cautio*, se le tiene por poseedor y, por tanto, legitimado pasivamente en la *vindicatio rei*.

Parece que el texto es una adaptación de D. 6.1.9,²² texto ubicado en el título dedicado a la acción reivindicatoria y en el que Ulpiano

21. En su versión latina: «*Quicumque teneat rem mobilem vel immobilem vel se moventem ex comodato, ex conducto aut legatorum servandorum causa, vel quia ventris nomine in possessione esset, vel quia dampni infecti ei non cavebatur, in possessionem missus esset, possit a talibus, quamvis possessores non dicantur, et ab omnibus aliis qui tenent et habent restituendi facultatem, res vindicari*».

22. Siguiendo a COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 209, n.1 al texto. D. 6.1.9 (Ulpianus 16 ad ed.). «*Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut pegasus, eam solam possessionem putaverunt*

atribuye al juez la obligación de indagar si el demandado por la acción reivindicatoria posee, sin importar la causa de su posesión, rebatiendo así la opinión de Pegaso, quien afirma que las personas enumeradas en el texto no son poseedores respecto de la cosa vindicada, sino meros detentadores. Esta cuestión, sumamente relevante en el contexto de la determinación de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria, quizá no lo es tanto para el tema de nuestro trabajo, lo que sí interesa es la cuestión que subyace indirectamente: el poseedor del inmueble ruinoso tiene legitimación pasiva suficiente para el ejercicio de la reivindicatoria puesto que lo es en tanto *missus*, consecuencia de que no se quiso asegurar el daño que pudiera producir dicho inmueble por quien tuviera capacidad para asegurarlo. Por tanto, puede deducirse que la falta de *cautio* provoca el embargo de los bienes ruinosos en favor de quien teme el daño, es decir, un proceso idéntico al de la *cautio damni infecti* romana.

En la reinterpretación del texto la aportación básica la hace la gl. *non possident, ad D. 6.1.9: sed sunt in possessione: ut. § de acqui. pos. l. iii. in fi.*, que aclara asertivamente que los sujetos referidos sí son poseedores como refiere D. 41.2.3.23,²³ texto al que alude la glosa como ejemplo y en el que Paulo afirma que, cuando se posee con autorización del magistrado porque un propietario no presta la caución por el daño temido y transcurre el plazo previsto, previa cognición de causa, la posesión es apta para la adquisición por *longa possessio*.

Recapitulando, el *fur* IX-xv-15 contenía una breve referencia al daño temido, directa y simple que pretendía solo su definición concreta, sin alusión al régimen jurídico de la institución, ni aproximación a

hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrobi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse».

23. D. 41.2.3.23 (Paulus 54 ad ed.). «*Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est: nam qui creditorem rei servandae causa vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit: et ideo, cum damni infecti non cavente vicino in possessionem missi sumus, si id longo tempore fiat, etiam possidere nobis et per longam possessionem capere praetor causa cognita permittit».*

cómo se desarrolla en sede jurisdiccional. Tal y como hace presumir la ubicación sistemática del texto en la rúbrica dedicada al significado de las palabras, se limitaba a definir qué es *damnum infectum* y solo advertía de la necesidad de que el magistrado que conociera el caso lo tratara con prontitud. El *fur* III-XIII-12 permitía intuir un proceso en cuya virtud se pone en posesión *de les cases d'aquel qui seran aparellades de caure* a quien solicitó la caución no habiéndose prestado esta. Son los inmuebles ruinosos los que enlazan con el siguiente *fur*.

En relación con inmuebles que amenazan ruina, el texto foral de interés es el *fur* III-XVI-7, que forma parte de la rúbrica XIV del libro III, *De clavegueres e d'estremeres o d'albellons*.²⁴ En concreto, recoge que: *fur* III-XVI-7 (Iacobus I, rex). «*Si les cases del vehí seran roïnoses, ço és, que són aparellades de caer, enaxí que si cahien que feessen mal o que donassen dan a les cases de son vehí, aquell vehí qui haurà les cases roïnoses o aparellades de caer sie tengut de calçar e d'adobar aqueles cases o de donar assegurament a son vehí, si negun dan ni negun mal li'n venie per rahó d'aqueles cases si cahien*». ²⁵ Esto es, si las casas del vecino amenazan ruina, el propietario de estos inmuebles está obligado a *calçar e adobar*, es decir, repararlos, o bien asegurar que resarcirá el daño —*donar assegurament*— si se produce. Afirman Colon y Garcia²⁶ que el texto foral integra el tenor de D. 39.2.4 y 9. Evidentemente, la recepción es clara, pero en ningún caso literal, puesto que el pasaje de los *Furs* no es más que un resumen del contenido de los textos del *Digesto* que construyen mucho más minuciosamente la casuística y el régimen de la *cautio*. El texto foral se limita a describir de manera asertiva y breve el contexto de la caución, incluso yendo más allá: si las casas que amenazan ruina no se reparan, su propietario está obligado a asegurar que cubrirá el eventual daño en caso de que se pro-

24. A decir de COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 218, n. 1 a la rúbrica, esta no tiene correlación en el *Codex*, sí se corresponde con D. 43.23, *De cloacis*.

25. En su versión latina: «*Si domus vicini minentur ruinam, ita quod ex illa ruina possit vicino in domibus suis dampnum contingere, vicinus domos suas ruinosas fulcire teneatur, vel vicino cautionem prestare de dampno illi futuro, si forsan ex ruina illa dampnum sibi contingeret*».

26. COLON, G., y GARCIA, A., *Furs de València, cit.*, vol. III, p. 225, n. 1, al texto.

duzca.²⁷ Es decir, si el inmueble ruinoso no se repara, el *assegurament*²⁸ comporta la adopción de determinadas medidas en previsión de daños futuros que pueda causar dicho inmueble que, de producirse, serán reparados en virtud de dicho *assegurament*. Y como se advertía, añadiendo además una posibilidad que no contemplaba el Derecho romano: que repare los inmuebles que amenazan ruina.

III. HIPÓTESIS PROCEDIMENTAL DE LA *CAUTIO* EN LOS *FURS*

Estos tres textos de los *Furs* solo permiten suponer cuál sería el procedimiento que seguiría la solicitud del ciudadano que temiera daños causados por inmuebles ruinosos. El proceso concreto no es descrito tan prolijamente como lo hace el *Digesto* (no olvidemos que sigue la estructura del *Codex*). Sin embargo, muy probablemente, aunque con matices, se seguirían las pautas procedimentales descritas por la *cautio* romana recogida en la rúbrica del *Digesto* D. 39.2, *De damno infecto et de suggrundis et proiectionibus*.

La *cautio damni infecti* ha sido profusa y magníficamente tratada por la doctrina romanística como se ha avanzado y, por tanto, no corresponde un nuevo análisis, nos remitimos a ella, sin embargo, sí que se aludirá a la estructura del régimen romano de la *cautio* y su procedimiento, en tanto ayude a comprender y construir el patrón del procedimiento de la institución del texto foral.

27. Como advierte PACHECO CABALLERO, F., «Derecho valenciano...», *cit.*, p. 418, se trata de una reelaboración de alguna de las prescripciones de D. 39.2. Añade el autor que en las *Costums de Tortosa* (CT 3.11.18 y 3.11.12), se alude a la institución de manera similar, aunque quizá con más detalle.

28. *Vid. s.v. assegurament*, disponible en: <https://www.enciclopedia.cat/gran-enciclopedia-catalana/assegurament> (última consulta: 7 de enero de 2023), en particular «Forma de tutela jurídica que comporta l'adopció de determinades mesures permeses per la llei en previsió de futurs danys o perjudicis que pugui sofrir el bé jurídic assegurat». *Vid.* igualmente *s.v. assegurament*, en HINOJOSA MONTALVO, J., *Diccionario de historia medieval del Reino de Valencia*, tomo I, Valencia, Biblioteca Valenciana, 2002, p. 241: «Aseguramiento. En el Justicia Civil aseguramiento de bienes por deudas, sacas de prendas, por deudas demandadas. Vide: Tuición»; y *s.v. tuicions*: «Gestiones judiciales para asegurar los bienes del demandado [...]», HINOJOSA MONTALVO, J., *Diccionario...*, *cit.*, tomo. IV, p. 300.

En los *Furs* queda claro que se teme que el estado ruinoso de un edificio contiguo cause un daño al inmueble lindante (particularmente, *vitium aedium* más que *vitium loci*, puesto que la alusión siempre es a la casa), hasta aquí, nada difiere del Derecho romano, sin embargo, no incluye el texto foral en su escasa regulación –aunque sí lo hacen los del *Digesto*– el daño temido por las obras que, aunque de manera legítima, realiza el vecino (*vitium operis*) y hacen temer el daño, distinguiendo en este último caso que la obra ya esté realizada (*opus iam factum*), o que la obra se esté efectuando (*operis quod fit*).

A decir de Fernández Cabanas,²⁹ en Roma, la cotidianeidad de las construcciones ruinosas fuerza la creación de una completa regulación de la institución desde un punto de vista exclusivamente privado, es decir, cuando se temía sufrir daños en el inmueble propio a causa de derrumbamientos en el vecino, se podía obligar al propietario a realizar una estipulación, bien voluntariamente, que sería quizá la práctica más arcaica entre particulares, bien frente al pretor, muy probablemente como resultado del acogimiento por el magistrado en su edicto de aquel compromiso de reparación privada, cuya finalidad seguía siendo asegurar la reparación del daño si es que llegaba a producirse, en esta ocasión con fundamento en la estipulación que las partes se hubieran prestado ante él.³⁰ En efecto, tanto Rudorff:³¹

29. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual por ruina de los edificios. El régimen de los artículos 1907 y 1909 del Código Civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2019, p. 31.

30. Muy probablemente, como afirma VON WOESß, F., «Die prätorischen Stipulationen und der römische Rechtsschutz», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – ZSS–*, 53, 1933, pp. 372-408, p. 375, como resultado de la forma en la que los romanos concebían el proceso y el origen de las obligaciones, esto es, como un acto voluntario y consensuado de las partes en cuanto al sometimiento a lo que decida o disponga un árbitro sobre su conflicto y no tanto por el principio de cobertura o *Verdeckungspinzip*, en cuya virtud se insertarían funciones nuevas a órganos ya existentes para cubrir nuevos ámbitos. *Vid.* ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*, al interdicto de obra vieja y las medidas precautorias», en C. Rascón García (coord.) *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León, Universidad de León, 1998, 431-461 (*Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo, IV Derecho Procesal Romano*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2021, 1651-1681), p. 432.

31. RUDORFF, A. F., *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsia, Heitzelium, 1869, p. 257.

Damni infecti stipulatio, como Lenel:³² *De damno infecto*, la incluyen entre las estipulaciones pretorias.³³ Particularmente D 39.2.19.1³⁴ destaca el cuño pretorio de esta institución preventiva, de tal forma que el magistrado, previa *causae cognitio*, obligaba al dueño de la cosa que amenazaba ruina a comprometerse, mediante una estipulación garantizada, a indemnizar el posible perjuicio al propietario³⁵ que sentía la amenaza. De no hacerlo, se ponía al amenazado en posesión de la cosa que amenazaba (*missio in possessionem ex primo decreto*) como medio de coacción para que se celebrase la estipulación o se abandonase la cosa, esta concesión le otorgaba una especial posición de custodia merced a esta tenencia.³⁶ Si la coacción no producía

32. LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein versuch zu Seiner Wiederherstellung*, 3.^a ed., Leipzig, Tauchnitz, 1927, p. 551.

33. Según el *ius civile*, si una construcción causaba un perjuicio en el fundo vecino, independientemente de su causa (ruina, negligencia...), el perjudicado no podía exigir más que el abandono de los escombros hasta el punto de que esa *derelectio* provocaba que el propietario de la casa arruinada no fuera obligado a retirarlos. Parece que sí era posible el resarcimiento del daño según desprende de Gai. IV.31, pero el texto está incompleto, parece que el origen remoto de esta caución se encuentra en una *legis actio damni infecti*, que permitiría sancionar con una *pignoris capio* al dueño de la cosa que amenazaba peligro y que no conviniera con el vecino a indemnizar por los daños futuros, o imponerle una condena pecuniaria, o permitir la defensa privada o incluso, ordenar una cesión. La pena pecuniaria debió ser insuficiente, y que el perjudicado podía retener los escombros hasta que se pagara el daño tampoco proporciona resarcimiento apropiado. *Vid.* BRANCA, G., *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, Cedam, 1937, pp. 11 y ss. Sobre una *actio damni infecti*, *vid.* BRANCA, G., «Sulla terminología actio damni infecti», en E. Albertario (ed.), *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, Giuffrè, 1934, pp. 159-210, p. 160.

34. D. 39.2.19.1 (Gaius ad ed. pu. de damno inf.). «Sive aedium vitio sive operis, quod vel in aedibus vel in loco urbano aut rustico, privato publicove fiat, damni aliquid futurum sit, curat praetor, ut timenti damnum caveatur».

35. Posteriormente se amplió al superficiario, al usufructuario, al titular de una servidumbre predial, al enfiteuta, al acreedor pignoraticio (aunque Marcelo se la niega), al arrendatario, al comprador cuando no releva al vendedor de la diligencia debida y al donatario. En cuanto a los obligados a darla, si se trata de *vitium* en el lugar o en el inmueble, el obligado es el propietario del fundo, aunque también podía pedirse al poseedor de buena fe, al superficiario, al enfiteuta, al usufructuario, al acreedor pignoraticio e incluso al *missus in possessionem ex secundo decreto*.

36. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Jesús Daza Martínez, Madrid, Civitas, 1986, p. 376.

efecto, el magistrado dictaba un segundo decreto confirmando la posesión del reclamante (sin que ya sea posible el ofrecimiento de la *cautio* en este estadio); ese título le habilitaba para comenzar a usar la cosa y quedaba así amparado por los correspondientes interdictos, por la acción publiciana y, además, por la *exceptio doli* y por una acción ficticia contra quien impedía la aprehensión de la cosa que imponía al juez condenar como si el demandado hubiera prestado la *cautio damni infecti*, al pago de una suma de dinero igual a la que se habría obligado por la estipulación.³⁷ A decir de Alba Crespo,³⁸ la *missio ex secundo decreto* exige y se fundamenta en una *iusta causa*: la convicción del pretor o del gobernador de que no será cumplida y esa apreciación queda a su discreción. El *missus* posee exclusiva y excluyentemente de forma que su posesión tenía carácter definitivo y no podía ser revocada, aunque se prestara la caución.

El proceso debía ser similar en los *Furs* en tanto se desprende del *fur* III-xiii-12 que el perjudicado es puesto en la posesión de los bienes si quien ha de estipular que resarcirá el daño que se teme, no estipula. Es más, es obligatorio estipular que, si no repara las casas ruinosas (eso sí que es exclusivo del texto foral), se resarcirá el daño que produzcan como dispone el *fur* III-xvi-7 (*assegurament*), es decir, que el responsable del inmueble ruinoso resarcirá el perjuicio causado con sus bienes. Este proceso se incoa frente al juez y de manera urgente³⁹ como se desprende del *fur* IX-xv-15, de lo que se deduce que la promesa entre partes (*assegurament*) se produce judicialmente y, de no ser así, el juez despliega el efecto de no prestación de la garantía de resarcimiento si se produce el daño, que no es otro que el del embargo sobre los bienes que amenazan ruina en favor del que teme el perjuicio. Se vislumbra, en cualquier caso, un mecanismo extraprocesal que hace

37. Recordamos que la *missio in possessionem ex primo decreto* solo proporcionaba *custodia et observatio* (D. 39.2.15.20 y 23) y, aunque no estaba obligado a reparar, podía hacerlo, y si lo hacía disponía del *ius retentionis*. En el derecho justinianeo la *custodia et observatio* se transforma en verdadera posesión que se convierte en *dominium* con el segundo decreto.

38. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, p. 436.

39. Como en Roma, razones de urgencia hacen que baste al pretor verificar la legitimación del requirente y, además, exigirle el *iuramentum calumniae* (D. 39.2.7pr y D. 39.2.13.3) que no se exige en Derecho foral.

que la relación entre las partes, desde el compromiso de resarcimiento, sea la de sujeto activo y pasivo de una obligación *sub conditione*: que se produzca el daño.

IV. APRECIACIONES DOCTRINALES SOBRE LOS TEXTOS DE LOS *FURS*

En la doctrina de la época foral, ha sido complicado hallar referencia a la *cautio*, de hecho, solo hemos sido capaces de verificar algunas notas en la obra de Taraçona, de Ginart y de Bas i Galcerán.

Taraçona,⁴⁰ integrando la idea de resarcimiento del daño, es decir, partiendo de la idea de que el daño o la causación del daño se relaciona con el resarcimiento antes que con la prevención, incluye el *damnum infectum* en el título XXIX del Libro II dedicado a *De dany dat*, en concreto, recoge el jurista que *Damnum infectum, es lo dany que no es fet, mas es perillos de ferse, y perço lo jutge deu esser prest en conenxer ne. Com la tardança en cas de necessitat sia perillosa. Y lo que cerca de fugir lo dany, millor dret te la cosa, sobre la qual es questio, que no qui cerca de traure profit*. En la parte inicial de su doctrina, la referencia es al *fur* IX-xv-15 que, recordemos, era el que definía el concepto de daño temido. Taraçona recoge la definición de manera exacta y amplía la referencia a la necesidad de rapidez en la gestión, puesto que la demora aumenta el peligro de que el daño efectivamente se produzca. Cierra el texto con la idea de que tiene mejor derecho sobre la cosa que puede causar daño quien lo previene que aquel que solo la disfruta, con clara alusión a la posición del acreedor de la promesa de reparación de daño que, de no producirse, lo sitúa como poseedor del inmueble ruinoso.⁴¹

40. TARAÇONA, P. H., *Institucions dels Furs, y Privilegis del Regne de Valencia*, Valencia, en la estampa de Pedro de Guete, 1580, p. 283.

41. En concreto, en esta última frase el jurista cita el *fur* VI-vii-3 (*Iacobus I, rex*). «*Lo hereu del defunct és obligat a tots los creadors del defunct que pach tots los deutes, los quals lo defunct los devie. Mas lo legatari a qui lo defunct lexà alcun camp o alcuna altra cosa singular, no és obligat a pagar los deutes del defunct. Mas si la heretat no bastarà a pagar los deutes, los creadors del defunct poden demanar als legataris aquell camp o aquella cosa que-l defunct los haurà lexada, entrò que a*

Ginart,⁴² de manera muy concisa refiere que *Damnum infectum*, significa *dany que no es fet encara, mas se espera que es fara*, citando en concreto el *fur IX-xv-15*. Propiamente, en relación con los inmuebles que amenazan ruina, advierte de que *Cases ruynoses dehuen ser reedificades, o donada seguretat per lo amo del dany que poden fer al vehi*,⁴³ en clara alusión a la *cautio* y en concordancia con lo dispuesto en el *fur III-xvi-7*.

Bas y Galcerán, en el capítulo dedicado al *Decretum ad reparandas domus, et aedificia dirusa reaedificanda*,⁴⁴ referido a inmuebles ruinosos que son inhabitables debido a su estado, recoge que, precisamente por esa causa, sobre ellos pesan determinadas órdenes dictadas por la autoridad administrativa en cuanto a su reparación a los efectos de habitabilidad y, sobre todo, para no ir en perjuicio de acreedores hipotecarios si es que los hubiere.

En definitiva, en la doctrina se percibe la deriva de la institución hacia lo público, Taraçona y Ginart, de manera muy concisa parafrasean lo recogido en los textos de los *Furs* y, especialmente, Taraçona pone el peso del daño en la culpa y, por tanto, en el resarcimiento, más que en la prevención. Bas y Galcerán, algunos decenios después, recoge las consecuencias de la exclusiva intervención administrativa en los casos de inmuebles ruinosos, sin que la autonomía privada o los acuerdos entre partes sean tenidos en cuenta en los supuestos de posibles daños ni, por supuesto, en su prevención.

ells sia satisfet dels deutes que a ells aquell defunct devia, car e-ls béns que foren del defunct mellor rahó han e mellor dret los creedors que-s treballen per lur dan a esquivar, que no han los legataris que-s treballen per lur prou a fer», del que nos interesa igualmente la última parte, en tanto sirve al jurista para confirmar quién tiene mejor derecho, en el caso del *fur VI-vii-3* los acreedores de la masa hereditaria incluso frente a los legatarios y, en el caso de la *cautio*, quien es acreedor porque pretende prevenir un daño.

42. GINART, N. B., *Repertori general y breu sumari per ordre alphabetich de totes les materies dels Furs de Valencia, fins les Corts del Any 1604 inclusive, y dels Privilegis de la dita Ciutat y Regne*, Valencia, en casa de Pere Patricio Mey, junt a S. Martí, 1608, p. 71

43. GINART, N. B., *Repertori general...*, cit., p. 38.

44. BAS I GALCERAN, N., *Theatrum iurisprudentiae forensis Valentiae, romanorum iuri mirificie accomodatae, Valentiae, ex Typ. Laurentii Mesnier, coram Diputationis Domo*, 1690, pp. 293 y ss., en particular: *Pars I, Caput XX, Decretum ad reparandas domus, et aedificia dirusa reaedificanda*.

V. LA CAUTIO DAMNI INFECTI EN EL FUERO VIEJO DE CASTILLY EN LAS PARTIDAS

El *Fuero Viejo de Castilla*,⁴⁵ en particular un texto ubicado en el libro IV, título V, ley II, rubricada: *De las labores nuevas e viejas e de los daños que viene de ellas: [...]*, dispone: «*Si algund omne oviere casa encostada, que la deve adovar, por que las casas otras çerca della non rresçiban danno. Otrósí, si casa ovier un omne, e fuere acostada, dévela adovar, porque aquellas otras casas de cerca della non rresçiban danno. E si después quel fuer mostrado, non lo quisiere adovar, e danno viniere a las otras casas de cerca, deve pechar todo el danno el duenno de la casa [...]*». En el texto está clara la opción, tal y como hacían los *Furs*: o bien la casa ruinosa ha de ser reparada⁴⁶ a fin de evitar posibles daños, o bien en caso de que no sea reparada y se produzca el perjuicio el propietario ha de asumir la obligación de resarcirlo.

A decir de Alba Crespo,⁴⁷ parece que la obligación surge de la propia ley –*dévela*– es decir, que pesaría sobre el propietario del edificio la obligación de hacer, a la que tanto se resistió el Derecho romano basado en la tutela preventiva. Así, si el propietario del inmueble ruinoso *fuer mostrado*, es decir, si fue puesto en su conocimiento que el estado del inmueble podía causar daño y omitió repararlo, ha de resarcirlo, de forma que la puesta en conocimiento del estado ruinoso parece que lo coloca en una especie de situación de dolo en tanto conoce el peligro que su casa puede causar.

En el texto no hay una referencia a una situación coactiva como la del embargo al negarse a prestar la caución o promesa de resarcimiento,

45. Texto obtenido de la edición de ALVARADO PLANAS, J., OLIVA MANSO, G., *Los Fueros de Castilla*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*–Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 589. La ley continúa: «*Otrósí, si menester oviere de subir canales o madera para aquellas casas adovar, dévelas subir por las casas que fueren más çerca de aquellas que fueren más de adovar. E quando la suya oviere adovado, si algund danno fiziere en la otra casa, dévelo adovar todo*».

46. s. v. *Adobar*: componer, arreglar, reparar, abastecer, adornar, hermosear. *Vid. Tesoro de los diccionarios históricos de la lengua española*. Disponible en: <https://www.rae.es/tdhle/adobar>, p. 210 (última consulta: 3 de abril de 2022).

47. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, p. 437.

de forma que, en sentido estricto, no hay prevención, sino castigo de una conducta omisiva que fue la de no reparar cuando se avisó del peligro.

En *Las Partidas*,⁴⁸ el título XXXII de la *Partida III*, trata de *las labores nuevas, como se pueden embargar que non se fagan; é de las viejas que se quieren caer, como se han de facer, e de todas otras labores*, en particular, la obligación de mantener en buen estado los edificios y repararlos, aparece consagrada en forma expresa, se recoge una obligación general de conservación de los edificios situados en una villa o lugares poblados en atención a la prevención de daños que pudiera provocar un mal mantenimiento, bien por actuación positiva (culpa) u omisiva (dejadez) –*Partida* 3.32.24 y 25–. Dado este deber de buena conservación de los edificios, quien teme sufrir perjuicio por el estado ruinoso de las casas vecinas, puede ejercer el derecho de solicitar su restauración (cuestión ajena a la *cautio* del Derecho romano) o la prestación de la correspondiente garantía en cuanto a resarcimiento del daño si es que llega a producirse.⁴⁹

En particular, se dispone en la *Partida* 3.32.11: «*Como cuando edificio de alguno cayesse sobre casa de otro ante que sea dello dada querella al judgador del, non es tenuto de refazer el daño que de y viniere. Cayendo edificio de algun ome sobre casa de otro antes que fuesse dada quereella dello al judgador: maguer fiziesse daño non seria tenuto aquel cuyo era de lo pechar. Pero si el quisiessse llevar la teja, e la madera, e ladrillo que cayera sobre la casa, o el suelo de su vezino, e dexasse las ripias, e la tierra non lo podria fazer. Ca todo lo que cayo deve levar a su costa, e a su mission, o todo lo deve dexar a pro del que recibio el daño*». Como recoge el texto, el amenazado debía denunciar ante el juez⁵⁰ el mal estado de las construcciones vecinas, pues de no mediar querella en este sentido, no se iniciaría actuación pública alguna ni el propietario del edificio ruinoso vendría obligado a resarcir el daño

48. Edición facsímil de la de la Imprenta Real de 1807. *Las Siete Partidas*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2011.

49. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, p. 438.

50. A diferencia del sistema romano, no se incluye el *iuramentum calumniae* para poner en movimiento el aparato judicial, pues el juez, ante la denuncia, procede a la constatación directa de los hechos, asistido por personas idóneas y conocedoras de la materia sobre daño temido.

causado por su caída. Es decir, solo la *querella al iudgador* evita que se considere que el daño sucedió fortuitamente.⁵¹

Si el derrumbe se produce antes de que el amenazado hubiese presentado *querella* ante el juez, el propietario de la casa ruinosa que se ha derrumbado no está obligado a resarcir los daños causados, aunque si quisiera recuperar los materiales útiles o valiosos caídos sobre el fundo vecino, no podrá dejar abandonados los inútiles, habrá de retirar a su costa todos los materiales vertidos, de lo contrario, los abandona todos en favor del vecino dañado.⁵²

Particularmente, se alude a la *cautio damni infecti* en la *Partida* 3.32.10: «*Como las lavores nuevas o viejas quando se quieren caer, las deven reparar o derribar. Abrense a las veces las lavores nuevas, porque se fienden los cimientos, o porque fueron fechas falsamente, o por flaqueza de la labor. E otrosi los edificios antiguos fallecen e quieren se derribar por vejez; e los vezinos que estan cerca dellos têmense de recibir ende daño. Sobre tal razon como esta dezimos que el iudgador del logar, puede e debe mandar a los Señores de aquellos edificios, que los enderecen, o que los derriben. E porque mejor se pueda esto fazer, debe el mismo tomar buenos maestros, e sabidores deste menester, e yr al logar do estan aquellos edificios de que se temen los vecinos, e si el viere et entendiere por aquello que le dixieren los maestros que están a tan mal parados que non se pueden adobar, o non lo quieren fazer aquellos cuyos son, e que ligeramente pueden caer et fazer daño. Estonce debe mandarlos derribar. E si por aventura non estoviessen tan mal parados, dévelos apremiar que los enderecen, e que den buenos fiadores a los vecinos, que no les venga ende daño. E si atal fiadura como esta non quisiesse fazer, o si fuesse rebelde non los queriendo reparar: deben los vezinos que se querellaban, ser metidos en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer, et dar gelos por suyos, si el dueño del edificio durare en su rebeldia fasta aquel tiempo, que ellos lo ayan a adobar, o a derribar por mandado del iudgador. Otrosi dezimos que si el dueño del edificio diesse recabdo a los vecinos que se temen del, de les pechar el daño que ende*

51. Puesto que se excluye toda responsabilidad cuando el daño se produce por el hecho de la naturaleza.

52. Similar a aquel ejercicio del derecho de retención sobre las ruinas o escombros caídos en el fundo, propio del Derecho romano.

recibiesen, si el edificio se cayesse por flaqueza de si mismo, e non por ocasión, estonce seria tenuto de pechar el daño a que se obligara. Mas si el edificio se derribasse por terremoto, o por rayo, o por gran viento, o por aguaducho, o por alguna otra ocasión semejante, estonce non seria tenuto de pechar el daño que por el viniesse».

Como se observa, hay elementos concordantes con la *cautio romana*, en particular, se alude al daño temido –*los vezinos que estan cerca dellos témense de recibir ende daño*–, se recoge la ruina del edificio vecino⁵³ –*E otrosi los edificios antiguos fallecen e quieren se derribar por vejez*–, se concreta la caución preventiva –*que den buenos fiadores a los vecinos, que no les venga ende daño*–, y finalmente la puesta en posesión del bien que amenaza ruina por parte del vecino ante la falta de caución del dueño del edificio –*deben los vezinos que se querrellaban, ser metidos en tenencia de aquellos edificios que se quieren caer, et dar gelos por suyos, si el dueño del edificio durare en su rebeldia fasta aquel tiempo*–. Queda claro que en esta parte *Las Partidas* reproducen el *Digesto*, pero se apartan del antecedente romano al imponer al propietario de una construcción ruinoso la obligación de realizar en ella las construcciones necesarias o, en caso de que esto no sea efectivo para evitar su caída, proceder a su demolición.⁵⁴ En efecto, a decir de Fernández Cabanas,⁵⁵ una vez presentada la *querella ante el*

53. Bien entendido que *las labores nuevas* se derrumban por vicios en construcción, y *las labores viejas o edificios antiguos* lo hacen por su antigüedad. De hecho, como recoge DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, Pamplona, Analecta, 2002, pp. 313 y ss., facsímil de la edición de 1877, se distingue entre «interdicto de obra nueva» cuya finalidad es la suspensión de la obra a no ser que se prestase la «caución demolitoria» y el «interdicto de obra vieja», dirigido a proveer la reparación o la demolición o, en su caso, que se preste la *cautio damni infecti*.

54. Así lo señala Gregorio López en su glosa a esta ley: «*Si vicinus timet damnum domus vicini ruinosae; iudex, si est domus irreparabilis, debet iubere domino eam demolire. Si autem est reparabilis coget Dominus domus ruinosae ad refectionem; vel ad praestandum fideiussorem vicino de damno infecto. Si autem recusat cavere, aut in termino ad iudicem assignato reparare recuset: ruinoso domus dabitur vicino timenri ruinam. Si tamen domus casu fortuito cadat: non tenetur dominus de damno, nisi vitio domus corruisset. Hoc dicit*».

55. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 65.

judgador, *Las Partidas* ofrecen una doble opción al obligado: o endeuzar el edificio o demolerlo a arbitrio del Juez, que habrá de resolver entre ambas posibilidades en función de las circunstancias y escuchada la opinión de expertos.

A decir de Alba Crespo,⁵⁶ esta obligación de reparar el edificio ruinoso marca una diferencia importante con el régimen romano del *damnum infectum*, ante la amenaza de derrumbe, el vecino que teme sufrir daño por tal causa puede pedir que el riesgo sea apartado mediante la demolición, reparación o afianzamiento de los eventuales perjuicios. Cuando la casa ruinoso no es susceptible de reparación, no cabe otra alternativa que demolerla. Si el inmueble admite reparaciones, cabe la posibilidad de repararlo o dar caución por el daño temido.⁵⁷

Es la resistencia del vecino a reparar o afianzar, la que determina la *missio in possessionem* en favor del amenazado. Dicha *missio* no constituye una verdadera posesión sino a partir del segundo decreto, pues en la *Partida* 3.30.15, se dice que la pérdida de la posesión por parte del dueño del edificio ruinoso se opera *si durare en la rebeldía*. La *missio in possessionem* se configura como un medio de garantizar aquel derecho de exigir la reparación del edificio, de la que el propietario podría eximirse abandonándolo.

A decir de García Goyena,⁵⁸ *Las Partidas* sí que consagran un sistema de prevención del daño que se desarrolla en un contexto privado, son las partes las que reparan, aseguran, afianzan..., sin intervención de potestades administrativas más allá de las de tutelaje del proceso. Sin embargo, y siguiendo la opinión de Fernández Cabanas,⁵⁹ en *Las Partidas* se produce una evolución del concepto de culpa como fundamento

56. ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, 439.

57. En cuanto a la forma de la caución, simplemente se habla de dar buenos fiadores, en este sentido *vid.* ALBA CRESPO, J. J., «De la *cautio damni infecti*...», *cit.*, 439. En efecto, en *Las Partidas* se recoge que «*cautio en latín tanto quiere dezir, como aseguramiento que el debdor ha de fazer al señor del debdo, dando fiadores valiosos, o peños (Partida 7.33.10), y que fiador tanto quiere dezir, como orne que da su fe, e promete a otro, da dar, o de fazer alguna cosa, o por mandato, o por ruego de aquel, que le mete en la fiadura*» (*Partida* 5.12.1), de lo que se deduce que la caución por el daño temido no puede constituirse simple promesa sino que es necesario afianzar.

58. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, tomo I, Madrid, Imp. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852, p. 461.

59. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual*..., *cit.*, p. 32.

del deber de reparar, es decir, la responsabilidad por reparar los daños causados incluye a la que se tiene por los que provocan cosas ruinosas.

VI. CONCLUSIONES

Como acertadamente recoge Bonfante,⁶⁰ en el Derecho romano clásico, el daño causado por una cosa inanimada (en nuestro caso, un inmueble ruinoso), no es fuente de obligación en tanto esta solo puede surgir de un acto voluntario, así, la ruina de un edificio vecino que cause daños en el mío, o cuando la actividad realizada por el vecino en ejercicio lícito de su derecho cause perjuicio en mi inmueble, he de sufrir el daño, pues procede de una actividad legítima y no culposa del vecino. Pero el genio romano hace que la obligación pueda nacer *ex variae causarum figurae* (D. 44.7.1pr)⁶¹, de tal forma que la culpa es sustituida por otras fuentes como el riesgo o el deber de garantía. Es el caso del daño que pudo preverse, alcanzándose la solución a través de la *cautio damni infecti*, que permitió al particular gestionar su propio riesgo *in iure*,⁶² en efecto, en origen no parecen resarcibles los daños producidos por un inmueble que amenaza ruina puesto que no es posible en este contexto la culpa aquiliana,⁶³ pero se propicia el acuerdo privado de resarcimiento con carácter preventivo, no existiendo otro mecanismo que posibilite el resarcimiento del daño, sin necesidad de culpa,⁶⁴ y además, lo legitima *in iure*.

Sin embargo, esta gestión privada de los perjuicios que se dan entre vecinos decae, a decir de Fernández Cabanas,⁶⁵ a partir del siglo III

60. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano, II, La proprietà, Parte I*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 383.

61. D. 44.7.1pr (Gaius 2 Aurcorum). *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

62. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 42.

63. BRANCA, G., *Danno temuto...*, cit., p. 137; GUTIÉRREZ MASSÓN, L., «Agere cum retentione ad effectum solutionis», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 22, 2009, pp. 155-189.

64. Que no hay que confundir con la culpa objetiva, puesto que esta contempla un daño ya hecho, no la prevención de un daño futuro como ocurre con la *cautio*.

65. FERNÁNDEZ CABANAS, J. J., *La responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 31.

d. C., en aquel momento las providencias de las autoridades administrativas fueron suficientes para regular preventivamente el daño que pudiese derivar de la mala conservación de las construcciones, lo que ocasionó el declive de la *cautio damni infecti*, que acabó confundándose con aquellas, especialmente a partir de la desaparición del procedimiento formulario a finales del siglo IV d. C.⁶⁶

Así, a pesar de que la *cautio damni infecti* fue revivida por los glosadores y, posteriormente, por los comentaristas,⁶⁷ como afirma Amaral Santos,⁶⁸ todavía más a partir de los *Commentaria* de Bartolo de Sassoferrato, la *cautio* se distancia de la fuente romana integrándose en el concepto de culpa, al entenderse que el obligado incurría en *culpa in omittendo* cuando, instando a conservar sus edificaciones, no lo hiciese.

Es esta la tendencia que se observa en los *Furs de València* que, además de que no recogen la rúbrica concreta al nutrirse sistemáticamente de los libros y títulos del *Codex*, los pocos textos de los *Furs* dedicados a la *cautio* acogen la tendencia de llevar la causación del daño a la culpa. Y no solo eso, la doctrina posterior (recordemos a Bas y Galcerán) patentiza que las relaciones de vecindad que afectan a la ordenación urbana son objeto de gestión pública, a imagen de la evolución de la tutela preventiva del daño temido a la práctica total desaparición de la *cautio* en el período postelásico.

En otros textos coetáneos como el *Fuero Viejo de Castilla* y *Las Partidas*, la tendencia es idéntica a la que se percibe en los *Furs*, aunque el espíritu de la *cautio* está presente, el resarcimiento por culpa prevalece a la capacidad de tutela preventiva que proporciona el remedio romano que actúa frente a un daño amenazante, no ante un daño ya consumado.

En efecto, afirma Serra Desfils⁶⁹ que, en la Valencia del siglo XIV, «pese a la carencia de un corpus legislativo especializado en materia urbanística comparable al de otras ciudades europeas de la Baja Edad Media, el *Consell* de Valencia llevó a cabo un programa de reformas

66. AMARAL SANTOS, M., «Cautio damni infecti», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo*, 52, 1957, pp. 216-241, p. 235.

67. BRANCA, G., *Danno temuto... cit.*, p. 547.

68. AMARAL SANTOS, M., «Cautio damni infecti», *cit.*, p. 238.

69. SERRA DESFILIS, A., «La belleza de la ciudad...», *cit.*, p. 77.

urbanas con una orientación política muy clara», que no era otra que desvestir a la ciudad (y no solo en el caso de la ciudad de Valencia) de cualquier reminiscencia urbana que recordara al período musulmán.⁷⁰ Esa idea de cambio favorece la actividad pública y deja fuera las relaciones entre particulares en este ámbito.

70. La Valencia de fines de siglo XIV responde a un ideal muy próximo al expuesto por Francesc Eiximenis en el capítulo noventa de su *Dotzé del Crestià* sobre «*Quina forma deu haver la ciutat bella e ben edificada*», así, la Valencia imaginada por el *Consell* debía tener calles rectas y plazas amplias para aparecer bella y ordenada, sobre la materia, entre otros: PUIG I CADAFALCH, J., «Idees teòriques sobre urbanisme en el segle XIV: un fragment d'Eiximenis», *Estudis Universitaris Catalans*, XXI, 1936, pp. 1-9; VILA, S., *La ciudad de Eiximenis: un proyecto de urbanismo teórico en el siglo XIV*, Valencia, Diputación Provincial, 1984, pp. 85 y ss.

**LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER
DE LOS HEREJES EN LA NOVELA 115.3
Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO
CASTELLANO**

*The reception in Castilian Law of the heretics'
unworthiness to inherit (Nov.115.3)*

AURORA LÓPEZ GÜETO

Universidad Pablo de Olavide

Resumen: la Novela 115.3 conservó las disposiciones antiguas en materia de indignidad, favoreciendo la llamada a la sucesión a los descendientes y conservando la *ereptio* fiscal en ciertos supuestos. La Novela 115.3.14 introdujo como nueva causa la no profesión de la fe católica, así como la negación de los cánones conciliares. A mediados del siglo XIII, Alfonso X el Sabio, rey de Castilla y León, llevó a cabo su gran obra legislativa para limitar y unificar los derechos locales de las ciudades reconquistadas, plasmada en el *Fuero Real* y en las *Siete Partidas*, incluyendo la sanción al hereje.

Palabras clave: *Ius commune*. Indignidad. Herencia. Alfonso X. Herejes.

Abstract: Novel 115.3 preserved the old provisions on *indignitas* favoring the call to succession to descendants but preserving the *ereptio* in certain cases. Novel 115.3.14 introduced as a new cause the non-profession of the Catholic faith as well as the denial of the conciliar canons. In the middle of the XIII century, Alfonso X carried out his great legislative work to limit and unify the local rights of the reconquered cities, embodied in *Fuero Real* and in *Siete Partidas*, including the sanctions of heretics.

Keywords: *Ius commune*. *Indignitas*. Inheritance. Alfonso X. Heretics.

SUMARIO: I. La indignidad para suceder en el Derecho romano. II. La intervención justinianea en la regulación de la indignidad. III. Novela 115.3.14: la herejía como causa de indignidad para suceder. IV. La recepción en la obra de Alfonso X de la indignidad de los herejes. IV.1. El *Fuero Real*. IV.2. *Las Partidas*.

I. LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN EL DERECHO ROMANO

La verdadera abstracción del concepto de indignidad para suceder, diluido en la amplia casuística, la abordó Cuyacio,¹ autor de la célebre

1. CUIJAS, J., *Commentarii ad tit. XXXV de his quibus ut indignis hereditatis auferuntur*, libr. VI Cod. In Opera omnia IX (Lutetia Parisiourum, 1658) c. 829.

máxima «*indignus potest capere sed non potest retinere*». De esta afirmación se desprende la diferencia entre quienes habían aceptado una herencia y quienes no, pues en el primer caso no habría *ereptio* sino que se trataría de *bona caduca*, mientras que en el segundo no habría incapacidad, sino la imposibilidad de retener los bienes por el indigno. Por cierto que el descubrimiento del *Digesto* orientó a los estudiosos a trasladar las menciones a la *ereptio* de los bienes del indigno a favor del Fisco a los órganos de la administración financiera del Sacro Imperio.

Si bien la opinión doctrinal mayoritaria considera que la indignidad para suceder fue objeto de desarrollo durante el Principado, por la acción e interés de los emperadores, en torno a su origen no existe consenso doctrinal.² Algunos autores, pese a la escasez de fuentes jurídicas, sostienen que la indignidad existía ya en la época clásica republicana³ y, por lo que se refiere a la naturaleza del instituto, destacan los exhaustivos estudios de Nardi y Reimundo que sostienen tesis opuestas. Mientras que el autor italiano defiende la ausencia de categorías en materia de indignidad, entendiéndola como una sucesión de supuestos, el romanista español sistematizó en su obra las diferentes causas de indignidad.

En cualquier caso, el sc. Siliano,⁴ del año 10 d. C. (recibe su nombre del cónsul C. Junio Silano), suele considerarse la primera norma que adjudicó la condición de indigno para suceder al heredero que no

2. BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a ed. rev., trad. por Fairén, Barcelona, Bosch, 1960, p. 159; ECK, W., *Indignitat und Enterbung*, Berlín, 1894; NARDI, E., *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, Giuffrè, 1937, p. 9; s.v. «indegnità» (diritto romano), en *NNDI*. VIII, Torino, 1962, pp. 592 y ss.; «Tritico indegnitario», en *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano, 1953, pp. 723 y ss.; PIGNOTTI, G., *Il fondamento dell'indegnità a succedere nel diritto civile italiano*, Siena, Tip. Dell'ancora, 1911; REIMUNDO, B., M., *La sistematización de la indignidad para suceder según el derecho romano clásico*, Oviedo, Servicio de Publicaciones Universidad de Oviedo, 1983, pp. 9-12; TORRENT RUIZ, A., *Diccionario de derecho romano, v. indignitas*, Madrid, Edisofer, 2005; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano* 1.^a edición, Madrid, Civitas, 1983, pp. 703-708; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. I (2.^a ed. rev.), Milano, Giuffrè, 1967, p. 465.

3. Resulta de gran interés el reciente trabajo de GUASCO, A., *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*, Napoli, Satura Editrice, 2018, p. 10.

4. DALLA, D., *Senatus consultum silianum*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 83.

hubiese vengado la muerte violenta del causante, prohibiéndole realizar la *aditio hereditatis* sin antes proceder a la *quaestio servorum* en la que podía ordenar la tortura y la muerte de los esclavos del testador.⁵

D.29.5.1pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): «*Cum aliter domus tuta esse possit, nisi periculo capitis sui custodiam dominis tam ab domesticis quam ab extraneis praestare servi cogantur, ideo senatus consulta introducta sunt de publica quaestione a familia necatorum habenda*».

Para Ulpiano, la función primordial del sc. Silaniano fue asegurar la protección a los dueños frente a conductas atentatorias contra su vida, tanto de los parientes como de los esclavos que convivían en su casa (e incluso, aunque es más discutido, de extraños), con la consiguiente salvaguarda del orden público en la ciudad. Se ordenaba dar tortura (*publica quaestio*)⁶ a quienes, por supuesto, hubieran asesinado al dueño,

5. D.29.5.1.17 (Ulp. 50 *ad ed.*): «*Occisorum appellatione eos contineri Labeo scribit, qui per vim aut caedem sunt interfecti, ut puta iugulatum strangulatum praecipitatum vel saxo vel fuste vel lapide percussum vel quo alio telo necatum*». Se comprende a los muertos por fuerza o por herida, como por ejemplo, el degollado, el estrangulado, el despeñado, el herido por peñasco, con palo, o con piedra, o el muerto con otra cualquier arma. También se hace referencia al envenenamiento en D.29.5.19 (Ulp. 50 *ad ed.*): «*Plane si venenum per vim infusum sit, senatus consultum locum habet*».

6. SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2.^a ed., Milano, 1998, p. 211. Todos los esclavos de la casa eran sospechosos y todos debían ser sometidos a tortura y dados muerte (D.29.5.21 y 26). TORRENT, A., *Quaestio servorum...*, *cit.*, p. 800. No queda claro si el Silaniano dispuso el premio de la libertad para los esclavos que hubieran cooperado al descubrimiento del criminal. El emperador Adriano muestra un criterio restrictivo, y se tortura solo a los esclavos que se encontraban más cercanos, en la misma sala que la víctima. D.29.5.1.29 (Ulp. 50 *ad ed.*): «*Hoc rescriptum multa continet: nam ei non parcat, qui eodem conclavi fuit: et ei, qui timuit mori, non ignoscit: et quod vel voce oportet teat servos domini auxilium ferre, ostendit*». Pero un rescripto de Marco Aurelio y Cómodo vuelve a endurecer las previsiones del Silaniano. D.29.5.2 (Call. 5 de *cognition.*): *Divus Marcus et Commodus Pisoni res cripsit in haec verba: «Quum constiterit apud te, Piso carissime, Iulium Donatum, posteaquam conterritus adventu latronum profugerat villam suam, vulneratum esse, mox testamento facto purgasse officium servorum, nec pietas pro servis, nec sollici tudo heredis obtinere debet, ud ad poenam vocentur, quos absolvit domini ipse*». Ni la exculpación de los esclavos por el testador en su testamento, ni la solicitud del heredero exculpándolos los excluían de la pena. De nuevo, prima el deber de protección que los esclavos deben prestar a sus dueños.

pero también a quienes incumplieron la obligación de protegerlo o, conociendo las circunstancias de su muerte, no la impidieron. Comenta acertadamente Torrent que «el deber de vengar la muerte del causante parece recaer subsidiariamente sobre toda la comunidad, con lo que la *ultio necis* no se entendería como protección de un interés exclusivamente privado sino que entraba en la órbita de lo público».

Ciertamente, de D.29.5.25 pr.–1 (Gai. 17, *ad ed. prov.*) se desprende la preocupación por la seguridad, presente ya en la republicana *lex Cornelia*,⁷ o en Tácito,⁸ quien relacionaba la *quaestio servorum* con los viejos *mores* en un suceso acaecido antes incluso de la *lex Cornelia*. Y no olvidemos que el edicto del pretor castigaba la apertura indebida de los testamentos.

El senadoconsulto Silaniano, además de imponer una obligación a los herederos de dar tormento y suplicio a los esclavos del causante, prohibía *aperire tabulae testamenti ante inultam mortem*. De no obrar de este modo, se procedería a la declaración de indignidad.⁹

7. TORRENT, A., *Quaestio servorum...*, cit., p. 795. No era un momento de especiales tensiones sociales entre propietarios y esclavos, y ya existía la prevención de los dueños respecto a sus esclavos en la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* del 81 a. C. Parece que el sc. Silaniano aportó mayor dureza que la *lex Cornelia* en la regulación de la *ultio necis* porque bastaba cualquier sospecha siempre que los esclavos convivieran con el fallecido. Así, pues, existe una continuidad histórica evidente en la regulación de la *ultio necis* desde los últimos tiempos republicanos al senadoconsulto Silaniano y la tradición de jurisprudencia y rescriptos pretenden que en ningún caso quedara impune el asesinato de un testador romano por sus esclavos, o que estos se sustrajeran a la obligación de defender su integridad. La finalidad de seguridad pública debió constituir el objeto inmediato del Silaniano, a lo que sumó la voracidad fiscal de los poderes públicos que se aprovecharían de la indignidad para suceder.

8. Tácito, *Anales*, 14.42.2: «*Ceterum cum vetere ex more familiam omnem quae sub eodem tecto mansitaverat ad supplicium agi oporteret, concursu plebus quae tot innocios protegebat, usque ad seditionem ventum est senatusque obsessus, in quo ipso erant studium nimiam severitatem aspernantium, pluribus nihil, mutandum censentibus*».

9. TORRENT, A., «Nulidad de la *manumissio testamento ex senatusconsulto silaniano*», *Studia et documenta historiae et iuris*, 74, 2008, pp. 581-614; «*Quaestio servorum* y sc. Silaniano. Problemas de derecho penal hereditario imputabilidad penal de los esclavos del causante», en *O direito das sucessões: do direito romano ao direito actual*, 2006, pp. 793-820, 794; «*Praemium libertatis ex senatus consulto Silaniano*»,

La cercanía temporal del sc. Silaniano a la *lex Papia Poppaea*¹⁰ planteó la duda de si la legislación caducaria enumeraba supuestos de indignidad para suceder. En un ejemplo de síntesis histórica, los juristas de siglos posteriores otorgaron mayor fuerza a la institución de la indignidad con la asociación entre ambas disposiciones de materia sucesoria. Pero, realmente la ley augustea y el senadoconsulto Silaniano solo coinciden en el interés por sancionar la falta de respeto a los *mores* y el consiguiente beneficio del Erario público (posteriormente el Fisco), al recibir los *bona caduca* y los *bona ereptoria*.

El sc. Silaniano estableció la pauta principal en materia de indignidad, seguida por otra serie de disposiciones del pretor, senadoconsultos, rescriptos imperiales así como por las reflexiones de los prudentes, de forma que los supuestos se incrementaron a lo largo del Principado.

Se reprimía especialmente el desinterés de los herederos por llevar ante la justicia a quienes hubieran causado la muerte del causante y la *ultio necis*¹¹ fue un supuesto autónomo del sc. Silaniano: tras el asesinato doloso, el incumplimiento de la obligación de venganza consistía para el Derecho clásico en la no persecución judicial de los asesinos. Los obligados¹² podían aceptar la herencia, pero, de no proseguir con las actuaciones judiciales, se produciría la *ereptio* de los bienes a favor

Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of Roman law, 37, 2009, pp. 271-292.

10. ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, Cedam, 1996, pp. 325 y ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Exsecranda pernicies. Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984, pp. 160 y ss.; *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Napoli, 2010, pp. 77 y ss.

11. MARLASCA, O., «Algunos supuestos de indignidad del heredero relacionados con la muerte violenta del *de cuius* en las fuentes romanas y su recepción de códigos posteriores», en J. García Sánchez (dir.), A. Murillo Villar, M. O., Gil García (coord.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 8, Derecho de sucesiones, BOE, 2021, pp. 673 y ss. En D. 29.5, en sede de sc. Silaniano, se recogen supuestos relativos al incumplimiento del deber de venganza por el heredero como D. 29.5.9; D. 29.5.15; D. 29.5.18; D. 29.5.21; D. 29.5.22; D. 29.5.26. Pero también se hallan disperso en otros libros, como D. 34.9.17; D. 34.9.21 o D. 49.14.29.2.

12. MARLASCA, O., «Algunos supuestos de indignidad...», *cit.*, p. 680. Se liberan de esa obligación los menores de 25 años, C. 6.35.6, o si fue imposible hallar a los autores, C. 6.35.7, o el heredero que desconoce la muerte violenta por el heredero, D. 34.9.17.

del Fisco. No obstante, en *Pauli Sententiae* 3.5.2 la *ultio necis* se fusiona con la normativa del sc. Silaniano.¹³

Además del asesinato del testador,¹⁴ el Derecho clásico conoció numerosas causas de indignidad, entre las que podemos mencionar: la violencia o el dolo para impedir la redacción del testamento o sus modificaciones,¹⁵ la omisión de auxilio que causara la muerte,¹⁶ la asunción indebida de un fideicomiso tácito,¹⁷ la denuncia de actividades ilícitas del patrono¹⁸ o la sentencia por acusación de falsedad testamentaria por un heredero intestado.¹⁹

13. ESPÍN MARTÍNEZ, A., «La indignidad sucesoria romana y su evolución jurídica hasta la regulación actual del artículo 756 del CC. español», en J. García Sánchez (dir.), A. Murillo Villar, M. O. Gil García (coord.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 8. Derecho de sucesiones, BOE, 2021, pp. 793-812, p. 797. Este autor concentra su estudio en el asesinato del causante, el incumplimiento de la obligación de venganza (en Derecho clásico este incumplimiento consiste en la no persecución judicial contra los asesinos), la adición de la herencia en caso de asesinato del causante antes de que los esclavos del asesinado hayan sido sometidos a la tortura según la disposición del sc Silaniano. En la indignidad por causa de muerte la principal consecuencia penal era la pena capital para quien realizaba la conducta. En cuanto a los efectos patrimoniales, si el indigno había adquirido los bienes debía devolverlos al Fisco, con frutos e intereses, equiparado al poseedor de mala fe (Bonfante). Pierde igualmente todo el derecho sobre los bienes que le son sustraídos y también sobre los bienes confundidos con su patrimonio, que pasan al Fisco.

14. D.48.20.7.4 (Paul. *libr. sing. de port. quae liberis damnat.conceduntur*).

15. MARLASCA, O., «Sentido histórico de la indignidad sucesoria...», *cit.*, pp. 703-724. En D.29.6 (*Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*) se recogen algunos textos de juristas que tienen relación con el mencionado tema como en C.6.34.1; C.6.34.3; C.6.34.4. Según NARDI, E., *I casi di indegnità...*, *cit.*, p. 213, en C.6.34.1 se advierte de que esta modalidad de violencia testamentaria, además de constituir un ilícito civil, puede ser un ilícito penal, por lo que no sería suficiente el resarcimiento de los daños. También *Pauli Sententiae* 5.12.2 considera indigno a quien prohíbe a otro hacer testamento.

16. D.34.9.3 (Marc. 5 reg.).

17. D.35.2.59 pr.-1 (Mod. 9 *pand.*).

18. D.34.9.1 (Marc. 6 *inst.*); D.34.9.5.20 (Paul. 1 de *iure fisci*).

19. C.6.35.8. Se pretendía evitar la utilización de denuncias con pocas oportunidades de prosperar y con finalidad dilatoria de los procedimientos hereditarios, como en el supuesto del hijo que había pedido la *bonorum possessio contra tabulas* del padre, pero luego aceptaba ser sustituto de su hermano. O los comportamientos procesales ilícitos en una *querella inofficiosi testamento*.

El elenco de comportamientos indignos se ampliaría a los actos procesales ilícitos del tutor,²⁰ a las donaciones nulas entre parientes,²¹ a la acusación del heredero sustituto por suposición de parto,²² al planteamiento de controversias sobre el *status* del fallecido²³ o a la sustracción del testamento paterno.²⁴

Puestos a buscar elementos comunes a las variadas causas de indignidad, podríamos concluir que muchas respondían a motivaciones de índole social o económica, tendencia que se consolidaría en la etapa postclásica²⁵ cuando se abrió la posibilidad de anular la institución de heredero por actos contrarios a la memoria del testador, pero entregando los bienes a los legatarios sin que los asumiera el Fisco. De hecho, la crisis económica del siglo III y la profunda reforma fiscal del emperador Diocleciano incidieron en la regulación de la indignidad, pues la inflación, la inestabilidad y los excesivos gastos militares resultaron aliviados con la recepción por el Estado de los *bona ereptoria*, un régimen que mantuvo el emperador Constantino.²⁶ Por otro lado, el Fisco incentivaba a los parientes para que ejercieran como delatores identificando a los indignos de suceder, sin olvidarnos de las ventajas en casos de auto denuncia por parte del heredero,²⁷ al permitirle conservar un tercio de la herencia mientras que se producía la *ereptio* fiscal del resto.

Volterra aisló dieciocho causas de indignidad referidas a la etapa imperial que, como veremos, acabaron teniendo su reflejo en la compilación justiniana:²⁸ atentados contra la vida o el honor de la persona fallecida; comportamientos contrarios a la última voluntad del difunto; oposición del heredero al estatus personal del causante; acusación del liberto contra su patrono difunto por haber traficado con mercancías prohibidas movido por el afán de conseguir el premio que se daba a los

20. D. 34.9.22 (Tryph. 5 *disput*).

21. D. 39.5.29. 2 (Pap. 10 *resp.*) y D.39.5.0 (Marc. *lib. sing. de delat.*).

22. D. 34.9.16 pr. (Pap. 8 *resp.*).

23. D. 34.9. 9.1 (Ulp. 14 *ad legem Iuliam et Papiam*).

24. D. 48.10.26 (Marcell. 30 dig.).

25. D. 34.9.15 (Pap. 6 *resp.*).

26. C. Teodosiano 10.11.1.

27. D. 34.9.18 (Pap. 15 *rcsp*); D. 34.9.9 (Ulp. 14 *ad legem Iuli. et Pap.*); D. 34.9.10 (Gai. 15 *ad legem Iuliam et Papiam*).

28. VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *cit.*, p. 703.

delatores; impugnación injusta de un testamento como inoficioso o falso; el matrimonio del tutor con la pupila; el matrimonio del magistrado con mujer de la provincia; el matrimonio entre adúlteros; la enajenación total de la herencia o de parte de ella, en vida del causante sin conocimiento de este; la *ultio necis*; la aceptación de la herencia contraviniendo lo dispuesto en el sc. Silaniano; la sustracción de los bienes hereditarios; la promesa secreta al testador de transmitir la herencia o parte de ella a un incapaz; la destrucción del testamento a fin de suceder abintestato liberándose del pago de los legados; la acusación por el sustituto pupilar a la madre del impúber de suposición de parto con el fin de quedarse con la herencia, siendo vencido en el juicio correspondiente; la violencia o el dolo al causante que realizara testamento o cambiarlo para hacerse con la herencia legítima o testamentaria o el hecho de excusarse de la tutela del hijo del testador.²⁹

En definitiva, el elenco de causas de indignidad³⁰ permite su agrupación en aquellas que suponen un comportamiento indebido hacia la persona del difunto, las que significaban un comportamiento contrario a la última voluntad del difunto o las conductas ilícitas que no necesariamente eran lesivas al difunto o a su memoria. Y, una vez que el indigno adquiriera la herencia, puede concluirse, como hace la mayoría de la doctrina, que la indignidad sucesoria excluiría el *ius adcrescendi*, porque si bien quedaba libre una porción hereditaria, la cuota del indigno suele atribuirse al Fisco y falta el presupuesto necesario de cuota vacante. Por otro lado, el heredero indigno, como se puede observar en el texto de Paulo D.28.6.43.3, continuaba siendo heredero en ciertas relaciones.³¹

29. DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A., y PUCHE PALAO, E., «La indignidad para suceder en los rescriptos de Diocleciano. La necesidad de denuncia de la muerte violenta del *de cuius*», en M. T. Duplá Marín, P. Panero Oriá (coords.), *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, Marcial Pons, 2018, pp. 183-190, se refieren a la clasificación del profesor Panero que agrupó las causas de indignidad en los siguientes grupos: las que se dirigen contra la persona del *de cuius*, las que se dirigen contra su voluntad y un tercer grupo de comportamientos ilegales.

30. SAMPER, F., *Derecho romano*, Edit. Guzmán, 1983, p. 234.

31. FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, B., «*Ius adcrescendi* e indignidad sucesoria en Roma y en el Derecho actual», en J. García Sánchez (dir.), A. Murillo Villar, M. O. Gil García (coord.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 8. *Derecho de sucesiones*, BOE, 2021, pp. 829-844.

Una vez que el cristianismo recibió el reconocimiento como religión oficial del Imperio, comenzaron a proliferar las causas de indignidad ligadas a la concepción cristiana de la familia y del matrimonio. Los padres de la Iglesia estigmatizaron ciertas actuaciones en el ámbito de los deberes familiares o del matrimonio que tenían su consiguiente reflejo en la legislación de la sucesión hereditaria. Célebre fue el sermón *De viduiis*, pronunciado por san Ambrosio en el año 377,³² pues las segundas nupcias, siempre favorecidas por la legislación pagana con el fin de incrementar la natalidad, no fueron bien recibidas por el cristianismo, sobre todo, en cuanto a las mujeres viudas. Así se aprecia en Código Teodosiano 3.9.1, dirigida por los emperadores Arcadio y Honorio a Asterio, *comes orientalis*, en el año 398.

C. Teodosiano, 3.9.1: «*Aperta definitione signamus longe aliud esse, quod de rebus ante nubtias a nostra mansuetudine constitutum est, aliud, quod de his, quae ex patrimonio proprio vir suo arbitrio ad usumfructum uxori derelinquit. Nam in eo usufructu, quem vir extremam constituens voluntatem de rebus propriis uxori dimiserit, statim post secundas nubtias mulieri volumus imminere iacturam secundum eam legem, quae de hoc articulo non dubitatur emissa, de usufructu vero rerum ante nubtias donatarum ea servari, quae saluberrima lex anterior plena definitione decrevit.*

Interpretatio. «*clara interpretatione has duas sententias explanavit, ut praeter sponsaliciam donationem, si maritus moriens de patrimonio suo usumfructum reliquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat, ita ut si mulier postea alio viro nupserit, mox usumfructum ex testamento acquisitum filiis eius refundat, a quo usumfructum fuerat consecuta: usumfructum vero de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinebit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, proprietatis reditura est.*

Los hijos de la viuda que volviera a contraer matrimonio adquirirían por representación los bienes procedentes de la herencia de su padre, solución en la línea iniciada siglos atrás que dirigía los bienes de la persona indigna a ciudadanos particulares, sin culpa del comportamiento del heredero, en lugar de engrosar las arcas del Fisco. En tiempos

32. GUASCO, A., *L'indegnità...*, cit., p. 89, nt. 27-28.

de Constantino se optaba en la mayoría de los casos por devolver a los particulares los bienes de los indignos, bien a través de donaciones, bien a título oneroso, para que no cargaran con las consecuencias de los viciados comportamientos ajenos.

II. LA INTERVENCIÓN JUSTINIANEA EN LA REGULACIÓN DE LA INDIGNIDAD

En D. 34.9 (*De his quae ut indignis auferuntur*) y en C. 6.35 (*De his quibus ut indignis auferuntur et ad sc. Silanianum*) el emperador Justiniano realizó un destacable intento de recoger los supuestos antiguos de indignidad para suceder y sistematizarlos, mientras que en C. 6.51 (*De caducis tollendis*) desterraba de su legislación la que él denominó «materia de bienes caducos, nacida de las guerras civiles». Con intención, el emperador explica que la legislación caducaria había sido reformada en numerosas ocasiones por los anteriores príncipes hasta que cayó en el desuso, y comenta que «desagrado aun a los mismos más instruidos jurisconsultos, los cuales inventaban muchos caminos para que no se llegase a la condición de caducidad». Pero ahora él, en su magnanimidad, extendía el beneficio que tenían los ascendientes y los descendientes del testador hasta el tercer grado a todos los súbditos instituidos herederos. Estas fueron sus palabras al Senado de la ciudad de Constantinopla, en relación con la abolición de las leyes caducarias:

C. 6.51.1.12: «*Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum sive in alias personas perveniant*».

Si bien los compiladores justinianos agruparan los diversos supuestos de indignidad, de entidad y autonomía muy variadas en D. 34.9 y en C. 6.35,³³ en el *Digesto*, en el *Codex* y en las *Novelas* se encuentran

33. Según REYMUNDO, B. M., *La sistematización...*, cit., p. 10, D. 34.9 se inspira en las Instituciones de Marciano mientras que C. 6.34 descendería del edicto pretorio. Por su parte, NARDI, E., *I casi...*, cit., p. 340, encuentra antecedentes en *Pauli Sententiae*, 5.12, Código Teodosiano, 11.30.26 y en los Códigos Hermogeniano y Gregoriano al tratar el sc. Siliano.

dispersas muchas otras normas sobre la indignidad. Por ejemplo, el emperador se interesó en la Novela 22 por la indignidad de las viudas, siguiendo la línea de C.5.9.1 constitución dirigida por los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio a Eutropio en el año 380.

La grave sanción no era solo económica, sino también social y religiosa pues, si la viuda incumplía el *tempus lugendi* (diez meses de luto)³⁴ era declarada infame, algo que se recogía desde antiguo en el edicto del pretor para las esposas de los traidores o de los enemigos públicos. Y la infamia llevaba aparejada la limitación de la *testamentifactio activa* de la mujer.

La norma impedía que la viuda indigna dispusiera con libertad de sus bienes para dejárselos a su segundo marido, evitando con ello que el patrimonio del primer esposo acabara en manos de extraños, como los futuros hijos de las segundas nupcias. Una vez más, la indignidad de los progenitores no debía perjudicar a los parientes, en un nuevo ejemplo de que la *ereptio* no siempre favorece al Fisco sino a los descendientes de la persona declarada indigna.³⁵ Así, se llamaría a los hijos del primer marido para hacerse con los bienes de la madre indigna y, en ausencia de descendientes, se haría una deducción de los bienes siguiendo el orden de llamamientos del edicto pretorio. Finalmente, entraría el Fisco en acción.

34. GARCÍA SÁNCHEZ, J., «Algunas consideraciones sobre el *tempus lugendi*», *RIDA*, 23, 1976, pp. 141 y ss.; LÓPEZ PEDREIRA, A., «*Tempus lugendi* y *secundae nuptiae* en derecho romano», *RIDROM*, 2013, pp. 332-381; CAMACHO, F., *La infamia en el Derecho Romano*, Alicante, 1997, p. 84; VOLTERRA, E., «Un'osservazione in tema di impedimenti matrimoniali», *Studi in memoria di Aldo Albertoni I*, Padova, 1935, pp. 401-421; *Scritti Giuridici*, I, 1991, pp. 477-497.

35. Otras disposiciones en el mismo sentido: C. 5.9.3 pr.1-2 del año 382: «*His etiam amittendis, quae prior maritus ei suprema reliquerit voluntate, quamquam haec, quae mulieri a priore viro relinquuntur et per immaturum matrimonium vacuata esse coeperunt, primo a decem personis edicto praetoris enumeratis, id est adscendentibus et descendentibus et ex latere usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde praesumi a fisco iubemus*»; C.5.9.5 del año 439: «*Generaliter censemus, quoquo casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt servare sanxerunt, isdem casibus maritum quoque quae de bonis mulieris ad eum devoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto communibus liberis servare, nec interesse, si alter pro marito donationem ante nuptias vel pro muliere dotem crediderit offerendam*».

Trascendiendo la labor recopilatoria, la verdadera innovación justinianea se aprecia en la Novela 115.3 cuya relevancia³⁶ radica no solo en la acogida de los supuestos clásicos y posclásicos de indignidad sino en la introducción de nuevas causas que pasarán a la tradición jurídica italiana y europea como legitimadoras de la desheredación sin que el testador incumpla con el *officium pietatis*. A la vista de los supuestos incluidos, desde luego es innegable que el emperador dedica bastante espacio a ciertas causas ligadas a la concepción cristiana de la familia y del matrimonio:³⁷

Novela 115.3 pr.: «*Aliud quoque capitulum praesenti legi addendum esse perspeximus. Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcumque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsitan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo, inseruerint testamento. Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae. Sunt, aliquae vero cum essent dignae praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quae huius constitutionis serie continentu*».

Justiniano acerca, en realidad, dos instituciones diferentes, la indignidad y la desheredación. La primera podía afectar a cualquier heredero testamentario o legítimo con un comportamiento reprochable, mientras que la desheredación solo regía en la sucesión testada en relación con personas cercanas al testador. Y, por lo que se refiere a los indignos, el emperador decide conservar las disposiciones antiguas posicionándose en la mayoría de las ocasiones a favor de la llamada a

36. LANATA, G., *Legislazione e natura delle Novelle giustinianee*, Napoli, 1984, p. 221 y ss.; PULIATTI, S., *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II. II. Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, Milano, 1991, p. 310.

37. BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano III. La familia, rapporti patrimoniali, diritto pubblico*, Milano, 1954, pp. 69 y ss., 327 y ss.

la sucesión a los descendientes, pero conservando la *ereptio* fiscal para ciertos supuestos.

El elenco de causas recogido en la Novela 115.3, que deben escribirse y probarse, es el siguiente:

- §1. Si alguno hubiere puesto las manos en sus ascendientes.
- §2. Si les hubiere inferido injuria grave y deshonrosa.
- §3. Si los hubiere acusado en causas criminales, que no son contra el príncipe o contra la república.
- §4. Si como malhechor viviere con malhechores.
- §5. Si hubiere intentado atentar a la vida de sus ascendientes con veneno o de otro modo.
- §6. Si el hijo hubiere tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina de su padre.
- §7. Si el hijo hubiere sido delator contra sus ascendientes, y con su delación hubiere hecho que ellos soportaran graves quebrantos.
- §8. Si el ascendiente estaba preso y los descendientes varones no hubieren querido ampararlo con su fianza.
- §9. Si el descendiente prohibió al ascendiente hacer testamento. En este supuesto, si finalmente logró testar, puede desheredarlo.
- §10. Si contra la voluntad de sus ascendientes el hijo se hubiere asociado con atletas o mímicos, y permaneciere en esta profesión, a no ser que también los ascendientes fueren de la misma profesión.
- §11. Si a algún ascendiente que quiso dar por su hija o nieta la dote con arreglo a los recursos de sus propios bienes, ellas hubieren preferido llevar una vida lujuriosa. Pero si la hija hubiere llegado a la edad de veinticinco años y sus padres difirieron del matrimonio, si ella, sin el consentimiento de sus padres se unió a un hombre, no se la considera ingrata.

Nos detendremos en los últimos supuestos, §12 y §13, sobre la desatención al furioso o al cautivo, y, sobre todo, §14, sobre la indignidad de los herejes.

Novela 115.3.12:³⁸ *«Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus*

38. AZAUSTRE, M. J., «La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las leyes 41/2003 y 15/2015», *RIDROM*, 18, 2017, pp. 242-348.

alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit neglegentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento. Si autem in furoris morbo eum detentum extraneus aliquis viderit <a> suis neglectum liberis vel cognatis aut aliis ab eo scriptis heredibus et pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licentiam adtestationem eis qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si autem post huiusmodi adtestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumptibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum qui obsequium ac diligentiam furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successionem pervenire decernimus, evacuata institutione eorum utpote indignorum, qui furioso, sicut diximus, curam praebere neglexerunt, ita tamen ut cetera testamenti capitula in sua maneant firmitate».

Por un lado, el furioso que se recuperaba podía incluir como ingratos a los parientes negligentes y dejar la herencia a los descendientes o a los cognados que le hubieren prestado el auxilio y el cuidado. Por otro, se contemplaba el supuesto de que un extraño percibiera la desatención de un furioso y, por misericordia, cuidara de él, aunque se dirigiera por escrito a los llamados a la herencia para que se apresuraran a hacerse cargo del incapaz. Si después de ser advertidos lo desatendieron y se probara que el extraño cuidó del furioso en su casa, se invalidará por indignidad la sucesión de los parientes y el extraño entrará en la herencia.

Inmediatamente a continuación, y en el mismo sentido, se incluye como causa de desheredación y de indignidad para suceder la ingratitud de los parientes del cautivo. En este extenso supuesto se sanciona a quienes, conociendo el cautiverio de un pariente, no hicieron esfuerzos por liberarlo pagando el rescate.

Novela 115.3.13: «*Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in eius sit potestate, utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere; si autem per liberorum neglegentiam vel contemptum non fuerit liberatus et in captivitate decesserit, illos ad successionem eius venire non patimur, qui non festinaverunt eius*

redemptionem procurare, sed omnibus liberis in hoc negligentibus res universas ab eodem relictas ecclesiae civitatis ex qua oritur applicari, inventario scilicet sub publica adtestatione celebrando, ne quid ex eius facultatibus pereat, ita ut quicquid exinde ad ecclesiam pervenerit, captivorum redemptioni proficiat».

Los bienes del causante se entregaban a la Iglesia de la ciudad en la que residía el cautivo para que se hiciera efectivo el rescate de algunos prisioneros con dicha herencia, compensando el mal proceder de los herederos. En este caso se igualan la negligencia y el menosprecio de los descendientes que se quedan sin heredar, aunque figuren en el testamento. Era necesario formalizar un inventario público para que no se perdieran los bienes.

Si el cautivo no tuviese descendientes, los llamados a suceder por testamento estaban igualmente obligados al rescate, y de no hacerlo, también perderían los bienes en favor de las iglesias de las ciudades de que eran oriundos, utilizándolos para la redención de cautivos. Ahora bien, se contemplan algunas exenciones, como la escasa edad del heredero o la ausencia de recursos económicos:³⁹ las sanciones no rigen para los menores de dieciocho años de edad a quienes incluso se permite tomar dinero en mutuo o hipotecar bienes propios o del cautivo, aunque probando que se gasta el dinero obtenido en la redención. Al regresar, el cautivo tendrá como válidos tales contratos como si fueran deudas propias:

Novela 115.3.13: *«Hanc autem poenam contra illos valere iubemus qui octavum et decimum aetatis suae annum compleverint. In huiusmodi vero causis, quando pro captivorum redemptione necessarium fuerit dari pecunias, si quis proprias pecunias non habuerit, licentia erit ei, si memoratae sit aetatis, mutuandi pecunias et res mobiles vel immobiles supponendi, sive ipsius propriae sint sive illius qui in captivitate detinetur, quoniam in praedictis omnibus, quae pro captivorum redemptione data vel expensa probabuntur, contractus huiusmodi tamquam a persona suae potestatis et legitimae aetatis factos ita firmos esse decernimus, nullo eis qui cum huiusmodi personis in memoratis causis quo praedictum est modo contraxerunt praeiudicio*

39. NARDI, E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1982, pp. 211 y ss.; REYMUNDO, B. M., *La sistematización...*, cit., p. 135 y ss.

generando: necessitatem scilicet habente eo qui ex captivitate redierit tales contractus ratos habere et eis tamquam suis debitis obligari».

Sobre el apartado §14, la indignidad de los descendientes herejes, trataremos detenidamente en el próximo epígrafe, concluyendo la Novela con el siguiente párrafo:

Novela 115.3.15: *«Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive quamlibet unam parentes testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam firmitatem habere decernimus; si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinquere vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis quibus fuerunt derelicta, ut tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Et haec quidem de parentum ordinavimus testamentis».*

Así pues, si los testadores incluyeron alguna causa de ingratitud de las recogidas en las leyes que no fueran verdaderas, no se debe ocasionar perjuicios a los hijos desheredados, quienes recibirían los bienes por la sucesión intestada para no ser afectados por falsas acusaciones. Por otro lado, si se dejaran algunos legados, fideicomisos, libertades o nombramientos de tutores, dichos testamentos serían válidos en esas cláusulas.

En paralelo a lo dispuesto en la Novela 115.3, Justiniano sanciona a continuación, en la Novela 115.4, la ingratitud de los ascendientes hacia los descendientes, repitiendo prácticamente los mismos supuestos, e incluyendo otros nuevos:

§1. Los ascendientes que entregan a sus descendientes para que pierdan la vida, excepto que se tratara de supuestos de *maiestas*.

§2. Los padres que atentaron contra la vida de sus hijos con venenos, maleficios, o de otro modo.

- §3. El padre que mantuvo relaciones con la nuera o con la concubina de su hijo.
- §4. El padre que prohibía a sus hijos hacer testamento de bienes sobre los que tienen facultad de testar.
- §5. El padre que envenenó o atentó contra la madre (o viceversa).
- §6. El padre que no cuidó a los hijos furiosos.
- §7. El padre que no rescató a sus hijos cautivos, agnados o cognados.
- §8. La herejía de los ascendientes.

Y concluye de la siguiente forma:

Novela 115.4.9: «*Si tales igitur causas vel certas aut unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes aut certas aut unam ex his approbaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur res eius dari disponimus, legatis videlicet sive fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem aut pro legatis sive fideicommissis aut libertatibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere. Et hae quidem exheredationis aut praeteritionis poenae quantum ad ingratitude causas contra praedictas personas statuendae sunt; si quae autem ex his inter crimina reputantur, earum auctores etiam alias poenas sentiant legibus definitas*».

III. NOVELA 115.3.14: LA HEREJÍA COMO CAUSA DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER

En los primeros años tras la muerte de Jesús de Nazaret, los primitivos cristianos gozaron de una cierta libertad al ser confundidos con los judíos. Sin embargo, en tiempos de Nerón comenzaron las persecuciones, pues el cristianismo, según los romanos, socavaba las tradiciones y los cimientos del mundo antiguo con su doctrina de caridad e igualdad, en especial, por la importante masa de esclavos cristianos y la

negación al culto a la persona del Emperador. También Domiciano, Trajano o Marco Aurelio los culpabilizaron como enemigos de la religión oficial y del Imperio. Los primeros padres de la Iglesia, los apologistas, defendieron a los cristianos de los ataques recibidos de los judíos y paganos: Justino,⁴⁰ Tertuliano,⁴¹ Clemente⁴² y Orígenes⁴³ fueron fecundos

40. RUIZ BUENO, D., *Padres Apostólicos y Apologistas Griegos*, Madrid, BAC, pp. 1109-1111. Nacido en Siria (100/114), Justino se inició en la filosofía en la escuela estoica, transitó por la escuela peripatética y los pitagóricos lo rechazaron. Finalmente, se inclinó hacia el platonismo concentrado en la metafísica y en la búsqueda del Dios. Tras su conversión fundó su propia escuela filosófica, el *Didascaleo* romano, tendiendo puentes con el judaísmo y con el paganismo, desde la idea de que Cristo era la encarnación del *Logos*. En su *Diálogo con el rabino Trifón* se discutía la legalidad y la racionalidad del cristianismo, la interpretación del Antiguo Testamento, la naturaleza de Dios a la luz de la fe y de la filosofía, el sacrificio de animales como ofrenda a Dios y otros temas. Mártir condenado a muerte en Roma (162/168) por el prefecto Quinto Junio Rústico por negarse a hacer sacrificios a los dioses romanos, en sus *Apologías* se dirige a las autoridades para explicar la injusticia de las persecuciones al cristianismo. Y exhorta al emperador a no atender a las calumnias y acusaciones, explicando en detalle las creencias, los ritos y las costumbres cristianas.

41. Prolífico escritor, vivió en Cartago y se convirtió al cristianismo alrededor del año 197, pero hacia el año 207 se separó de la Iglesia local y se unió al grupo religioso de Montano. Tertuliano continuó su lucha contra la herejía, especialmente contra el gnosticismo. Fue maestro de Cipriano de Cartago, el predecesor de Agustín. Entre sus obras destacan *Apologeticus pro Christianis*, *Ad Martyres*, *De Spectaculis*, *De Idolatria*, *De Oratione*, *De Baptismo*, *De Poenitentia*, *De Patientia*, *Ad Uxorem libri duo*, *Adversus Gnosticos Scorpiace*, *Adversus Praxeam*, *Adversus Hermogenem*, *Adversus Valentinianos* o *Adversus Judaeos*.

42. RUIZ BUENO, D., *Padres apostólicos y apologistas ...*, cit., pp. 3-5. Clemente, fue obispo de Roma, «tercero después de los Apóstoles», en el año 88, falleciendo en el año 97. Mártir de la Iglesia, su único escrito conservado es la *Epístola a los Corintios* donde se aprecia que provenía de ambientes culturales judeo-helenísticos y era experto en el Antiguo Testamento, como también en literatura y filosofía paganas. A raíz de las disputas durante el reinado del emperador Domiciano en el seno de la Iglesia de Corinto, quiso evitar las sublevaciones contra la autoridad eclesiástica, unificando las diferencias y reparando el escándalo que se estaba dando a los paganos.

43. MOLINÉ COLL. E. *Los padres de la Iglesia: Una guía introductoria*, Ediciones Palabra, 1995, pp. 151 y ss. Orígenes de Alejandría (c.184-c.253) escribió unos 2000 tratados sobre múltiples ramas de la teología, incluyendo crítica textual, exégesis bíblica y hermenéutica bíblica, homilética y espiritualidad. A los dieciocho años se convirtió en catequista en la Escuela de Alejandría y adoptó un estilo de vida ascético. Se enfrentó a Demetrio, obispo de Alejandría, que lo condenó. Orígenes

autores que emplearon explicaciones sistémicas en la defensa de la ortodoxia. En la Iglesia griega destacaron san Basilio, san Gregorio Nacianceno y san Juan Crisóstomo y, entre los padres latinos, san Ambrosio (340-397) en la sede de Milán, que intervino en la conversión de Agustín de Tagaste⁴⁴ (350-430) y san Jerónimo (346-420) que después de ejercer en Roma marchó a Belén, donde redactó la versión latina de las Sagradas Escrituras conocida como *La Vulgata*.

Puesto que el cristianismo primitivo carecía de una escuela de pensamiento, se produjo la inmisión de las escuelas filosóficas. Oriente mantuvo por mucho tiempo su importancia en el desarrollo del cristianismo por la presencia de importantes centros culturales y políticos como Alejandría, Antioquía, Cesarea o Edesa. Cada uno tomó su propia personalidad y sus principales representantes adoptaron para sus escuelas catequistas recursos de lenguaje e ideas de los autores clásicos.

fundó la Escuela cristiana de Cesarea, donde enseñó Lógica, Cosmología, Historia Natural y Teología y fue considerado por las iglesias de Palestina y Arabia como la máxima autoridad en todos los asuntos de teología. Mártir de la persecución de Decio, fue el primero en proponer la teoría redimitoria y contribuyó significativamente al desarrollo del concepto de la Trinidad. Su tratado *Sobre los primeros principios* expuso sistemáticamente los principios de la teología cristiana, y la *Hexapla* fue la primera edición crítica de la Biblia hebrea, el texto hebreo original y cinco traducciones griegas diferentes. Pero es *Contra Celsum*, el filósofo pagano, su obra más influyente de la apologética cristiana primitiva.

44. MIQUEL PERICÁS, E., «El contexto histórico y sociocultural», en R. Aguirre Monasterio (Direct.), *Así vivían los primeros cristianos: evolución de las prácticas y las creencias en el cristianismo de los orígenes*, Ed. Verbo divino, 2017, pp. 49-98. Nació en Túnez, hijo de un distinguido ciudadano y de madre cristiana y recibió una esmerada educación. Versado en letras y en filosofía antigua dio clases de elocuencia en Cartago, hasta que sus inquietudes culturales lo llevaron a Roma. Estudió a Cicerón y a los filósofos de diferentes religiones y durante algunos años adoptó el maniqueísmo. Su acercamiento al neoplatonismo, doctrina basada en el ascetismo y en la unión espiritual con el Ser Supremo, lo condujo hacia el cristianismo, convirtiéndose en Milán. Más tarde se ordenaría sacerdote y posteriormente fue elegido obispo de Hipona. Murió en el año 430 y es considerado el más importante componente de la patrística primitiva de la Iglesia después de los propios apóstoles. El dogma del pecado original es el resultado de las meditaciones sobre el libre albedrío, y desarrolló toda la filosofía de la historia de la Iglesia en su obra *Civitas Dei*. En sus *Confesiones*, que escribió en edad madura, siendo ya obispo, revela su combate contra las tentaciones de naturaleza sensual.

Fue entonces cuando se discutió la naturaleza divina y humana de Jesús y su condición de redentor.⁴⁵

Las primeras herejías fueron el gnosticismo, maniqueísmo, la herejía ofidiana, el nestorianismo, el arrianismo, o la herejía monofisita.⁴⁶ También la apostasía de Juliano, resultado de una forzada educación cristiana.

La herejía promovida por Arrio, obispo de Alejandría, defendía la supremacía de Dios Padre y mantuvo que el Hijo de Dios era una creación hecha de la nada. Al concilio de Nicea en el año 325 acudieron a apoyar a Arrio veintidós obispos, liderados por Eusebio de Nicomedia, pero fue denunciado como blasfemo por la mayoría de los participantes, liderados por Alejandro de Alejandría, que mantenían la noción de que Cristo era coeterno y consustancial con el Padre. Fueron dos meses de debate entre los dos bandos usando citas de las Sagradas Escrituras para justificar sus posiciones respectivas, que concluyeron con la condena al arrianismo y la aprobación del Credo redactado por Atanasio, que había sufrido su propio destierro en su lucha contra el arrianismo. Esta herejía tuvo una gran difusión y fue adoptada por los visigodos.

Por su parte, el también obispo Nestorio negaba que María fuera la Santísima Virgen Madre de Dios, porque Dios es eterno y su existencia infinita, de forma que no podía precederlo ningún otro ser. Como a Dios no le había sido dado nada por nadie, la Iglesia distinguía dos naturalezas de Jesús: la divina y la humana, siendo María la madre de la naturaleza humana.⁴⁷ El nestorianismo fue condenado en el Concilio de Éfeso del año 431.

45. OLIVER SOLA, M. C., «Recepción histórica de Derecho romano», *RIDROM*, 11, 2013, pp. 651-769, p. 680.

46. KUNG, H., *El cristianismo*, trad. V. Abelardo Martínez de Lopera, Madrid, Ed. Trotta, 2021, pp. 190-193.

47. A los nestorianos se dedica la siguiente constitución: C.1.1.3.2: «*Praeterea sancimus, ut qui affectant impiam Nestorii fidem, vel nefariam eiu; doctrinam sectantur, si episcopi vel clerici sint, ab ecclesiis ciicantur, sin laici, anathematizentur; licentiam habituris orthodoxis, qui volunt et piam nostram legislationem sequuntur, absque metu et damno eos propalare et accusare. 3. Quoniam vero pervenit ad pias nostras aures, a quibusdam doctrinas conscriptas fuisse et editas ambiguas neque accurate congruentes or thodoxac fidei, expositae a sancta synodo eorum sanctorum patrum, qui Nicaeae et Ephesi convenerunt, et a Cyrillo pia me-*

La doctrina de Eutiques, el monofisismo, fue otra de las llamadas *herejías cristológicas*, pues negaba la dualidad de las dos naturalezas en Jesús afirmando solamente la divina. Fue declarada herética en el año 451, por el Concilio de Calcedonia.

Bajo el Gobierno de Justiniano y en las postrimerías del siglo VI, algunos grupos de cristianos suscitaban todavía doctrinas que se apartaban del dogma ortodoxo de la Iglesia, pese a favorecerse las conversiones, las exhortaciones y concederse privilegios. Puede decirse que Justiniano actuó como digno heredero de Constantino el Grande, discutiendo problemas religiosos y siendo halagado como un gran teólogo.⁴⁸ Fue el verdadero jefe de la Iglesia e impuso sus opiniones en materia de fe, despojando de todos los derechos civiles y políticos a los herejes. Una de sus medidas más contundentes tuvo lugar en el año 529, cuando mandó cerrar la Escuela de Filosofía de Atenas, para que solo la doctrina ortodoxa fuera tenida en cuenta por los creyentes.

Si trasponemos todos estos datos a la esfera jurídica, nos encontramos que el *Codex* comienza con C. 1.1.1-8, *De summa trinitate et de fide catholica et ut nemo de ea publice contendere audeat*, una serie de constituciones que suponen una auténtica declaración de intenciones del emperador acerca de su fidelidad a la doctrina conciliar. Como se aprecia en la constitución de apertura, de los emperadores Graciano, Valentiniano a Teodosio (año 380):

C.1.1.1: «*Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostulum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est ut secundum apostolicam doctrinam evangelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub pari maiestate et sub pia trinitate credamus. 1. Hanc legem sequentes christianorum*

moriae, magnae Alexandriae civitatis quondam episcopo, iubemus, huiusmodi scripta, sive antea sive nunc facta, potissimum autem ea, quae Nestorii sunt, comburi et perfecto interitui tradi, ita ut in nullius cognitionem veuiant; his qui talia scripta aut tales libros habere aut legere sustinuerint, ultimum supplicium experituris; ceterum nulli patere licentiam, praeter fidem, ut diximus, Nicaeae et Ephesi expositam, aliquid dicere vel docere».

48. MIQUEL PERICÁS, E., *El contexto histórico y sociocultural...*, cit., p. 68.

catholicorum nomen iubemus amplecti, reliquos vero dementes vesanosque iudicantes haeretici dogmatis infamiam sustinere, divina primum vindicta, post etiam motus nostri, quem ex caelesti arbitrio sumpserimus, ultione plectendos».

A continuación, se inserta una constitución de los mismos emperadores (año 381), sobre la persecución de las herejías:

C.1.2: «*Nullus haereticis mysterious locus, nulla ad exercendam animi obstinatoris dementia pateat occasio. Sciant omnes, etiamsi quid speciali quolibet rescripto per fraudem elicitum ab huiusmodi hominum genere impetratum sit, non valere. Arceantur cunctorum haereticorum ab.1. Is autem nicaenae adsertor fidei et catholicae religionis verus cultor accipiendus est, qui omnipotentem deum et Christum filium dei uno nomine confitetur, deum de deo, lumen ex lumine, qui spiritum sanctum, quem ex summo rerum parente speramus et accipimus, negando non violat, apud quem intemperate fidei sensu viget incorruptae trinitatis indivisa substantia, quae Graeco verbo ousia recte credentibus dicitur. Haec profecto nobis magis probata, haec veneranda sunt. 2. Qui vero isdem non inseruiunt, desinant adfectatis dolis alienum verae religionis nomen adsumere et suis apertis criminibus denotentur: ab omnium submoti ecclesiarum limine penitus arceantur, cum omnes haereticos illicitas agere intra oppida congregaciones vetemus. Ac si quid eruptio factiosa temptaverit, ab ipsis etiam urbium moenibus exterminato furore propelli iubemus, ut cunctis orthodoxis episcopis, qui nicaenam fidem tenent, catholicae ecclesiae toto orbe reddantur».*

La visión cristiana del Derecho del emperador Justiniano y su obsesión por condenar las herejías se manifiesta en el campo de la sucesión *mortis causa* y, por lo que se refiere a la indignidad para suceder, en la Novela 115.3.14. El emperador introdujo como nueva causa la no profesión de la fe católica por los descendientes del fallecido, así como la negación de los cánones conciliares de Nicea, Constantinopla, Éfeso o Calcedonia a los que menciona expresamente.

La indignidad para suceder por causa de herejía suponía que, si el fallecido tenía hijos católicos, estos se harían con los bienes de sus hermanos heréticos.

Novela 115.3.14: «*Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua omnes beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicare et sanctas quattuor synodos, Nicaenam Constantinopolitanam Ephesinam primam et Calchedonensem, amplecti seu recitare noscuntur;... licentiam pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento. Et hoc quidem pro ingratitude causa decrevimus. generalem autem providentiam liberis catholicis deferentes iubemus, salvis legibus quae iam de aliis haereticis sunt prolatae, et circa Nestorianos et Acephalos haec observari, ut si quando parentes inventi fuerint sive Iudaico Nestorii furori dediti sive Acephalorum amplectentes insaniam et ideo ab ecclesiae catholicae communione separati, non liceat eis alios heredes sibi instituire nisi liberos orthodoxos et ecclesiae catholicae communicantes, vel liberis non existentibus agnatos vel cognatos qui scilicet catholici sint. quodsi forte ex filiis alii quidem sunt orthodoxi et ecclesiae catholicae communicantes alii vero ab ea separati, omnem parentum substantiam ad filios tantum catholicas pervenire sancimus, licet ultimas voluntates huiusmodi personae fecerint contra tenorem huius nostrae constitutionis aliquid disponentes».*

Justiniano admite que el padre de los herejes designe herederos a otros hijos o parientes que comulguen en la Iglesia católica, ya sean agnados o cognados. Solo si los «hermanos separados» se hubieren convertido de nuevo a la fe se les restituyen sus bienes en el estado que estén, sin que por los frutos o la administración del tiempo intermedio «sufran ninguna inquietud o molestia los católicos que antes retenían los susodichos bienes». Por ello, si se hubiera producido la enajenación de los bienes, esta no se revierte, ni se pueden exigir frutos del tiempo pasado ni revisar la administración. Cuando los herejes mueren sin haberse convertido se produce el pleno dominio de los hermanos católicos.

«Si vero posthac fratres ab ecclesia separati ad eam conversi fuerint, pars eis competens in statu quo inventa fuerit tempore quo redditur eis praebetur, ut nullam de fructibus aut gubernatione medii temporis inquietudinem vel molestiam catholici patiantur qui ante praedictas res detinebant, quoniam huiusmodi rerum, quas ex fratrum parte non communicantium catholici possidebant, sicut

alienationem vetamus ita praeteritorum temporum fructus aut gubernationem nullatenus ab his a quibus detentae sunt exigi vel retractari permittimus. si autem usque ad finem vitae suae in eodem errore non communicantes permanserint, tunc catholicas fratres vel heredes ipsorum plenissimo iure dominii easdem res possidere decernimus. quodsi filii quidem omnes perversi et ab ecclesiae catholicae communionem alieni inventi fuerint, alii autem propinqui agnati vel cognati religionem catholicam colentes et communicantes esse fuerint approbati, eos liberis haereticis anteponi et eorum hereditati succedere»,

El emperador incluso llega a contemplar el desgraciado supuesto de que todos los hijos fueran heréticos:

«Si vero liberi et propinqui agnati vel cognati ab orthodoxae religionis communionem sint extranei, tunc si quidem schema clericorum parentes eorum habuerint, ad ecclesiam civitatis ubi domicilium habebant res eorum volumus pertinere, ita ut si ecclesiastici intra annale spatium huiusmodi personarum res vindicare neglexerint. earum dominium nostri fisci viribus vindicetur. Si autem laici sint, sine aliqua distinctione substantias eorum ad res privatas nostras similiter pervenire sancimus. Quae obtinere decernimus etiam si testamento non facto tales personae decesserint; omnibus quae contra ceteros haereticos in aliis constitutionibus disposita sunt et contra Nestorianos et Acephalos et alios omnes, qui catholicae ecclesiae, in qua praedictae quattuor synodi et patriarchae recitantur, non communicant, et successiones eorum similiter observandis. Si enim pro causis corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia est nostrae sollicitudinis adhibenda».

Parece que era relativamente frecuente que los padres de los herejes tomaran el orden sacerdotal, heredando la Iglesia local sus bienes en ausencia de hijos o parientes ortodoxos. Si los eclesiásticos beneficiados no reivindicaban en un año los bienes, estos acabarían en manos del Fisco. De la misma manera, el patrimonio imperial recibiría los bienes si los padres no fueran clérigos y no hubiera parientes ortodoxos para suceder al causante.

En el caso de abrirse la sucesión intestada, rige todo lo anterior en relación con los posibles herederos herejes.

IV. LA RECEPCIÓN EN LA OBRA DE ALFONSO X DE LA INDIGNIDAD DE LOS HEREJES⁴⁹

En Europa, los glosadores italianos encontraron las bases del nuevo orden jurídico en el Derecho justiniano, oscurecido durante la época altomedieval por los derechos germánicos. Sin embargo, en la península ibérica la recepción del *ius commune*⁵⁰ avanzaba a la vez que la Reconquista de los reyes cristianos hacia el sur. Los monarcas fueron confirmando fueros y privilegios a las ciudades, como expone Alfonso VIII en el prólogo del *Fuero Viejo de Castilla*. Sin duda, fue Cataluña el territorio con una recepción del *ius commune* más profunda, al quedar pronto liberada del dominio musulmán, además de experimentar la influencia romanística durante el período de la Marca Hispánica. Sin olvidarnos del papel de los estudiantes de Bolonia, muchos de ellos catalanes, que traían a España sus libros y materiales.⁵¹

Mientras, en los territorios de la Bética bajo dominio musulmán, los hispano-cristianos se regían por el *Liber iudiciorum*, poco a poco sustituido por los derechos locales, escritos o consuetudinarios.

En ese contexto, a mediados del siglo XIII, Alfonso X el Sabio, rey de Castilla y León, llevó a cabo su gran obra legislativa para limitar y

49. En https://boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2015-2&tipo=L&modo=2, está disponible la edición latino/castellana que ha tenido en cuenta la reproducción facsimil en página par de la edición *Liber Iudicorum sive Lex Visigothorum* de Karl Zeumer (1902), en la colección *Monumenta Germaniae*. La edición castellana en página impar es de Rafael Ramis Barceló a partir del *Llibre dels Judicis*, traducción catalana del *Liber iudiciorum*, a cargo de Joan Bellés i Sallent (Barcelona, Textos Jurídics Catalans, 2008).

50. TORRENT, A., «La recepción del derecho justiniano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del derecho europeo», *RIDROM*, 10, 2013, pp. 26-119.

51. PÉREZ MARTÍN, A., «Los Colegios de Doctores en Bolonia y su relación con España», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 48, 1978, pp. 5-90; GARCÍA, A., «Origen y evolución de los códigos jurídicos en Salamanca hasta 1500», en *Iglesia, sociedad y derecho*, Salamanca, 1985, pp. 205 y ss.; *Codices operum Bartoli a Saxoferrato recensiti. Iter hispanicum*, Firenze, 1971. La difusión manuscrita de Bartolo en España fue extraordinaria y en Iberoamérica, según el modelo español delineado principalmente en la Universidad de Salamanca, fundada como *Studium Generale* en 1218, reconocida por Alfonso IX hacia 1220, con privilegios reales de Alfonso X el Sabio en el año 1254.

unificar los derechos locales de las ciudades reconquistadas. El Derecho real tenía vigencia en todo el reino y limitaba el poder de la nobleza señorial, porque, como bien explica Iglesia Ferreirós:⁵² «El programa legislativo de Alfonso X el Sabio comprendía tres objetivos a conseguir progresivamente: la reivindicación de la creación del derecho por el monarca que se plasmaría en el *Fuero Real*, la unificación jurídica de todos sus reinos sobre la base de los mejores fueros de León y Castilla, con su reflejo en el *Espéculo*, y la renovación jurídica a base del derecho canónico y del derecho romano en las Partidas». El prólogo del *Fuero Real* es idéntico al de las otras dos obras, pero en cuanto al contenido, este se mueve en el nivel de las *leges* y el *Espéculo* y las *Partidas* de los *iura*.

Pasemos a analizar brevemente la recepción de las causas de indignidad para suceder en el *Fuero Real* y en las *Siete Partidas*,⁵³ pues el Fuero Juzgo no señalaría causas de indignidad sucesoria, estableciendo, únicamente, ciertas causas de desheredación,⁵⁴ al igual que hicieron casi todos los fueros municipales, en mayor o menor medida.

IV.1. El *Fuero Real*

Compuesto a finales del año 1254 o principios de 1255, el *Fuero Real* fue concedido el catorce de marzo de ese año a Aguilar de

52. IGLESIA FERREIRÓS, A., «Fuero Real y Espéculo», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1982, pp. 111-191, p. 113; GARCÍA Y GARCÍA, A., «Derecho romano-canónico medieval en la Península Ibérica», en J. Alvarado (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, 1, Madrid-Barcelona, Marcial-Pons, 2000, pp. 79-132; MENA-BERNAL ESCOBAR, M. J., «Sentido histórico de la indignidad para suceder», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 622, mayo-junio de 1994, pp. 1085-1089.

53. Posteriormente, el hijo del rey sabio, Fernando III, traducirá al castellano el *Liber iudiciorum* de los visigodos, en doce libros y cincuenta y cuatro títulos que aportaron un régimen jurídico unitario en los órdenes civil, penal y eclesiástico dirigido a la población hispano romana y a la de origen godo.

54. OLIVER SOLA, M. C., «Recepción histórica de Derecho...», *cit.*, pp. 651-769. Son causas de desheredación: Fuero juzgo 4.5.1; 3.2.1; 3.2.8; 3.47 y 5.2.5.

Campo, ⁵⁵ aunque desde el principio no fue concebido como fuero municipal sino como derecho para todo el reino. ⁵⁶ Ciertamente, el rey tuvo una intervención directa en la elaboración de la obra, pero es de suponer que la llevaran a cabo diversos colaboradores bajo su dirección, como Jacobo de las Leyes o Martínez de Zamora. En el texto destaca la importancia del Derecho romano-canónico erudito, universitario, que, unido al *Liber Iudiciorum* y a las prácticas soluciones romano-canónicas, formaron un cuerpo legal compacto que facilitaría más tarde la total recepción del Derecho común.

El *Fuero Real* se aplicaba a todos los reinos de la Corona de Castilla, y quedó constancia de concesiones individuales a diversas localidades ⁵⁷ con el otorgamiento de un ejemplar a cada villa, lo que no excluye la existencia de una concesión general sino una forma de concretarla.

Alfonso X impuso un Derecho regio en aquellos territorios que todavía no lo tenían, pues en León, Andalucía o Murcia estaba vigente desde antiguo el *Liber Iudiciorum*, y solo quedaba Castilla que se regía por un Derecho consuetudinario, las fazañas y los fueros antiguos.

55. GARCÍA-GALLO, A., «Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 46, 1976, pp. 651-670 defendió en 1976 que el *Fuero Real* fue compuesto hacia 1293, es decir, después de muerto Alfonso X. Posteriormente, adelantó la fecha de composición hasta 1269, «Obra legislativa de Alfonso X. Hechos e hipótesis», *Anuario de Historia del Derecho Español* 54, 1984, pp. 97-162, p. 151, n. 152.

56. Según MARTÍNEZ DÍEZ, G., «El Fuero Real y el Fuero de Soria», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 39, 1969, p. 561: «El estilo del Fuero Juzgo y del Fuero Real es diverso: amplio y difuso el *Liber*, conciso y seco el Fuero Real, y no es posible la recepción literal de las leyes del uno en el otro. Lo que no impide que se busque frecuentemente la inspiración y aún se tomen muchos de los planteamientos y soluciones jurídicas del cuerpo legal goda, vertiendo en romance más o menos libremente alguno de los párrafos dispositivos de las leyes del *Liber Iudiciorum*». Para SÁNCHEZ, G., *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Edición y estudio, Madrid 1919, p. 272, es exagerada la importancia que suele concederse al *Fuero Juzgo* como fuente del *Fuero Real*.

57. PÉREZ MARTÍN, A., *El Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, Madrid, BOE, 2015. Ante la dificultad en imponerlo de una vez en todo el reino, se fue introduciendo paulatinamente. Tampoco es obstáculo a esta tesis el hecho de que ya el *Espéculo* y las *Partidas* fueron concebidos con un ámbito general, pues se mueven en niveles diversos y todas las obras pretenden ser para todo el reino.

El *Fuero Real* constaba de cuatro libros de acuerdo con la sistemática seguida en las colecciones de *Decretales* (*iudex, iudicia, conubia* y *crimen*), lo que demostraría que dentro de las dos ramas del Derecho común, la civilista y la canonista, en el texto real tuvo una influencia decisiva la segunda, por otra parte, la más estudiada por los juristas hispánicos. El *Fuero Real* aborda el Derecho de familia, de las sucesiones y de los contratos en el Libro III (paralelo a *Partidas IV-VI*), una regulación en la que se advierte una clara recepción del Derecho común europeo.

En cuanto a las normas dictadas contra la herejía, nos encontramos con esta primera disposición:

Ley 1.1: *«Todo cristiano firmemiente crea e tenga que uno solo es verdadero Dios, padre e fijo e spiritu santo, e estos tres son un Dios e una natura, e una cosa, que fizo de nada los angeles, e los ornes, e el cielo, e la tierra, e todas las otras cosas, tambien las que veemos e sentimos como las que non veemos nin sentimos. Et esta santa trinidad ante de la incarnacion de nuestro señor Jesucristo dió ley e enseñamiento a su pueblo por Moisen, e por los otros sus prophetas e sus santos, porque se pudiesen salvar. Et despues nuestro señor Jesucristo, fijo de Dios e Dios verdadero, uno solo con padre e con spiritu santo, resdbió carne, e fue concebido de la virgen santa Maria, e nasció della verdadero orne e verdadero Dios. Et enderezó e cumplió la ley que fuera dada primeramiente por Moisen, e mostronos la carrera mas manifiesta por que nos pudiesemos salvar. Et este nuestro sennor Jesucristo a en si dos naturas de orne e de Dios [...]. Esta es la nuestra santa fe catholica que firmemiente creemos e tenemos, e todo lo al que de la fe guarda la iglesia de Roma e manda guardar, como del sacrificio del cuerpo de nuestro señor Jesucristo que se face sobre altar por preste que es derechamiente ordenado, e como del bautismo e de los otros sacramentos de santa iglesia, e queremos e mandamos que todo cristiano tenga esta fe e la guarde. Et cualquier que contra ella viniere en alguna cosa es herege, e resciba la pena que es puesta contra los hereges».*

Por su parte, el Libro IV del *Fuero Real*, *De los que dejan la fe católica*, paralelo a la *Partida VII*, se refiere al Derecho penal, introduciendo las penas que se han de aplicar a los que abandonaban la fe católica y a los judíos que contravinieran su estatuto.

Ley 4.1.1: *«Ningun cristiano non sea osado de tornarse judio nin moro nin sea osado de facer su fijo moro nin judío, et si lo alguno ficiere, muera por ello e la muerte deste fecho atal sea de fuego».*

La ley siguiente castiga el encubrimiento de los herejes instando a la delación, para, a continuación, detallar el proceso a seguir por los eclesiásticos contra los herejes, ofreciéndoles la posibilidad de retornar a la fe verdadera antes de morir en la hoguera.

Ley 4.1.2: *«Firmemente defendemos. que ningun ome non se faga herege, nin sea osado de recibir, nin de defender, nin de encobrir herege ninguno de qual heregía quier que sea mas en qual ora quier que sopiere de algun herege, que luego lo faga saber al obispo de la tierra, o a los que tovieren sus veces, e a las justicias de los logares: et todos sean tenidos de prendellos e de reabdillos. Et desde que los obispos o: los perlados: de la yglesia los judgaren por hereges, que los quemien sia non se quisieren tornar a la fe, e facer mandamiento de santa yglesia. Et todo, a cristiano que contra esta nuestra ley o non la guardare asi como sobredicho es, sin la pena de la descomunion de santa yglesia en que cae, sea, el cuerpo e q Janté que oviere a merced del rey».*

Por lo que se refiere a la sucesión hereditaria, se acepta el régimen visigótico de la mejora y se desconoce la troncalidad, dedicando el título IX del Libro III, *De los desheredamientos*, a las causas de desheredación, aunque aparece ya alguna hipótesis de indignidad.⁵⁸ Se identifican causas tradicionales del Derecho romano clásico, como impedir hacer testamento al padre o al abuelo o evitar que el escribano y los testigos participen en el otorgamiento. Se sanciona también a la persona que obliga al padre o al abuelo a disponer de sus bienes de manera diferente a como los citados ascendientes deseaban realizarlo. No se impone pena, según el texto, cuando simplemente hay ruego o halago por parte de un heredero con el fin de que el testador se incline por él en el momento de hacer testamento:⁵⁹

Ley 3.9.3: *«Como si el fijo embargase al padre que no mande en su testamento lo que quisiere, meresce pena establece lo*

58. Ley 3.9.1: *«Quando el padre o la madre quisiere desheredar su fijo o dent ayuso nombre señaladamiente la razon porque lo desheredan o en su manda o delante testigos, e pruevela por verdadera él o su heredero, si el fijo lo negare».*

59. AZAUSTRE, M. J., *La falta de atención al discapacitado...*, cit., p. 763.

siguiente: Quando fíio o otro heredero por ruego o por falago á su padre o a su abuelo tuelle de fazer la manda que querría fazer é fazergela fazer dotra guisa, non debe haber la pena que manda la Ley. Ca aquel deve auer la pena, que por fuerça embarga al padre ò al abuelo que non faga la manda o quel tuelle que non puede auer los testigos o el escriuano con qui faga la manda. Otrosí aya la pena quien por fuerça fiziere á padre o á abuelo facer manda en otra manera que la él quería facer».

Por supuesto, se sancionan los atentados contra el causante:

*Ley 3.9.4: «Si alguno que no hubiere herederos derechos fiziere su manda, e fiziere en ella heredero partiero a otro qualquier; si aquel que fizo heredero lo matare después, o fuere en su muerte, o si lo matare otro, e no demandare su muerte, no herede en lo suyo, e todo quanto había de haber de aquel heredamiento, háyalo el Rey; y esto mesmo sea en los fijos, o en los nietos, e dende ayuso. Otrosí, mandamos que quien quiera que sea heredero derecho por manda de otro, que no sea fijo, o nieto, o dende ayuso, si dixere que aquella manda es falsa en que es heredero, que no haya en ella nada, e finque todo al Rey quanto el debía haber».*⁶⁰

En cuanto a la *ultio necis*, la Ley 3.9.5 excluye de la obligación de perseguir a los asesinos del testador a los menores y a las mujeres y «si fuere sabido quién fue el matador, é que sea en la tierra, é que sea poderoso de demandarle la muerte». En todo caso, en ambas leyes los bienes del indigno corresponden al rey.

Y, por supuesto, otra de las causas de desheredación contempladas era la herejía:

Ley 3.9.2: «Padre o madre non pueda deseredar sus fijos de bendicion, nin nietos, nin visnietos, nin de alli ayuso fuera si alguno dellos le firiere por saña o a desonrra, e sil dixiere denuesto devedado, o sil denegare por padre o por madre, o dalli arriba, o sil acusare de cosa porque deva perder el cuerpo o miembro, o seer echado de la tierra, si non fuere la acusanza de cosa que sea contra rey o contra su señorío. Otrosí lo pueda deseredar sil yoguiere con la muger o con la

60. La edad según la Ley 4.20.2 sería de dieciséis años, aunque el Fuero de Castilla hablaba de veinticinco años.

barragana, o sil ficiere cosa porque pueda morir o prender lision, o si por prision de su cuerpo non le quisiere fiar, o si lo enbargar o destorvar de guisa que non pueda facer manda, o si se ficiere herege, o si se tornare moro o judio, o si yoguier en cativo, e non le quisier quitar en quanto podicre. Pero si por aventura padre o madre deseredar pot alguna destas cosas fijo o nieto o visnieto, o dent a ayuso asi como sobredicho es, e despues le perdonare o le heredare, que sea heredero asi como era ante».

IV.2. *Las Partidas*

Las *Siete Partidas*,⁶¹ sin duda, fue una de las obras jurídicas más importantes de la Edad Media y supuso la recepción del Derecho común de base romano-canónica en España. Parece que fueron redactadas bajo la dirección personal de Alfonso X entre los años 1256 y 1265 por una comisión compuesta por los principales juristas castellanos de la época: Jacobo de las Leyes, Juan Alfonso, un notario leonés, el Maestro Roldán y Fernando Martínez de Zamora. Algunos autores⁶² creen que la intervención del rey Alfonso X se habría limitado a indicar la finalidad del texto y las materias a tratar, aunque debió revisar y enmendar personalmente el trabajo de la comisión.

Redactadas en castellano, las *Partidas* comprenden Derecho político, civil, penal, familiar, sucesorio, negocios jurídicos y procedimientos judiciales, en la búsqueda de la unidad jurídica del Reino. Este objetivo concitó la hostilidad al texto por parte de la nobleza castellana, quedando relegadas en las Cortes de Zamora de 1274 a los *pleitos del rey*, conocidos en la Corte Real, mientras que los demás asuntos que requerían la intervención jurídica serían resueltos conforme al Derecho foral, los llamados *pleitos foreros*.

61. GARCÍA GALLO, A., *El Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*, 1951-1952, y en otros trabajos posteriores expone que las *Partidas* no se terminaron durante su reinado sino en el siglo XIV d. C., mucho después de la muerte del rey sabio en 1284, siendo una reelaboración del *Espéculo*.

62. PÉREZ MARTÍN, A., «Fuentes romanas en las Partidas», *Glossae: European Journal of Legal History*, 4, 1992, pp. 215-246.

Las *Partidas* son, en definitiva, Derecho romano justiniano, canónico y feudal procedente del *Corpus Iuris Civilis*, las obras de glosadores y de comentaristas como Acursio y Azzo, las *Decretales* de Gregorio IX, el *Libri Feudorum* (compilación de Derecho feudal lombardo); los *Roles D'Olerons*; la *Doctrinal de los juicios y las Flores del Derecho* del Maestro Jacobo de las Leyes; la *Margarita de los pleytos* de Fernando Martínez de Zamora o la obra de san Raimundo de Peñafort. No puede obviarse que hay partes del texto de carácter filosófico (Aristóteles, Séneca y Boecio), teológico (la Biblia y textos de la Patrística, san Isidoro de Sevilla o Tomás de Aquino). Pero su finalidad fue legislativa, como indica el propio rey en el prólogo, y, por supuesto, deben ponerse en relación con las aspiraciones de Alfonso X a la corona del Sacro Imperio Romano Germánico.

Al *Prólogo*, que señalaba el objeto de la obra, lo siguen siete partes o libros que comienzan con una letra del nombre del rey sabio componiendo el acróstico A-L-F-O-N-S-O. Cada partida se divide en *títulos* (182 en total), y estos en *leyes* (2.683 en total) y las disposiciones van a menudo acompañadas de citas a autores y obras, alegorías y ejemplos y, especialmente, de una exposición razonada de sus orígenes y fundamentos (etimológicos, religiosos, filosóficos e históricos), por lo que no son meramente prescriptivas. Las contradicciones existentes entre algunas disposiciones serían producto del esquema de trabajo utilizado en su elaboración, donde cada partida habría sido redactada por una persona distinta. Cabe la duda de si fueron promulgadas por Alfonso X, aunque el destronamiento del rey por su hijo Sancho IV habría suspendido su vigencia. En todo caso, adquirieron fuerza legal con Alfonso XI, al ser incorporadas en el orden de prelación establecido por la Ley 1.^a del título 28 del Ordenamiento de Alcalá de 1348.

Como abarcaron todo el saber jurídico de la época constituyen una auténtica *summa de derecho* y gozaron de gran prestigio, siendo conocidas en todo el Occidente cristiano, sirviendo como texto de estudio al traducirse a numerosos idiomas (catalán, portugués, gallego e inglés). Además, desde los inicios de la expansión en el Nuevo Mundo,⁶³ se

63. Las *Partidas* rigieron en Hispanoamérica hasta la época de las codificaciones (1822-1916) e incluso en Estados Unidos, hasta principios del siglo XIX, en territorios que pertenecieron con anterioridad al Imperio español como Luisiana.

introdujeron en la América española y en Brasil junto con el derecho portugués y, si bien el proceso codificador puso fin a su aplicación, esto no significa que desapareciera el derecho contenido en ellas que fluye por el articulado de los códigos españoles.

Regresando al objeto de nuestro estudio, hemos de centrar la atención en la *Partida VI* (19 títulos y 272 leyes) que se ocupa del derecho sucesorio y de las guardas, contemplando normas sobre el estatuto jurídico del huérfano. En particular, encontramos las leyes sobre desheredaciones y pérdida de la herencia en el Título VII: «*De como e por que razones puede ome desheredar en testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi, por que razones puede perder la herencia aquel que fuesse establecido por heredero en el, maguer non los desheredasse*». ⁶⁴

Otro texto clave para nuestro propósito de demostrar la acogida en esta norma castellana de las causas romanas de indignidad es, sin duda, la Ley 6.7.13, donde se enuncian seis causas por las que el heredero no

64. Ley 1. Que cosa es desheredamiento; Ley 2. Quien puede desheredar e a quien; Ley 3. Como deue ser fecho el desheredamiento; Ley 4. Porque razones puede el padre o el abuelo desheredar a los que descien den de ellos; Ley 5. Como el padre puede desheredar al fijo si se fiziere juglar contra su voluntad; e de las otras razones por que lo puede fazer; Ley 6. Como el padre o el uelo pueden desheredar a sus fijos o a sus nietos si non le quisieren sacar de captivo; Ley 7. Como el padre puede desheredar al fijo que se tornare moro, judío o herege; Ley 8. Que fuerca ha el desheredamiento quando es fecho derechamente; Ley 9. Como quando el fijo es desheredado en el comien camiento del testamento o en la fin se entiende que es desheredado en todos los grados de la herencia; Ley 10. Como el testamento en que el padre non deshereda a su fijo nin habla del non vale; Ley 11. Por quales razones puede el fijo desheredar al padre, de los bienes que ouiesse apartadamente, e por quales non; Ley 12. Como el ome puede desheredar a sus hermanos, con razon o sin ella; Ley 13. Por que razon deuen perder los herederos las herencias que deui an auer; Ley 14. Que galardón deue auer aquel que non puede ser por derecho establecido por heredero nin rescibir manda si algún lo faze su heredero, o le manda algo, o el mismo lo descubre ante que sea acusado dello; Ley 15. Por que razones se puede escusarel heredero que non pierda la herencia maguer non sea vengada la muerte del testador a quen hereda; Ley 16. Como quando el Rey o su Mayordomo recabda las herencias de los herederos, que non las merecen, a que dizen en latin, Indigni, es tenuto de pagar las deudas e las mandas a los que fueren señores dellas; Ley 17. Por quales razones la herencia que el heredero perdi es se por yerro que ouiesse fecho non la deue auer el Rey.

puede retener la herencia, encabezando este elenco la más antigua del Derecho romano: la falta de venganza de la muerte del testador.⁶⁵

Ley 6.7.13: *«Porque razon deuen perder los herederos la herencia que deuián auer. Seis razones principales mostraron los Sabios antiguos, que por cada una dellas deue perder el heredero la herencia del finado. La primera es quando el señor delos bienes fue muerto por obra o por consejo de algunos de su compañía, si el heredero sabiendo esto entrasse la heredad, ante que fiziese querella al Juez de la muerte de aquel cuyos bienes quería heredar. Mas si el testador ouiesse muerto otros estraños que non fuessen de su compañía, bien podría su heredero entrar la herencia e después fazer querella de la muerte del fasta cinco años. E si fasta este tiempo non la fiziere, deuela perder e deuegela tomar el Rey, assi como a ome que la non meresce. La segunda razón es quando el heredero abre el testamento de aquel que lo establescio, ante que fiziesse la acusacion de los matadores del seyendo sabidor de los que le auian muerto. Pero si non lo supiesse, o fuesse aldeano necio, estonce non perderia la herencia por esta razon. La tercera es si fuesse sabidor, en verdad, que el testador fuesse muerto por obra o por consejo o por culpa del heredero. La quarta es quando el heredero yoguiesse col na mujer de aquel que le establescio por heredero. La quinta es si el heredero acusasse el testamento o la escritura en que fue establescido diziendo que era falso, siguiendo esta acusacion, fasta que diesse juyzio sobre ella, Ca si fuesse fallado el testamento por verdadero, perderia el poren de la herencia. Esso mismo seria si el heredero fuesse Personero o Abogado, para seguir tal acusacion como esta, contra el testamento en que fuesse establescido. Fuera ende si lo fiziese por pro o por mandado del Rey o si fuesse guardador de algund huerfano e razonasse contra el testamento por pro del, ca estonce non le empesceria. La sexta razón es quando el testador rogasse al heredero en poridad que diesse aquella heredad en que lo estableciesse a algun fijo o a otro que lo non podia heredar por que le era defendido por la ley. Ca si el heredero cumpliesse tal ruego, o mandamiento del testador e la entregase al otro, perderia poren de el derecho que auia en la heredad. E por qualquier destas seis razones*

65. En la Ley 15 se excusa al heredero que no ha vengado la muerte del testador y, por tanto, no pierde la herencia si es menor de 25 años, si la querella contra los presuntos culpables es desestimada o se pierde por el heredero o si no se puede dar con el paradero de los asesinos del testador.

sobredichas pierde el heredero la herencia e deuela auer el rey, e por estas mismas razones quel heredero deue perder la herencia, por esas mismas perderían las mandas a aquellos a quien fuessen fechas».

Continuamente, en la *Partida 6.7* encontramos supuestos transferidos del *Corpus Iuris Civilis*, como impedir que se haga testamento, pasando los bienes a pertenecer a la Cámara del Rey.⁶⁶ También el caso de que los instituidos como herederos en un testamento se opongan a que el testador lo modifique o, como vimos en el *Fuero Real*, las amenazas a los escribanos y a los testigos:

Ley 6.7.26: *«Que pena deue auer aquel que embarga a otro, porque non pueda fazer testamento, Malamente yerran algunos omes, embargando a las vegadas de otros, que non puedan fazer testamento. E por ende es guisado, que non finquen sin pena aquellos que lo fizieren. Onde dezimos que qualquier que tal embargo fiziere a otro, que deue perder el derecho, que deue auer en los bienes de aquel que destoruó, en cual manera quier que los deuiesse auer. E aquello que el perdiere por esta razon deue fer de la Camara del Rey. E esta pena deue auer por el grand yerro que fizo a Dios e por el atreuimiento e el tuerto que faze al Señor de la tierra e al alma del finado e a todos los otros omes, en dar mal exemplo de si».*

Ley 6.7.27: *«Que razones mueuen los omes a embargar a los otros, que non fagan testamentos: e quantas maneras son deste embargo, se refiere seguidamente a una serie de personas que por determina das razones son desprovistas de la herencia. Vanas e malas razones mueuen a los omes a las vegadas a embargar a otros: que non fagan sus testamentos. Ca algunos y a dellos, que faze esto, por que los ayan establecido sus herederos en sus testamentos, e veyendo que quieren fazer otro testamento, embargan que lo no fagan nin cabien, aquel q quian ya fecho. Otros y a que son tan propincos, que atienda de heredar los bienes de sus parientes, si acaeciére que mueran sin mada: e porende embargan los que non lo ueda fazer. Otros y a, que maguer, cosientan que faga testamento, co todo esso, quiere q lo ordene a su quisa e a su plazer, e este*

66. MARLASCA, O., «Sentido histórico de la indignidad...» *cit.*, p. 713. En relación con la apropiación por el patrimonio real de la herencia que no pueden recibir los indignos, hallamos la ley 6.7.16, con el expresivo título *«Como quando el Rey o su Mayor-domo recabda las herencias de los herederos, que non las merescen, a que dizen en latin, Indigni, es tenuto de pagar las deudas e las mandas a los que fueren señores dellas».*

embargo fazen en muchas maneras, asi como faziedo fuerça, a aqllos mismos q quieren fazer sus testamentos de guisa que los non pueden. E otros y a, que amenazan los escribanos e a los que testigos, con quien lo han de fazer; en manera que non osan venir a aquel que quiere fazer su testamento de lo suyo. E por ende man damos: que qualquier que embar-gasse a otro en alguna destas maneras sobredichas, o en otra semejante dellas, sil fuere prouado, que pierda, el derecho que podia auer en los bienes de aquel, a quien fizo este embargo, en qual manera quier. Empero si fuerça, nin premia nin guna nol fiziese, mas rogandole, por buenas palabras, lo aduxesse a que non fiziesse testa mento, entonce non perderia lo que deuia auer; o heredar de los bienes del, maguer el otro por su ducho, o por sus palabras, se dexasse de fazer el testamento, o de cambiar el que ante auia fecho[...]».

Ciertamente, la *Partida VI* incluye tanto hipótesis de indignidad (Leyes 13 y 17) como de desheredación⁶⁷ (4,5, 6, 7,11y 12) de hijos o de descendientes (Leyes 4-7), de padres o ascendientes (Ley 11) y de hermanos o colaterales (Ley 12). Algunas de las incluidas en la Ley 5 y la Ley 6 son conjuntamente de indignidad y de desheredación.⁶⁸

Por lo que respecta a las herejías, recordemos que la *Partida 7.24* legisla sobre los judíos, la *Partida 7.25* sobre los musulmanes y la *Partida 7.26* sobre los herejes.⁶⁹ Si bien las dos primeras minorías son toleradas, se ejerce sobre ellas un grado elevado de violencia legal. Pero el mayor enemigo son los herejes, descritos como «gente loca» pues niegan la palabra de Jesucristo o la tergiversan (del latín *haeresis*, de-partimiento en romance, porque el hereje está separado de la verdadera fe). Luego, entre ellos se diferencia entre quienes profesan cualquier creencia en desacuerdo con la fe verdadera y aquellos que no creen en

67. LÓPEZ. G., *Las siete partidas del sabio rey don Alonso el nono, glosadas por el licenciado Gregorio López, t. III*, Madrid, 1789, glosa 10 a *Partida 6.7.5*. El hijo habrá de ser mayor de dieciocho años, por analogía con lo dispuesto respecto a la redención al cautivo. Para el resto de causas de desheredación el descendiente tendrá, al menos, diez años y medio (Ley 6.7.2).

68. MENA BERNAL, M. J., «Sentido histórico de la indignidad para suceder...», *cit.*, p. 1101. Fuera del título, se consideran causas de indignidad sucesoria las comprendidas en las leyes 6.1.26-30 y 6.3.4-5.

69. DEVIA, C., *Disidentes y minorías religiosas en las «Partidas» de Alfonso X el Sabio*, Vigo, Editorial Academia del Hispanismo, 2009; «Herejes y minorías religiosas en la Séptima Partida de Alfonso X el Sabio», *Diversidad cultural 1*, 2010, pp. 46-69.

la eternidad ni en los premios y castigos después de la muerte, siendo últimos los peor considerados, *peor que las bestias*.

Los herejes⁷⁰ deben ser extirpados de la sociedad, equiparando la disidencia religiosa al delito. Y, como se teme que se expandan las herejías, se les prohíbe el ejercicio de cualquier oficio honrado y la facultad de testar y de heredar, aunque habrá gradaciones, según el tipo de hereje y la ignorancia o no de su condición de parte de quien lo acoge.

El padre puede desheredar al hijo hereje y, si el testador desconociera la herejía de sus descendientes o persistiera en su designación como herederos, se prevé expresamente el supuesto de indignidad en las siguientes leyes, en la línea de la Novela 115.3.14:

Ley 6.7.7 «Como el padre puede desheredar al fijo que se tornare Moro, Judío o Herege». Herege, o judío o moro tornandose el fijo o el nieto si el padre fuesse Christiano, bien lo puede desheredar por esta razon: mas si el padre fuesse Herege o de otra Ley e los fijos o los nietos fuessen Catholicos entonce el padre es tenido de establecer a estos fijos atales por herederos, maguer non quiera. E si por aventura el padre ouiesse fijos que fuessen Christianos, e otros que lo non fuessen, otrosi los Catholicos deuen heredar del padre e los otros no auran ende ninguna cosa. Pero si despues desto se tornassen a la Fe, deuenles dar su parte de la heredad. Mas los frutos que ouieren lleuado los Catholicos entre tanto que los otros fijos fuessen Hereges e non creyan en la nuestra Fe, non los pueden demandar. E por si aventura el padre e los fijos fuessen Hereges e los otros parientes mas cercanos fuessen Catholicos, entonces lo que creen bien auran la heredad, e non los otros. E si por aventura alguno fuesse Herege, el, e todos los otros parientes que ouiere, también los que descienen por la liña derecha, como los que suben por ella, e otrosi los de las liñas de traiesso hasta el dezeno grado, si este Herege atal fuere Clerigo, entonces heredara la Iglesia todos sus bienes, si los demandara fasta un año, después que fuere dado por Herege. E si pasarse un año, e la Iglesia non los demandare, entonce auerlo ha el Rey. E si este atal fuere lego, aura el Rey otrosi todos los bienes».

70. También se condena la conversión de los cristianos al judaísmo o al islamismo con la muerte y la pérdida de sus bienes, incluidos los hereditarios.

Tal y como dispusiera Justiniano en la Novela 115.3.14, los bienes del testador cristiano no deben ir a parar a los hijos heréticos, pero se salva el testamento en lo que se refiere a los hijos en la fe, o a otros parientes (en este caso, hasta el décimo grado). En ausencia de todos ellos, heredaría la Iglesia local si el testador se hizo clérigo. Si fuera laico o la Iglesia no los reclamara en un año, los bienes irían a parar al rey.

En la Ley 17 se enuncian los casos en los que el rey no se hace con los bienes de los indignos: el heredero que no atiende al furioso; el que no rescata al cautivo; el que rehúsa ser curador de los hijos del testador; el que robó el testamento; el que resultó ser hijo bastardo del testador. En esos supuestos, los bienes pasarían a los parientes próximos o a quienes se hubiesen encargado del furioso o del cautivo, tal y como recogía en la Novela 115, 3, 12-13. Y lo mismo ocurre con los bienes de los herejes:

Ley 6.7.17: [...] «Esso mesmo seria si algún Christiano estableciesse por su heredero a algun Herege, o Moro o Judio. Ca la heredad en que fuesse establecido por heredero alguno destes sobredichos, auerla yan los mas propincos parientes del testador e non el Rey, maguer estos atales non la meresciessen auer».

Finalmente, la Ley 6.7.11 apuntala el paralelismo con la legislación justiniana, pues se enuncian ocho causas por las que el hijo puede desheredar al padre, a la madre o a otros ascendientes, al igual que ocurriera en la Novela 115.4. Y la octava de estas razones sería, de nuevo, la herejía:

Ley 6.7.11: «Por quales razones puede el fijo desheredar al padre, de los bienes que ouiesse apartadamente, e por quales non. [...] E la octaua razon es, quando el padre es Herege e el fijo es Catholico, ca puedelo desheredar el fijo por esta razon. E sobre todo dezimos que quando el fijo quiere desheredar a su padre, que ha menester, que diga señaladamente alguna de las ocho razones sobredichas porque lo faze, e que sea averiguado; si non lo fiziere asi, non valdra el testamento quanto en el desheredamiento del, mas las mandas, e las otras cosas que el testador estableciesse en el testamento, son valederas».

**ALGUNOS SUPUESTOS
DE RESPONSABILIDAD MÉDICA
A PARTIR DE LA *LEX AQUILIA
DE DAMNO* Y SU RECEPCIÓN
EN EL DERECHO COMÚN. ESPECIAL
MENCIÓN A LA FIGURA
DE LA *OBSTETRIX***

*Some cases of medical liability
from the Lex Aquilia de Damno
and its reception in Common Law. Special
mention of the figure of the obstetrix*

**M.^a DE LOS ÁNGELES LÓPEZ-CANCIO
SUÁREZ**

Universidad de Oviedo

Resumen: se analizará la influencia que ha tenido el sistema romano de responsabilidad médica existente en época clásica en el Derecho español posterior. Los vestigios que encontramos en las fuentes históricas nos muestran una realidad médico-jurídica que se nos presenta sumamente enriquecedora.

Además, en la misma, se hará mención al importante papel desarrollado por las *obstetrices* en la antigua Roma. Estas eran equiparadas a los médicos en diferentes textos que, de manera específica, serán analizados.

Palabras clave: Responsabilidad médica. *Obstetrix*. *Lex Aquilia*. *Lex Visigothorum*. *Partidas*.

Abstract: we will analyze the influence that the system of Roman medical liability existing in classical times, has had on later Spanish law. The traces that we find in the historical sources show us a medical-legal reality which is extremely enriching.

Furthermore, we will talk about the important role played by the *obstetrices* in ancient Rome. They were equated with doctors in different texts which will be analyzed.

Keywords: Medical liability. *Obstetrix*. *Lex Aquilia*. *Lex Visigothorum*. *Partidas*.

SUMARIO: I. La *Lex Aquilia de Damno*. Consideraciones generales. II. La reinterpretación de la *Lex Aquilia* en el Derecho romano. III. La reinterpretación de la *Lex Aquilia* en época medieval. III.1. Influencia en la *Lex Visigothorum*. III.2. Influencia en las *Partidas*. III.3. Influencia en el *Fuero Real*. IV. Las *obstetrices* y las *medicae* en la Antigua Roma. V. Conclusiones.

I. LA LEX AQUILIA DE DAMNO. CONSIDERACIONES GENERALES

La *Lex Aquilia de Damno* fue consecuencia de un plebiscito celebrado en el siglo III a. C., su datación exacta es imprecisa, pero se sitúa

en torno al año 286 a. C. Esta ley introdujo en el ordenamiento jurídico romano diferentes actos considerados antijurídicos con independencia de que existiese una relación jurídica previa entre el causante del daño y la víctima.

Se configuró en origen como un sistema de responsabilidad objetivo en el que aquel que causaba un daño, previsto en la norma, respondía por el mero hecho de haberlo causado; en este sentido, el agente causante del daño respondía siempre y cuando realizase alguna de las acciones materiales contempladas en los *verba legis*, como por ejemplo *occidere, urere, frangere...* Es evidente, por tanto, que cuando surgió esta norma, el concepto de culpa, tal y como lo conocemos hoy en día, no aparecía reflejado en ella. No obstante, el devenir de los hechos forzó el desarrollo del precitado concepto a partir de la *iniuria* prevista en la *Lex Aquilia*, la cual admitía dos valores: por un lado, violación del Derecho, es decir, acto jurídico que atentaba contra el ordenamiento y la normativa aplicable (valor objetivo), por otro lado, acción injustificada que causaba un daño injustificado (valor subjetivo).¹ Gracias a la

1. Cfr. CASTRESANA, A., *Nuevas lecturas de la responsabilidad Aquiliana*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pp. 28-58; Vid. TORRENT RUIZ, A., *Ad Legem Aquiliam. Estudios sustantivos: culpa, damnum, causa*, Madrid, Edisofer, 2019, pp. 29 y 36-37 donde se establece «No parece que el delito de *damnum* en el tenor originario de la *Lex Aquilia* contemplase la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, porque lo cuantificante eran los actos dañosos realizados *cum iniuria*, técnicamente realizados *sine iure*, siendo el primer supuesto aquiliano (cap. I) la muerte de un esclavo ajeno [...] En este sentido la culpa nace como herramienta de interpretación que vino a corregir los problemas presentado por la *iniuria* en toda una serie de casos en los que a pesar de ser lícita la conducta del causante del daño: podar árboles, construir o reparar edificios, jugar a la pelota, lanzar jabalinas como deporte o adiestramiento en lugares concurridos, estas actuaciones sí se realizaban sobre bienes ajeno o en lugares inadecuados con culpa-negligencia provocando eventuales daños a terceros sin ninguna relación obligacional previa entre delincuente y víctima, obligaban al agresor a resarcir a la víctima.»; «La jurisprudencia y el pretor extendieron las reglas de la *Lex Aquilia* para que sus previsiones abarcaran cualquier daño que afectase a la integridad física y moral (*corruptio servi*) de un esclavo u otros bienes ajenos; ya hemos visto que las hipótesis originarias se referían a daños físicos a los esclavos: muerte o deterioro de sus capacidades físicas o mentales producido mediante una actividad corporal del causante del daño (*damnum corpore corpori datum*) o a los animales ajenos para paulatinamente ampliarla a otros supuestos. Como dice Albanese en su recensión a Valditara, fue la gran obra jurisprudencial la que ahondó desde cuatro flancos los caps. I y III de la *Lex*

práctica pretoria y a la interpretación jurisprudencial se desarrolló esa vertiente subjetiva de la *iniuria* lo que fomentó la creación del concepto de culpa que a nosotros nos resulta hoy tan familiar.²

No obstante, el tema que yo acabo de tratar en un párrafo no es un tema sencillo y ha sido objeto de discusión durante muchos años, dando lugar a la producción de abundante bibliografía sobre esta materia.

En este sentido, y para respaldar las afirmaciones que vengo haciendo, se pueden tener en cuenta a diferentes autoridades. Por ejemplo, Hausmaninger explica que los juristas republicanos apuntaron el concepto de culpa desde la *iniuria* de la *Lex Aquilia* y que fue la jurisprudencia clásica la que consideró que la responsabilidad aquiliana nacía para el autor del *damnum* cuando el resultado de su conducta fuese objetivamente antijurídico y subjetivamente reprobable en cuanto a que se podía haber evitado si se hubiese actuado con la diligencia debida;³ D'Ors manifiesta que la primera jurisprudencia clásica interpretó el término *iniuria* recogido en la *Lex Aquilia*, en el sentido de que se debía

Aquila: 1) superando los límites impuestos por los verbos utilizados para describir la actividad dañosa: *occidere* en el cap. I, *urere, frangere, rumpere* en el III; 2) ofreciendo nuevas perspectivas de responsabilidad predicada en términos de *iniuria* hasta la refinada perspectiva de la culpa; 3) profundizando en la *aestimatio damni* fundada en el precio de mercado del objeto dañado que coincidía a veces con el interés subjetivo de la víctima; 4) extendiendo el resarcimiento del daño a sujetos distintos del dañado.»; *Vid.* DAZA MARTÍNEZ, J., «El problema de los límites de la responsabilidad contractual en el Derecho romano clásico», *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* (AIDROM), Tomo VII, 2021, pp. 229-249, pp. 233-240 donde se establece que «La introducción y la generalización de un criterio subjetivo de responsabilidad, valorable a través de los distintos grados de *diligentia* sería obra de los compiladores justinianos, o directamente, según la doctrina más antigua, o mediatamente (KUNKEL, PARIS, ARANGIO-RUIZ, LUZZATO) a través del paso a una responsabilidad genérica subjetiva por culpa – *negligentia*, en edad postclásica» y, unas páginas más adelante se insiste en que «Ciertamente, la *lex Aquilia* no conocía aún este sentido técnico, por lo que se expresa en términos netamente objetivos (*si... iniuria occiderit..., urerit, ruperit, fregerit*); pero hay que suponer que la interpretación de los jurisconsultos tuvo que aplicarse, desde el principio, a la distinción de las XII Tablas *sciens dolo malo y casu*, al menos en los casos en que allí se admitía esa distinción. Luego, al multiplicarse los casos típicos de las decisiones, se vieron obligados a hacer nuevas distinciones.»

2. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Madrid, Sello Editorial, 2010, p. 316.

3. Cfr. HAUSMANINGER, H., *Das Schadensatzrecht der Lex Aquilia*, Viena, Manz Verlag, 1987, pp. 19-25.

responder por los daños causados a terceros de forma negligente. Además, para designar ese tipo de conducta negligente acudió al término culpa;⁴ esta misma línea la sigue Kaser, quien señala que fue la jurisprudencia de finales de la República la que colocó en la palabra *iniuria* el requisito de la culpa, de forma que desde ese momento la aplicación de la *actio directa ex lege aquilia* podía utilizarse en casos donde el agente, pese a no realizar ninguna de las acciones previstas en la *Lex Aquilia* (*urere, rumpere...*) actuaba culposamente y causaba un daño a tercero. Según este autor, los desarrollos postclásicos que se hicieron de este concepto fueron los que llevaron a la subjetivación de la responsabilidad y la compilación justiniana fue la que finalmente consagró la culpa con el valor de negligencia;⁵ Schipani mantiene esta misma idea e insiste en que en un primer momento, el texto de la *Lex Aquilia*, hace coincidir la *iniuria* con la conducta contraria a una regla moral o jurídica, es decir, *iniuria* es la misma acción culpable.⁶

Respecto a los principios rectores de la *Lex Aquilia* eran los siguientes, a saber: *Corpore corpori datum*. La *Lex Aquilia* solo comprendía, en origen, las conductas comisivas causadas por el actor con esfuerzo muscular sobre la víctima. No obstante, por vía pretoria se fue abriendo paso a la aplicación de esta ley a supuestos en los que el daño no era ocasionado por un contacto cuerpo a cuerpo; esto fue así para abrir la vía al resarcimiento de los daños provocados mediante omisiones.⁷ Relación de causalidad. La *Lex Aquilia* no señalaba cuándo un evento debía ser considerado como consecuencia de un comportamiento determinado. La interpretación de los *verba legis* previstos en esta ley es la que permite afirmar que la conducta del agente debía ser causa directa del resultado dañoso.⁸ *Iniuria*/culpa. La *iniuria* representaba,

4. Cfr. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Navarra, Eunsa, 2004, p. 436.

5. Cfr. KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, München, C. H., Beck, 1971, p. 518.

6. Cfr. SCHIPANI, S., *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problema della «culpa»*, Torino, Giappichelli, 1969, pp. 94 y ss.

7. Cfr. ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho romano*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 419.

8. En este sentido *Vid.* AEDO BARRENA, C., «Los requisitos de la *Lex Aquilia*, con especial referencia al daño. Lecturas desde las distintas teorías sobre el capítulo tercero», *Ius et Praxis*, 1, 2009, pp. 311-337, pp. 319-320, el cual establece que «los

como ya indiqué, un acto contrario a Derecho o *sine iure* y estaba recogida en la *Lex Aquilia*, mientras que la culpa se desarrolló posteriormente gracias a la interpretación jurisprudencial y a la práctica pretoria.⁹ *Damnum* o daño.

II. LA REINTERPRETACIÓN DE LA *LEX AQUILIA* EN EL DERECHO ROMANO¹⁰

Como ya indiqué en el epígrafe anterior, a finales de época clásica, principios de época postclásica, gracias a la práctica pretoria y a la

juristas romanos utilizaron la expresión *causa* en un sentido ordinario o común y no aplicaron ninguna concepción filosófica para la decisión de las cuestiones causales. Lo cierto es que el problema causal se desarrolló junto con las reglas que permitieron a los juristas distinguir entre la acción directa y el otorgamiento de *actio in factum*. En efecto, dicho desarrollo parece haber concluido con la formulación de la conocida regla de Celso [...] los juristas romanos no indicaban necesariamente una vinculación lógica entre una conducta y un resultado, sino más bien lo que según la experiencia era probable que sucediera».

9. Para ampliar información sobre esta materia: Vid. AEDO BARRENA, C., «La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la *Lex Aquilia de Damno*», *Ius et Praxis*, 1, 2011, pp. 3-30, pp. 8-9; Vid. AEDO BARRENA, C., «El problema del concepto de la culpa en la *lex Aquilia*: una mirada funcional», *Revista de Derecho*, 27 (1), 2014, pp. 27-57, p. 28, donde establece el autor que «El delito de *damnum*, regulado en el plebiscito aquiliano, no contempló como criterio de determinación del delito, la culpa. Esta cualificaba la conducta mediante la herramienta de la *iniuria* (técnicamente, acto *sine iure*). La culpa surge como herramienta de interpretación que vino a corregir los problemas prestados por la *iniuria*, en toda una gama de casos, en los que, a pesar de ser lícita la conducta, había un potencial dañoso. En definitiva, la *iniuria* –que importaba originariamente una conducta cualificada que autorizaba a inferir menoscabo a otro en defensa de la propiedad–, fue posteriormente reemplazada por la culpa, durante el período clásico. Algunos textos que muestran esta evolución serían los del D. 9,2,52,1 y 52,4, así como D. 9,2,5,3.»; Vid. TORRENT RUIZ, A., *Ad Legem Aquiliam. Estudios... cit.*, pp. 28-29; Vid. TORRENT RUIZ, A., «Previsiones Aquilianas. II. *Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis aquiliae*. Las llamadas acciones mixtas», *RIDROM (Revista Internacional de Derecho Romano)*, 23, 2019, pp. 327-446, p. 328.

10. Cfr. NÚÑEZ PAZ, M. I., *La responsabilidad de los médicos en Derecho Romano*, Gijón, Editorial Gráficas Aepel, 1996, pp. 111-120. La autora trata en profundidad las cuestiones que aquí se van a analizar.

interpretación jurisprudencial se desarrolló el concepto de culpa a partir de la *iniuria*. Ello fue así debido a que, con el paso del tiempo, surgieron nuevos supuestos que la *Lex Aquilia* no contemplaba en origen y que era necesario atajar; por este motivo y gracias a esa reinterpretación se fueron dando nuevas soluciones y ampliando el campo de aplicación de esta ley.

Analizaremos ahora diferentes supuestos en los que se le exigía responsabilidad al médico por el daño causado, tomando como base el *Digesto*, Libro IX, Título II: *Ad Legem Aquiliam*.

«*Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege aquilia competere actionem*» (D. 9,2,7,8: Ulp. 18, *ad ed.*).

Nos encontramos aquí con el médico que opera con impericia y como consecuencia de ello causa un daño al paciente (la muerte o la incapacidad).

Tenemos una acción, la intervención del médico sobre el paciente; una relación de causalidad, entre esa intervención y el daño producido; culpa, que se manifiesta como falta de pericia y un daño efectivo.

Por lo expuesto, el *dominus*, que es quien realmente sufre un daño sobre una de sus cosas (el esclavo), podía optar entre acudir a la *actio directa ex lege aquilia* o bien acudir a la acción *ex locato* si su relación con el médico era subsumible dentro del contrato de arrendamiento para solicitar el resarcimiento por el daño causado.

«*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscienta aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur*» (D. 9,2,52: Alf. 2, *Dig.*).

Nos encontramos aquí con el esclavo que muere a causa de unas heridas.

Cobra especial importancia en este supuesto la relación de causalidad entre el daño producido y aquel que lo causa, pues se dice explícitamente que ni la ignorancia del médico ni la negligencia del dueño tienen repercusión en el resultado producido, la muerte del esclavo; consecuentemente no se aplicará en este supuesto la *actio ex lege aquilia*.

Cabría la posibilidad de acudir a la acción *ex locato* si nos encontrásemos ante un contrato de arrendamiento de servicios en el que el

dominus hubiese contratado al médico para tratar de salvar al esclavo, pero este no lo hubiese logrado. No obstante, esto es algo que no podemos saber, porque, como ya indiqué, los romanos resolvían caso por caso y nos faltan datos para poder realizar esta hipótesis.

«*Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed et qui bene secuerit, et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intelligitur [...]*» (D. 9,2,8: Gai. 7, *ad. ed. provinc.*).

En este fragmento se recogen dos supuestos de hecho diferentes, a saber: médico que suministra mal un medicamento y como consecuencia de ello causa un daño al paciente. En este caso existe nuevamente una acción, el mal suministro de un medicamento; relación de causalidad, el paciente sufre un daño a causa del medicamento que le suministra el médico de forma directa; y existe culpa, ya que el hecho de suministrar mal un medicamento se incluye dentro de la impericia médica.¹¹ Por esta razón se puede hacer uso de la *actio directa ex lege Aquilia*. Médico que abandona el postoperatorio y, a consecuencia de ello, muere el paciente. En este caso el médico realiza bien la operación, por tanto, el paciente no muere como consecuencia directa de su acción, sino que muere debido a una omisión del comportamiento debido por parte de este. Por esta razón, la responsabilidad no será exigible por vía de la acción *ex lege Aquilia* sino que será necesario acudir a otras vías, como por ejemplo una acción pretoria *in factum*, una acción *util*...

En conclusión, la *lex Aquilia* se configuró en origen como un sistema de responsabilidad objetivo, en el que aquel que causaba un daño respondía por el mero hecho de haberlo causado. No obstante, por vía pretoria y gracias a la interpretación jurisprudencial, se fue abriendo paso al concepto de culpa o negligencia a fin de poder otorgar acciones ante nuevas situaciones que se planteaban y que no estaban contempladas en la misma. Hay que tener en cuenta que solo los daños previstos

11. En este punto, tener en cuenta que la impericia y la inexcusabilidad del comportamiento debido fueron introducidas como criterios de culpabilidad a través de la vía contractual. Además, en relación con la cuestión tratada: *Institutiones* 4,3 versa del siguiente modo «*Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpa reus est. Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit*».

en los *verba legis* (*urere, rumpere, frangere*) estaban sujetos a la *actio directa legis Aquiliae*; por esta razón, el pretor se vio obligado a otorgar acciones *in factum, utiles, ad exemplum, quasi damni iniuriae ex lege Aquiliae*... para proteger a la víctima ante hechos lesivos que no eran los originales previstos en la ley pero que sí eran producidos *damni iniuriae*.

III. LA REINTERPRETACIÓN DE LA *LEX AQUILIA EN ÉPOCA MEDIEVAL*

III.1. Influencia en la *Lex Visigothorum*

La *Lex Visigothorum* recoge en su Libro Undécimo, Título I, *De medicis et egrotis*. Este título se divide en diferentes capítulos, donde se hace referencia a diferentes supuestos de hecho. Analizaré en este epígrafe cada uno de esos supuestos a fin de ver en qué medida influyó la *Lex Aquilia*, así como las posteriores interpretaciones que se hicieron de ella en esta norma.

El primer supuesto recogido en la *Lex Visigothorum* versa sobre la práctica de una flebotomía a una mujer libre.

«Nullus medicus sine presential patris, matris, fratris, filii aut avunculi vel cuiuscumque propinqui mulierem ingenuam flebotomare presumat, excepto si necessitas emergerit egritudinis. Ubi etiam contingat supradictas personas minime adesse, tunca ut coram vicinis honestis aut coram servis et ancillabus idoneis secundum qualitatem egritudinis que novit inpendat. Quod si aliter presumpserit, decem solidos propinquis aut marito coactus exolvat, quia difficillimum non est, ut sub tali occasione ludibrium interdum ad crescat» (LV 11, 1,1, Erv.).

Se establece en este caso que el médico no puede sangrar (*flebotomare*) a una mujer libre sin que estén presentes sus parientes más próximos, un vecino o un siervo.

Es imprescindible, para que el médico pueda realizar esta práctica sobre una mujer libre, que estén presentes el padre, la madre, el hermano, el hijo, el tío paterno o algún otro pariente próximo de la misma, salvo, y aquí viene la excepción, que sea una cuestión de necesidad

realizar esta práctica. Es decir, si la vida o la salud de la mujer dependen de que el médico le practique la flebotomía, podrá hacerlo incluso cuando no estén presentes las personas mencionadas anteriormente. No obstante, tendrán que estar presentes algún vecino o siervo de confianza de la mujer. En caso contrario, el médico será obligado a pagar diez sueldos a los parientes o al marido porque se entendía que el médico podía utilizar como excusa que la situación era de emergencia para engañar a la mujer.

Nos encontramos aquí con los cuatro elementos propios de la responsabilidad objetiva:

- Acción. Médico que practica flebotomía a mujer libre sin estar presentes las personas que exige la ley.
- Daño. El supuesto «abuso» que pueda sufrir la mujer porque no tiene a nadie que pueda velar porque se respeten sus derechos. Sería un daño moral hacía la dignidad no solo de la mujer sino de su marido y familiares, a la «honra» de la familia.
- Nexo causal. Entre la acción y el daño.
- Responsabilidad. El médico que actuaba de este modo debía resarcir con 10 sueldos a los parientes o al marido.

Se aprecia por tanto que la configuración que la *lex Aquilia* tenía en origen influyó esta norma. En el supuesto analizado, el médico debía de responder cuando realizase una acción (*flebotomare* a una mujer libre sin presencia de su marido o familiares) y como consecuencia de ello causase un daño, independientemente de que interviniese culpa o negligencia. El médico respondía porque realizaba una acción que estaba tipificada y para la cual había un castigo.

Por otro lado, se aprecian varias cosas llamativas con relación a este supuesto:

La primera de ellas es que no se castiga al médico por el supuesto daño físico que le pueda causar a la mujer con la realización de la flebotomía, sino que se castiga el daño que a la honra de la familia puede producir el hecho de que se practique esta sin estar presente ningún familiar, siervo o vecino. Se observa, por tanto, que en este caso se da más importancia a una posible responsabilidad moral que a la responsabilidad

por los daños físicos que pueda sufrir la mujer y ello deviene de la posición de inferioridad que ocupaba la mujer en esta época.

La segunda es que pese a que es la mujer la que sufre un daño en su honra, no va a ser ella la que lo vea reparado. Nuevamente ello obedece a la situación de inferioridad que ocupaba la mujer respecto del hombre (relación de subordinación).

El segundo supuesto, hace alusión al médico que visita a los reclusos en prisión y les facilita un veneno:

«Nullus medicorum, ubi comites, tribuni aut vilici in custodia retruduntur, introire presumat sine custode carceris; ne illi per metum culpe sue mortem sibi ab eodem explorent. Nam si aliquid mortiferum his ab ipsis medicis datum vel indultum fuerit, multum rationibus publicis deperit. Si quis hoc medicorum presumpserit, sententiam cum ultione percipiat» (LV 11,1,2, Recc.).

En este caso, el médico que va a prisión no puede entrar sin la compañía del carcelero, ya que corre el riesgo de que los presos le pidan que les facilite la muerte por el miedo que tienen a ser castigados, pues saben que son culpables de haber cometido un delito y van a ser castigados.

Se entiende en este supuesto que si el médico facilita veneno a un preso para que este muera, estaría actuando en perjuicio del bien público, de la colectividad, y consecuentemente debería ser castigado.

Nuevamente nos encontramos, en principio, ante un supuesto de responsabilidad objetiva donde la norma tipifica una acción, el suministro de veneno por parte del médico a un preso, y establece un castigo. No obstante, desde mi punto de vista, cabe como mínimo hacerse la siguiente pregunta: ¿está el médico actuando como médico o como envenenador? El supuesto no dice nada al respecto, por lo que quizá este no acuda a prisión a tratar a ningún enfermo, lo que me lleva a situar al médico fuera del ámbito de la responsabilidad médica y ponerlo dentro de la esfera del asesinato en calidad de envenenador. Consecuentemente, desde mi punto de vista, el precepto aplicable para castigar esta conducta sería el relativo a *de veneficis*:

«Diversorum criminum noxxi diverso sunt penarum genere feriendi. Hac primum ingenuos sive servos veneficos, id est, qui venena conficiunt, ista protinus vindicta sequatur, ut, si venenatam potionem

alicui dederint, et qui biberit moruus exinde fuerit, illi etiam continuo subpliciis subditi morte sunt turpissima puniendi. Si certe poculo veneni potatus evaserit, in eius potestate tradendus es tille, qui dedit, ut de eo facere quod voluerit sui sit incunctanter arbitrii» (LV 6, 2, 3, Recc. Erv.).

Este precepto establece como castigo para el que suministra veneno a otro ocasionándole la muerte, suplicio y, a continuación, muerte deshonrosa, o, en caso de que quien toma el veneno sobreviva, podrá este hacer lo que estime oportuno con su envenenador.

Por tanto, el médico que suministrase veneno a un preso sería, con base en la LV 11, 1, 2, sometido a juicio por sus actos, a fin de recibir el pertinente castigo que sería el contenido en la norma precitada anteriormente por actuar en calidad de envenenador. Y me pregunto ahora, si el preso se toma el veneno, pero, sobrevive ¿tiene derecho a hacer lo que quiera con el médico? Según la norma podría hacerlo, pero dudo mucho que, debido al reproche que se muestra al médico por actuar de esta forma en contra de la colectividad, en la práctica se llevase a cabo. Más bien, sería el juez el que estableciese el castigo que estimase oportuno que entiendo que, en estos casos, independientemente de la consecución del objetivo (la muerte del preso), sería la muerte del médico por actuar en perjuicio del bien común y de una forma tan deshonrosa hacía su profesión.

Por otro lado, tratar de encuadrar el supuesto objeto de estudio como un caso de responsabilidad médica, desde mi punto de vista, no es lo adecuado, pues no se está castigando al médico por causar un daño al paciente en el ámbito del desempeño de su actividad, sino que se le está castigando por causar un daño a la colectividad al impedir que esa persona sea juzgada por los delitos cometidos.

El tercer y cuarto supuesto, los analizaré conjuntamente, pues hacen referencia ambos al caso en el que el médico es contratado para asistir a un enfermo:

«Si quis medicum ad placitum pro infirmo visitando aut vulnere curando poposcerit, cum viderit vulnus medicus aut dolores agnoverti, statim sub certo placito cautione emissa infirmum suscipiat». (LV 11,1,3, Recc. Erv.)

«Si quis medicus infirmum ad placitum susceperit, cautionis emisso vinculo, infirmum restituat sanitati. Certe si periculum

contigerit mortis, mercedem placiti penitus non requirat; nec ulla exinde utrique parti calumnia moveatur» (LV 11,1,4, Recc. Erv.).

Nos situamos en el ámbito contractual de la relación médico-paciente. En estos casos, el médico, antes de realizar su intervención, debe realizar un examen de la situación y posteriormente recibir al enfermo siempre y cuando este haya prestado compromiso de caución de sus honorarios. Si el enfermo muere, ni el médico tiene derecho a reclamar el pago de sus honorarios ni tampoco se permite a ninguna de las partes iniciar un proceso frente a la otra. Nos situamos, por tanto, tal y como afirma Petit, en el ámbito del:

«[...] contrato de asistencia médica. Partiendo de la “*susceptio*” contractual del enfermo, “*cautionis emisso vinculo*”, muestra con perfecta claridad el sinalagma cuidados médicos que llevan a la curación/pago de honorarios acordados (“*merces placiti*”). En caso de fallecimiento no culpable del enfermo –e igualmente, hay que pensar, si éste no sana por completo: LV 11,1,4, “*infirmum revocaverit*”– no se devengan los honorarios, pero tampoco pueden las partes exigirse responsabilidades».¹²

Esto mismo ya sucedía en el Derecho romano, donde se eximía al médico de responsabilidad, siempre y cuando no actuase culposamente, es decir, no actuase con *imperitia*. En este sentido:

«Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet» (D. 1,18,6,7: Ulp. 1, opin.).

Nos situamos con este supuesto ante una obligación de medios por lo que si el médico no consigue sanar al paciente cabrían, en principio, tres opciones, a saber:

– Que el médico no pudiese exigir sus honorarios ni si quiera por vía judicial. Esta opción es la que aparece recogida en el fragmento analizado.

12. Vid. PETIT, C., «Lex Visigothorum 11,1: de Medicis et Egotis», *Cuadernos de Historia de España*, 67-68, 1982, pp. 5-32, pp. 20-21.

– En caso de que el paciente falleciese, que sus familiares pudiesen exigir responsabilidad al médico por el daño causado siempre y cuando este hubiese actuado con culpa o negligencia.

– Si el paciente viviese, pero no se curase, no podía exigir responsabilidad al médico siempre y cuando este hubiese actuado diligentemente.

En el fragmento analizado solo se prevé un supuesto y es que el paciente muera sin que intervenga culpa o negligencia del médico, en cuyo caso, insisto, ni el médico podía exigir sus honorarios al paciente ni los familiares del fallecido podían ejercitar ninguna acción frente al médico.

En conclusión, se puede observar que el sistema de responsabilidad subjetivo basado en la culpa, que se creó a raíz de la necesidad de adaptar la *lex Aquilia* a los nuevos supuestos que se iban generando, también influyó en esta norma, pues solo si el médico actuaba sin la diligencia debida o culposamente iba a poder exigírsele responsabilidad en este supuesto al igual que sucedía en Roma. Cosa distinta va a suceder con la reclamación de los honorarios pues, en el supuesto objeto de estudio, podemos observar que, si el médico causaba la muerte al paciente, independientemente de que actuase diligentemente o no, no podía reclamar la recompensa pactada; sin embargo, en Roma, el médico sí podía exigir sus honorarios a través de una acción por el hecho o *in factum*, a través de la *actio conductii* o mediante la *cognitio extra ordinem*.¹³

13. Las acciones que tenía el médico romano para exigir el pago de sus honorarios eran muy variadas y obedecían, en muchas ocasiones, al estatus que este tuviese. Me refiero con esto a que, por ejemplo, en un primer momento, los médicos romanos que ejercían su actividad sin ánimo de lucro, como la contraprestación que obtenían por el ejercicio de su actividad no tenía valor de salario, sino que era un regalo, *honorarium*, no podían acudir a la *actio conductii*; tenían que acudir a una acción *in factum*, pues era la aplicable a este tipo de relación médico-paciente que no estaba orientada a la obtención periódica de una remuneración. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que, desde finales de la época republicana, todos los médicos de una forma u otra cobraban por el trabajo realizado. En este sentido, se les concedió hacer uso de la *cognitio extra ordinem* para exigir el pago de sus honorarios tal y como se desprende de D. 50,13,1,1 (Ulp. 7, *de omn. Trib*). Finalmente, Cfr. BELOW, K. H., «Der Arzt im römischen Recht» en *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 37, 1953, pp. 96-108 considera que debido al amplio margen de apreciación que permite la *cognitio extra ordinem* al juzgador, cualquier médico

El quinto supuesto recogido en la *Lex Visigothorum* se refiere al médico que opera de cataratas a un paciente y lo devuelve al estado de salud anterior. En este caso el enfermo debería entregar al médico cinco sueldos de recompensa.

«Si quis medicus hipocisim de oculis abstulerit et ad pristinam sanitatem infirmum revocaverit, V solidos pro suo beneficio consequatur» (LV 11,1,5, Recc. Erv.).

En mi opinión, nos encontramos nuevamente ante un contrato de asistencia médica, al igual que en el supuesto anterior, LV 11,1,4. Podemos observar, por tanto, que la relación médico-paciente también era, en esta época, subsumible dentro de un contrato sinalagmático donde el médico se obligaba a curar al paciente y este a pagarle los honorarios acordados.

Respecto a qué sucedía cuando el paciente fallecía o el médico no conseguía devolverle a su estado de salud, al igual que en el supuesto anterior, no se devengarían sus honorarios ni tampoco podrían el paciente o sus familiares exigirle responsabilidad siempre y cuando este hubiese actuado diligentemente.¹⁴

El sexto supuesto recoge en realidad dos casuísticas diferentes en atención a la condición social del paciente. Nos encontramos con diferentes sanciones en función de si el paciente es un hombre libre o un siervo:

– Si el médico practica una flebotomía a un hombre libre y como consecuencia de ello lo incapacita, está obligado a pagar ciento cincuenta sueldos a este; si por el contrario, lo mata, será entregado a los parientes del paciente para que estos hagan lo que estimen oportuno con él.

– Si el médico practica una flebotomía a un siervo y como consecuencia de ello lo incapacita o lo mata, deberá entregar a su dueño un siervo igual (restitución). Se observa por tanto que aquí la pena es la misma, independientemente de que se produzcan resultados diferentes, incapacidad o muerte.

podría exigir el pago de su contraprestación por esta vía, incluso frente a los herederos del paciente fallecido, siempre y cuando no hubiese actuado con culpa o negligencia.

14. *Vid. supra.* nota al pie 12.

«*Si quis medicus, dum flebotomiam exercet, ingenuum debilitaverit, CL solidos coactus exolvat. Si vero mortuus fuerit, propinquis continuo tradendus est, ut, quod de eo facere voluerint, habeant potestatem. Si vero servum debilitaverit aut occiderit, huiusmodi servum restituat*» (LV 11,1,6, Erv.).

Se puede traer a colación, en este punto, el fragmento del *Digesto* mencionado anteriormente (D. 1,18,6,7: Ulp. 1, *opin*). Se hace alusión en su segunda parte a que al médico debe imputársele aquello que cometió por impericia. En el caso analizado, la impericia del médico en la práctica de la flebotomía es la que da lugar al nacimiento de la responsabilidad.¹⁵

Además, se puede observar que en este caso nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, donde el médico respondía, independientemente de que hubiese actuado con la diligencia debida, por el hecho de haber causado un daño tipificado en una norma. En consonancia con esta afirmación, Petit manifiesta, al analizar esta ley, que: «Se trata, además, de una responsabilidad objetiva (*der Tat tötet den Mann*): todo accidente producido con ocasión del tratamiento es considerado *iuris et de iuris* como culpa del médico; de manera que solo ante la muerte natural del enfermo a causa de su mal –el supuesto de la ley cuarta– queda el médico indemne».¹⁶

Finalmente, en el último supuesto se hace alusión a ciertos privilegios que ostentaban los médicos. En este sentido el médico que hubiese cometido un delito, debía de ser oído en juicio antes de entrar a prisión, salvo que hubiese cometido el delito de homicidio, en ese caso podía ser apresado *inauditus*. Por otro lado, si un médico era juzgado por deber dinero a alguien, quedaba en libertad bajo fiador.

«*Nullus medicum inauditum, excepto homicidii causam, in custodia retrudat. Pro debito tamen sub fideiussorem debet consistere*» (LV 11,1,8, Recc. Erv.).

El supuesto que a mí me interesa, por lo que al ámbito de la responsabilidad médica se refiere, es el del homicidio. Y, al igual que

15. Cfr. PETIT, C., «Lex Visigothorum 11,1: de Medicis...», *cit.*, pp. 23-25.

16. *Vid.* PETIT, C., «Lex Visigothorum 11,1: de Medicis...», *cit.*, p. 24.

Petit, no creo que se refiera solo al homicidio especial cometido por el médico cuando practica una flebotomía.¹⁷ Además, el precepto no especifica de qué homicidio se trata y tampoco distingue si se ha cometido intencionalmente, de forma involuntaria o imprudentemente. Analizaré ahora la pena que se establecía en estos supuestos a fin de tratar de dilucidar qué pena se le podría imponer a nuestro médico medieval, a saber:

– Homicidio involuntario.

«Quicumque nesciens hominem occiderit et nullum contra eum odium habuerit, iuxta Domini vocem reus mortis non erit. Non enim est iustum, ut illum homicide damnatum aut pena percutiat, quem voluntas homicidii non cruentat» (LV 6,5,1 Recc. Erv.).

Si alguien mata a otro sin querer y sin tener odio contra él no será reo de muerte.

– Homicidio imprudente.

«Quimque incautus aut indiscretus aut iocari volens aut in multitudinem cuiuscumque rei ex inproviso hictum noxium mittens percussisse adque occidisse quempiam aut nocendi voluntate commissum non fuit, non quidem erit percussor vel homicidio infamis vel morte damnabilis, quia mortuum voluntarie non occisit. Quare tamen indiscrete percussit nec vitare casum studuit, libra mauri proximis occisi persolvere procurabit et L flagellorum hictibus vapulabit» (LV 6,5,7 Recc. Erv.).

Se establece en este caso que el que por imprudencia da un golpe nocivo a otro y le hiere o le causa la muerte, si no consigue con su juramento y con testigos demostrar que no actuó con malicia ni con intención de hacer daño, será condenado a muerte y sufrirá la infamia del homicidio. Si se demuestra que no actuó dolosamente, será condenado a pagar una libra de oro a los parientes del difunto y será azotado con cincuenta latigazos.

17. Vid. PETIT, C., «Lex Visigothorum 11,1: de Medicis...», *cit.*, p. 30.

– Homicidio intencional.

«*Omnis homo, si voluntate, non casu occiderit hominem, pro homicidio puniatur*» (LV 6,5,11 Recc. Erv.).

Si una persona mata a otra voluntariamente será castigada por homicidio.

Entonces, ¿qué le sucedía al médico que causaba la muerte a un paciente? Pues cabría aplicar diferentes medidas en atención a la intencionalidad o voluntad que tuviese este con sus actos. Si el médico tenía la intención de matar al paciente debía ser castigado como reo de homicidio, pero, si por el contrario, no había en él ese *animus* de matar, no podía ser considerado como tal. Estos supuestos son bastante claros, la duda me surge con el precepto recogido en LV 6,5,7; ¿sería ese supuesto extrapolable al ámbito médico? *A priori*, todos los parámetros recogidos en el mismo son aplicables a la relación médico-paciente, salvo uno de ellos, el precepto que exige que la causa del daño sea un golpe. Salvando esa cuestión y teniendo en cuenta que la norma podía ser susceptible de interpretación, quizá sí que fuese aplicable este precepto a aquellos supuestos en los que el médico causaba un daño imprudentemente. En mi opinión, lo importante de LV 6,5,7, es que recoge no solamente el homicidio imprudente sino también las heridas causadas a tercero con imprudencia. En el ámbito objeto de estudio, si el médico matase al paciente imprudentemente, sería condenado a muerte salvo que consiguiese demostrar con su juramento y con testigos que no había actuado con malicia ni con intención de hacer daño; si consiguiese demostrar esto último sería condenado a pagar una libra de oro a los parientes del difunto y sería azotado con cincuenta latigazos. Nos situamos, por tanto, con este supuesto, dentro del ámbito de la responsabilidad subjetiva donde no es suficiente que exista una acción que causa un daño para que surja la responsabilidad, sino que también es necesario probar que el agente del daño actuó culposamente.

En conclusión, ha quedado probado que la *Lex Visigothorum*, reguló diferentes aspectos de la relación médico-paciente. Además, recogía diferentes supuestos de responsabilidad médica (tanto objetiva como subjetiva) en los que el médico iba a tener que reparar los daños causados al paciente.

III.2. Influencia en *Las Partidas*

En este apartado analizaré la *Partida VII* pues es en ella donde se recoge todo lo relativo a la responsabilidad por daños.

«Daño es empeoramiento, ó menoscabo ó destruímiento que home recibe en si mismo ó en sus cosas por culpa dotri: et son tres maneras dél; la primera es quando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan hi, ó por otro mal quel facen; la segunda es quando mengua por razon del daño que facen en ella; la tercera es quando por el daño se pierde ó se destruye la cosa del todo» (Partida VII, Título XV, Ley I).

Se da por primera vez una definición de daño y se introduce la exigencia de que exista culpa para hablar de responsabilidad. Podemos observar, por tanto, que esta norma está claramente influenciada por el Derecho romano pues, como ya indiqué anteriormente, gracias a la práctica pretoria y a la interpretación jurisprudencial se desarrolló en Roma el concepto de culpa a fin de adaptar la *lex Aquilia* a nuevos supuestos de responsabilidad que iban surgiendo y que no estaban previstos. Consecuentemente, con las *Partidas*, nos vamos a situar en el ámbito de la responsabilidad subjetiva.

«Emendar et pechar debe el daño aquel que lo fizo al que lo recibió: et esto le puede seer demandado, quier lo hobiese fecho por sus manos, ó aviniere por su culpa, ó fuese fecho por su mandado ó por su consejo, fueras ende si aquel que fizo el daño fuese loco, ó desmemoriado ó menor de diez años et medio, ó si alguno lo hobiese fecho amparando á sí mismo ó á sus cosas; ca estonce nol puede seer demandada emienda del daño que desta guisa ficiere [...]» (Partida VII, Título XV, Ley III).

Se hace alusión en este punto a quién responde por los daños causados a tercero. Entre los supuestos recogidos se indica explícitamente que deberá responder aquel que causa daño a otro interviniendo culpa.

«Peleando dos homes en uno, si alguno dellos queriendo ferir á aquel con quien peleaba firiese á otro, maguer non lo ficiere de su grado, tenuto es de facerle emientda, porque como quier que él non

fizo á sabiendas el daño al otro, pero acaesció por su culpa [...]»
(*Partida VII*, Título XV, Ley VI).

Se completa así el concepto de culpa, pues se equipara esta con la imprudencia.

En conclusión, es posible afirmar que las *Partidas* también estaban influenciadas por el sistema de responsabilidad subjetivo que se creó en Roma gracias a la práctica pretoria y a la interpretación que los juristas hicieron de la *Lex Aquilia* con el fin de subsanar y ampliar el régimen de *damnum* contemplado en esta y donde era necesario probar la existencia de culpa o imprudencia para poder exigir responsabilidad al agente causante del daño. En el ámbito de la responsabilidad médica esto supone una protección para el médico, pues en una actividad como la medicina donde la consecución de un resultado concreto es muy difícil de alcanzar, castigar, como se venía haciendo en algunos casos, por el mero hecho de causar un daño sin necesidad de exigir otros requisitos era muy arriesgado.

III.3. Influencia en el *Fuero Real*

El *Fuero Real* recoge en su Libro IV, Título XVI todas las cuestiones relativas al ámbito médico bajo la rúbrica *de los físicos e de los maestros de llagas*. *Físicos* era la otra acepción con la que eran conocidos los médicos en Época Medieval y los *maestros de llagas* eran una especie de médicos especializados en las heridas de la piel. En este sentido, Cabrera Sánchez sostiene que la aparición de estos especialistas se debe a que en Época Medieval existía una gran falta de higiene en las personas que favorecía la aparición de enfermedades cutáneas, por ello, la aparición de estos médicos especializados obedecía a la necesidad que tenía la sociedad de ver tratada esa afección.¹⁸

18. Cfr. CABRERA SÁNCHEZ, M., «Médicos, cirujanos y curanderos en Córdoba durante la segunda mitad del siglo xv», *Anuario de Estudios Medievales*, 26, 1996, pp. 329-363, pp. 337.

Respecto a las leyes recogidas en el Libro IV, Título XVI, me centraré en dos de ellas, a saber:

«Ningun ome non obre de fisica, si non fuer ante provado por buen fisico por los otros buenos fisicos de la villa ó oviere de obrar; et por otorgamiento de los alcalles: et sobresto aya carta testimonial de conceioa et esto mismo sea de los maestros de las llagasa et ninguno dellos non sea osado de tajar, nin de fender; nin de sacar hueso, nin de quemar; nin de melecinar en ninguna guisa, nin de facer sangrar a ninguna muger sin mandado de su marido, o de su padre, o de su madre, o de su hermano, o de su fijo, o de otro pariente propincoa et si alguno lo ficiere, peche x maravedis al marido si la muger fuere casada, si non al mas propinco pariente que oviere: et si alguno obrare ante que fuer provado e otorgada así como sobredicho es, peche ccc sueldos al rey, e si matar o lisiar a ome o a muger, el cuerpo e lo que oviere sea a merced del rey, si fijo non oviera et si fijos oviere, hereden sus fijos el aver, e el cuerpo sea a merced del rey» (Libro IV, Título XVI, Ley I).

Varias cosas se pueden apreciar en este precepto, pero la que a nosotros nos interesa es la relativa a la responsabilidad médica. Se fija en este precepto que, si el médico mata o lisia a un paciente, el cuerpo y lo que quede pasa a manos del rey si no hay hijos y, si los hay, estos heredan el haber, pero el cuerpo sigue quedando a merced del rey. No se fija explícitamente un castigo para el médico que hiere o mata a un paciente, pero lo cierto es que tampoco se indica que el daño se produzca de forma culposa. Esto me hace pensar que quizá el sistema de responsabilidad existente fuese también subjetivo, en el sentido de que para poder castigar al médico por el daño causado fuese necesario acreditar la existencia de culpa o negligencia en su actuación. Esta hipótesis se me plantea al comparar este texto con los diferentes preceptos analizados anteriormente en las *Partidas*.

«Si algun fisico o maestro de llagas tomare alguno en gaurda a pleyto que lo sane, e ante que sea sano moriere de aquella enfermedat, non pueda demandar el precio que avie tajado: et eso mismo sea si puso de lo sanar a plazo sennalado, e non lo sanó» (Libro IV, Título XVI, Ley II).

Se establece en esta ley que, si algún médico o maestro de llagas toma en guarda a un paciente a cambio de sanarlo y, antes de alcanzar

la sanación, este muere a causa de su enfermedad, no podrá el médico reclamar el precio previamente pactado. Lo mismo sucedía si el médico se obligaba a curar al paciente en un plazo determinado y no lo lograba.

Dos cuestiones se plantean a este respecto:

– En primer lugar, se sigue observando que la relación médico-paciente era subsumible dentro de la figura del contrato sinalagmático o bilateral, es decir, si el médico sanaba al paciente este debía pagarle el precio acordado; por el contrario, si el médico no lograba sanar al enfermo o no lo hacía en el plazo acordado, perdía el derecho a recibir contraprestación.

– En segundo lugar, y teniendo en cuenta el tenor literal del precepto, es posible afirmar que, en este caso, la obligación del médico para con el paciente es una obligación de resultados, en el sentido de que daba igual que el médico actuase diligentemente y poniendo todos sus conocimientos a disposición del paciente, pues si no conseguía sanarlo no recibiría contraprestación alguna.

IV. LAS *OBSTETRICES* Y LAS *MEDICAE* EN LA ANTIGUA ROMA

Con este epígrafe pretendo dar reconocimiento a estas mujeres que han permanecido enterradas en el olvido histórico, pero que sí han existido y han gozado de reconocimiento profesional igual que sus compañeros varones. Asimismo, veremos algunos supuestos en los que se les podía exigir responsabilidad por los daños que causaban con el desempeño de su profesión.

En un primer momento, las mujeres desarrollaron labores médicas vinculadas con su núcleo familiar. Normalmente, al que se le atribuía el rol de velar por la salud de los miembros de la familia utilizando plantas medicinales y ritos mágicos era al hombre, al *paterfamilias*; no obstante, este se solía guiar, para desempeñar esta función, por los conocimientos de las mujeres de su entorno. Eran ellas quienes tenían mayores conocimientos sobre plantas medicinales y, consecuentemente, eran las encargadas de preparar los ungüentos, cataplasmas... que se utilizarían,

en ese primer momento en el que la medicina era tan rudimentaria, para tratar a los enfermos de sus diferentes afecciones.

Junto a estas mujeres existieron otras que desarrollaron una medicina de corte profesional, a saber:

– Las *obstetrices*. La palabra *obstetrix* deriva del verbo *obstare*, una de cuyas acepciones es *permanecer a la espera*, función que claramente desempeñaban estas mujeres cuando atendían un parto. Además de atender a las parturientas se encargaban del tratamiento de todas las afecciones relacionadas con el ámbito de la ginecología.¹⁹

– Las *medicae*. Eran un grupo de profesionales que tenían conocimientos de medicina general, igual que sus compañeros varones, si bien es cierto que luego podían especializarse en el ámbito que desearan, como por ejemplo odontología, cirugía, ginecología.²⁰

Entro ahora a analizar lo que considero el epicentro de este epígrafe: saber si existió reconocimiento profesional al ejercicio femenino de la medicina en Roma. Hay que partir de la base de que ese reconocimiento lo otorgaba la urbe a la médica u *obstetrix* en cuestión y lo hacía en función de su buen hacer en el desempeño de su trabajo. Teniendo esto en cuenta, otra cosa que no debemos pasar por alto es que el espacio ocupado por estas mujeres en Roma no fue uniforme, dependía de la época y el nivel de conocimiento de estas.

19. En este sentido, *Vid.* BUONOPANE, A., «*Medicae nell'occidente romano: un'indagine preliminare*», en *Donna e lavoro nella documentazione epigrafica: atti del I Seminario sulla condizione femminile nella documentazione epigrafica*, 23, 2002, pp. 112-130, pp. 117-120. Manifiesta en este artículo que existen algunos autores que consideran que las *obstetrices* y las *medicae* pertenecían al mismo grupo profesional y otro que entiende, al igual que yo, que eran dos tipos de profesionales totalmente diferentes con diferentes competencias y distintos ámbitos de intervención.

20. El hecho de que las mujeres médicas se pudiesen especializar en el ámbito de la ginecología (ámbito propio de las *obstetrices*) es, desde mi punto de vista, una de las razones que puede dar lugar a que algunos autores consideren que *medicae* y *obstetrix* son sinónimos. Además, esta teoría viene reforzada por el hecho de que en Roma no era necesario obtener ningún título o pasar ningún examen para poder ejercer en esta rama, consecuentemente, no había una forma «objetiva» para diferenciar a estas profesionales; es decir, no había ningún documento donde figurase la titulación que tenían o aquello para lo que se habían formado.

Por ejemplo, en la Roma arcaica, las *obstetrices* ocupaban un espacio social bajo. Estaban mal consideradas social y económicamente, pues se las vinculaba con la práctica de abortos, la bebida, el tráfico de niños...²¹ No obstante, con el paso del tiempo esta visión tan negativa se fue suavizando. En este sentido, Sorano de Éfeso, uno de los padres de la ginecología, da en el siglo II d. C. una definición de *obstetrix* ideal y la presenta como:

«En general llamamos completa a aquella que solamente ha estudiado el arte médica por entero y perfecta a la que ha añadido una gran experiencia a sus conocimientos teóricos además de su excelencia profesional. En especial, llamamos comadrona perfecta a la que se ha ejercitado en todas las facetas de la terapia (pues algunos casos hay que tratarlos mediante el régimen, otros mediante la cirugía y otros hay que restablecerlos mediante la medicación) y a la que es capaz de dar instrucciones, de ver lo general y lo particular y, a partir de ello, elegir lo que conviene y no a partir de las causas teóricas, ni de la observación repetida de los síntomas generales o de uno de estos; además, entrando en más detalles, llamamos así a la que no cambia de método porque varíen los síntomas, da ánimos mientras acompaña el desarrollo de la enfermedad, no se perturba ni se asusta en los momentos difíciles, sabe justificar con solvencia los remedios empleados, consuela a las pacientes y se compadece sin haber dado necesariamente a luz con anterioridad, como sostienen algunos que opinan que para que se compadezca de las parturientas ha de tener conocimiento de los dolores del parto y que por eso es un trabajo más

21. Sobre el tema del aborto *Vid.* MARTÍN MINGUIJÓN, A. R., «El aborto en Roma. Estudio exegetico de fuentes literarias y jurídicas. La influencia de la patrística en la sociedad romana», *E-Legal History Review*, 36, 2022, pp. 1-58, p. 9. La autora establece que «Explica Sorano que la ciencia médica diferencia entre los medios anticonceptivos que no permiten que se produzca la concepción y los abortivos que destruyen la vida del feto. Mantiene que es más seguro impedir la concepción que provocar un aborto. No obstante, proporciona remedios para llevarlos a cabo, mediante la ingestión de determinadas sustancias que relaciona, la utilización de pesarios u otros medios físicos que pueden consistir tanto en ejercicios físicos de determinada dureza como en la utilización de instrumentos cortantes y punzantes. Informa que es repudiado por algunos el uso de abortivos por influencia de Hipócrates que compelia a los médicos a no facilitarlos con fundamento en que la labor de la medicina es conservar y salvar vidas, sin embargo, señala que estos métodos son recomendados por otros, no por razones estéticas ni por ocultar el producto de un adulterio, sino por razones de riesgo del parto».

propio de una que ya ha dado a luz. Ha de ser fuerte por la labor que realiza y no necesariamente joven, como afirman algunos, pues una mujer joven puede ser débil y, por el contrario, una que ya no sea joven puede ser fuerte; ser moderada y estar siempre sobria por lo incierto del momento en que puede ser llamada a acudir ante pacientes en peligro. Ha de tener un carácter reservado pues va a compartir secretos de la vida privada y no amar el dinero para no suministrar vilmente un abortivo a cambio de una recompensa. No ha de ser supersticiosa para no despreciar lo que conviene hacer a causa de un sueño, de presagios, de una práctica secreta establecida o de un rito popular. Que cuide la tersura de sus manos, evitando las labores de la lana que pueden hacerlas rugosas; podrá tenerlas suaves con la ayuda de ungüentos, si no lo son por naturaleza. Así ha de ser la mejor comadrona». ²²

Tal y como se desprende de este texto, las *obstetrices* pasaron a estar bien consideradas socialmente, máxime si tenemos en cuenta el importante papel que realizaban, a saber: determinar la personalidad jurídica del nacido. ²³ Estas profesionales, quienes eran designadas por el pretor, actuaban como «peritos médicos», ²⁴ pues eran las encargadas de cotejar que el nacido fuese ser vivo, enteramente desprendido del

22. Vid. SORÁNO DE ÉFESO, *Gyn.* 1,4. Podemos ver en este fragmento que el autor distingue entre dos tipos de *obstetrices*: la completa, que es aquella que tiene una formación teórica, y la perfecta, que es aquella que además de tener una formación teórica tiene también experiencia práctica.

23. Para ampliar información Cfr. FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., «Nacimiento de la persona: pasado y presente», *Foro, Nueva Época*, 2, 2013, pp. 139-172, pp. 148-150. La autora realiza en la precitada obra un estudio sobre la perspectiva histórico-jurídica de la personalidad jurídica en Roma y hace alusión a los requisitos que eran necesarios para que el nacido fuese considerado persona, a saber: 1. Que naciese de mujer libre o que al menos esta fuese libre en el momento de la concepción; 2. Que existiese pleno desprendimiento del seno materno; 3. El nacimiento debía producirse con vida ya que el nacido muerto se tenía por no procreado; 4. Viabilidad o posibilidad de vida; 5. Que el nacido tuviese figura o forma humana.

24. Sobre esta cuestión, Vid. MEMMER, M., «Die *obstetrix* im römischen Recht», *Festschrift für Harbert Hausmaninger zum 70*, Verlags- und Universität sbuch handlung, Viena, 2006, pp. 208-210. Establece el autor que Marcus Aurelius y Lucius Verus nombraron peritos a las *obstetrices* para la aclaración de embarazos. Ello prueba que estas profesionales gozaron de reconocimiento y estatus dentro de la sociedad romana, debido a la importante función que desempeñaban.

seno materno y con figura humana; además, debían realizarle una exploración física para comprobar su estado de salud y también su sexo.²⁵ No obstante, pese a la integridad y profesionalidad de la que gozaban estas mujeres, Ulpiano recoge que las *obstetrices*, antes de entrar a la casa donde se encontraba la embarazada, iban a ser registradas a fin de que no introdujesen nada que pudiese afectar negativamente al parto, pues pese a que eran mujeres honradas su naturaleza de mujer podía llevarlas a contribuir en el engaño (D. 25,4,1,10: Ulp. 24, *ad Ed.*) (D. 25,4,1,11: Ulp. 24, *ad Ed.*).²⁶

En cuanto a las muestras históricas que acreditan que estas mujeres existieron y que gozaron de reconocimiento voy a hacer mención

25. En este punto, es interesante tener en cuenta que la fecundidad de la mujer en la antigua Roma era muy importante, en este sentido *Vid.* NÚÑEZ PAZ, M. I., «Sobre la *cessio ventris* en la antigua Roma. Trascendencia socio jurídica del principio *mater semper certa est*», *E-Legal History Review*, 28, 2018, pp. 1-37, p. 3, quien establece que «La interdependencia entre los conceptos de biología, fecundidad y salud femenina arranca de los escritos hipocráticos -origen de toda la enseñanza médica posterior-: la esterilidad es una desgracia y, como lógica consecuencia, el parto exitoso es la mayor prueba de salud femenina. Hipócrates describe prolijamente los síntomas y penurias de «las vírgenes a las que les llega el momento de casarse y no se casan». Si el orificio de la matriz no está abierto la sangre no encuentra salida, subiendo hacia el corazón y el diafragma. Según el médico griego cuando existen problemas fisiológicos de ese tipo, las jóvenes «se ven asaltadas por desvaríos»; «se vuelven locas»; «sienten deseos de matar [...] terrores y miedos»; «desean estrangular»; y «las visiones les mandan saltar, arrojarse a los pozos o estrangularse» [...] «yo aconsejo a las vírgenes que cuando tengan tales trastornos, enseguida se casen [...] pues si quedan embarazadas se curan.» La necesidad de cuerpos gestantes de un lado y, de otro, las dudas que plantea la biología ante un hecho de tanta trascendencia social, política y jurídica como el nacimiento de una persona, se encuentra en la base de las normas jurídicas que en primer término «maternalizan» todo lo femenino y en segundo término criminalizan los comportamientos que separan la sexualidad femenina de la maternidad. A esta cuestión me referiré en el siguiente epígrafe. Las *gynaiques*, esposas legítimas y madres de los ciudadanos en las polis griega atraviesan, bajo la advocación de la diosa Ártemis, los ritos de paso que sirven para domesticar la sexualidad «salvaje» atribuida a las jóvenes. Por otra parte, en los ritos de paso romanos, la diosa Juno Sororia acompaña a las jovencitas en su paso hacia la pubertad y el término se relaciona con el despuntar de los senos femeninos: *mammae, puellarum, cum primum tumescunt*».

26. Cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, C., «El *curator ventris* desde las fuentes jurídicas romanas. Entre la protección al *nasciturus* y la cosificación del cuerpo femenino», *E-Legal History Review*, 35, 2022, pp. 31-32.

a alguno de sus epitafios:²⁷ *Volusia (incerta)* –siglo II o siglo I a. C.: «[V]olusia [-]/opstetrix, (!)/vixit annos [-]»²⁸. *Sempronia Peloris Atratinæ (liberta)* – segunda mitad siglo I a. C.: «Sempronia Peloris/Atratinæ (liberta), opstetrix, (!)/[-]ris v(ixit) a(nnis) [-]»²⁹. *Hygia Marcellae (liberta)* – finales del siglo I a. C principios del siglo I d. C.: «Hygia/Marcellae l(iberta), / obstetrix»³⁰. *Grattia Hilara (liberta)* –siglo I d. C.: «C(aius) Grattius/Hilarae/opstetricis (!) l(ibertus)/4 Plocamus,/a monte / Esquilino»³¹. *Coelia Hagne (liberta vel ingenua)* –siglo II d. C.: «D(iis) M(anibus)./Coeliae Hagne,/obs<t>etrici./4M(arcus) Ulp(ius) Zosimus/coniugi sanctissim(ae)»³².

Se puede observar que todas estas mujeres fueron recordadas por la labor que desempeñaron en el ámbito médico, pues en todos los epitafios se recoge la palabra *obstetrix*, *opstetrix*, *obstetrici*... Es evidente, por tanto, que gozaron de reconocimiento profesional.

Por otro lado, y con intención de aclarar cuál era el estatus jurídico de estas mujeres, procederé a analizar diferentes fuentes posteriores al siglo VI d. C., que creo puede arrojar luz sobre este tema.

«*Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod iustior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet*» (D. 50,13,1,1: Ulp. 8, de omn. trib.)

«*Sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur*» (D. 50,13,1,2: Ulp. 8, de omn. trib.)

En el primer fragmento, Ulpiano establece que los médicos pueden acudir al trámite extraordinario (*cognitio extra ordinem*) para reclamar sus honorarios (D. 50,13,1,1: Ulp. 8, de omn. trib.) y, acto seguido,

27. Para ampliar información a este respecto, o consultar otros epitafios de mujeres que ejercieron como *obstetrices* en la antigua Roma *Vid.* ALONSO ALONSO, M. A., «*Medicae y obstetrices en la epigrafía latina del Imperio Romano. Apuntes en torno a un análisis comparativo*», *Classica et Cristiana*, 6 (1), 2011, pp. 267-296, pp. 285-288.

28. CIL XI, 3391.

29. CIL VI, 6832.

30. CIL VI, 4458.

31. CIL VI, 9721.

32. CIL X, 1933.

manifiesta que las *obstetrices* también pueden hacer uso de ese trámite para exigir el pago por sus servicios (D. 50,13,1,2: Ulp. 8, *de omn. trib.*). Consecuentemente, podemos observar que existe una equiparación entre ambos profesionales.³³

Finalmente, para cerrar el tema de las *obstetrices*, me gustaría hacer alusión a un fragmento del *Codex Iustiniano*, sobre el que volveré a ahondar a continuación cuando me refiera a las mujeres médicas y donde se establece que el precio de una esclava *obstetrix* era el mismo que el de un médico-esclavo. Esto supone un reconocimiento profesional hacia este colectivo de mujeres pues las equipara en valor con los médicos.

«*Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, sortem etenim inter altercantes adhibendam, ut, quem sors praetulerit, is quidem habeat potestatem eligendi, ceteris autem aestimationem praestet contingentium eis partium: id est in servis quidem et ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis aestimandis, minoribus videlicet decem annis non amplius quam decem solidis computandis: sin autem artifices sunt, usque ad triginta solidos aestimatione eorum procedente, sive masculi sive feminae sunt, exceptis notariis et medicis utriusque sexus, cum notarios quinquaginta solidis aestimari volumus, medicos autem et obstetrices sexaginta: eunuchis minoribus quidem decem annis usque ad triginta solidos valentibus, maioribus vero usque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, usque ad septuaginta*» (Cod. Ius. 6,43,3,1).

En cuanto a las mujeres médicas, negar su existencia sería negar lo evidente. Cada vez son más los descubrimientos que se hacen en este ámbito (sobre todo descubrimientos epigráficos) y que reconocen no solo la existencia de estas mujeres sino también el hecho de que gozaban de estima social, pues, cuando fallecían, eran recordadas no solo por cumplir con los estereotipos de mujer ideal romana sino también por su buen hacer en el ámbito sanitario. Además, eran equiparadas a

33. Esta misma línea la sostiene Memmer quien considera que la *obstetrix* romana se equipararía con un ginecólogo/a actual en lo que al ámbito de conocimientos se refiere, pues no dejaban de ser médicas especializadas en el ámbito de la ginecología, ya que no solo atendían partos, sino que también trataban a las mujeres de sus afecciones íntimas. Así, Cfr. MEMMER, M., *Die obstetrix...*, cit., pp. 197-198.

los médicos varones, en este sentido me gustaría volver a analizar el precitado fragmento del *Codex Iustiniano* donde se establece:

«[...] *Sin autem artifices sunt, usque ad triginta solidos aestimatione eorum procedente, sive masculi sive feminae sunt, exceptis notariis et medicis utriusque sexus, cum notarios quinquaginta solidis aestimari volumus, medicos autem et obstetrices sexaginta: eunuchis minoribus quidem decem annis usque ad triginta solidos valentibus, maioribus vero usque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, usque ad septuaginta*» (Cod. Ius. 6,43,3,1).

Se puede apreciar que el precio de un médico esclavo era el mismo que el de una mujer, sesenta sueldos. Además, se especifica que las esclavas *obstetrices* tenían el mismo valor que los médicos esclavos.

Hace alusión el fragmento analizado a *medicis utriusque sexus*, es decir, concreta claramente que los médicos son de ambos sexos, hombres y mujeres. No obstante, algunos autores consideran que lo que verdaderamente se está haciendo es diferenciar dos categorías de profesionales en atención al sexo de estos y ello tomando como base la frase *medicos autem et obstetrices sexaginta*; por un lado, estarían los médicos, exclusivamente varones, y por otro las *obstetrices*, exclusivamente mujeres.³⁴ Personalmente, no estoy de acuerdo con la afirmación hecha por este grupo de autores por diferentes motivos:

– Primero. El concepto *medicis* engloba a profesionales de ambos sexos y así lo establece textualmente el fragmento precitado al hacer alusión a *medicis utriusque sexus*.

– Segundo. Las *obstetrices* conformaban, como hemos visto, una categoría profesional diferente a los médicos. Tenían conocimientos específicos y exclusivos sobre una materia concreta, la ginecología, mientras que los médicos, tanto varones como mujeres, tenían conocimientos

34. Dentro de este grupo de autores, *Vid.* KRUG, A., *Medicina nel mondo classico*, Firenze, Giunti, 1990, p. 209; *Vid.* FRASCA, R., *Educazione e formazione a Roma: storia, testi, immagini*, Bari, Dedalo, 1996, pp. 488-490; *Vid.* KORPELA, J., *Das Medizinpersonal im antiken Rom. Eine sozialgeschichtliche Untersuchung*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1987, pp. 19-20; *Vid.* FLEMMING, R., *Medicine and the Making of Roman Women. Gender, Nature and Authority from Celsus to Galen*, New York, Oxford University, 2000, pp. 36-39.

generales sobre medicina, si bien es cierto que luego podían especializarse en la rama que deseasen.

– Tercero. La *obstetricia*, aunque era una profesión desarrollada mayoritariamente por mujeres, no era exclusiva de estas. Si tenemos en cuenta que la *obstetrix* era, en lo que a conocimientos se refiere, una médica especializada en ginecología, no resulta absurdo afirmar que esta profesión podía ser desempeñada también por hombres.³⁵

Consecuentemente, desde mi punto de vista, la idea de que con la expresión *medicos autem et obstetrices* se están diferenciando dos categorías de profesionales en función de su sexo es errónea, máximo si tenemos en cuenta que el fragmento recoge dos líneas más adelante que los médicos son de ambos sexos, *medicis utriusque sexus*. Además, mi afirmación está bien reforzada por el hecho de que lo largo de la historia se han encontrado diferentes epitafios, tratados, monumentos funerarios... en los que diferentes mujeres son recordadas por haber ejercido como médicas. Por ejemplo, Metilia Donata: «*Metilia Donata medic [a]/de sua pecunia dedit/l (ocus) d (atus) d (ecreto)/d(ecurionum)*»³⁶. Eleutheris Liviae: «*Eleutheris Liviae l(iberta)./M(arcus) Livius Liviae l(ibertus) Orestes, supra med(icos)*»³⁷. Iulia Saturninae: «*D(is) M(anibus) s(acrum)/Iuliae Saturninae/ann(orum) XXXV/uxori incomparabili/medicae optima/mulieri sanctissimae/Cassius Philippus/maritus ob meritis(!)*»³⁸.

Estos son solo algunos ejemplos. Son numerosos los epitafios que corroboran la existencia de estas mujeres en la antigua Roma, como el de Naevia Clara, Iulia Pye, Melitine, Secunda, Terentia Prima,

35. Por ejemplo, Aecio de Amida, fue un médico que trabajó para el emperador Justiniano I y que escribió diferentes obras relacionadas con la esterilidad de hombres y mujeres, enfermedades de la matriz, tratamiento del cáncer de pecho...

36. CIL XIII, 2019.

37. CIL VI, 3982.

38. CIL II, 497. Julia Saturnina fue una médica que se especializó en ginecología. Se cree que era una mujer libre, ciudadana del Imperio y con fama dentro de la ciudad. En su epitafio podemos ver que se hace alusión no solo a las características propias de mujer ideal romana (esposa incomparable y mujer santísima), sino también a su profesión (médica óptima). Además, en la otra cara del epitafio se puede ver a un bebé envuelto en sábanas. Esta simbología hace alusión a su especialidad dentro del ámbito de la medicina.

Minucia Asste, Venuleia Sosis, Primilla, Iulia Sabina, Octavia Artimisia, Sentia Elis, Scantiae Redemptae...³⁹ Además de los epitafios, nos encontramos con tratados en los que se hace mención a estas mujeres; por ejemplo, Plinio el Viejo recuerda en sus *Tratados de Historia Natural* a diferentes mujeres que ejercieron como médicas, como Salpe de Lemno (experta oftalmóloga) u Olimpiade la de Tebas (una importante ginecóloga).⁴⁰

En conclusión, es indudable que en Roma existieron mujeres que ejercieron como médicas y como *obstetrices* y que gozaron de reconocimiento profesional, pues fueron recordadas, tal como ha quedado probado, por sus labores dentro del ámbito de la medicina.

V. CONCLUSIONES

I. La *Lex Aquilia* configuró en origen un sistema de responsabilidad objetivo, en el que aquel que causaba un daño respondía por el mero hecho de haberlo causado. No obstante, por vía pretoria y gracias a la interpretación jurisprudencia, se fue abriendo paso al concepto de culpa o negligencia, a fin de poder otorgar acciones ante nuevas situaciones que se planteaban y que no estaban contempladas en la ley. Hay que tener en cuenta que solo los daños previstos en los *verba legis* estaban sujetos a la *actio directa legis Aquilia*; por esta razón, el pretor se vio obligado a otorgar acciones *in factum, utiles, ad exemplum, quasi damni iniuriae ex lege Aquilia*... para proteger a la víctima ante hechos lesivos, que no eran los originales previstos en la ley, pero que sí eran producidos *damni iniuriae*.

39. Sobre esta materia, ALONSO ALONSO, M. A., «Medicae y obstetrices en la epigrafía latina del Imperio Romano. Apuntes...», *cit.*, pp. 285-286.

40. Para ampliar información *Vid.* PETROCELLI, C., «La donna nella storia della medicina», *Periodico della Società Italiana di Farmacologia*, 2010, pp. 55-59, pp. 56-57; Por otro lado, consultar Plinio el Viejo, *Hist. Nat.*, Libro XXVI, donde hace mención a Olimpiade la de Tebas, quien publicó un compendio sobre enfermedades femeninas y remedios naturales para tratarlas. En este compendio aparecen varios remedios para «la prevención de los abortos espontáneos y la inducción de los abortos por medio de la aplicación de malva y grasa de ganso».

II. La *Lex Visigothorum* recogía un sistema de responsabilidad mixto. Había supuestos en los que la responsabilidad del médico para con el paciente era puramente objetiva, al igual que la recogida originariamente en la *Lex Aquilia*, es decir, el médico respondía por el mero hecho de haber causado un daño previsto en la norma, y había otros supuestos en los que era necesario acreditar la existencia de culpa o negligencia para poder exigirle responsabilidad.

III. En las *Partidas*, al igual que en el *Fuero Real*, el sistema de responsabilidad médica era subjetivo, todo giraba en torno al concepto de culpa e imprudencia, por lo que es posible afirmar que estas leyes estaban influidas por las interpretaciones que se hicieron de la *Lex Aquilia*. Este sistema otorga, desde mi punto de vista, mayor protección al médico, ya que no bastaba con que el médico causase un daño para poder exigirle responsabilidad, sino que era necesario acreditar que actuó culposamente o sin la diligencia debida. Esto supone un avance dentro de una rama como es la medicina, la cual es una ciencia inexacta.

IV. Ha quedado probado que las mujeres en Roma también desempeñaron labores médicas de forma profesional, al igual que sus compañeros varones. No existe ninguna fuente que nos permita afirmar que la medicina era un *officia virilia*, al contrario, son mayores las pruebas donde se hace alusión a la existencia tanto de mujeres médicas como de *obstetrices*.

**A *LOCATIO AD LONGUM TEMPUS*,
REINTERPRETAÇÃO MEDIEVAL
DO DIREITO ROMANO PARA
PROTEÇÃO DO ARRENDATÁRIO**

*The locatio ad longum tempus,
a medieval reinterpretation of Roman
Law to protect tenants*

DAVID MAGALHÃES
Universidade de Coimbra

Resumo: através da reinterpretação de várias fontes romanas, foi criada no seio da escola dos Glosadores a *locatio ad longum tempus*, que outorgava ao arrendatário uma tutela de carácter real, obstando à falta de tutela possessória do vulgar *conductor* e à regra comumente designada *emptio tollit locatum*. A ciência do Direito comum acabou, assim, por acolher a *locatio ad longum tempus* durante séculos.

É com o Humanismo jurídico que surge uma crítica àquilo que era uma construção dogmaticamente espúria, mas só na fase do *usus modernus pandectarum*, num contexto racionalista e iluminista, a figura medieval acabou por ser abandonada.

A *locatio ad longum tempus* revelou que os quadros sociais vigentes na Europa ocidental desde a Idade Média se sentiam desconfortáveis com um enquadramento puramente obrigacional da locação. Uma valoração que não se tornou obsoleta: apesar de a locação por longo tempo ter sido tecnicamente abandonada, as preocupações que lhe estavam subjacentes permaneceram e são pacíficas nos ordenamentos jurídicos vigentes a tutela possessória do locatário e a regra *emptio non tollit locatum*.

Palavras-chave: *Locatio conductio. Agri vectigales. Ius perpetuum. Ius emphyteuticum. superficies.* Contrato de enfiteuse. *Locatio ad longum tempus. Ius commune.* Protecção possessória do arrendatário. *Emptio (non) tollit locatum.*

Abstract: through the reinterpretation of several Roman sources, the *locatio ad longum tempus* was created within the Glossators, granting to tenants an *in rem* protection, and preventing the lack of possessory of the common conductor and the effects of the rule commonly known as *emptio tollit locatum*.

The *ius commune* thus accepted the *locatio ad longum tempus* for centuries. Its critique appeared with Legal Humanism, as it was a dogmatically spurious construction, but only with the *usus modernus pandectarum* phase, in a rationalist and Enlightenment context, did the medieval figure end up being abandoned.

The *locatio ad longum tempus* revealed that the social values in force in Western Europe since the Middle Ages didn't get along with a purely obligatory framework of the lease contract. Such assessment did not become

obsolete: although *the locatio ad longum tempus* was technically abandoned, its underlying concerns remain and the tenant's possessory protection and the rule *emptio non tollit locatum* are peacefully accepted in the current legal systems.

Keywords: *Locatio conductio. Agri vectigales. Ius perpetuum. Ius emphyteuticum. Superficies.* Emphyteutic contract. *Locatio ad longum tempus. Ius commune.* Tenant's possessory protection. *Emptio (non) tollit locatum.*

SUMÁRIO: I. Direito romano. I.1. A tutela puramente obrigacional do locatário na locação comum. Breves considerações. I.2. Especificidades da locação de *agri vectigales*: perpetuidade e tutela real. I.3. A enfiteuse como contrato perpétuo, *tertium genus* entre a locação e a compra e venda. I.4. A fusão da locação dos *agri vectigales* com a enfiteuse. I.5. A locação *non ad modicum tempus* como figura com exclusiva relevância na constituição do direito de superfície. II. *Ius commune*. II.1. A construção da *locatio ad longum tempus* pelos Glosadores, com base nos textos romanos, para protecção do arrendatário. II.2. A aceitação da *locatio ad longum tempus* pela ciência do Direito comum. II.3. O início da crítica da *locatio ad longum tempus* pela Escola Culta. II.4. A generalizada recusa da *locatio ad longum tempus* no contexto jusracionalista e iluminista. III. Conclusão.

I. DIREITO ROMANO

I.1. A tutela puramente obrigacional do locatário na locação comum. Breves considerações

Da locação de coisa (inserida na figura mais ampla da *locatio conductio*, um dos quatro contratos consensuais reconhecidos pelo Direito romano),¹ não resultava qualquer posição de natureza real para o locatário. O despejo, ainda que ilícito, extinguiu o contrato e o *conductor*

1. Sobre o carácter consensual da *locatio conductio*, compulem-se as fontes que se seguem.

– *Gai Institutiones* 3,135: «*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*» («As obrigações constituem-se por consenso na compra e venda, na locação, na sociedade e no mandato»).

– D.44,7,2 pr. (*Gaius libro tertio institutionum*): «*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*»

apenas poderia reagir através da *actio conducti*, que servia para exigir uma indemnização pelo não cumprimento da obrigação de ser proporcionado o gozo da *res*, ou o pagamento da cláusula penal convencional. ² A tutela possessória era, também, categoricamente negada. ³

Como decorrência, verificava-se a inoponibilidade da locação ao sucessor, a título singular, do direito do locador, nomeadamente concretizada através de um contrato de compra e venda. O que no direito intermédio ficou conhecido através da máxima (não rigorosa, mas extremamente impressiva) *emptio tollit locatum*. ⁴

(«Fazem-se pelo consenso as obrigações nas compras e vendas, locações conduções, sociedades e mandatos»).

– D.19,2,1 (*Paulus libro 34 ad edictum*): «*Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*» («Por ser natural e do direito das gentes, a locação e condução não se contrai com palavras, mas pelo consenso, como a compra e venda»).

Vd. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., *Sistema contractual romano*, 3.^a ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 294-295, ou PLESSIS, P., *Du Letting and hiring in roman legal thought: 27 BCE - 284 CE*, Leiden-Boston, Brill, 2012, p. 17.

Recorde-se que os contratos consensuais eram aqueles que se concluíam pelo mero consenso das partes, que se poderia manifestar de qualquer modo, como decorre do que nos foi transmitido por *Gai Institutiones* 3,136 e D.44,7,52,9.

– *Gai Institutiones* 3,136: «*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit*» («Dizemos que nestes se contrai a obrigação por consenso porque não há necessidade de palavras proferidas oralmente, nem de documento escrito, sendo suficiente que consentam os que gerem o negócio. Por isso, tais negócios são contraídos mesmo entre ausentes, através de carta ou de nuncio, quando, pelo contrário, as obrigações verbais não podem ser feitas entre ausentes»).

– D.44,7,52,9 (*Modestinus libro secundo regularum*): «*Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis uerbis hoc exprimi possit*» («Também o mero consentimento basto para a obrigação, ainda que se possa exprimir por palavras»).

2. Remetemos para o que já investigámos em MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário. O direito à permanência nas dependências locadas, desde o direito romano clássico*, prólogo de Federico Fernández de Buján, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 29 y ss., 77 y ss.

3. Sobre a falta de tutela possessória da posição do locatário, MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 43 y ss.

4. Tomamos a liberdade de voltar a remeter para a nossa *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 133 y ss.

I.2. Especificidades da locação de «agri vectigales»: perpetuidade e tutela real

Não foram desconhecidos do *ius romanum*, todavia, contratos de locação que outorgavam ao locatário uma tutela de natureza real. Já na época clássica estavam sujeitas a um regime especial as locações dos chamados *agri vectigales*,⁵ isto é, arrendamentos de terras pertencentes aos municípios, ao abrigo dos quais o concessionário ficava obrigado a pagar uma prestação, o denominado *vectigal* – como demonstram os excertos dos textos de Paulus e Ulpianus, recolhidos em D.6,3, título epígrafado «*Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur*» – «Se é exigido o campo vectigal, ou seja, enfiteuticário».⁶

No registado em D.6,3,1 (extraído de *Paulus libro 21 ad edictum*), expunha-se que os campos pertencentes às cidades se denominavam «vectigais» se locados em perpetuidade, isto é, sem o locatário ou os seus sucessores poderem ser despejados enquanto pagassem o *vectigal*. Não eram considerados «vectigais» os terrenos das cidades concedidos como se fazia entre privados (pr.).⁷ Aos locatários que tomassem em locação terrenos aos municípios a título perpétuo, embora não fossem proprietários, concedia-se uma acção real contra qualquer possuidor e até contra os próprios municípios (parágrafo 1).⁸

5. Sobre a locação de *agri vectigales* é clássico BOVE, L., *Ricerche sugli «agri vectigales»*, Nápoles, Jovene, 1960.

6. D.6,3,1 (*Paulus libro 21 ad edictum*) «*pr. Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat: non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. 1. Qui in perpetuum fundum fruentium conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.*

D.6,3,2 (*Ulpianus libro 17 ad Sabinum*) «*Ita tamen si vectigal solvant*».

D.6,3,3 (*Paulus libro 21 ad edictum*) «*Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit*».

7. Portanto, nas locações privadas e nas locações de terras municipais sem a natureza de «vectigais», não vigorava a regra da perpetuidade.

8. Sobre outros meios de protecção jurídica, concedidos casuisticamente aos locatários de *agri vectigales*, remete-se para BOVE, L., *Ricerche sugli «agri vectigales»*..., cit., pp. 138 y ss.

Ulpianus ressaltava, no que conhecemos por intermédio de D.6,3,2 (constante do seu *libro 17 ad Sabinum*), que essa tutela real estava dependente do pagamento do *vectigal*.

Os compiladores voltam a dar a palavra a Paulus em D.6,3,3 (onde se conserva, novamente, um excerto do *libro 21 ad edictum*), o qual indicava que o mesmo (isto é, a concessão da acção real) ocorria quando as locações fossem celebradas por tempo determinado, mas o período contratual ainda não tivesse decorrido.

Nas suas Instituições, a propósito das grandes proximidades entre venda e locação, Gaius ensinava que, em alguns casos, se suscitava a dúvida sobre qual dos contratos estaria presente. Uma das situações duvidosas era a locação em perpetuidade, como ocorria com os prédios dos municípios se o locatário e seus herdeiros não pudessem ser deles privados enquanto pagassem o *vectigal*. Gaius constatava que prevalecera a corrente favorável à locação.⁹

Em várias fontes era usada, aliás, uma terminologia própria da *locatio*. Além de D.6,3, podem apontar-se D.39,4,11,1 (*Paulus libro quinto sententiarum*: «*Agri publici, qui in perpetuum locantur...*»), D.19,2,15,4 (extraído de *Ulpianus libro 32 ad edictum* e onde se afirma ser aplicável ao dano sofrido pelos «*vectigais*», em situação de catástrofe natural, o regime do abatimento de renda e respectiva compensação em anos de abundância: «*Hoc idem et in vectigalis damno respondit*») e D.50,16,219 (*Papinianus libro secundo responsorum*: «*Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint*»).¹⁰

Em suma, ao contrário da *locatio* celebrada entre particulares, a locação de *agri vectigales* não só proporcionava ao locatário e seus sucessores (*inter vivos ou mortis causa*) o gozo perpétuo do prédio,

9. *Gai Institutiones* 3,145: «*Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur; ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse*».

10. Perante estes dados, BOVE, L., *Ricerche sugli «agri vectigales»...*, cit., pp. 110 y ss., aventa que Gaius se referia a uma discussão não jurídica, o que não nos parece forçoso.

como uma tutela processual que lhes permitia reagir *erga omnes* quando sofressem esbulhos.

O arranjo sistemático é, ademais, significativo, uma vez que o livro 6 do *Digesto* contém três títulos, todos dedicados a acções de reivindicação.¹¹ A *rei vindicatio* tutelava a propriedade quirritária, isto é, do *ius civile* (D.6,1, «*De rei vindicatione*»); a *actio publiciana in rem* consagrava protecção processual análoga –de natureza honorária– à propriedade bonitária (D.6,2, «*De publiciana in rem actione*»); e a *actio in rem vectigalis*, prevista no terceiro título, punha à disposição do *conductor*, nas locações perpétuas de terrenos municipais, um meio de recuperar a *res* das mãos de possuidores que o tivessem esbulhado. A já transcrita epígrafe de D.6,3 refere, justamente, o pedido processual em que se exigia o próprio *ager vectigalis*.

1.3. A enfiteuse como contrato perpétuo, *tertium genus* entre a locação e a compra e venda

Assumiram grande importância na época-clássica, com a finalidade de concessão de terras públicas a particulares, o *ius perpetuum* e o *ius emphyteuticum*, como decorre de diversas constituições imperiais compiladas no *Codex Theodosianus* e/ou no *Codex Iustinianus*.¹² A distinção entre os dois não é fácil, pois acabaram por se fundir, o que se demonstra, designadamente, através das diferentes versões que conhecemos de uma *constitutio* de Arcádio e Honório, datada de 397.¹³

11. GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*, Nápoles, Jovene, 1992, p. 218.

12. Na constituição preservada em C.5,71,13 (Diocleciano e Maximiano, 293), a propósito «*De praediis vel aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis*», distingue-se entre o *vectigal* (o *ius perpetuum*) e o *patrimoniale sive emphyteuticum praedium*: «*Etiam vectigale vel patrimoniale sive emphyteuticum praedium sine decreto praesidis distrahi non licet*». Cf. MITTEIS L. *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum*, Leipzig, Teubner, 1901, p. 51.

13. MITTEIS L. *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum...*, cit., pp. 40-41; BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 113.

Na versão constante de CTh.1,11,1, refere-se apenas o *ius perpetuum* ao ordenar-se que voltassem a estar a cargo dos oficiais palatinos e das repartições financeiras a cobrança das rendas de todas as *res* do Imperador e da totalidade do que tivesse sido concedido perpetuamente: «... *ad palatinorum curam et ad rationalium officia omnium rerum nostrarum et totius perpetuarii, iuris exactio revertatur...*».

Já em C.1,33,2, o *ius perpetuum* e o *ius emphyteuticum* surgem como realidades idênticas, referindo-se «a totalidade das concessões perpétuas, isto é, enfiteúticas» («... *ad palatinorum curam et rationalium officia omnium rerum nostrarum et totius perpetuarii, hoc est emphyteuticarii, iuris exactio revertatur...*»).

As fontes disponíveis permitem, todavia, distinguir os traços fundamentais da evolução histórica do regime de cada uma das concessões e que até explicam a sua fusão.¹⁴

O *ius perpetuum* recaía sobre terras do fisco, os *fundi rei privatae*. Estes eram comprados pelos concessionários, que se tornavam seus proprietários e cuja posição era transmitida a título sucessório.¹⁵ A concessão era irrevogável.¹⁶

O *ius emphyteuticum* tinha como objecto, por seu turno, os *fundi patrimoniales*, que pertenciam ao património do próprio Imperador e eram concedidos com a obrigação de ser pago anualmente um *vectigal* (C. Th.5,15,15, de 364). De acordo com a constituição de Valentiniano e Valente aí recolhida, o sistema de licitação de terras recentemente adoptado era abolido, não se podendo permitir que o concessionário fosse privado do prédio por ter sido feita uma melhor oferta; desta maneira, proibia-se o aumento da prestação e ordenava-se a reprivatização da situação anterior dos enfiteutas privados do seu direito por não terem aceitado um aumento —o que abrangia situações ocorridas desde o consulado de Leôncio e Salustiano (de 344).

14. Sobre o ponto são essenciais MITTEIS L. *Zur Geschichte der Erbpacht im Alterthum...*, cit., pp. 44 y ss., e BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 41 y ss.

15. CTh.5,13,1 (Constâncio e Constante, 341) = C.11,66,1; CTh. 5,13,4 (Valentiniano e Valente) = C.11,66,2.

16. C.11,66,1 («*nullo a nobis iure retrahi*»); C.11,71,2 (Graciano, Valentiniano, Teodósio, 382-384); C.11,71,5 (Teodósio e Valentiniano).

Este regime foi confirmado no ano seguinte: uma licitação não privava da concessão nem o enfiteuta, nem os seus sucessores,¹⁷ deste modo se afigurando o *ius emphyteuticum* como irrevogável e perpétuo.¹⁸ No mesmo sentido, Valentiniano e Valente determinaram noutra constitutio (desta feita, datada de 368)¹⁹ a subsistência do direito enfiteutico enquanto fosse paga a prestação devida e que ao concessionário não era meramente emprestado o *fundus*, sendo-lhe transmitido, sim, o direito de propriedade («*Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea iure dominii*»).

A qualificação do enfiteuta como *dominus* está também presente na *lex* datada de 434 e promulgada por Teodósio e Valentiniano (C.Th. 5,12,3 = C.11,62,12): sendo proprietários das terras («*cum fundorum sunt domini*»), os concessionários podiam libertar os respectivos escravos, como se regista no final do primeiro parágrafo.²⁰

Não obstante estes vectores, a estrutura de direitos e deveres integrante do *ius emphyteuticum* era tributária dos quadros da *locatio conductio*, conforme decorre do regime desenhado pela legislação imperial.²¹ Assim, como acontecera com a locação dos *agri vectigales* (D.6,3), consistia o *ius emphyteuticum* numa concessão de terras públicas de tipo locatício, mas na qual se enxertava um carácter de perpetuidade estranho

17. C.11,62,3,1 (Valentiniano e Valente, 365).

18. Assim, também, C.11,62,5 (Valente, Graciano e Valentiniano, 377).

19. C.11,62,4.

20. A *constitutio* promulgada em 367 por Valentiniano e Valente (contida em C.11,63,2) tinha preceituado expressamente que a libertação de escravos pelo concessionário podia ser revogada por autoridade dos oficiais competentes porque aquele não adquiria o *dominium* das terras («*qui fundorum non sunt domini*»). Segundo BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 93-94, é patente uma evolução entre 367 e 434, pois, a propósito da mesma questão (a validade do acto de manumissão de escravos), ao concessionário fora primeiramente negada a qualidade de proprietário do prédio, o que poderia acarretar a revogação da manumissão, mas volvidos 67 anos ele já era qualificado como *dominus*, com poderes para libertar servos.

21. V.g., C.Th. 5,15,15: «*Emphyteutica praedia [...] elocata*»; C.Th. 5,15,18 (Valentiniano e Valente): «*conductoris nomine*»; C.Th. 13,11,6 (Arcádio IV e Honório III, 396 [394]): «*quae in huiusmodi locationibus*»; C.Th. 10,3,7 pr. (Honório e Teodósio, 417): «*emphyteutici iuris praedia ita locari praecipimus*». Ademais, a epígrafe de C.Th. 10,3 é «*De locatione fundorum iuris emphyteutici et rei publicae et templorum*». Vd. BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 50-51.

à *locatio* comum, ao ponto de a própria chancelaria imperial ter chegado a qualificá-la como *dominium*.

Tudo indica que a figura acabou por ser usada nas relações entre particulares, o que levou à promulgação da celeberrima *lex Zenoniana*, conservada em C.4,66,1 (476-484), onde pela primeira vez se disciplinou o *ius emphyteuticarium* como objecto de um contrato de Direito privado.²²

Tal intervenção legislativa mostra que as velhas dúvidas sobre a natureza da concessão dos *agri vectigales* dos municípios, expostas por Gaius, voltavam a surgir quanto aos contratos enfiteuticos, também eles perpétuos. Perante uma cedência fundiária desse tipo, tratar-se-ia de compra e venda ou de locação? A qualificação revestia-se de importância para efeitos de definição do regime do risco. Ocorrendo uma transferência da propriedade a favor do concessionário, seria este o onerado, como resultava das regras da compra e venda; já se se entendesse que havia uma locação, seria o locador a arcar com as consequências dos casos fortuitos.²³

Com efeito, ao responder a Sebastianus, Prefeito do Pretório, Zenão sente-se na necessidade de resolver essas questões, o que faz através da engenhosa criação de um instituto autónomo. A novel figura não se confundia com a alienação do *dominium*, nem com a locação, sendo um *tertium genus* («*ius tertium*»), não obstante associações e semelhanças que tivesse com esses dois títulos. Tinha conceito e definição próprios, consistindo num contrato justo e válido, em que tudo o que fosse convencionado pelas partes, através de pactos reduzidos a escrito, mesmo a respeito de casos fortuitos, devia ser respeitado de todos os modos em firme e perpétua estabilidade. Na falta de pacto em que se convencionasse o regime dos casos fortuitos, dever-se-ia observar o seguinte: se ocorressem calamidades que levassem à perda completa da coisa dada em enfiteuse, a perda não era do enfiteuta, que ficara sem nada, mas do proprietário da coisa, que sem a existência do

22. CASCIO, S. O., «Studi Sull' Enfiteusi», AUPA, 22, 1951, pp. 5-535, p. 35; BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., p. 102.

23. GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, 16.^a ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2008, p. 204.

contrato já sofreria as fatalidades; um prejuízo meramente parcial ou leve, que não lesasse a substância da coisa, corria pelo enfiteuta.²⁴

As Instituições de Justiniano vão endossar as soluções da constituição de Zenão, fazendo-o no âmbito da exposição sobre a *locatio conductio*.²⁵ Aquele a quem fosse entregue prédio para o desfrutar a título perpétuo, enquanto pagasse uma contraprestação, não poderia ser despejado, bem como não o poderia ser o seu herdeiro, nem aquele a quem tivessem alienado o prédio. Entre os *veteres* fora controverso se uma concessão com estas características constituía uma locação ou uma venda (uma clara referência às dúvidas que conhecemos através das *Gai Institutiones* 3,145), mas a *lex Zenoniana* já determinara tratar-se de um contrato com natureza própria, denominado enfiteuse, que não se

24. C.4,64,1: «*Imperator Zeno. Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.* * ZENO A. SEBASTIANO PP. * <A 476 - 484>».

25. I.3,24,3: «*Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur*».

inclinava nem para a *locatio conductio*, nem para a *emptio venditio*, prevalecendo antes de mais o que fosse pactuado pelas partes. Na falta de pacto sobre o risco da coisa, este onerava o proprietário se a perda fosse total, mas correria por conta do enfiteuta face a perdas parciais – ou seja, um regime supletivo idêntico ao consagrado em C.4,64,1.

1.4. A fusão da locação dos *agri vectigales* com a enfiteuse

Como tivemos ocasião de observar, a epígrafe do título D.6,3 (composto por textos de Ulpianus e Paulus) refere-se ao «campo vectigal, ou seja, enfiteuticário», plasmando uma evidente equiparação entre a locação de *agri vectigales* e a enfiteuse. O mesmo se aponta a propósito de D.2,8,15,1. Aí se recolhe uma passagem de *Macer libro primo de appellationibus*, onde se lê que era considerado possuidor quem possuía o campo vectigal, ou seja, enfiteuticário («*qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur*»).

Paulus e Ulpianus viveram entre os séculos II e III e foi neste século que Aemilius Macer, autor dos *Libri II de appellationibus*, desenvolveu a sua obra. Ora, sem embargo de a origem da enfiteuse não ser fácil de identificar, a denominação grega revela tratar-se de uma importação proveniente dos territórios orientais do Império, onde há muito era praticada.²⁶ O instituto não tem tratamento apreciável nos textos contidos no *Digesto* –clássicos e de natureza jurisprudencial– e as fontes pertinentes que permitem perscrutar as suas origens consistem em constituições imperiais, datadas dos séculos IV a VI,²⁷ onde se incluem as intervenções legislativas de Zenão e de Justiniano no sentido de disciplinar a enfiteuse como contrato de Direito privado.²⁸

26. SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «Concesiones administrativas demaniales agrarias de fomento: enfiteusis», *Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes Facultad de Derecho*, 45, enero-junio, 2011, p. 9. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033194004.pdf>.

27. SUÁREZ BLÁZQUEZ G. «Concesiones administrativas demaniales...», *cit.*, p. 9.

28. Além da *lex Zenoniana*, o *Codex* contém, a respeito da enfiteuse, três constituições promulgadas por Justiniano: C.4,66,2 (529), C.4,66,3 (530) e C.4,66,4 (531-534). Justiniano debruçou-se, ainda, sobre a enfiteuse das *res* eclesiásticas nas Novelas 7 (535) e 120 (544).

Destarte, as similitudes entre a locação dos *agri vectigales* (já vigente na época clássica) e as concessões enfiteúticas (de extração pós-clássica, sob influência helénica), traduzidas ambas em concessões perpétuas e que até tinham suscitado as mesmas questões de qualificação, levaram à unificação, como indicia a adição de *id est emphyteuticum/emphyteuticarium* aos aludidos textos das Pandectas.²⁹

I.5. A locação *non ad modicum tempus* como figura com exclusiva relevância na constituição do direito de superfície³⁰

O direito de superfície³¹ podia ser constituído através, nomeadamente, da celebração de contratos de locação e de compra e venda. Se o superficiário fosse perturbado pelo dono do solo, eram-lhe concedidas pelo *ius civile*, para exercício de pretensões indemnizatórias, a *actio conducti* (quando o modo de constituição fosse a locação) e a *actio empti* (se a superfície fosse constituída pela *emptio venditio*), o que promana de um trecho de *Ulpianus libro 70 ad edictum*, transmitido por D.43,18,1,1:

«*Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. Enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur [...]».*

Dado este contexto puramente obrigacional *ex iure civili*, se fossem terceiros a pôr em causa o exercício do direito de superfície, o superficiário apenas poderia agir através das ações que o dono do

29. Por exemplo, BOTTIGLIERI, A., *La nozione romana di enfiteusi...*, cit., pp. 103, 113-116.

30. Além do que aqui será exposto, compulse-se o que escrevemos em *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 203-204.

31. Cf. a monografia de ZAERA GARCIA, A., *La Superficies en Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 2017. De atender a que analisaremos as fontes pertinentes tais como eram apresentadas no *Digesto*, pois foi isso que os Glosadores aproveitaram para construir a *locatio ad longum tempus*. Não nos deteremos minimamente em outras questões.

solo lhe deveria ceder, como escrevia Ulpianus na continuação do texto.³²

O *ius praetorium* alargou a tutela da *superficies*, concedendo o *interdictum de superficiebus* ao superficiário que desfrutasse a superfície sem violência, clandestinidade ou precariedade,³³ numa analogia com o *interdictum uti possidetis*,³⁴ o que permitia ultrapassar as dificuldades do mero enquadramento contratual oferecido pelo *ius civile*.³⁵ O superficiário passava a beneficiar, por via extraprocessual e ao abrigo do poder de *imperium* do pretor, de tutela contra actos de terceiros.

Concentremo-nos, tão-só, no direito de superfície constituído através da celebração de um contrato de locação entre o proprietário do solo e o superficiário. Como se viu – e em síntese – este tinha como meios de tutela a *actio conducti* contra o proprietário do solo/locador e, ao abrigo do *ius praetorium*, o *interdictum de superficiebus* face a terceiros (e também contra o próprio locador, pois a prova da *locatio* poderia ser difícil)³⁶. Era uma protecção de que todos os superficiários dispunham.

Ainda assim, o *interdictum de superficiebus* consistia num remédio de natureza pessoal, como qualquer *interdicta*,³⁷ só podendo ser exercido contra quem perturbasse o direito de superfície. Todos os ter-

32. D.43,18,1,1: «*sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere*».

33. D.43,18,1 pr.: «*Ait praetor: "Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruamini, quo minus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo"*».

34. D.43,18,1,2. Tratava-se, assim, de uma situação de *quasi possessio*, como nota, por exemplo, GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'*..., cit., p. 178. Veja-se, ainda, MAGALHÃES, D., «Changing law by analogy. The importance of analogical reasoning to the dynamics of private law, since Roman legal thought», *Revista General de Derecho Romano* (RI §421026), 31, 2018, pp. 1-11, p. 5.

35. Como Ulpianus explicava na parte final do registado em D.43,18,1,1.

36. Questão expressamente referida por Ulpianus: «*quia et incertum erat, an locati existeret*» (D.43,18,1,1).

37. D.43,1,1,3 (*Ulpianus libro 67 ad edictum*).

ceiros que não o tivessem feito, mas que tivessem conseguido o gozo da *superficies*, não tinham legitimidade passiva.³⁸

Por conseguinte, foi gizada uma solução que protegeu de modo ainda mais amplo o superficiário, que através dela podia demandar todo aquele que lesasse o seu direito: como decorre do mesmo texto de Ulpianus, agora na parte registada em D.43,18,1,3, o direito de superfície foi, outrossim, tutelado pela *actio de superficie*, que era concedida após uma *cognitio* da causa e se revestia de natureza *in rem*.

«*Quod ait praetor “si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo”, sic intellegendum est, ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet*».

Deste modo, o pretor analisaria o caso concreto para averiguar se a locação que constituíra a superfície tinha sido concluída *ad tempus* ou *non ad modicum tempus*, negando-se ou concedendo-se a *actio in rem* consoante ocorresse, respectivamente, a primeira ou a segunda hipótese.³⁹ Quem «*non ad modicum tempus conduxit superficiem*» não ficava limitado à acção contratual e ao *interdictum*, dispondo da acção real.

É evidente que se queria afastar uma tutela de cariz real de situações que não tinham um lastro temporal suficiente para permitir a construção de um edifício,⁴⁰ ou seja, nas palavras de Braga da Cruz, «... é necessário que exista uma *causae cognitio*, isto é, que possa averiguar-se, dos termos do contrato-base, que houve a intenção de criar um direito de superfície e não apenas a intenção de realizar um arrendamento vulgar, de efeitos meramente pessoais e transitórios».⁴¹

38. GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'...*, cit., p. 179.

39. Como aponta GIUFFRÈ, V., *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del 'numero chiuso'...*, cit., p. 178, a *actio* era concedida «caso per caso».

40. GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus – locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Nápoles, Morano, 1963, p. 79.

41. BRAGA DA CRUZ, G., «O Direito de Superfície no Direito Romano», in *Obras Esparsas, vol. I – Estudos de História do Direito Antigo, 1.ª parte*, Coimbra, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1979, pp. 287-316, p. 313.

Pelo que a dicotomia locação *ad tempus* e *ad non modicum tempus* apenas servia para distinguir entre direitos de superfície que fossem, ou não, tutelados por uma acção real. E, numa conclusão que não carece de mais desenvolvimentos, por ser de meridiana clareza, não era a locação, celebrada ou não *ad tempus*, que era tutelada *in rem*, mas sim o direito de superfície derivado de um contrato locatício concluído *non ad modicum tempus*.⁴²

II. *IUS COMMUNE*

II.1. A construção da *locatio ad longum tempus* pelos glosadores, com base nos textos romanos, para protecção do arrendatário⁴³

O Direito romano contido no *Corpus Iuris Civilis* permitia o desfrute perpétuo de imóveis, na forma de enfiteuse, com raízes nas concessões de *fundi* públicos e cuja evolução desembocara num contrato de Direito privado, que as partes celebravam ao abrigo de uma plena liberdade contratual. Mas, dentro da mesma liberdade, nada as impedia de optarem por uma locação comum, na qual o locatário não beneficiava de tutela *erga omnes*. Ora, semelhante figura constituía, inegavelmente, algo estranho aos quadros sociais vigentes aquando da recepção do Direito romano na Europa ocidental a partir dos séculos XI-XII.

Com efeito, ao trabalharem os textos justinianeus, compilados há mais de cinco séculos, os legistas estavam rodeados por uma realidade muito diferente daquela em que o seu objecto de estudo tinha sido elaborado. O sistema socioeconómico feudal e as próprias concepções subjacentes à posse e uso fundiários não coincidiam, em larga medida, com o equilíbrio de interesses que a *locatio conductio* romana desenhara enquanto instituto puramente obrigacional.

42. Cf. GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus ...*, cit., pp. 85-86 e, claramente no mesmo sentido, o já transcrito excerto da autoria de BRAGA DA CRUZ, G., *O Direito de Superfície no Direito Romano...*, cit., p. 313.

43. Na síntese que se segue, teremos em vista o investigado em MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 202-212.

Dotada de natureza jurídica real, a *locatio ad longum tempus* foi uma resposta que os juristas medievais encontraram para, de algum modo, adaptarem a locação comum às novas valorações. Vejamos uma síntese do caminho seguido e dos resultados obtidos.⁴⁴

Na célebre *Summa Trecensis* que recaiu sobre o *Codex* de Justiniano, datada do século XII, apresentava-se como beneficiário do *interdictum unde vi* quem tomou em locação *non ad modicum tempus*. Ao contrário do *colonus*, considerado simples representante do locador, o locatário *non ad modicum tempus* era colocado ao lado do superficiário como beneficiário do *interdictum*, afigurando-se lógico que se pressupunha a *locatio non ad modicum tempus* como figura desligada do direito de superfície e com uma tutela contra esbulhos violentos que nunca as fontes romanas tinham reconhecido aos meros locatários.

A partir do século XIII, os Glosadores aprofundaram essa abordagem, tratando a *locatio non ad modicum tempus* ou *ad longum tempus* como instituto autónomo, não apenas a propósito da defesa da posse (como fizera a *Summa Trecensis*), mas também ao analisarem o próprio contrato de locação.

Juristas da Escola de Bolonha como Azo, Rofredo de Benevento, Acúrsio e Odofredo construíram, assim, a *locatio ad longum tempus* como um contrato que, ao ser celebrado por longo tempo (entendendo-se como tal o que correspondesse a dez ou mais anos), conferia ao locatário uma posição de cariz real, o domínio útil do prédio e a tutela possessória, evitando-se as consequências da regra *emptio tollit locatum*. Como fundamento, recorria-se: aos textos romanos relativos ao direito de superfície (que referiam a tutela real das locações celebradas por tempo não módico); à disciplina da locação dos *agri vectigales* e da enfiteuse (formas de concessão fundiária de carácter *erga omnes*, como também seria a suposta *locatio ad longum tempus*, e que apareciam fundidas no *Digesto*); e, quanto à definição do que seria um *longum tempus*, aos textos da *longi temporis praescriptio*.

Em suma, gerava-se um *ius in re* independente de qualquer ligação com o direito de superfície: não era a *causa cognita*, referida por

44. O *magnum opus* sobre a *locatio ad longum tempus* é, ainda hoje, o de GROSSI, P., *Locatio ad longum tempus*, cit., *passim*, que profusamente citámos nas partes da nossa dissertação relativas ao assunto e que são condensadas no presente artigo.

Ulpianus (D.43,18,1,3), que permitiria apurar a intenção de constituição de um direito real; este já estaria constituído previamente, por força do prazo de dez ou mais anos aposto ao contrato de locação.

II.2. A aceitação da *locatio ad longum tempus* pela ciência do Direito comum

A escola dos Comentadores seguiu sem desvios este entendimento e vários dos seus autores (como, por exemplo, Paulo de Castro) consideraram que a locação *ad modicum tempus* era um negócio de mera administração, ao passo que a *locatio ad longum tempus* consistia num negócio de alienação, destriça que tinha importantes consequências.⁴⁵

O *mos italicus iura docendi*, que seguiu as metodologias medievais durante os séculos xv a xvii, manteve-se por norma firmemente arreigado à ideia de que o prazo de dez ou mais anos aposto à locação podia transmutar a sua natureza puramente obrigacional, tornando-o em contrato gerador de um direito real a favor do locatário.⁴⁶

Ademais, o direito canónico medieval recebeu plenamente a dogmática da *locatio ad longum tempus* construída pelos legistas.⁴⁷ A Decretal *Monasteriorum*, contida nas Clementinas, Livro III, Título IV («*De Rebus Ecclesiae non Alienandis*»), Capítulo I, que proibia com grande amplitude a alienação de bens da Igreja, exceptonava expressamente na sua parte final as «*locationes ad tempus modicum faciendas*», conceito que, como prevalecia no *ius civile*, se identificava com aquelas celebradas por menos de dez anos. *A contrario sensu*, as locações *ad non modicum tempus faciendas* eram consideradas verdadeiras alienações para efeitos da proibição determinada pela decretal.

45. Cf., para outros desenvolvimentos, MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 277-279.

46. Vd. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 333-340.

47. Novamente se remete para MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 247-248.

II.3. O início da crítica da *locatio ad longum tempus* pela escola culta⁴⁸

O rigor do Humanismo jurídico na análise directa das fontes romanas, contrário à autoridade e mediação absolutas da opinião comum, ficou patente no ataque que muitos dos seus representantes dirigiram à *locatio ad longum tempus*. Para os juristas da Escola Culta (ou por ela influenciados) como Bohier, Connano, Hotman, Aires Pinhel ou Fabro, o prazo não podia modificar a natureza do contrato e a *locatio ad longum tempus* cingia-se ao direito de superfície. Era apenas no âmbito deste que se apreciava a *causa* e se apuraria se se tratava, ou não, de uma locação que baseava uma *superficies* com o cariz de *ius in re aliena*. O único contrato que transferia o domínio útil era a enfiteuse. Como escrevera Ulpianus no que se conserva em D.19,2,39 («*Non solet locatio dominium mutare*»),⁴⁹ a locação não trazia alterações ao *dominium*.

II.4. A generalizada recusa da *locatio ad longum tempus* no contexto jusracionalista e iluminista

A crítica humanista, como em tantas áreas, não produziu efeitos imediatos. Se não surpreende a indiferença com que foi recebida pelas correntes fiéis aos postulados das escolas italianas (já observada, *supra*, II.2), refira-se, em abono da verdade, que também em contextos menos monoliticamente vinculados ao *mos italicus*, como os territórios germânicos e os Países Baixos, a persistência da *locatio ad longum tempus* foi significativa.⁵⁰

Só nos séculos XVII e XVIII a figura medieval foi verdadeiramente derrubada pelo *usus modernus pandectarum*, terminando a sua carreira no contexto do iluminismo: os quadros lógicos racionalistas não podiam tolerar o que inegavelmente era uma distorção de dogmas fundamentais

48. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 294-302.

49. *Ulpianus libro secundo ad edictum*.

50. Seguimos muito sucintamente MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 353-360 (*iurisprudentia* alemã e neerlandesa do período da Recepção); pp. 379-380 («*jurisprudência elegante*» neerlandesa).

do direito privado romano. A locação era sempre a mesma independentemente do prazo celebrado, ou seja, consistia num contrato que apenas criava obrigações entre as partes, não transmitindo o domínio e não impedindo que *emptio tollit locatum*.⁵¹

Reflexo disto, em Portugal, foi o Alvará de 3 de Novembro de 1757. Ao contrário da doutrina portuguesa largamente maioritária e das Ordenações do Reino, que tinham endossado a *locatio ad longum tempus*,⁵² segundo aquele diploma do governo do Marquês de Pombal os contratos que não fossem enfiteuses eram considerados locações ordinárias. Não se dava espaço a qualquer locação que, pelo prazo estabelecido, transferisse o domínio.⁵³

III. CONCLUSÃO

A recepção do direito romano justinianeu na Europa ocidental ocorreu num contexto feudal, com vínculos sociais e concepções de exploração da terra muito diferentes da sociedade romana em que os jurisconsultos clássicos escreveram as suas obras. Parece evidente que os juristas medievais estavam impregnados desse espírito quando criaram a *locatio ad longum tempus*, assim dotando o concessionário de prédios alheios de uma posição mais firme face ao senhorio, com um concomitante incentivo da actividade agrícola.

A protecção outorgada revela que, a partir da Idade Média, o puro enquadramento obrigacional da *locatio conductio* causava desconforto. A *locatio ad longum tempus* foi um expediente que reflectiu essa incomodidade e as razões que lhe estavam subjacentes não desapareceram. Pelo contrário, foram lançadas raízes de protecção do arrendatário que não mais secaram: são pacíficas nos ordenamentos jurídicos vigentes a tutela possessória do locatário e a regra *emptio non tollit locatum*.

51. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 417-421.

52. MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., p. 448.

53. Cf., a propósito, MAGALHÃES, D., *A evolução da protecção do arrendatário...*, cit., pp. 421-422.

**DEL *IUS GENTIUM* DE GAYO
AL DERECHO DE GENTES DE VITORIA:
REFLEXIONES PARA EL DERECHO
INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO**

*From Gaius' ius gentium to de Vitoria's
law of the nations: reflections
on contemporary International Law*

ELVIRA MÉNDEZ CHANG

Pontificia Universidad Católica del Perú

Resumen: si bien Francisco de Vitoria se inspiró en el *ius gentium* de Gayo (*Gai.* 1.1, I.1.2.1) para definir su Derecho de gentes (*De Indis*, III.2), elaboró un concepto distinto al gayano porque lo fundamentó en el consenso general de las naciones («gentes»), además de la razón natural. Por ello, fue «*ius inter gentes*» que restó centralidad a los seres humanos. No obstante, reflexionar sobre ambos permite identificar sus aportes al desarrollo del Derecho internacional contemporáneo.

Palabras clave: *Ius gentium*. Derecho de gentes. Derecho internacional. De Vitoria. Gayo.

Abstract: although Francisco de Vitoria was inspired by Gaius' *ius gentium* (*Gai.* 1.1, I.1.2.1) in order to define his law of the nations (*De Indis*, III.2), he developed a different concept because he based it on the general consensus of nations («gentes»), in addition to natural reason. Therefore, it was «*ius inter gentes*» that reduced the centrality of human beings. However, reflecting on both concepts allows us to identify their contributions to the development of contemporary International Law.

Keywords: *Ius gentium*. Law of the nations. International law. De Vitoria. Gaius.

SUMARIO: I. Introducción. II. El *ius gentium* en el Derecho romano. II.1. Sobre el planteamiento de Cicerón. II.2. La definición de *ius gentium* de Gayo. II.3. La definición de *ius gentium* en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano. III. Sobre el Derecho de gentes vitoriano. IV. Algunas reflexiones para el Derecho internacional contemporáneo. V. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los más destacados representantes de la Escuela de Salamanca en el siglo XVI fue Francisco de Vitoria (1483-1546), quien

contribuyó a la construcción de las bases del Derecho internacional que se desarrolló a partir de las Paz de Westfalia (1648). En sus *Relecciones sobre los indios*, De Vitoria planteó que el Derecho de gentes regulaba las relaciones entre las naciones y afirmó «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*» (*De Indis*, III.2)¹, haciendo referencia a la definición de *ius gentium* de las *Instituciones* de Justiniano (I.1.2.1) y, por ende, a lo señalado en el *Digesto* (D.1.1.9). Este último reproduce un fragmento de las *Institutas* de Gayo (*Gai.* 1.1).

A partir de la mención a la definición gayana, cabría preguntarse si el Derecho de gentes vitoriano coincide o no con la concepción romana de *ius gentium*. Al respecto, se formula la siguiente hipótesis: si bien De Vitoria se inspiró en los textos jurídicos romanos para plantear su concepción del Derecho de gentes, este fue principalmente un «*ius inter gentes*», porque tuvo en consideración a las comunidades políticas del siglo XVI y, por ello, se diferenció del *ius gentium* de Gayo. Para sustentar esta hipótesis, se analizarán el concepto, características y contenido del *ius gentium* en Cicerón, Gayo y el Derecho romano justiniano; luego, se estudiará el Derecho de gentes de Francisco de Vitoria, lo cual permitirá hacer una comparación entre ambos y brindar algunas reflexiones para el Derecho internacional contemporáneo.

Si bien la obra vitoriana tiene varios puntos muy interesantes, la presente investigación se centrará en el análisis de su Derecho de gentes y su relación con *el ius gentium* de Gayo. Por ello, no se abordará su relación con el Derecho civil, ni se analizará el contenido de todas las normas del Derecho de gentes vitoriano.

II. EL *IUS GENTIUM* EN EL DERECHO ROMANO

El *ius gentium*, definido en las *Institutas* de Gayo y en el *Corpus Iuris Civilis*, se encontró presente desde los primeros siglos de Roma. Pese a no estar mencionado expresamente en la Ley de las XII Tablas, el *ius gentium* fue el sustento jurídico para permitir que los extranjeros

1. *De Indis*, III.2: «Se llama derecho de gentes el que la razón natural constituyó entre todas las naciones». VITORIA, F. DE, *Relecciones sobre los indios y el derecho de Guerra*, Madrid, Espasa-Calpe, 1928, pp. 144-145.

participaran en los procesos en Roma (*Tab. II.2*: «status dies cum hoste ...»). En ese momento, *hostis* era el extranjero que no estaba en guerra con el *populus Romanus* y, posteriormente, fue llamado *peregrinus* según Varrón (*Varr. D. I. lat. 5.3*)² y Festo (*Festo S. V.*)³. El *ius gentium* se aplicó a las relaciones entre los seres humanos y entre los pueblos; las normas aplicadas a los pueblos tuvieron naturaleza pública como las que regularon la guerra, la inviolabilidad de los embajadores, la esclavitud de los prisioneros de guerra, entre otras.⁴

En el siglo III a. C., el *ius gentium* fue el derecho aplicado por el *praetor peregrinus*, magistrado romano con *iurisdictio* para solucionar las controversias entre ciudadanos romanos y *peregrini*,⁵ las cuales tuvieron naturaleza privada y surgieron por el desarrollo del comercio y la expansión territorial romana.⁶ Esta magistratura, creada en el año 242 a. C., identificó las instituciones que pertenecían al Derecho de gentes (que eran comunes a romanos y *peregrini*) y contribuyó a flexibilizar el *ius civile* por aplicarlas también a los ciudadanos romanos. Posteriormente, en el siglo I a. C., Cicerón determinó qué era el Derecho de gentes con mayor precisión y su obra tendrá influencia en Gayo.

2. *Varr. D. I. lat. 5.3*: «[...] neque omnis origo est nostrae linguae e vernaculis verbis, et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis: nam turn eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur [...]». VARRO. *Varro on the Latin Language (Books V-VII)*, London-Cambridge, William Heinemann-Harvard University Press, 1938, 1, p. 4.

3. *Festo S. V. status dies*: «Status dies vocatur qui iudicii causa est constitutus cum peregrino; ejus enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari jure cum populo R.[omano] ...». FESTUS, S. P., *De la signification des mots*, Paris, Pancoucke, 1846, p. 564.

4. ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 171.

5. CLARK, H. C., «*Jus Gentium Its Origin and History* - I», *Illinois Law Review*, 14 (4), 1919-1920, pp. 243-265, p. 250; MÉNDEZ CHANG, E., «El *ius gentium* al Derecho Internacional westfaliano: sus diferencias y algunas consideraciones actuales», en M. B. Álvarez, N. D. Rinaldi (eds.), *Estudios sobre principios generales y derecho romano*, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2022, 1, pp. 61-102, pp. 65-66.

6. SERRAO, F., *Diritto Privato, Economia e Società nella Storia de Roma*, Napoli, Jovene, 1984, p. 347.

A continuación, se analizarán el planteamiento de Cicerón sobre el *ius gentium*, la definición de Gayo, así como las normas del *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano.

II.1. El planteamiento de Cicerón

El orador y jurista Marco Tulio Cicerón (106 a. C.-43 a. C.) sostuvo que el *ius gentium* era un Derecho común aplicado a los seres humanos y a los pueblos. Cicerón señaló: «... *Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*» (*De off.* 3.29.108).⁷ Es interesante que el jurista haya afirmado que al enemigo de guerra (*hostis*) se le aplicaban el *ius fetiale* y otros derechos comunes, refiriéndose entonces al *ius gentium*.

Es necesario tener presente que Cicerón señaló el importante cambio de significado que se produjo en la palabra *hostis*, que adquirió una connotación negativa, dejando de ser el extranjero para convertirse en el enemigo de guerra⁸ del *populus Romanus*: «... *Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur; quem nunc peregrinum dicimus ...*» (*De off.* 1.12.37)⁹, modificación que también fue referida por Varrón (*Varr. D. l. lat.* 5.3) y Festo (*Festo S. V.*). De este modo, se dejó de lado el significado originario de *hostis* (*Tab.* II.2) y este pasó al *peregrinus* (extranjero).

7. *De off.* 3.29.108: «Se trataba de un enemigo regular y legítimo, con el cual tenemos el derecho de los feaciales y muchos otros derechos comunes.» CICERÓN, M. T., *Sobre los deberes*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 211.

8. DE VISSCHER, F., «Droit de capture et *postliminium in pace*», *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)*, 2, 1949, pp. 197-226, p. 224; D'ANGELO, V., «*Hostis ante portas*. El poder, la guerra y la figura del enemigo en las relaciones internacionales», *Revista UNISCI*, 38, 2015, pp. 35-67, p. 36; JÖRS, P., *Derecho Privado Romano*, Barcelona, Labor, 1937, p. 82; MÉNDEZ CHANG, E., «*Hostis*: de extranjero a enemigo en el derecho romano», en M. B. Álvarez, N. D. Rinaldi (eds.), *Actas del VII Congreso de Principios Generales y Derecho Romano 2020*, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2021, pp. 33-65, pp. 44-45; WERNER, W., «From *Justus Hostis* to Rogue State the Concept of the Enemy in International Legal Thinking», *International Journal for the Semiotics of Law*, 17, 2004, pp. 155-168, p. 157.

9. *De off.* 1.12.37: «[...] se llama *hostis*, al que ahora decimos *peregrinus* [...]» CICERÓN, M. T., *Sobre los deberes*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 194.

En *De off.* 3.29.108, Cicerón mencionó expresamente al *ius fetiale* (Derecho de los feciales), conjunto de normas jurídico-religiosas aplicado a las relaciones del *populus Romanus* con otros pueblos¹⁰ como, por ejemplo, la celebración de acuerdos (*foedera*) y la declaración de guerra (*indictio belli*), cuya ceremonia fue narrada por Tito Livio en *Ab urb.* 1.32.6-14). Asimismo, argumentó que los romanos debían cumplir los acuerdos celebrados con los enemigos de guerra (*hostes*), que tenían naturaleza pública, porque esta obligación tenía como fundamento las normas comunes («*multa sunt iura communia*») vigentes en todos los pueblos, refiriéndose al *ius gentium*. Las normas comunes fueron no escritas, inderogables y no requerían haberse pactado previamente para estar vigentes; tampoco dependían de la reciprocidad. Este Derecho común no dejaba de ser aplicado cuando estaban en guerra y sustentaba la obligación de los pueblos (incluyendo al *populus Romanus*) de cumplir sus acuerdos. Si estos no eran cumplidos, cometían perjurio y debían ser sancionados. De este modo, el *ius gentium* no se limitó a regular las relaciones entre los ciudadanos romanos y *peregrini*, cuyas disputas se sometían a la *iurisdictio* del *praetor peregrinus*,¹¹ también incluyó a las normas aplicables a las relaciones entre los pueblos.

Una norma de *ius gentium* de gran importancia para las relaciones entre los pueblos fue la inviolabilidad de sus embajadores (legados o representantes). En sus *Historias*, Polibio de Megalópolis narró lo sucedido con los representantes del *populus Romanus* en el año 231 a. C., quienes plantearon sus reclamos a la reina Teuta de Iliria por las incursiones de piratas ilirios contra las embarcaciones romanas y le solicitaron reparaciones. Como la reina se comportó de manera arrogante y se dirigió de forma despectiva a los romanos, el más joven de los

10. Sobre el *ius fetiale*, véase: CATALANO, P., *Diritto e Persone*, Torino, G., Giapichelli, 1990, p. 30; DAL RI, L., «As interpretações do *ius fetiale* e a inaplicabilidade de conceitos modernos à cultura romana antiga», *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, 31 (60), 2010, pp. 225-255, p. 225; MÉNDEZ CHANG, E., «El *Ius Fetiale* como derecho supranacional vigente para Roma y los demás pueblos», *Revista del Magister en Derecho Civil*, 1, 1997, pp. 33-53, p. 39; TURELLI, G., «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana*. Milano: Giuffrè, 2011.

11. AÑAÑOS MEZA, M. C., «El título de “sociedad y comunicación natural” de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del dominio», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12, 2012, pp. 525-596, p. 542.

representantes se sintió ofendido y le expresó su posición de manera muy airada (*Polibio, Historias*, II.3)¹², lo que irritó a la gobernante. Después que los romanos se retiraron, la reina Teuta dio una orden con la que incumplió la obligación de *ius gentium* de respetar la inviolabilidad de los embajadores:

Polibio, Historias, II.3: «La reina tomó este desenfado con una ira inconsiderada y propia de su sexo, y la irritó tanto el dicho, que sin respeto al derecho de gentes, envió en seguimiento de los embajadores que habían partido, para que diesen muerte al autor de semejante falta de respeto: acción que lo mismo fue saberse en Roma, que enfurecidos con el insulto de esta mujer, hacer aparatos de guerra, matricular tropas y equipar una armada».¹³

Pese a no ser el tema de esta investigación, es necesario notar lo señalado por Polibio respecto a la reina de Iliria, cuya reacción calificó como «una ira inconsiderada y propia de su sexo». De esta manera, el historiador explicó que la reacción excesiva que llevó a la vulneración de esta obligación de *ius gentium* se debía a que Teuta era mujer, subrayando una presunta fragilidad y falta de ponderación femenina.¹⁴

A partir de lo señalado por Polibio, se constató que una norma común de gran importancia en las relaciones entre los pueblos era respetar la inviolabilidad de los embajadores, porque el ejercicio de sus funciones promovía el diálogo, propiciaba la celebración de acuerdos y alianzas, así como contribuía a la solución de las disputas que pudieran surgir entre ellos. Si bien los embajadores o legados debían tener una conducta ponderada y respetuosa conforme a su investidura, no había

12. POLIBIO, *Historias*, II.3: «Ofendido de esta respuesta el más joven de los embajadores, con libertad conveniente sí, pero importuna [...]». POLIBIO. s/f. *Historia Universal bajo la República Romana*, I. Disponible en: <https://historicodigital.com/download/polibio%20%20historia%20universal%20bajo%20la%20republica%20romana%20i.pdf> (última consulta: 15 de mayo de 2022).

13. POLIBIO (s/f): *Historia Universal bajo la República Romana*, I. Disponible en: <https://historicodigital.com/download/polibio%20%20historia%20universal%20bajo%20la%20republica%20romana%20i.pdf> (última consulta: 15 de mayo de 2022).

14. MÉNDEZ CHANG, E., «Algunas reflexiones acerca de la situación de la mujer en el Derecho Romano», en M. B. Álvarez (ed.), *Actas del V Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2018, pp. 45-77, pp. 49-50.

justificación para vulnerar su inviolabilidad y, por consiguiente, no se debía afectar su integridad física, su dignidad y, menos aún, quitarle la vida. Por ello, si bien el joven embajador romano tuvo una reacción inapropiada en la audiencia con la reina Teuta, ella debió respetar su vida en cumplimiento del *ius gentium*. Ante la gravedad de la violación de la obligación de *ius gentium*, el *populus Romanus* respondió iniciando la primera guerra ilírica (229 a. C.).

Las normas del *ius fetiale* y del *ius gentium* fueron parte del sistema jurídico romano y se aplicaron sin necesidad de un acto legislativo del *populus Romanus*. Cicerón precisó que hay una distinción entre el *ius gentium* y el *ius civile*, porque «*Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*» (*De off.* 3.17.69).¹⁵ Al mencionar a los antepasados (*maiores*), el jurista asumió que el *ius gentium* existió desde los primeros tiempos de la ciudad. El *ius gentium* era el Derecho común para todos los pueblos y seres humanos que también se aplicaba en Roma, pero no respondía a los intereses y necesidades propios.¹⁶ El *ius civile* de cada pueblo debía desarrollar sus normas e instituciones de conformidad con el Derecho común, no podía derogarlo y su aplicación no justificó el incumplimiento del *ius gentium*. Por lo tanto, la muerte del embajador romano por orden de la reina de Iliria fue una vulneración de una obligación de *ius gentium* que no se pudo excusar ni justificar con la aplicación del derecho propio de Iliria ni por su propio interés; menos aún, no le exoneró de las graves consecuencias jurídicas de este incumplimiento.

Al estar presente en el *ius civile* (*De off.* 3.17.69: «*quod autem gentium, idem civile esse debet*»), el *ius gentium* era parte del sistema jurídico romano y, por ello, lo aplicó el *praetor peregrinus* para solucionar las disputas ente los ciudadanos romanos y los *peregrini*. De allí que el

15. *De off.* 3.17.69: «Así pues, nuestros mayores quisieron que fuera uno el derecho de gentes y otro el derecho civil; el derecho civil no es siempre necesariamente el derecho de gentes, pero el de gentes siempre es también el derecho civil». CICERÓN, M. T., *Sobre los deberes*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 194. Véase también *Partitiones Oratoriae*, 37.130: «*Atque haec communia sunt naturae atque legis; sed propria legis et ea quae scripta sunt, et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur*».

16. BRYCE, J., *Studies in History and Jurisprudence*, New York, Oxford University Press, 1901, 2, p. 137.

ius gentium sea para Cicerón un Derecho común, universal e inderogable de los seres humanos y los pueblos,¹⁷ como también lo afirmó Gayo.

II.2. La definición de *ius gentium* de Gayo

En las *Institutas* de Gayo, elaboradas en el siglo II d. C., se encuentra una definición de *ius gentium*:

*Gai. 1.1: «Omnes populi que legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur».*¹⁸

En este texto, se encuentran varias coincidencias con lo planteado por Cicerón en *De off.* 3.17.69: el *ius gentium* era un Derecho común en *Gai. 1.1*, esto es, de todos los pueblos y los seres humanos del mundo sin establecer *a priori* diferencias basadas en la raza, la ciudadanía, el sexo u otros criterios. Además, el *ius gentium* era distinto al *ius civile*, porque este último era el ordenamiento particular de un pueblo que respondía a sus fines e intereses. Por ser un Derecho común, el *ius gentium* se aplicó directamente a los seres humanos que se encontraban en el territorio de un pueblo sin necesidad de incorporación ni de exigir su reciprocidad. Por lo tanto, el *praetor peregrinus* aplicaba el *ius gentium* en el ejercicio de su *iurisdictio* porque este era parte del sistema jurídico romano.

17. AGUILAR, J. M. DE, «The Law of Nations and the Salamanca School of Theology», *Thomist: a Speculative Quaterly Review*, 9 (2), 1946, pp. 186-221, p. 189.

18. *Gai. 1.1*: «Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos».

Siguiendo a Cicerón, Aristóteles y los estoicos,¹⁹ Gayo sostuvo que, el fundamento del *ius gentium* era la *naturalis ratio* (razón natural), que era común a todos los seres humanos. Por provenir de la razón natural, las normas de *ius gentium* no eran escritas, no surgieron de los acuerdos entre los pueblos ni su vigencia dependía de su cumplimiento. En consecuencia, el *ius gentium* era un Derecho común universal, inderogable e inmutable,²⁰ aplicado a todos los pueblos y seres humanos, en el que se expresaban los criterios de justicia y humanidad.

En cuanto a la relación entre el *ius gentium* y el *ius civile*, Gayo coincidió con lo señalado por Cicerón (*De off.* 3.17.69) y, en consecuencia, las normas e intereses propios de un pueblo no justificaron la vulneración del Derecho común.

En el año 212 d. C., el emperador Antonino Caracalla otorgó una concesión general de ciudadanía romana a los seres humanos libres que habitaban el territorio del imperio a través de la *Constitutio Antoniniana*, aunque con excepciones, como los *latinos aelianos* y *junianos*.²¹ Esta constitución imperial hizo posible que los *peregrini*²² se convirtieran en

19. Para Bauman «[...] *the basis of the ius gentium was simply the theory of natural law formulated by Aristotle* [...]» BAUMAN, R. A., «*Odit et Amo: Some Remarks on Roman Attitudes to Greek Law*», *Ancient Society* (Australia), 16 (1), 1986, pp. 8-12, p. 10. La influencia de las *polis griegas* en Roma se dio en la República y continuó durante el imperio, la cual tuvo un impacto en varios aspectos del derecho, véase: CASCIONE, C., y MASI DORIA, C., «*Du bilinguisme juridique dans le monde Antique*», *European Review of Private Law*, 20 (5/6), 2012, pp. 1199-1214, p. 1205; CLARK, H. C., «*Jus Gentium Its Origin and History - I*», *Illinois Law Review*, 14 (4), 1919-1920, pp. 243-265, p. 252.

20. BORCHARD, E. M., «*Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad*», *The American Journal of International Law*, 7 (3), 1913, pp. 497-520, p. 506; AGUILAR, J. M. DE, «*The Law of Nations and the Salamanca...*», *cit.*, p. 189; CLARK, H. C., «*Jus Gentium...*», *cit.*, p. 253.

21. BRAVO BOSCH, M. J., «*La Constitutio Antoniniana: Una reflexión subjetiva*», *Dereito*, 8 (1), 1999, pp. 71-79, p. 75; MASTINO, A., «*Antonino Magno, la cittadinanza e l'Imperio Universale*», en P. Catalano, P., Siniscalco (eds.), *La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1984, pp. 559-563, p. 559; TALAMANCA, M., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 591-592.

22. BLANCO-PÉREZ, A., «*Salvo iure gentium: Roman citizenship and civic life before and after the Constitutio Antoniniana*», *Al-Masāq*, 32 (1), 2019, pp. 4-17, p. 5; BLOIS, L. DE, «*The "Constitutio Antoniniana" (AD 212): Taxes or Religion?*»,

ciudadanos romanos y que, además, del *ius gentium*, pudiesen acceder al *ius civile*. Sin embargo, no alteró el concepto de *ius gentium*.²³

En conclusión, el *ius gentium* fue el derecho común aplicado a las relaciones entre pueblos y a seres humanos para Gayo. Como se verá a continuación, este planteamiento se mantuvo en el Derecho Romano Justiniano.

II.3. La definición de *ius gentium* en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano

Con la finalidad de contar con una unidad jurídica, el emperador Justiniano I ordenó la codificación de las normas romanas y, como resultado, se elaboraron durante su reinado el *Digesto*, las *Instituciones* y el *Código*. A estos textos, junto con las *Novelas*, se les conoce como el *Corpus Iuris Civilis* y entraron en vigor en el siglo VI d. C.

En el *Digesto*, que tenía como objetivo codificar la jurisprudencia romana, se incorporó la definición de Gayo (*Gai.* 1.1):

D.1.1.9: «*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*».²⁴

Mnemosyne, 67 (6), 2014, pp. 1014-1021, p. 1019; BRAVO BOSCH, M. J., «La *Constitutio Antoniniana*: Una reflexión subjetiva...», *cit.*, p. 74; ROCCO, M., «The reasons behind *Constitutio Antoniniana* and its effects on the Roman military», *Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis*, 46, 2010, pp. 131-156, p. 145.

23. Para Adame G., la *Constitutio Antoniniana* incidió en la separación entre *ius gentium* y *ius civile*. ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa internacional...*, *cit.*, p. 260.

24. D.1.1.9 (Gayo, *Instituciones*): «Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte del suyo y en parte del derecho común a todos los hombres. Porque el derecho que cada pueblo constituyó él mismo para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil; como derecho peculiar de aquella misma ciudad; pero el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se llama derecho de gentes, como derecho que se valen los pueblos».

En las *Instituciones* de Justiniano, un texto elaborado para la enseñanza del Derecho (*Const. Imp. Maie. 3*)²⁵, la definición es similar a la anterior:

I.1.2.1: «*Ius autem civile, vel gentium ita dividitur. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*». ²⁶

Si bien los textos de *Gai. 1.1*, *D.1.1.9* e *I.1.2.1* resultan similares, debe tenerse presente que estos fueron elaborados en contextos históricos distintos: las *Institutas* de Gayo fueron redactadas antes de la *Constitutio Antoniniana* (212 d. C.) y, en consecuencia, aún no se había producido la concesión general de ciudadanía romana. Por su parte, el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano fueron elaborados siglos después, cuando se había dado esta concesión general, la que contribuyó al fortalecimiento del poder y de las instituciones imperiales romanas.²⁷ Al respecto, expresamente se estableció que la ciudadanía romana era

25. Con la Constitución *Imperatoriam Maiestatem* (533 d. C.), entraron en vigor las *Instituciones*, que formaban parte de la reforma de los estudios de Derecho del emperador Justiniano I, y se señaló lo siguiente: «[...] *ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant Institutiones; ut liceat vobis prima legum cunabula, non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere [...]*» (*Const. Imp. Maes. 3*), cuya traducción es: «[...] que bajo nuestra autoridad y con nuestros consejos compusieran unas Instituciones, para que los primeros rudimentos de las leyes podáis, no aprenderlos en las fabulosas obras antiguas, sino alcanzarlos en las del esplendor imperial [...]».

26. I.1.2.1: «El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho, que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente, es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; más el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. Los romanos siguen también un derecho en parte aplicable a los ciudadanos y en parte a todos los hombres».

27. BLANCO-PÉREZ, A., «*Salvo iure gentium: Roman citizenship and civic life...*», *cit.*, p. 14.

otorgada a todos los habitantes libres del Imperio sin excepciones, según D.1.5.17: «*In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*». ²⁸ En consecuencia, la mayoría de seres humanos libres que residían en el territorio imperial en el siglo VI d. C. eran ciudadanos romanos.

En concordancia con lo planteado por Cicerón y Gayo, en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano se afirmó que el *ius gentium* era un Derecho común a todos los seres humanos y pueblos, cuyo fundamento era la *naturalis ratio*, lo cual resulta congruente con la aspiración de universalidad del Derecho romano justinianeo. No obstante, se debe hacer una precisión respecto a la primera línea de I.1.2.1, porque en ella se señaló que había una división del Derecho en civil o de gentes («*Ius autem civile, vel gentium ita dividitur*»). Sin embargo, el *ius gentium* y el *ius civile* no eran dos ordenamientos jurídicos separados; por el contrario, ambos se encontraban relacionados y dentro del sistema jurídico romano. El *ius gentium*, como Derecho común, era aplicable a todos los seres humanos, entre los cuales también estaban los ciudadanos romanos, y a los pueblos. Por ello, esta división fue mencionada en las *Instituciones* de Justiniano con fines didácticos.

Como el *ius gentium* fue establecido por la *naturalis ratio*, era un Derecho común universal, inmutable, inderogable y debía tener observancia absoluta ²⁹ en los pueblos y los seres humanos, independientemente de la voluntad de los gobernantes o sus intereses particulares. Este Derecho común era no escrito y no dependía ni se subordinaba al *ius civile*.

Un fragmento del *Digesto* referido al usufructo (*ususfructus*) del dinero ilustró un conflicto que surgió entre la *naturalis ratio* y el interés de un pueblo en establecer una norma de *ius civile*. Para Paulo, «*Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*»

28. D.1.5.17 (Ulpiano, *Comentarios al Edicto*): «Los que están en el orbe Romano, se hicieron ciudadanos Romanos por una Constitución del Emperador Antonino».

29. BEZEMER, C. H., «A *Repetitio* by Jacques De Révigny on the Creations of the *Ius Gentium*», *Revue d'Histoire du Droit*, 49, 1981, pp. 287-321, p. 298; BROWN, B. F., «Jurisprudential Basis of Roman Law», *Notre Dame Lawyer*, 12 (4), 1937, pp. 361-372, p. 347.

(D.7.1.1)³⁰; de allí que la cosa (*res*) sobre la que recaía el usufructo debía ser fructífera no consumible para que los frutos sean adquiridos por el usufructuario, sin que su percepción la destruyera o la extinguiera. Por lo tanto, el Senado no podía constituir el usufructo sobre el dinero, que es una cosa consumible, porque era contrario a la razón natural según el fragmento de Gayo: «*Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit...*» (D.7.5.2.1)³¹. En el supuesto que el Senado romano hubiese aceptado el usufructo sobre el dinero, la norma de *ius civile* no sería válida por vulnerar lo establecido por la *naturalis ratio*.

Al analizar los planteamientos de Cicerón y de Gayo, se constató que el *ius gentium* contaba con normas e instituciones para los pueblos y, en consecuencia, eran públicas; asimismo, se aplicó a las relaciones particulares entre los ciudadanos romanos y *peregrini*, lo que se aprecia en el siguiente fragmento de Hermogeniano:

D.1.1.5: «*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emtiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ a iure civil introductæ sunt*». ³²

Esta es una lista enunciativa del contenido del *ius gentium* que se aplicó a las relaciones entre los pueblos y entre los seres humanos, aunque no fueron mencionadas algunas normas importantes, como la inviolabilidad de los embajadores, el tratamiento de los capturados en una guerra y la esclavitud, que también son abordados en el *Digesto*.

30. D.7.1.1 (Paulo, *Comentarios a Vitelio*): «El usufructo es el derecho de usar y disfrutar de cosas ajenas, quedando salva la naturaleza de las cosas».

31. D.7.5.2.1 (Gayo, *Comentarios al Edicto Provincial*): «Por cuyo Senado consulto no se hizo esto, que propiamente hubiese usufructo de cantidad de dinero; porque la razón natural no se pudo alterar por la autoridad del Senado...».

32. D.1.1.5 (Hermogeniano, *Epítome del Derecho*): «Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se dividieron las gentes, se fundaron los reinos, se distinguieron los dominios, se pusieron límites a los campos, se constituyeron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil».

Con relación a la inviolabilidad de los embajadores o legados, se señaló lo siguiente:

D.50.7.17: «*Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur; quia sancti habentur legati; et ideo, si, quum legati apud nos essent gentis alicuius, bellum cum iis indictum sit, responsum est liberos eos manere; id enim iuri gentium convenit esse. Itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum eran legati, solitus est respondere...*».³³

Esta obligación de *ius gentium* de respetar la inviolabilidad de los embajadores o legados fue muy importante y se mantuvo a lo largo de los siglos. Polibio la mencionó cuando se refirió a la muerte del embajador romano por orden de la reina Teuta de Iliria en el año 231 a. C. (Polibio, *Historias*, II.3) y siguió vigente hasta el siglo VI d. C. El fragmento de Pomponio (D.50.7.17) presenta la prohibición de atentar contra la integridad física, la vida, el honor o la libertad de un embajador en funciones, porque era considerado santo («*quia sancti habentur legati*») y, por lo tanto, era inviolable y estaba protegido de todas las ofensas (*iniuria*) según Marciano (D.1.8.8.pr.: «*Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est*»)³⁴. La obligación de respetar la inviolabilidad de los embajadores se extendía a quienes representaban tanto a los pueblos con los que Roma tenían relaciones pacíficas como a los enemigos a los que les había declarado formalmente la guerra («*bellum cum iis indictum sit*»). En consecuencia, la vulneración de esta prohibición acarrea una responsabilidad agravada que debía ser reparada y el *populus Romanos* quedaba obligado a entregar a quien agredió al embajador.

33. D.50.7.17 (Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio*): «Si alguno hubiese golpeado a un legado de los enemigos, se estima que hizo esto contra el derecho de gentes, porque los legados son considerados santos; y, por lo tanto, si hallándose entre nosotros legados de alguna nación se hubiera declarado la guerra contra ellos, se respondió que ellos quedaban libres; porque es conveniente al derecho de gentes que así sea. Y así, Quinto Mucio solió responder, que el que hubiese golpeado a un legado debía ser entregado a los enemigos, de quienes eran los legados ...».

34. D.1.8.8.pr. (Marciano, *Reglas*): «Es santo lo que es defendido y protegido contra la injuria de los hombres».

Bloch comentó que resultaba curioso que no se haya mencionado en D.50.7.17 que el legado debía llevar hierbas santas, como la *sagmina*, para cumplir sus funciones y consideró que esto se debía al requisito de reciprocidad que algunos pueblos exigían para respetar a los legados extranjeros.³⁵ Sin embargo, en D.1.8.8.1 expresamente se mencionó que el legado llevaba verbena o hierbas santas para dar a conocer las funciones que ejercía y, de este modo, evitar ser atacado o dañado: «*Sanctus autem dictum est a sagminibus. Sunt autem sagmina quaedam herbae, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret, sicut legati Graecorum ferunt ea, quae vocantur cerycia*». ³⁶ Asimismo, en la medida que la vigencia y aplicación de las normas de *ius gentium* formaban parte de un Derecho común establecido por la razón natural para todos, entonces su cumplimiento no dependía de la reciprocidad entre los pueblos.

Sobre las relaciones entre los particulares (ciudadanos romanos y *peregrini*), la mayoría de obligaciones fueron instituidas por el *ius gentium* según Hermogeniano (D.1.1.5). Estos vínculos jurídicos fueron inspirados por la *naturalis ratio*, que expresaba la conciencia común de los seres humanos del mundo, no surgieron del *ius civile* ni se limitaron a cuestiones comerciales. La necesidad de resolver las controversias entre ciudadanos romanos y *peregrini*, o *peregrini* entre sí por contraer las obligaciones de *ius gentium*, llevó a la creación del *praetor peregrinus*, un magistrado con *iurisdictio* (D.1.2.2.28),³⁷ cuya labor fue muy importante para garantizar la paz social en Roma.

35. BLOCH, D. J., «*Res Sanctae in Gaius and the Founding of the City*», *Roman Legal Tradition*, 3, 2006, pp. 48-64, p. 54.

36. D.1.8.8.1 (Marciano, *Reglas*): «Mas se dijo *sanctum* (santo), de *sagmen* (verbena). Pero son las verbenas ciertas yerbas, que suelen llevar los Legados del pueblo Romano, para que nadie los ofenda, así como los Legados de los Griegos llevan lo que llaman caduceo».

37. D.1.2.2.28 (Pomponio, *Manual*): «Después, transcurridos algunos años, no bastando aquel Pretor, porque también gran número de extranjeros acudía a la ciudad, se creó otro Pretor, que se llamó Peregrino, en razón que ordinariamente ejercía la jurisdicción (*ius dicere*) entre extranjeros (*peregrini*)». «*Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*».

Siguiendo los planteamientos de Cicerón y Gayo, el *ius gentium* fue el Derecho común universal e inderogable establecido por la razón natural (*naturalis ratio*) y aplicado a todos los pueblos y seres humanos según el *Digesto* (D.1.1.9) y las *Instituciones* de Justiniano (I.1.2.1), que reproducen la definición de las *Institutas* (*Gai.* 1.1).

En el próximo punto se analizará el Derecho de gentes de Francisco de Vitoria, con la finalidad de determinar si era similar o no al *ius gentium* de Gayo.

III. SOBRE EL DERECHO DE GENTES VITORIANO

La Escuela Española de Derecho Internacional tuvo a destacados juristas como sus exponentes: Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Luis de Molina, Domingo Soto, Baltasar de Ayala, Fernando Vázquez de Menchaca, Juan Ginés de Sepúlveda, entre otros, quienes hicieron aportes muy valiosos para el desarrollo del Derecho internacional moderno. Esta investigación se centrará en el estudio del Derecho de gentes de Francisco de Vitoria, quien contribuyó a establecer los fundamentos del Derecho internacional³⁸ que surgió a partir de la Paz de Westfalia en 1648.

Francisco de Vitoria planteó que las relaciones de la «*societas gentium*» se encontraban reguladas por el Derecho de gentes. En sus *Relecciones sobre los indios*, señaló lo siguiente:

De Indis, III.2: «*Probatur primo ex jure gentium, quod vel est jus naturale, vel derivatur ex jure naturale. Inst. de Jure naturali et gent. Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*». ³⁹

En este texto, de Vitoria mencionó expresamente a las *Instituciones* de Justiniano, por lo que podría asumirse que, al afirmar «*Quod*

38. DOMINGO, R., «Repensar la Escuela de Salamanca: Presentación de publicaciones recientes», *Isidorianum*, 31 (1), 2022, pp. 159-174, p. 172.

39. *De Indis*, III.2: «Resulta del derecho de gentes que es derecho natural o se deriva del derecho natural. Dice la Instituta *De jure naturale et gentium* (I,1,2.1): Se llama derecho de gentes el que la razón natural constituyó entre todas las naciones». VITORIA, F. de, *Relecciones sobre los indios y el derecho...*, *cit.*, p. 144-145.

naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium», su planteamiento coincidía con lo señalado en *Gai.* 1.1 y D.1.1.9 porque afirmó que el fundamento del Derecho de gentes era la razón natural y, en consecuencia, era el derecho común a los seres humanos. Sin embargo, el Derecho de gentes vitoriano presenta varias diferencias respecto a lo señalado por Gayo en sus *Institutas*, así como en el *Digesto* y las *Instituciones* de Justiniano, las que se presentarán a continuación.

En *De Indis*, III.2, de Vitoria reemplazó el término «*homines*» que se encontraba en las fuentes romanas (*Gai.* 1.1: «*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*», D.1.1.9 e I.1.2.1) por «*gentes*» («*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*»). Esta modificación es muy importante porque, al referirse a «*gentes*», puso énfasis en las comunidades políticas organizadas que componían la «*societas gentium*» del orbe vitoriano, que comprendía a los pueblos, las naciones y los seres humanos.⁴⁰

Las «*gentes*» eran las comunidades políticas organizadas,⁴¹ entre las que se encontraban los pueblos (como unidades políticas más simples)⁴² y las naciones, que contaron con elementos de soberanía y

40. AÑAÑOS MEZA, M. C., «El título de “sociedad y comunicación natural” de Francisco de Vitoria...», *cit.*, p. 549; CASTELLÀ SURRIBAS, S. J., ¿*Hacia un nuevo Derecho de Gentes? El principio de dignidad de la persona como precursor de un Nuevo derecho internacional*. «Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como Académico de Número, en el acto de su recepción el 30 de junio de 2016», Barcelona, Real Academia Europea de Doctores, 2016, p. 55; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 35, 2017, pp. 19-43, p. 24; GARCÍA VILAR, J. A., «Comunidad internacional y derecho de gentes en Gabriel Vásquez», *Revista de Estudios Internacionales*, 3 (3), 1982, pp. 775-797, p. 781; MAWUSE BARKER-VORMAWOR, O., «Historicizing Anthropomorphic Rationalizations as System Justification Practices in International Law: A Critical Account of Vitoria’s *Jus Gentium*», *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, 25 (2), 2021, pp. 1-44, p. 17; ORTIZ TREVIÑO, R. G., «La naturaleza jurídica del *ius gentium* de acuerdo con la doctrina de Francisco de Vitoria. Estudio breve en honor al pensamiento de Antonio Gómez Robledo», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 17, 2005, pp. 25-52, p. 33.

41. DOMINGO, R., «The Crisis of International Law», *Vanderbilt Journal of International Law*, 42, 2009, pp. 1543-1593, p. 1576.

42. SISON, A. J. G., y REDÍN, D. M., «Francisco de Vitoria on the Right to Free Trade and Justice», *Business Ethics Quarterly*, 31 (4), 2021, pp. 623-639, p. 626.

precedieron al surgimiento de los Estados. Es menester aclarar que resulta anacrónico sostener que los Estados fueron sujetos de Derecho de gentes en la primera mitad del siglo XVI⁴³ y, por ello, no serán considerados como parte de la «*societas gentium*» vitoriana. Además, tampoco será considerado el Estado-nación, cuya construcción se consagró a partir de la Revolución Francesa (1789).⁴⁴ De este modo, De Vitoria puso énfasis en la participación de «*gentes*» y disminuyó la centralidad que Gayo otorgó a los seres humanos.

Cuando De Vitoria sustituyó la palabra «*homines*» por «*gentes*» en *De Indis*, III.2, hizo una modificación conceptual relevante, porque entendió que el Derecho de gentes era establecido por las comunidades políticas organizadas (los pueblos y las naciones), es decir, estaba fundado en el consentimiento de estas: era «*ius inter gentes*».⁴⁵ Sobre este último, es necesario hacer una precisión: De Vitoria no utilizó la expresión «*ius inter gentes*», ya que solamente mencionó al Derecho de gentes (*ius gentium*). Hacia la mitad del siglo XVI, Richard Zouche empleó «*ius inter gentes*» con la finalidad de reemplazar al *ius gentium*, que era utilizado ampliamente por los juristas, pero que resultaba impreciso para referirse al Derecho que había surgido a partir de la voluntad de los Estados.⁴⁶ Posteriormente, «*ius inter gentes*» fue

43. Al respecto, Mawuse Barker-Vormawor cuestionó que se incluya a los Estados y señaló que Arthus Nussbaum consideró que *gentes* no significaba los Estados para De Vitoria. MAWUSE BARKER-VORMAWOR, O., «Historicizing Anthropomorphic Rationalizations as System Justification Practices in...», *cit.*, pp. 14 y 18. Por ello, se discrepa que los Estados soberanos eran sujetos de derechos y obligaciones internacionales y formaran parte del *totus orbis* vitoriano, como señalaron AÑAÑOS MEZA, M. C., «El título de “sociedad y comunicación natural” de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz...», *cit.*, p. 549; LESAFFER, R., «The Cradle of International Law: Camilo Barcia Trelles on Francisco de Vitoria at The Hague (1927)», *European Journal of International Law*, 31 (4), 2020, pp. 1451-1462, p. 1456.

44. DOMINGO, R., «The Crisis...», *cit.*, p. 1576.

45. AÑAÑOS MEZA, M. C., «El título de “sociedad y comunicación natural” de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz...», *cit.*, p. 551; MAWUSE BARKER-VORMAWOR, O., «Historicizing Anthropomorphic Rationalizations as System Justification Practices in...», *cit.*, p. 18. Este «*ius inter gentes*» sería considerado el antecedente del Derecho internacional en SISON, A. J. G.-REDÍN, D. M., «Francisco de Vitoria on the Right to Free Trade...», *cit.*, p. 627.

46. PHILLIPSON, C., «Richard Zouche», *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 9 (2), 1908, pp. 281-304, p. 284; CLARK, H. C., «*Jus Gentium*...», *cit.*, p. 347.

reemplazado en 1780 por el «Derecho Internacional», acuñado por Jeremy Bentham,⁴⁷ para expresar que este ordenamiento jurídico era creado y aplicado por los Estados, que eran sus sujetos primarios.

Asimismo, De Vitoria afirmó que «*Probatum primo ex jure gentium, quod vel est jus naturale, vel derivatur ex jure naturale ...*» (*De Indis*, III.2) y estableció una relación entre ambos. Resulta indudable que el maestro salmantino se inspiró en el Derecho romano y tomó en cuenta que Cicerón y Gayo reconocieron una cierta identidad entre el *ius naturale* y el *ius gentium*, en la medida que ambos se referían a las normas universales e inderogables, así como identificaron la existencia del Derecho común (*ius gentium*) frente al Derecho propio (*ius civile*) de cada pueblo. En el *Digesto* se planteó la tripartición del Derecho (*ius naturale, ius gentium, ius civile*) en un fragmento de Ulpiano (D.1.1.1) y se diferenció entre el Derecho natural y el Derecho de gentes por su fundamento, ámbito de aplicación y contenido.

Pese a lo señalado en *De Indis*, III.2, el Derecho natural y el Derecho de gentes no eran considerados iguales porque el primero se refirió a lo que es justo por naturaleza,⁴⁸ se centró en la exigencia básica de igualdad entre todos y contó con elementos extrajurídicos; además, no dependió de la voluntad humana ni del consenso de las naciones. Por su parte, el Derecho de gentes vitoriano requirió el consenso universal de las «gentes».

Cuando De Vitoria sostuvo que el Derecho de gentes se derivaba del Derecho natural, señaló que el primero provenía de la razón natural

47. EKELOVE-SLYDAL, G. M., «Jeremy Bentham's Legacy: A Vision of an International Law for the Greatest Happiness of All Nations», en M. Bergsmo – E. J. Buis (EDITORES), *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers*, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher (TOAEP), 2018, pp. 429-485, p. 430.

48. Para Mantilla, De Vitoria reconoció la existencia de un Derecho natural aplicable a todos los seres humanos. Asimismo, señaló que el aspecto del Derecho natural que se encontraba en el Derecho de gentes era aquel que involucraba la participación de la humanidad en el Derecho eterno («*eternal law*»). MANTILLA, Y. G., «Francisco de Vitoria's Normative Ideas and the Beginnings of International Law: A Colonial Ethnocentric Discourse, or a *Bona Fide* Effort to Construct Just International Norms?», *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 44 (1), 2021, pp. 43-104, p. 65.

(*naturalis ratio*)⁴⁹ al afirmar que «*Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*», inspirándose en Gayo (*Gai.* 1.1). Al respecto, planteó que el Derecho natural daba autoridad y validez al Derecho de gentes, porque este se orientaba a alcanzar el bien común de toda la humanidad y la paz entre las naciones.⁵⁰ Como el Derecho de gentes vitoriano fue establecido por la razón natural, aspiraba a contar con principios universales basados en la justicia, aunque De Vitoria afirmó también que la obligatoriedad de sus normas dependía del consenso de todos sus sujetos, de un acuerdo universal de las naciones,⁵¹ como se señala a continuación:

De Indis, III.4: «*Et quidem multa videntur procedere ex jure gentium, quod quia derivatur sufficienter ex jure naturali, manifestam vim habet ad dandum jus, et obligandum. Et dato quod non semper derivetur ex jure naturali, satis videtur esse consensus majoris partis totius orbis, maxime pro bono communi omnium*». ⁵²

49. Para FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, el carácter vinculante del Derecho de gentes vitoriano tiene tres razones: una de ellas es que fue constituido por la *naturalis ratio* (causa material). FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio...», *cit.*, p. 35.

50. AGUILAR, J. M. DE, «The Law of Nations and the Salamanca...», *cit.*, p. 208; CARTER, J. E., «Reconsidering the Relationship between Vitoria and Grotius's Contributions to the International Law and Natural Law Traditions», *Journal of Religious Ethics*, 49 (1), 2021, pp. 159-187, p. 163; SISON, A. J. G.-REDÍN, D. M., «Francisco de Vitoria on the Right to Free Trade...», *cit.*, p. 627; WAGNER, A., «Francisco de Vitoria and Alberico Gentili on the Legal Character of the Global Commonwealth», *Oxford Journal of Legal Studies*, 31 (3), 2011, pp. 565-582, p. 569.

51. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ afirma que una de las razones del carácter vinculante del Derecho de gentes fue «la autoridad de todo el orbe» (causa eficiente). FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio...», *cit.*, p. 35. En la línea de afirmar que el Derecho de gentes vitoriano era el resultado del consenso virtualmente universal de las naciones, véase: AÑAÑOS MEZA, M. C., «El título de “sociedad y comunicación natural” de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz...», *cit.*, p. 540; BARRETTO, R. Z., «The Fictional Case of the French Ambassador's Murder in Spain: Two Kinds of *Ius Gentium* in Francisco de Vitoria», *Brazilian Journal of International Law*, 14 (2), 2017, pp. 537-565, p. 563; MANTILLA, Y. G., «Francisco de Vitoria's Normative Ideas and the Beginnings of International Law: A Colonial Ethnocentric...», *cit.*, p. 65.

52. *De Indis*, III.4: «Hay que considerar que muchas cosas se derivan del derecho de gentes, el cual, deducido del derecho natural, tiene fuerza y vigor para atribuir

Al afirmar que hay principios que resultan del consenso de las «gentes», De Vitoria dio importancia a la voluntad de éstas para el establecimiento de sus normas con lo cual subrayó el carácter de «*ius inter gentes*» y se diferenció de lo planteado por Gayo.

De esta manera, se constataría lo señalado por De Vitoria: «[...] hemos sostenido que es doble el derecho de gentes [...]»⁵³ Los dos derechos de gentes vitorianos serían: uno inspirado por la razón natural, que contiene normas universales, y otro que es resultado del consentimiento común de las naciones. Al respecto, Carter consideró que este Derecho era híbrido, porque su finalidad era brindar respuestas a los problemas que se plantearon en el ámbito internacional.⁵⁴

Para explicar la dualidad del Derecho de gentes de De Vitoria, Barretto sostuvo que existieron uno general y otro particular⁵⁵ en función de la creación y obligatoriedad de sus normas.

El Derecho de gentes general se fundamentó en lo expresado por De Vitoria: «*leges aequast et convenientes omnibus, quales sunt in iure gentium*» (*De Potestate Civili*, 1528). Este ordenamiento jurídico de la «*communitas totius orbis*» contenía normas públicas universales y vigentes para todos, que eran el resultado del consenso de todas las naciones del mundo («*consensus virtualis totius orbis*») y se basaron en su razonabilidad, ya que estaban orientadas hacia el bien común.⁵⁶

derechos y crear obligaciones. Y aunque no se derivaran del derecho natural, hay principios que son manifiestamente resultado del común consentimiento de todas las gentes del orbe y mayormente siendo, como son, encaminadas para el bien de todos.» VITORIA, F. de, *Relecciones sobre los indios y el derecho...*, cit., pp. 152-153.

53. VITORIA, F. DE, *La justicia*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 27.

54. CARTER, J. E., «Reconsidering the Relationship between Vitoria and Grotius's Contributions...», cit., p. 163.

55. BARRETTO, R. Z., «The Fictional Case of the French Ambassador's Murder in Spain: Two Kinds...», cit., p. 537.

56. Para FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, una de las razones del carácter vinculante del Derecho de gentes vitoriano era buscar el «bien común del orbe» (causa final). FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio...», cit., p. 35. Sobre su orientación hacia el bien común, véase: DE LA RASILLA DEL MORAL, I., «Francisco de Vitoria's Unexpected Transformations and Reinterpretations for International Law», *International Community Law Review*, 15 (3), 2013, pp. 287-318, p. 288; MANTILLA, Y. G., «Francisco de Vitoria's Normative Ideas and the Beginnings of International Law: A Colonial Ethnocentric...», cit., p. 65.

Asimismo, su reconocimiento universal retroalimentó su validez normativa.⁵⁷ En la medida que su incumplimiento no podía justificarse por los intereses y necesidades de una nación o grupo de naciones, su vulneración era grave y debía ser reparada.

En el Derecho de gentes general vitoriano se encuentran las siguientes normas que cuentan con un consentimiento general y son observadas por todas las naciones: las reglas sobre la guerra, la esclavitud, la manumisión, la inviolabilidad de los embajadores, el mar sea común a todas las naciones, el tratamiento de los prisioneros de guerra, la división de la propiedad, entre otras.⁵⁸

Con relación a la inviolabilidad de los embajadores, esta obligación de *ius gentium* existió en la antigüedad y fue mencionada por Polibio cuando la reina Teuta de Iliria mandó matar a un embajador romano y, la vulneró (*Polibio, Historias*, II.3). Posteriormente, esta norma y las consecuencias jurídicas de su vulneración se establecieron en D.50.7.17.

Para De Vitoria, la inviolabilidad de los embajadores era una norma que estaba en vigor para la mayoría de los hombres y las

57. BARRETTO, R. Z., «The Fictional Case of the French Ambassador's Murder in Spain: Two Kinds...», *cit.*, p. 545; MAWUSE BARKER-VORMAWOR, O., «Historicizing Anthropomorphic Rationalizations as System Justification Practices in...», *cit.*, p. 14; No obstante, Wagner afirmó que, en la medida que estas normas eran producto de la razón práctica humana, podrían haber sido distintas, en atención a acuerdos e intereses de la toda comunidad de las «gentes». WAGNER, A., «Francisco de Vitoria and Alberico Gentili on the Legal Character...», *cit.*, p. 371.

58. Para Sison y Redín, en el *ius gentium* vitoriano se encontraban el derecho al libre comercio, cuyo fundamento era el derecho a comunicarse y a asociarse, y los que se derivaban de este: a viajar, establecerse en un lugar y migrar voluntariamente. SISON, A. J. G.-REDÍN, D. M., «Francisco de Vitoria on the Right to Free Trade...», *cit.*, p. 634. Por su parte, FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ sostuvo que el Derecho de gentes vitoriano otorgó algunos derechos subjetivos universales a los individuos que podrían ser considerados como antecedentes de los derechos humanos. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio...», *cit.*, p. 20. Sobre el contenido del Derecho de gentes vitoriano, véase también BARRETTO, R. Z., «The Fictional Case of the French Ambassador's Murder in Spain: Two Kinds...», *cit.*, p. 543; WAGNER, A., «Francisco de Vitoria and Alberico Gentili on the Legal Character...», *cit.*, p. 573.

«gentes», cuya finalidad era lograr la convivencia social, la cooperación y la paz entre las naciones del mundo:⁵⁹

De Indis, III.4: «*Si enim post prima tempora creati orbis, aut reparati post diluuium, major pars hominum constituerit, an legati ubique essent inviolabiles, ut mare esset commune, ut bello capti essent servi, et hoc ita expediret, ut hospites non exigerentur: certe hoc haberet vim, etiam aliis repugnantibus*».⁶⁰

Al respecto, es interesante que De Vitoria sostuviera que existió desde épocas muy antiguas («*post prima tempora creati orbis*») un muy amplio consenso⁶¹ entre los seres humanos para no atentar contra la vida ni integridad física de los embajadores. Esta obligación se sustentó en la convicción de que el establecimiento de las embajadas y el diálogo entre los representantes de las comunidades políticas organizadas contribuían a desarrollar las relaciones entre las «gentes», a construir una convivencia pacífica entre ellas y a prevenir las guerras. De esta manera, resultaba indudable que esta era una norma de Derecho de gentes común y universal, inspirada por la razón natural, la que no podía ser desconocida ni cuestionada por alguna nación o un gobernante, menos aún por un ser humano o un grupo de ellos.

En la actualidad, existe la obligación de respetar la inviolabilidad de los agentes diplomáticos en el Derecho internacional, lo que garantiza que lleven a cabo sus funciones ante un Estado gozando de la libertad, de los privilegios y las inmunidades correspondientes.⁶² Las

59. AGUILAR, J. M. DE, «The Law of Nations and the Salamanca...», *cit.*, p. 208; GARCÍA VILAR, J. A., «Comunidad internacional y derecho de gentes en...», *cit.*, p. 791.

60. *De Indis*, III.4: «Después de los primeros tiempos de la creación del mundo y de su reparación tras el diluvio, se acordó y estableció por la mayor parte de los hombres que los legados fueran en todas partes inviolables, que el mar sea común a todos, que los apresados en la guerra fueran solo esclavos y que se admita a los extranjeros siempre que sea conveniente y no haya en ello perjuicio: todo ello rige, aunque a alguno que repugne». VITORIA, F. DE, *Relecciones sobre los indios y el derecho de...*, *cit.*, pp. 152-155.

61. BARRETTO, R. Z., «The Fictional Case of the French Ambassador's Murder in Spain: Two Kinds...», *cit.*, p. 542.

62. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18.^a ed., Madrid, Tecnos, 2013, p. 388; ARREDONDO, R., «Inmunidades, inviolabilidad y obligación de protección: reflexiones a propósito del incidente entre Estados Unidos y

fuentes de esta obligación son la costumbre internacional, dado que hay una práctica general y continúa con conciencia de obligatoriedad (*opinio iuris sive necessitatis*) desde hace siglos, y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 que cuenta con 193 Estados partes,⁶³ un número igual a los miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).⁶⁴ En este tratado, se establece lo siguiente:

«Artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961: La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad».

De esta manera, se constata que la obligación de respetar la inviolabilidad de los agentes diplomáticos fue una norma del *ius gentium* (Derecho común para todos los hombres y pueblos establecido por Gayo), perteneció al Derecho de gentes vitoriano (establecido por la razón natural y que contó con el consenso de las «gentes») y se encuentra en el Derecho internacional contemporáneo.

En cuanto al Derecho de gentes particular o específico, era el producto de un acuerdo celebrado entre algunas naciones, las que expresaban su consentimiento a través de la celebración de un tratado o de su participación en una costumbre internacional.⁶⁵ Este derecho particular se fundamentaba en la voluntad, tuvo naturaleza pública y era exigible solamente a las «gentes» que estaban vinculadas por estas normas convencionales o consuetudinarias. Por ello, se asemejaba al Derecho internacional westfaliano.

Turquía», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)*, 8 (2), 2017, pp. 283-327, p. 284.

63. United Nations Treaty Collection. 2022: *Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-3&chapter=3&clang=_en (última consulta: 2 de octubre de 2022).

64. Naciones Unidas. 2022: *La Organización*. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us> (última consulta: 20 de diciembre de 2022).

65. BARRETTO, R. Z., «The Fictional Case of the French Ambassador's Murder in Spain: Two Kinds...», *cit.*, p. 545; DOMINGO, R., «Global Law and the New Global Human Community», *Revista Brasileira de Direito*, 13 (3), 2017, pp. 27-39, p. 31.

Como el Derecho de gentes vitoriano dependía del consenso universal, no era inmutable porque podría modificarse y mejorar⁶⁶ a lo largo del tiempo con la finalidad de lograr el bien común universal. Al respecto, se analizará el tratamiento de los prisioneros de guerra en el *ius gentium* en Roma, el Derecho de gentes vitoriano y en el Derecho internacional humanitario.

En Roma, el prisionero de guerra se convertía en esclavo según el *ius gentium*. Para ello, era necesario que una guerra se haya declarado formalmente (*indictio belli*) entre los pueblos; es decir, no era un prisionero de guerra quien era capturado en otro contexto o por otro motivo como, por ejemplo, un ladrón. Una vez declarada la guerra, se aplicaban varias normas comunes (como las del *ius fetiale*) que tenían consecuencias jurídicas entre los pueblos y sus ciudadanos. Respecto a estos últimos, dejaban de ser extranjeros (*peregrini*) para convertirse en *hostes* (enemigos de guerra)⁶⁷ y, por consiguiente, no contaban con la misma protección jurídica que en tiempos de paz. Por ejemplo, no se respetaba la propiedad de sus cosas (*res*), las cuales podían ser tomadas por los romanos según el *ius gentium*, lo cual fue mencionado en las *Institutas* de Gayo (*Gai. 2.69: «Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt»*)⁶⁸ y en las *Instituciones* de Justiniano (I.2.1.1: «*Item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt [...]»*)⁶⁹. Al respecto, Gayo afirmó que los romanos adquirirían las cosas del enemigo que aprehendían de conformidad con la razón natural, mientras que en las *Instituciones* de Justiniano se estableció explícitamente que esta adquisición se fundamentaba en el *ius gentium*.

Las normas de *ius gentium* sobre la guerra debían ser cumplidas por todos los seres humanos y los pueblos, incluyendo a los romanos.

66. SISON, A. J. G., y REDÍN, D. M., «Francisco de Vitoria on the Right to Free Trade...», *cit.*, p. 627.

67. En el *Digesto*, se definió a los *hostes* en D.49.15.24 (Ulpiano, *Instituta*): «*Hostes sunt, quibus bellum publice Populus Romanus decrevit, vel ipsi Populo Romano [...]»*. «Son enemigos aquellos a quienes el pueblo romano declaró públicamente la guerra, ó los que se la declararon al pueblo romano [...]».

68. *Gai. 2.69*: «También las cosas cogidas del enemigo se hacen nuestras por la razón natural».

69. I.2.1.17: «Igualmente las cosas que cogemos a los enemigos se hacen al punto nuestras por derecho de gentes [...]».

Cuando los enemigos de guerra (*hostes*) eran capturados o se rendían («*dediticiis*» en *Gai.1.5*),⁷⁰ se les mantenía con vida y se les llamó «*mancipia*» (D.1.5.4.3: «*Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur*»)⁷¹. Según el *ius gentium*, se debía conservar («*servare*») con vida a los enemigos cautivos, quienes se convertían en esclavos⁷² para ser vendidos (D.1.5.4.2)⁷³. Por ser mantenidos con vida y tener la posibilidad de ser liberados por el pago de un rescate, la venta o la manumisión, los prisioneros de guerra tuvieron incentivos para sobrevivir como esclavos durante su cautiverio y no se sintieron inclinados a cometer suicidio según Rauh, incentivos que también tuvieron los romanos aprehendidos por los enemigos.⁷⁴ El *hostis* capturado debía comportarse correctamente porque, si tenía una conducta desleal o impía, cometía un grave ilícito por el que era procesado y, si era condenado, sufría la pena de muerte en la hoguera (D.48.19.8.2: «*Hostes autem, item transfugae, ea poena afficiuntur, ut vivi exurantur*»)⁷⁵. A pesar de ello, no todos los pueblos cumplían esta obligación de *ius gentium* porque

70. *Gai.1.5*: «*Vocantur autem, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnauerunt, et deinde victi se dederunt*». «Llámense así los que habiendo peleado contra el pueblo romano, sucumben y se entregan a discreción». Asimismo, cuando el ciudadano romano era hecho prisionero por un enemigo de guerra, también era conservado con vida y caía en esclavitud, aunque sus estados quedaban en suspenso hasta que regresara a territorio romano según el «*postliminium*» (*Gai.1.129*).

71. D.1.5.4.3 (Florentino, *Instituciones*): «Pero se les dice *mancipia*, porque son cogidos de los enemigos con la mano». Al respecto, SIRKS, B., «Bijnkershoek as author and elegant jurist», *Legal History Review*, 79 (2), 2011, pp. 229-252, p. 234.

72. La esclavitud era una institución de *ius gentium* según D.1.5.4.1 (Florentino, *Instituciones*): «*Servitus est constitutio iuris Gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur*». «La esclavitud es una constitución del derecho de gentes, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza al dominio de otros».

73. D.1.5.4.2 (Florentino, *Instituciones*): «*Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere, ac per hoc servare nec occidere solent*». «Los esclavos (*servi*) se llamaron así, de que los comandantes suelen vender a los cautivos y, por esta razón, los conservan (*servare*) y no los matan».

74. RAUH, S. H., «The tradition of suicide in Rome's foreign wars», *Tapa*, 145 (2), 2015, pp. 383-410, pp. 400-401.

75. D.48.19.8.2 (Ulpiano, *Del Cargo de Procónsul*): «Mas los enemigos, y también los trófugas, son condenados a la pena de ser quemados vivos». Sobre esta sanción, véase SIRKS, A. J. B., «*Furtum* and *manus/potestas*», *Legal History Review*, 81 (3/4), 2013, pp. 465-506, pp. 484-485.

torturaban o mataban cruelmente a los enemigos cautivos; sin embargo, este incumplimiento no podía ser justificado por la aplicación del *ius civile* de un pueblo.

Sobre el tratamiento de los prisioneros de guerra, De Vitoria señaló que «*Si enim post prima tempora creati orbis, aut reparati post dilivium, major pars hominum constituerit [...] ut bello capti essent servi [...] certe hoc haberet vim, etiam aliis repugnantibus*» (*De Indis*, III.4)⁷⁶. En consecuencia, en el Derecho de gentes vitoriano se mantuvo con vida a los enemigos capturados en una guerra, quienes se convertían en esclavos, por lo que esta norma era la misma que existió en el *ius gentium* de Gayo.

Asimismo, De Vitoria formuló una interrogante sobre el tratamiento de los cautivos de guerra en su *Relección segunda de los indios o del derecho de guerra de los españoles en los bárbaros*: «Sexta duda. Se refiere a si es lícito matar a los rendidos o prisioneros, en el supuesto que fuesen culpables». 77 Al respecto, De Vitoria no cuestionó la validez y la vigencia de la norma de Derecho de gentes que obligaba a mantener con vida a los prisioneros de guerra y hacerlos esclavos (*De Indis*, III.4) porque se refirió a un supuesto específico: el tratamiento del enemigo capturado o que se ha rendido en una guerra injusta, quien había cometido un acto que le acarrecaba responsabilidad. En su respuesta a esta duda, expuso lo siguiente:

«Se responde que, hablando en principio, nada se opone a que se pueda dar muerte a los prisioneros y rendidos en una guerra injusta, que hayan sido culpables y guardando siempre la equidad. Pero como en la guerra hay muchas cosas establecidas por el derecho de gentes, parece admitido por la costumbre y por el uso de la guerra que, lo-grada la victoria y conjurado el peligro, no se dé muerte a los prisioneros (a no ser que sean prófugos), y en este caso hay que guardar el derecho de gentes del modo que acostumbra entre los buenos varones».⁷⁸

76. *De Indis*, III.4: «Después de los primeros tiempos de la creación del mundo y de su reparación tras el diluvio, se acordó y estableció por la mayor parte de los hombres que... los apresados en la guerra fueran solo esclavos [...] y no haya en ello perjuicio: todo ello rige, aunque a alguno que repugnare».

77. VITORIA, F. DE, *Relecciones sobre los Indios y del Derecho...*, cit., p. 140.

78. VITORIA, F. DE, *Relecciones sobre los Indios y del Derecho...*, cit., p. 140.

En su respuesta, De Vitoria reiteró la vigencia de la norma de Derecho de gentes, por la cual los prisioneros de guerra debían ser mantenidos con vida y ser esclavos, aunque afirmó que sus fuentes eran la costumbre y el uso de la guerra. De esta manera, subrayó que su fundamento era el consentimiento de las «gentes». En cuanto al enemigo de guerra culpable que ha sido capturado, su respuesta fue concordante con lo que había establecido en el *Digesto*: si el enemigo de guerra capturado tuvo una conducta desleal o impía, era procesado y, de ser encontrado culpable, condenado a ser quemado vivo (D.48.19.8.2). En consecuencia, De Vitoria sostuvo que no había una norma de Derecho de gentes que prohibiera dar muerte a los prisioneros de guerra que eran culpables porque esta sería la sanción por lo que habían cometido.

En la actualidad, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) que se aplica a los conflictos armados internacionales y a los conflictos armados no internacionales se fundamenta en el consentimiento de los Estados, como el Derecho de gentes vitoriano, porque sus fuentes principales son los tratados y las costumbres internacionales. Al respecto, hay normas que son convencionales, como las que provienen de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales,⁷⁹ y otras son consuetudinarias.⁸⁰ La necesidad del consentimiento de los sujetos para estar obligados por el Derecho internacional humanitario y en el Derecho de gentes vitoriano marca una diferencia importante con la posición de Gayo.

En cuanto al tratamiento del prisionero de guerra, se presentan cambios muy importantes en el Derecho internacional contemporáneo frente a lo que plantearon Gayo y De Vitoria, porque hoy se rechaza toda forma de esclavitud, tal como se afirmó en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». De allí que ningún ser humano pueda ser esclavo, aunque sea un prisionero de guerra o haya cometido

79. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). 2022: *Tratados de DIH y el DIH consuetudinario*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario> (última consulta: 12 de mayo de 2022).

80. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). 2022: *Derecho consuetudinario*. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/derecho-consuetudinario> (última consulta: 12 de mayo de 2022).

crímenes. Además, se han desarrollado las normas internacionales sobre el tratamiento del prisionero de guerra y son más tuitivas, como las que se encuentran en el III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, uno de los instrumentos internacionales más relevantes sobre este tema en el que se establecen sus garantías y derechos. Este Convenio cuenta con un gran respaldo porque tiene 196 Estados partes (entre ellos, Palestina),⁸¹ un número superior al de los miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).⁸² Con relación a las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario, se encuentra la siguiente: «Norma 128. A. Los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados sin demora cuando hayan cesado las hostilidades activas [CAI]». ⁸³ Por lo tanto, la costumbre internacional establece que quienes han sido capturados en un conflicto armado internacional no pueden ser torturados, afectados en su integridad física ni psicológica ni se les puede matar; menos aún, pueden ser esclavos; además, el Estado está obligado a darles libertad y enviarlos de regreso a su lugar de origen una vez hayan cesado las actividades bélicas. De este modo, se pueda apreciar que actualmente hay un cambio importante y ventajoso respecto al tratamiento del prisionero de guerra frente a lo establecido en el *ius gentium* de Gayo y en el Derecho de gentes vitoriano (*De Indis*, III.4).

De lo señalado anteriormente, se puede afirmar que, si bien Francisco de Vitoria partió del estudio del *ius gentium* de Gayo, así como de las normas del *Digesto* y de las *Instituciones* de Justiniano, su Derecho de gentes es una elaboración propia en el que tuvo en cuenta la realidad del siglo XVI⁸⁴ donde las «gentes» (*comunidades políticas organizadas*)

81. International Humanitarian Law Databases. 2022: *Treaties and States parties, Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, 12 August 1949*. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciii-1949/state-parties?activeTab=undefined> (última consulta: 12 de mayo de 2022).

82. NACIONES UNIDAS, 2022, *La Organización*. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us> (última consulta: 20 de diciembre de 2022).

83. HENCKAERTS, J. M., «Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Una contribución a la comprensión y al respeto del Derecho de los Conflictos Armados», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 7, 2007, pp. 513-563, p. 560.

84. Pese a la relevancia del Derecho de gentes de Francisco de Vitoria y sus aportes al Derecho internacional, algunos autores consideran que fue asimétrico, euro-

tenían un rol más activo en la generación de normas. Por ello, sostuvo que el consenso de las naciones era necesario para fundamentar estas normas. De esta manera, los hombres («*homines*») del *ius gentium* de Gayo (*Gai. 1.1*) fueron reemplazados por las «*gentes*» (*De Indis, III.2*) y, en consecuencia, este fue «*ius inter gentes*».

IV. ALGUNAS REFLEXIONES PARA EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Existe consenso en considerar que el Derecho internacional nació con la Paz de Westfalia en 1648 cuando los Estados católicos y protestantes europeos firmaron los acuerdos de paz de Osnabrück y Münster con los que pusieron fin a la guerra de los Treinta Años y a la guerra de los Ochenta Años entre España y los Países Bajos.⁸⁵ En estos tratados, se establecieron derechos y obligaciones internacionales para los Estados que los celebraron. Los Estados eran considerados sus sujetos primarios, soberanos, iguales⁸⁶ y creadores de las normas internacionales porque solamente estaban obligados cuando expresaban su consentimiento a través de un tratado o de una costumbre internacional. De allí que el Derecho internacional westfaliano fue «*ius inter gentes*» por ser establecido entre y por los Estados.

céntrico y cristiano, justificó el colonialismo y las guerras en el mundo. Al respecto, véase GAMARRA, Y., «El discreto despertar del derecho internacional: una mirada a la tradición vitoriana», en C. Forcadell Álvarez (coor.) *Razones de historiador magisterio y presencia de Juan José Carreras*, Zaragoza, Diputación de Zaragoza-Institución Fernando el Católico, 2009, pp. 391-404, p. 398; GARCÍA VILAR, J. A., «Comunidad internacional y derecho de gentes en...», *cit.*, p. 778.

85. LESAFFER, R. C. H., «La dimensión internacional de los tratados de Paz de Westfalia: Un enfoque jurídico», en F. Villaverde (editor), *350 años de la Paz de Westfalia: Del antagonismo a la integración en Europa*, Madrid, Biblioteca Nacional-Fundación Carlos de Amberes, 1999, pp. 33-52, p. 34; MARQUARD, B., «El mito del sistema de Westfalia: una re-evaluación de la cesura de 1648 en la historia del Derecho Internacional Público», *Pensamiento Jurídico*, 20, 2007, pp. 103-133, p. 105.

86. CRAWFORD, J., «The current political discourse concerning International Law», *Modern Law Review*, 81 (1), 2018, pp. 1-22, p. 6; DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones...*, *cit.*, p. 65; MÉNDEZ CHANG, E., «El *ius gentium* al Derecho Internacional westfaliano: sus diferencias...», *cit.*, p. 85.

El desarrollo y la «fragmentación»⁸⁷ del Derecho internacional contemporáneo muestran una diversificación de los temas que son abordados por regímenes especiales y a través de las organizaciones internacionales. Los regímenes especiales (como el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho internacional ambiental, el Derecho internacional humanitario, el Derecho penal internacional, el Derecho del mar, entre otros) cuentan con un conjunto de conceptos, instituciones y principios propios, que se van construyendo sobre la base del Derecho internacional general y de la expresión del consentimiento de los Estados.

En atención a la complejidad, problemas y retos que enfrenta el Derecho internacional contemporáneo, a continuación, se presentarán algunas reflexiones que tienen como objetivo determinar qué aportes podrían brindar el *ius gentium* de Gayo y el Derecho de gentes vitoriano en la actualidad.

La primera reflexión está referida a los sujetos. En el *ius gentium* de Gayo, los sujetos fueron los hombres y pueblos; mientras que De Vitoria enfatizó la participación de las comunidades políticas organizadas («gentes») en el siglo XVI; posteriormente, los sujetos del Derecho internacional fueron los Estados. Después del fin de la Segunda Guerra Mundial, se ha hecho más evidente la existencia de sujetos distintos al Estado como las organizaciones internacionales,⁸⁸ los seres humanos, entre otros. En la actualidad, los seres humanos pueden reclamar a los Estados por la violación de sus derechos fundamentales en las instancias internacionales y, además, pueden ser juzgados por la comisión de crímenes internacionales en la Corte Penal Internacional. Asimismo, se ha reconocido la subjetividad internacional de los pueblos

87. Naciones Unidas. Asamblea General (2006). *Resolución 61/34. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones*.

88. La aceptación de sujetos de Derecho internacional distintos al Estado tuvo un hito importante en la Opinión Consultiva sobre Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 1949 de la Corte Internacional de Justicia que estableció que había una pluralidad y heterogeneidad de sujetos internacionales, los que no contaban con soberanía como la Organización de las Naciones Unidas (ONU). INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. 1949. *Reparations for injuries suffered in the service of the United Nations – Advisory Opinion of April 11th, 1949*.

indígenas⁸⁹ a nivel universal, así como a las comunidades indígenas y tribales en el sistema interamericano con la Opinión Consultiva 22/16 Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹⁰ De esta manera, el Derecho internacional busca ampliar sus sujetos y centrarse nuevamente en el ser humano como integrante de la comunidad humana global.⁹¹

La segunda reflexión se refiere a las normas. Gayo afirmó que el *ius gentium* era un Derecho común y universal porque sus normas eran establecidas por la razón natural; por consiguiente, no requerían estar escritas ni dependían de la aceptación de los hombres ni de los pueblos. Frente a este planteamiento, De Vitoria admitió la existencia de normas de Derecho de gentes, que provenían de la razón natural y buscaban el bien común, las que se fundamentaron en el consenso de todas las «gentes», como la inviolabilidad de los embajadores. La exigencia del consenso subrayó el carácter voluntario del Derecho de gentes vitoriano, lo cual afectaba el carácter universal de sus normas. Durante muchos siglos, el Derecho internacional westfaliano se fundamentó en la voluntad de los Estados, los que debían expresar su consentimiento para estar obligados por las normas internacionales y, por ello, sus fuentes principales son los tratados y las costumbres internacionales.⁹²

No obstante, a partir de la segunda mitad del siglo xx, se admitió la existencia de normas internacionales imperativas (*ius cogens*) de alcance universal que deben ser cumplidas por todos los sujetos del Derecho internacional, incluyendo los Estados, aunque no las hayan

89. FIGUERA VARGAS, S. C., «Los Pueblos Indígenas: Libre Determinación y Subjetividad Internacional», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, 2010, pp. 105-123, p. 121.

90. «[...] las comunidades indígenas y tribales son titulares de los derechos protegidos en la Convención y, por tanto, pueden acceder ante el sistema interamericano [...]» Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-22/16 Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador*, 2016, p. 47.

91. DOMINGO, R., «Global Law and the New Global Human...», *cit.*, p. 35.

92. DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones...*, *cit.*, p. 121.

aceptado,⁹³ con lo cual estas se acercan al *ius gentium* de Gayo. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 las mencionó, estableció sus efectos y sancionó con la nulidad al tratado cuyas disposiciones vulneran una norma de *ius cogens* existente (artículo 53)⁹⁴ o emergente (en el artículo 64)⁹⁵.

Las normas internacionales imperativas (*ius cogens*) expresan el consenso general de la comunidad internacional sobre la protección de los valores comunes más importantes⁹⁶ y, de este modo, se, acercan también al planteamiento vitoriano porque se orientan a lograr el bien común. Además, establecen obligaciones *erga omnes* para todos los sujetos de Derecho internacional, aunque no hayan dado su consentimiento; en este

93. QUISPE REMÓN, F., «*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso», *Revista de Derecho (Barranquilla)*, 34, 2020, pp. 42-78, p. 45.

94. Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: «Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter». Sobre este artículo, Linderfalk planteó que no presenta una definición del *ius cogens* porque señala las consecuencias jurídicas de un tratado celebrado contra las normas imperativas internacionales. LINDERFALK, U., «What Is So Special About Jus Cogens? On the Difference between the Ordinary and the Peremptory International Law», *International Community Law Review*, 14, 2012, pp. 3-18, p. 9.

95. Artículo 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969: «Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

96. CASTELLÀ SURRIBAS, S. J., «*Hacia un nuevo Derecho de Gentes? El principio de dignidad de la persona como precursor de un Nuevo derecho internacional. Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores...*, cit., p. 43; EUN-JUNG, K. K., «Acceptability, Impartiality, and Peremptory Norms of General International Law», *Law and Philosophy*, 34, 2015, pp. 661-697, p. 666; KOSKENNIEMI, M., «El Destino del Derecho Internacional Público: Entre la Técnica y la Política», *Revista de Derecho Público*, 24, 2010, pp. 1-31, p. 20; QUISPE REMÓN, F., «*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso», *Revista de Derecho (Barranquilla)*, 34, 2020, pp. 42-78, p. 45.

punto, se alejan del requerimiento de consenso que señaló De Vitoria. Además, estas normas son inderogables porque no admiten que los Estados, las organizaciones internacionales ni otro sujeto de Derecho internacional pacte en contra de ellas⁹⁷ ni pueda dejarlas sin efecto, como sucedía con el *ius gentium* de Gayo. Si se produjera la vulneración de una obligación establecida por una norma de *ius cogens*, la responsabilidad internacional será agravada según el artículo 40 del Proyecto de Artículos de Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. No obstante, hay un problema porque, hasta la fecha, no se han determinado cuáles son las normas imperativas del Derecho internacional y solamente algunas son aceptadas como tales; por ejemplo, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza (artículo 2 numeral 4 de la Carta de las Naciones Unidas), la solución pacífica de controversias (artículo 2 numeral 3 de la Carta de las Naciones Unidas) y el respeto a los derechos humanos.⁹⁸

Actualmente, es indiscutible la importancia de las normas de *ius cogens* en el desarrollo del Derecho internacional. Al respecto, Antônio Augusto Cançado Trindade, quien fue magistrado de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmó que la construcción doctrinal y jurisprudencial del *ius cogens* es el pilar fundamental de un nuevo «*ius gentium*», que sería el Derecho internacional para la humanidad y tendría alcance universal.⁹⁹ Este

97. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, adoptada en 1986, aún no está en vigor. Sus artículos 53 (tratados que estén en oposición con una norma de *ius cogens*) y 64 (tratados en oposición a una nueva norma de *ius cogens*) reproducen el texto de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sobre los sujetos obligados por las normas de *ius cogens* y sus fuentes: EUN-JUNG, K. K., «Acceptability, Impartiality, and Peremptory Norms...», *cit.*, p. 695.

98. BROWNLIE, I., «International Law and the Use of Force by States Revisited», *Chinese Journal of International Law*, 1 (1), 2002, pp. 1-19; pp. 7-9; BROWNLIE, I., «The Peaceful Settlement of International Disputes», *Chinese Journal of International Law*, 8 (2), 2009, pp. 267-283, p. 258; QUISPE REMÓN, F., «*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: su relación con el debido proceso», *Revista de Derecho (Barranquilla)*, 34, 2020, pp. 42-78, p. 50.

99. CANÇADO TRINDADE, A. A., «La ampliación del contenido material del *ius cogens*. Comité Jurídico Interamericano», en *XXXIV Curso de Derecho Internacional*

nuevo Derecho de gentes se distinguiría del vitoriano y del Derecho Internacional westfaliano en la medida que el Estado no se encuentran en el centro de este porque respondería a los intereses y aspiraciones de la humanidad en su conjunto y, por lo tanto, no sería el resultado de lo que decidan un grupo de Estados. En sintonía con lo señalado por Cicerón y Gayo, el nuevo «*ius gentium*» propuesto por Cançado Trindade se aplicaría tanto a nivel internacional como a nivel interno en cada Estado, haciendo inválida cualquier norma, medida o acto incompatible con él.¹⁰⁰ Esto concuerda con lo planteado por Gayo en D.7.5.2.1 porque el *ius civile* (Derecho propio de un pueblo) no pudo ir contra la razón natural; es decir, no pudo justificar el incumplimiento del *ius gentium*.

La tercera reflexión se refiere a la derogación de las normas. El *ius gentium* de Gayo, inspirado por la razón natural, era universal, inmutable e inderogable, por lo que sus normas no se pudieron modificar a lo largo del tiempo, como sucedió con la inviolabilidad de los embajadores, que subsiste hasta nuestros días. Con relación a la esclavitud (D.1.5.4.1), también era aceptada en el Derecho de gentes vitoriano, porque el prisionero de guerra se convertía en esclavo (*De Indis*, III.4). Sin embargo, se ha producido una importante modificación en el Derecho internacional contemporáneo porque, por respeto a la dignidad y la libertad del ser humano, se ha prohibido toda forma de esclavitud, lo cual fue establecido en el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». En consecuencia, las normas sobre la esclavitud han sido derogadas.

Por su parte, el Derecho de gentes vitoriano, como se encontraba fundamentado en el consenso universal de las naciones, admitía que

«*Aspectos jurídicos del desarrollo regional*», Washington D. C., Organización de Estados Americanos, 2008, pp. 1-15, p. 3. El planteamiento de Cançado Trindade tiene varias coincidencias con lo señalado por Domingo en DOMINGO, R., «Global Law and the New Global Human...», *cit.*, p. 35. Un ejemplo de este nuevo *ius gentium* en el sistema interamericano es la protección de los derechos de los migrantes indocumentados en: «Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados: Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003.

100. CANÇADO TRINDADE, A. A., «La ampliación del contenido material...», *cit.*, p. 3.

algunas de sus normas puedan cambiar y mejorar para alcanzar el bien común.

En cuanto al Derecho internacional contemporáneo, las normas de *ius cogens* son inderogables, salvo que surja otra norma internacional imperativa que le sea contraria. Además, estas normas tienen un carácter expansivo, ya que su contenido se irá ampliando, como sucede con los derechos humanos. Sin embargo, las demás normas internacionales, que no son imperativas, podrán ser derogadas con el consentimiento de los Estados.

La cuarta reflexión se refiere a la implementación de las normas. A diferencia del *ius gentium* de Gayo, que era parte del Derecho aplicado por cada pueblo y no necesitaba un acto de recepción, el Derecho internacional requiere ser incorporado al derecho interno de un Estado y su implementación puede tomar mucho tiempo. Un ejemplo se encuentra en el caso las cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal). En su fallo de 20 de julio de 2012, la Corte Internacional de Justicia señaló que Senegal incurrió en responsabilidad internacional, porque había demorado la implementación de sus obligaciones internacionales que había asumido como Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984.¹⁰¹ Como Senegal no adoptó en un plazo razonable la legislación interna necesaria para reprimir y juzgar los actos de tortura y otros tratos similares, vulneró las obligaciones internacionales convencionales que había contraído y, con ello, facilitó la impunidad de quienes realizaron estos actos en su territorio. En cuanto al Derecho de gentes vitoriano, se acerca más a lo que sucede en el Derecho internacional porque, pese a requerir un consenso universal, no estaba garantizada la incorporación inmediata de las obligaciones contraídas al Derecho interno de las «gentes».

A partir de las reflexiones anteriores sobre los sujetos y normas, se han podido apreciar las coincidencias y diferencias entre el *ius gentium* de Gayo, el Derecho de gentes vitoriano y el Derecho internacional contemporáneo, siendo estos dos últimos los que se fundamentan en el

101. International Court of Justice. 2012. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium c. Senegal)*, *Judgments*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/144/judgments> (última consulta: 7 de mayo de 2022).

consentimiento de sus sujetos, «gentes» y Estados respectivamente. Como en la actualidad se cuestiona que la creación y la aplicación del Derecho internacional dependan exclusivamente de la voluntad de los Estados, se ha reconocido la existencia de las normas internacionales imperativas (*ius cogens*), que tienen alcance universal y son inderogables, las que obligan a todos los sujetos de Derecho internacional, aunque estos no hayan dado su consentimiento; de esta manera, las normas de *ius cogens* se acercan al planteamiento gayano. En esa línea, el *ius gentium* de Gayo encontraría un eco muy importante en lo señalado por Cançado Trindade, que sustentó el surgimiento de un nuevo *ius gentium*, como un Derecho común de todos los seres humanos, aplicable directamente en los territorios de los Estados sin que estos puedan oponerse por defender sus propios intereses. Esperemos que este sea el camino que el Derecho internacional recorra en el futuro para ser más humano y justo.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El jurista romano Gayo definió el *ius gentium* como el Derecho común a todos los seres humanos, universal e inderogable, en sus *Institutas* (*Gai.* 1.1.). Esta definición fue incorporada en el *Digesto* (D.1.1.9) y las *Instituciones* de Justiniano (I.1.2.1).

Las fuentes romanas y, en especial, lo señalado por Gayo, sirvieron de inspiración a Francisco de Vitoria para formular su Derecho de gentes, tal como se constata en *De Indis*, III.2, donde se mencionó a I.1.2.1. Sin embargo, el catedrático salmantino elaboró una definición propia que era concordante con la situación de las comunidades políticas organizadas en el siglo XVI. Pese a que De Vitoria tomó varios puntos del planteamiento gayano, como afirmar que las normas del Derecho de gentes eran universales porque provenían de la razón natural, también subrayó la importancia del consenso de las «gentes» como fundamento de su validez y vigencia. De esta manera, la centralidad de los «homines» en el *ius gentium* de Gayo dio paso a las «gentes» en De Vitoria, las que fueron consideradas creadoras de sus normas y, a la vez, los sujetos a los que se aplicaban. Por ello, el Derecho de gentes

vitoriano fue un «*ius inter gentes*», el cual sirvió de base para el surgimiento del Derecho internacional westfaliano.

A partir de la identificación de las diferencias entre el *ius gentium* de Gayo y el Derecho de gentes de Francisco de Vitoria, se pueden hacer varias reflexiones para el Derecho internacional contemporáneo: en primer lugar, aunque los Estados siguen siendo los sujetos primarios y principales del Derecho internacional, se admite que hay una pluralidad de entes con subjetividad internacional; entre ellos, los seres humanos. En segundo lugar, el Derecho internacional contemporáneo cuenta con normas imperativas (*ius cogens*) generales e inderogables, que no dependen de la voluntad de los Estados, las que presentan una sintonía con el *ius gentium* de Gayo. En tercer lugar, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos lleva a revisar y modificar el Derecho internacional y, por ello, se derogaron las normas sobre la esclavitud.

El Derecho internacional que surgió de la Paz de Westfalia enfrenta actualmente varias críticas y retos. Por ello, es menester construir un ordenamiento jurídico que se oriente al bien común y que cuente con normas que no respondan solamente a los intereses de los Estados. En este proceso, Gayo y De Vitoria tienen mucho que aportar para reflexionar sobre qué cambios se deben dar. Si en el futuro se culmina la construcción de un Derecho internacional para la humanidad o un nuevo *ius gentium*, al que se refirió Cançado Trindade, esperemos sea un Derecho común, centrado en los seres humanos que garantice la justicia y la paz.

**VICIOS REDHIBITORIOS: ELEMENTO
NATURAL DE LA COMPRAVENTA.
UNA MIRADA DESDE ROMA AL CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

*Redhibitory defects: a natural element
of the sales contract. A view from Rome
to the Civil and Commercial Code of the Nation*

MARILINA ANDREA MICELI

Universidad de Buenos Aires y Universidad Argentina J F Kennedy

LETICIA INÉS NÚÑEZ

Universidad de Buenos Aires y Universidad Argentina J F Kennedy

Resumen: considerando que en Occidente, el sistema jurídico actual se remonta sin solución de continuidad al sistema jurídico romano y, en especial, encontrando en nuestras instituciones transfiguraciones pervivientes de aquel generado hace siglos, en el presente trabajo analizaremos, brevemente y dentro de las obligaciones, la figura contractual de la compraventa, para adentrarnos en uno de sus elementos naturales, los vicios redhibitorios, analizando su praxis en el sistema jurídico argentino y, desde el estudio de cotejo, evidenciando la pervivencia del sistema originario, reinventado en el Derecho positivo de las normas del Código Civil y Comercial vigente en la República Argentina.

Palabras Clave: Derecho romano. Derecho civil. Código Civil y Comercial de la Nación. Contrato. Compraventa. Elementos naturales. Vicios redhibitorios. Derecho vigente.

Abstract: considering that in the West, the current Legal System goes back without a solution of continuity to the Roman Legal System and especially, finding, in our institutions, per-living transfigurations of that system generated centuries ago; in the present work we will analyze, briefly and in the context of obligations, the sales contract in order to delve into one of its natural elements, the redhibitory defects, analyzing its praxis in the Argentine legal system and, from a compared study, evidencing the survival of the original system, reinvented in the todays Civil and Commercial Code at the Argentine Republic.

Keywords: Roman Law. Current Law. Civil Law. Civil and commercial code of the Nation. Contract. Sales contract. Natural elements. Redhibitory vices.

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. Los vicios redhibitorios en el Derecho romano. III. Vicios redhibitorios en el Código Civil y Comercial de la nación argentina.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Previamente al análisis de la figura de garantía por vicios redhibitorios, es preciso mencionar brevemente, que en el Derecho romano los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el mero

consentimiento (*consensus*), sin ser requisito necesario ninguna formalidad verbal o escrita, siendo la compraventa uno de los contratos que se encuadran dentro de esta categoría junto con la *locatio conductio* (locación), la *societas* (sociedad) y el *mandatum* (mandato).

A tales fines, podemos conceptualizar a la compraventa (*emptio venditio*) como un contrato por medio del cual una persona llamada vendedor (*venditor*) se obliga a transmitir la posesión de una cosa asegurando su pacífico goce a otra, llamada comprador (*emptor*), que se compromete a abonar por ella un precio consistente en una suma de dinero.¹

Recordamos que la compraventa se trata de un contrato bilateral, sinalagmático perfecto, oneroso, conmutativo y de buena fe, en donde, como parte de un negocio jurídico, los sujetos (comprador y vendedor), el consentimiento, la capacidad, el objeto y, en particular, el precio son sus elementos.

En relación con el consentimiento, rige en Roma el principio de que nadie puede ser obligado a vender una cosa contra su voluntad. Desde la época clásica se acostumbró a utilizar el instituto de las arras.²

Respecto al objeto, lo constituyen bienes corporales, tanto muebles como inmuebles como res incorporales. Por ejemplo, una servidumbre, siempre y cuando estuviera en comercio, es decir, que pudiera ser negociada.³

En referencia al precio de la compraventa, este debe tener los siguientes caracteres: a) debe ser en dinero, b) debe ser cierto, c) debe ser verdadero. En la última época, se agregará d) que debe ser *iustum* (justo) reforzando la idea de equilibrio entre las prestaciones.⁴

Sin embargo, en relación con el cumplimiento monetario, no todo se comprendió de manera unánime, existiendo controversia entre las escuelas

1. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual de Derecho Romano*, Quinta Edición, Ed Abeledo Perrot, 2010, p. 290.

2. Las arras consisten en la entrega de un objeto o de una suma de dinero. En la época clásica el comprador solía entregar al vendedor, para dar firmeza al contrato, ya un anillo, ya una cantidad de dinero. Cumplidos la entrega de la cosa y el pago del precio, el vendedor devolvía el anillo, y, si había recibido una suma de dinero, esta era imputada al precio de la compra. Se trata de arras confirmatorias.

3. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, *cit.*, p. 291.

4. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, *cit.*, p. 291.

de los proculyanos, que opinaban y referenciaban la necesaria y única conformación y entrega *in pecunia numerata* (dinero constante); mientras que los sabinianos admitían que podía ser aceptado el pago, según la naturaleza de lo que se quisiera entregar como forma liberatoria, por ejemplo, sería aceptable la entrega de un esclavo, una toga o un fundo del otro contratante. Justiniano dará la razón a la primera de las escuelas, es obvio que estaríamos entrando en la esfera de las *pemutationes*.

No está de más mencionar, a este respecto, que la certidumbre en el precio radica en la determinación o posibilidad de determinación exacta de su monto, recordando que debe ser a su vez verdadero (*verum*), en el sentido que no sea simulado; en este caso, nos encontraríamos dentro de la esfera de las donaciones y los que acudían a esta ficción tendrían por finalidad eludir las normas prohibitivas y los impedimentos que en ciertas situaciones debían imperar.⁵

Finalmente, en la época postclásica, como ya se dijera, se estableció que el precio debía ser justo, entendiéndose que cada cosa tiene un justo valor medida pecuniario y, en este sentido, Justiniano estableció la rescisión del negocio en caso de lesión enorme (*laesio enormis*); la misma se constituía cuando el precio era inferior a la mitad del valor justo que poseía de la cosa.

Para la eficacia de la compraventa y la protección de validez del contrato, se habilitaron diversas acciones, ya sea el rol que se asuma dentro de la relación jurídica: la *actio empti*, que puede ejercerla el comprador contra el vendedor. Su propósito es lograr la posesión de la cosa vendida y la *actio venditi*, que puede ejercerla el vendedor contra el comprador. Su propósito es exigir el pago del precio de la cosa vendida y, eventualmente, el pago de interés u otros accesorios.⁶

Cabe aclarar que, por la compraventa no se transmite la propiedad sino la posesión y, por ello, la prestación del vendedor no sería, típicamente un *dare*, sino un *praestare*, en cambio, sí sería un *dare* la del comprador, que debe transferir el dinero del precio.

Como elementos naturales, es decir, implícitos en la compraventa, de modo excepcional, se consideró la evicción (garantía por los vicios jurídicos) y los vicios redhibitorios (garantía de los vicios materiales).

5. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, cit., p. 292.

6. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, cit., pp. 292-293.

Habiendo expuesto una breve síntesis de las nociones generales que sirven de marco teórico para la presente ponencia, se hace necesario abordar el tema seleccionado y realizar su cotejo, desde la visión histórica de su génesis e identificar cada atisbo, perviviente, en el sistema jurídico positivo de nuestro código unificado.

II. LOS VICIOS REDHIBITORIOS EN EL DERECHO ROMANO

En referencia al origen de la figura de la garantía por vicios ocultos, podemos decir que se consideran aquellos que disminuyen el valor de la cosa vendida y afectan u operan directamente en el precio, e implicaba, en principio, que el vendedor respondía ante el comprador por los vicios que él hubiera silenciado de manera dolosa, por ejemplo, si aseguró la existencia de ciertas cualidades esenciales que luego la cosa no tuvo se le consideraba directamente responsable. Pero ocurre que esto no bastaba, por cuanto la cosa vendida, por su naturaleza, puede adolecer de vicios tan ocultos, que el vendedor pudo no estar anoticiado de ello y por tanto no existir dolo. Para prevenirlos se utilizaba la garantía de la *stipulatio*, comprometiéndose el vendedor a responder por ellos.⁷

Asimismo, es importante destacar que la cuestión de los vicios ocultos va a ser objeto de especial tratamiento por parte de los ediles curules –quienes tenían bajo su cuidado todo lo atinente a la gestión de los mercados– quienes en su edicto, a propósito de los negocios que versaban sobre esclavos y animales de tiro y carga, van a establecer, como elemento implícito en la compraventa, la responsabilidad del comprador por los vicios ocultos denominados también redhibitorios.⁸

A su vez se otorgaban dos acciones, a elección del comprador: La *actio redhibitoria*, cuyo objetivo era la resolución del negocio, de tal modo que se devolviera el precio pagado contra la entrega del objeto comprado. Solo se podía ejercitar dentro de los seis meses siguientes al negocio.⁹ En el primitivo Derecho romano, se aplicaba a la venta de esclavos, en virtud

7. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, *cit.*, p. 294.

8. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, *cit.*, p. 294.

9. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, *cit.*, p. 294.

de la cual el comprador podía pedir la rescisión del contrato si el esclavo tenía defectos que habían permanecido ocultos frente al comprador al tiempo de la venta o la entrega. En el Derecho justiniano, la redhibición se muestra ya como resolución de la venta a solicitud del comprador, quien reclamaba el precio pagado contra la devolución de la cosa enajenada por el vendedor. Procedía tanto por vicio oculto como en virtud *del pactum displicentiae* (pacto de desagrado), o por compra sujeta a la aprobación por el adquirente que, con manifestar su plena disconformidad con la cosa vendida condicionalmente, recuperaba el precio.¹⁰ La *actio quanti minoris o aestimatoria*, cuyo objetivo era, dado que el comprador deseaba retener la cosa viciada, lograr una aminoración del precio pagado. Se podía ejercitar dentro del año.¹¹ Se aplicaba a la venta de animales, por la cual, en el mismo caso, el comprador podía pedir la reducción proporcional del precio.

Es dable destacar que Justiniano extendió las acciones nombradas precedentemente, la *actio redhibitoria* y la *actio quanti minoris*, a toda clase de compraventa.

Esta garantía por vicios ocultos, tuvo una similar evolución a la de la garantía por evicción, con lo cual se puede afirmar que pasó de ser un elemento accidental del contrato a ser un elemento natural. Para ello es importante afirmar que, en el Derecho romano, el comprador contaba con cuatro acciones: La *actio ex stipulatu*, para el caso en el cual se acordó algo al respecto mediante una *stipulatio*. La *actio empti*, para el caso en que el defecto había sido conocido por el vendedor. La *actio redhibitoria*, que era independiente del conocimiento del vicio que hubiese tenido el vendedor y cuyo objeto era lograr la resolución del contrato. Y la *actio quanti minoris*, cuyo objeto era lograr la reducción del precio.

Como prueba de ello, encontramos variadas citas en el *Corpus Iuris Civile* de Justiniano respecto de los vicios redhibitorios, siendo algunos ejemplos: *Digesto* 21,2,37 Ulpiano, Comentarios al edicto, libro XXXII. Es conveniente que por el vendedor se prometa al comprador el duplo, si no se convino otra cosa, pero no que se de fianza, si no se alegara que especialmente se convino esto, sino que se prometa.

10. CABANELLAS DE TORRES G. *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*, Buenos Aires, Heliasta, 2007, pp. 845.

11. DI PIETRO A., y LAPIEZA ELLI, A., *Manual...*, cit., pp. 294.

Digesto 21, 1, 45 (pr.) Gayo, Comentario al Edicto de los Ediles Curules, libro I. La acción redhibitoria tiene una doble condena, pues el vendedor es condenado unas veces en el duplo, y otras en el simple importe. Porque si no pagara ni el precio, ni la accesión, ni liberase al que por tal título se hubiere obligado, se manda que sea condenado en el duplo del precio y de la accesión, o liberase al que por tal título se obligó, parece que es condenado en el simple importe. *Digesto* 21,1,28 Gayo; Comentario al Edicto de los Ediles Curules, libro I, Si el vendedor no diera caución de las cosas que se contienen en el Edicto de los ediles, prometen contra él la acción redhibitoria dentro de dos meses, o la de cuanto importe al comprador, dentro de seis meses. Y *Digesto* 19,1,13 (pr.) Ulpiano, Comentarios al Edicto, libro XXXII, Establece Juliano diferencia en el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que a sabiendas, o con ignorancia, vendió alguna cosa, porque dice que el que vendió ganado enfermo o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra. Así, pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano.

Es preciso señalar que el tema de los vicios redhibitorios en la Ley de las *Siete Partidas*, se trata en la *Partida V*, Ley 27 y 28 y que por evolución histórica por todos conocida llega al Código Civil de Vélez tratado en los artículos 2164 a 2181 siendo retomado como vicios ocultos en el Código Civil y Comercial actual.

III. VICIOS REDHIBITORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Primeramente, cabe destacar que en el Código Civil velezano los vicios redhibitorios y defectos ocultos eran tratados como sinónimos,

mientras que bajo el nuevo Código Civil y Comercial el defecto oculto es el género y el vicio redhibitorio es la especie.

El defecto oculto para ser relevante: debe darse en primer lugar sobre la materialidad de la cosa (lo que lo diferencia de la evicción), debe existir antes o al momento de la enajenación y debe ser desconocido para el adquirente.

A su vez, los vicios redhibitorios como especie se caracterizan porque el defecto hace impropia la cosa para su destino por razones estructurales o funcionales, de tal modo que el adquirente de haberlos conocido no hubiere contratado o hubiere pagado un precio significativamente menor. Por lo tanto, no se ven comprendidos dentro la responsabilidad por vicios los defectos leves de estructura o de funcionamiento que no hacen a la esencia de la cosa, es decir, aquellos accesorios o secundarios que por su poca monta no disminuyen el bien en lo que es su sustancia.

No son vicios ocultos los defectos aparentes, ostensibles o manifiestos y que el adquirente pudo haber conocido por medio de un examen ordinario. En caso de ser requeridos conocimientos técnicos o científicos para la adquisición, se aplicarán los usos del lugar de la entrega, a fin de determinar qué puede considerarse vicio oculto y qué no.

En cuanto al tratamiento del tema que nos convoca en el Código Civil y Comercial de la Nación, es el artículo 1051 quien define a los vicios redhibitorios, y trata el contenido de la responsabilidad por los vicios ocultos, la cual se extiende como se dijera a:

a) los defectos no comprendidos en las exclusiones del artículo 1053, estos son defectos que no existían al momento de la adquisición y defectos que el adquirente conocía o debió conocer con la simple revisión del objeto, salvo reserva efectuada.

b) los vicios redhibitorios, defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad, a tal extremo de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.

Del análisis de esta normativa surge que, en el párrafo tercero, se parte identificando la responsabilidad por vicios ocultos en general, para luego, diferenciar cuáles generan responsabilidad y cuáles no, manifestando de los vicios redhibitorios, los que se definen siguiendo las

pautas del Código Civil velezano y ampliando el espectro de casos bajo la perspectiva de que habiéndolos conocido previamente, el adquirente no lo hubiere adquirido o su contraprestación hubiese sido menor.¹²

El artículo 1052 de la norma citada, considera que defecto es vicio redhibitorio:

- a) si lo estipulan las partes con referencia a ciertos defectos específicos, aunque el adquirente debiera haberlos conocido;
- b) si el enajenante garantiza la inexistencia de defectos, o cierta calidad de la cosa transmitida, aunque el adquirente debiera haber conocido el defecto o la falta de calidad;
- c) si el que interviene en la fabricación o en la comercialización de la cosa otorga garantías especiales. Sin embargo, excepto estipulación en contrario, el adquirente puede optar por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada. Esto se traduce en una ampliación convencional de la garantía.

La referencia a la ampliación del concepto, consideramos resulta más acorde que el sistema usado hasta 2015. El artículo indica en qué casos a un defecto puede considerárselo como vicio redhibitorio, son: el acuerdo concreto sobre ciertos defectos (aun para el caso de que pudieran ser conocidos por el adquirente), la garantía de inexistencia de defectos o calidad (aunque el adquirente pudiera conocerlos), y la garantía especial otorgada por el que interviene en la fabricación o en la comercialización (salvo que el adquirente opte por ejercer los derechos resultantes de la garantía conforme a los términos en que fue otorgada mientras no haya acuerdo en contrario).¹³

El artículo 1053 del Código Civil y Comercial de la Nación trata las exclusiones diciendo que la responsabilidad por defectos ocultos no comprende:

- a) Los defectos del bien que el adquirente conoció, o debió haber conocido mediante un examen adecuado a las circunstancias del caso al momento de la adquisición, excepto que haya hecho reserva

12. BUERES A. *Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Ed Hammurabi, José Luis Depalma Editor, p. 605.

13. BUERES A. *Código Civil y Comercial de la Nación...*, cit., p. 605.

expresa respecto de aquellos. Si reviste características especiales de complejidad, y la posibilidad de conocer el defecto requiere cierta preparación científica o técnica, para determinar esa posibilidad se aplican los usos del lugar de entrega.

b) Los defectos del bien que no existían al tiempo de la adquisición. La prueba de su existencia incumbe al adquirente, excepto si el transmitente actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión.

La responsabilidad que se desarrolló en este capítulo es objetiva, es decir, que existe con independencia de que el enajenante hubiese actuado o no de buena fe.

Por su parte, el artículo 1054 del CCCN versa sobre el ejercicio de la responsabilidad por defectos ocultos. El adquirente tiene la carga de denunciar expresamente la existencia del defecto oculto al garante dentro de los sesenta días de haberse manifestado. Si el defecto se manifiesta gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlo. El incumplimiento de esta carga extingue la responsabilidad por defectos ocultos, excepto que el enajenante haya conocido o debido conocer, la existencia de los defectos.

El legislador en este artículo 1054 toma la base de regulación del contrato particular del código civil, la adapta, moderniza y ubica en esta parte general de los contratos para que su alcance pueda unificarse. También la norma incorpora un supuesto novedoso, que es la manifestación gradual del defecto, en tal caso el plazo se inicia desde que el adquirente pudo advertirlo (se asemeja a la idea de descubrimiento, solo que se fijará en el momento que razonablemente debió haberlo descubierto). También resulta importante tener presente que, la falta de cumplimiento de la carga de denunciar produce la extinción de la responsabilidad (salvo cuando el enajenante conocía o debía conocer el defecto).¹⁴

El artículo 1055 refiere a la caducidad de la garantía por defectos ocultos manifestando que la responsabilidad por defectos ocultos caduca:

a) si la cosa es inmueble, cuando transcurren tres años desde que la recibió;

14. BUERES A. *Código Civil y Comercial de la Nación...*, cit., p. 606-607.

b) si la cosa es mueble, cuando transcurren seis meses desde que la recibió o puso en funcionamiento.

El artículo recoge estas cuestiones tratadas de forma aislada para ciertos contratos y con cambios, refleja una regla general de tiempo para que la manifestación del vicio oculto sea útil para disparar la responsabilidad del obligado. No debe confundirse con la prescripción, ya que el propio artículo ya lo indica al reenviar al libro pertinente. Entonces se fijan dos plazos de caducidad según la naturaleza de la cosa.¹⁵

El régimen de las acciones lo establece el artículo 1056 del CCCN en donde el acreedor de la garantía dispone del derecho a declarar la resolución del contrato:

- a) si se trata de un vicio redhibitorio;
- b) Si medió una ampliación convencional de la garantía.

El artículo 1057 del CCCN trata el defecto subsanable, manifestando que el adquirente no tiene derecho a resolver el contrato si el defecto es subsanable, el garante ofrece subsanarlo y él no la acepta, quedando a salvo la reparación de daños.

Por su parte, el artículo 1058 CCCN establece las consecuencias por la pérdida o deterioro de la cosa, estableciendo que si la cosa peca total o parcialmente a causa de sus defectos, el garante soporta su pérdida, quedando en claro que:

1) si la cosa se pierde como consecuencia del vicio, no se aplica el principio general de que la cosa peca para su dueño, pues es el vendedor quien debe soportar las pérdidas y por ende devolver el precio por imperio de la resolución del contrato;

2) si la causa de la pérdida del bien es un vicio preexistente o coetáneo a la contratación en virtud de la responsabilidad asumida, corresponde que sea el transmitente quien sufra la pérdida del bien.

La solución dispuesta en el artículo 1058 del CPCCN resulta lógica y concordante con el resto del ordenamiento jurídico. El fundamento de esta responsabilidad reposa sobre el equilibrio de las prestaciones que debe existir en los contratos onerosos.

15. BUERES A. *Código Civil y Comercial de la Nación...*, cit., p. 607.

En la redacción del nuevo artículo 1058, se vislumbra que se simplifica la cuestión en relación con el Código Civil, pues se fija la pauta de que, si la cosa parece total o parcialmente en relación causal con sus defectos, el garante soporta la pérdida según el caso.¹⁶

Es dable destacar que, antes de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, había tres regímenes sobre los vicios redhibitorios que se articulaban e integraban en conjunto, el del Código Civil, el del Código de Comercio y la Ley 24240 de Defensa del Consumidor. En la actualidad, la dicotomía civil y comercial quedó zanjada con la unificación del código, dejando en claro que la ley 24240 entrará a jugar según el caso concreto.

A modo de conclusión y del breve estudio realizado, podemos vislumbrar que, para los romanos, el Derecho no era simplemente un acto, tampoco podemos afirmar hoy que es una norma posterior nacida de aquella casuística, sino la gran preocupación sobre lo intrínseco, el buen obrar, la intención última, la *bona fides* dando sí, soluciones prácticas a los casos concretos en donde ella no estaba presente y en otros tantos casos en donde, fundamentalmente, fueron visionarios y comprendieron que el Derecho debe representar a *iustitia vera*.

En especial, podemos afirmar la pervivencia o transfiguración sistémica al Derecho vigente en el código unificado de 2015.

16. BUERES A. *Código Civil y Comercial de la Nación...*, cit., p. 608.

**ALGUNAS NOTAS SOBRE
LA FINANCIACIÓN DE LAS OPERACIONES
MARÍTIMAS EN LA EDAD MEDIA.
PARTICIPACIÓN DE CAPITALES
FEMENINOS EN LA FINANCIACIÓN
DE LOS NEGOCIOS FAMILIARES**

*Some notes on the financing
of maritime operations in the Middle Ages.
The participation of the women's capitals
in the financing of family businesses*

AMPARO MONTAÑANA CASANÍ

Universitat Jaume I

Resumen: la forma de financiación del comercio marítimo mediterráneo en la Baja Edad Media fue la comenda. La comenda hunde sus raíces en las prácticas financieras griegas y romanas que favorecieron el desarrollo del comercio en el Mare Nostrum. Los documentos notariales dejan testimonio de la participación de capitales femeninos en el comercio marítimo, especialmente cuando se trata de financiar a familiares.

Palabras clave: Comenda. Comercio. Financiación. Sociedades familiares. Mujeres.

Abstract: The usual way of financing of the maritime trade in the Mediterranean during the late Middle Age was the «comenda». The origin of the «comenda» is found in the Greek and Roman financial practices which enabled the development of the trade in the Mare Nostrum. The notarial records prove the participation of women's capitals in the maritime trade, especially in family businesses.

Keywords: Comenda. Trade. Financing. Family businesses. Women.

SUMARIO: I. Introducción: nuestro interés en el tema. II. La comenda mercantil como instrumento de financiación del comercio internacional. III. Las comendas medievales como instrumento de financiación de los negocios familiares. Especial atención a las comendas realizadas por mujeres: María Malla, viuda de Pere Malla, financia las operaciones comerciales de sus hijos. IV. Conclusiones: valoración desde una perspectiva de género de las inversiones realizadas por María Malla en los negocios familiares.

I. INTRODUCCIÓN: NUESTRO INTERÉS EN EL TEMA

En el estudio que en este volumen publicamos,¹ que tiene como hilo conductor «La reinterpretación del Derecho Romano en los textos del *ius commune*: fundamentos para la ciencia jurídica actual», hemos elegido como objeto de nuestro trabajo una institución, la comenda

1. *In memoriam* Prof. Dr. Enrique Gómez Royo.

mercantil, ampliamente estudiada por romanistas e historiadores del Derecho, por tratarse de un mecanismo de financiación histórico y fundamental en las operaciones de comercio internacional. En nuestro caso, centramos nuestra aportación a un ámbito muy concreto, la financiación de las operaciones de exportación e importación en el seno de las relaciones familiares, atendiendo a la participación de capital femenino.

Nuestro interés en el tema viene determinado por las dos líneas de investigación que caracterizan a nuestra pequeña área de Derecho romano. La primera, la recepción del Derecho romano en el *ius commune*, arranca en el tiempo con la creación de nuestra Universidad en el año 1991, en aquel momento los doctores Arcadi García Sanz y Enrique Gómez Royo, profesores de las áreas de Historia del Derecho y Derecho Romano respectivamente, se implicaron conjuntamente en el proyecto del estudio del fenómeno de la recepción en el Derecho foral valenciano. Fruto de ese empeño fue la consecución de una serie de proyectos de infraestructura para dotar de material bibliográfico a nuestra joven biblioteca² y de proyectos de investigación a partir de los cuales formar a los entonces jóvenes investigadores que nos incorporábamos como doctorandos a esta Universidad.³

La segunda línea de investigación, los «Estudios de Género», ha sido objeto de interés desde hace más de dos décadas por parte de las dos profesoras que, a día de hoy, forman el área de conocimiento de Derecho Romano. Sin duda, su condición de mujeres indujo su

2. Sobre el fondo de la biblioteca jurídica antigua de nuestra Universidad, ver GARCÍA EDO, V., *Aeternum ius romanum. Dos estudios de Derecho Romano y ius commune y una biblioteca jurídica del siglo XVI*, Castellón de La Plana, Universitat Jaume I, 2022.

3. La relevancia de la necesidad de abrir vías de investigación en materia de la recepción del Derecho romano en los distintos Derechos forales históricos o vigentes en España venía reconocida en el mismo RD 1424/1990 de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y la directrices generales propias de los planes de estudio conducentes a la obtención de aquel, en cuyo anexo describía el contenido de la asignatura Derecho Romano como: «El Derecho en Roma y su Recepción en Europa».

curiosidad a los temas de género, tan en auge en España desde los años noventa del pasado siglo.⁴

II. LA COMENDA MERCANTIL COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

La institución marco en el presente trabajo, la comenda mercantil, ha sido el instrumento de financiación del comercio internacional a lo largo de la Historia. La comenda es el hilo de Ariadna que nos permite

4. Refiero las publicaciones sobre estudios de género que corresponden a la autoría de las profesoras Amparo Montañana y Carmen Lázaro, pioneras en la Universidad española en tratar temas de género en sede de Derecho romano: MONTAÑANA CASANÍ, A., «La viuda y la sucesión en la Ley de las XII Tablas» en L. Rodríguez Ennes, (coord.), *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Tomo II*, Vigo, Universidad de Vigo, 1998, pp. 111- 115; «La veuve et la succession hereditaire dans le Droit Classique», *RIDA* XLVII, 2000, pp. 415-448; «La viuda y la sucesión en la República Romana» en C. Alfaro, M. Sánchez, y M. Alamar, (Aut.), *Seminario de Estudios sobre la mujer en la antigüedad*, Valencia, Universitat de Valencia-SEMA, 2002, pp. 154-176; «Donna e società. Spose e madri a Roma», *Studia Prawnoustrojowe*, 13, 2011, pp. 213-222; «Las hijas en la sucesión testamentaria. Presencia de las hijas en los testamentos», *RGDR*, 35, 2020, pp. 1-41; «El papel de las madres en la transmisión patrimonial. Estudios sobre los testamentos femeninos desde una perspectiva de género», *RIDROM*, 27, 2021, pp. 81-125. LÁZARO GUILLAMÓN, C., «Mujer, comercio y empresa en algunas fuentes jurídicas, literarias y epigráficas», *RIDA*, 50, 2002, pp. 155-193; «La situación jurídica de las hijas de familia en el sistema sucesorio romano hasta el siglo I. a. C.» en C. Alfaro, M. Sánchez, y M. Alamar, (aut.), *Seminarios de Estudios sobre la mujer en la antigüedad*, Valencia, Universitat de Valencia-SEMA, 2002, pp. 177-192; «Mujeres navieras en el Mediterráneo romano» en J. J. Ferrer Mestre, y P. Barceló, (dir.) *Europa: historia, imagen y mito*, Castellón, Universitat Jaume I, 2008, pp. 131-152; «Negocios crediticios entre mujeres en la Roma antigua: una posible aproximación histórica al concepto de microcréditos» en M. E. Jaime de Pablos, (ed.) *Identidades femeninas en un mundo plural*, Almería, Arcibel, 2009, pp. 409-414; *La condición jurídica de la mujer en los Furs de València*, Valencia, Universitat de Valencia, 2018; «Redescubriendo a las mujeres de la antigua Roma: Los derechos sucesorios de la mujer soltera en el Derecho Romano arcaico y preclásico», *RIDROM*, 23, 2019, pp. 228-272; «La monogamia como fundamento de las estructuras conyugales en los sistemas jurídicos occidentales: un aporte romanístico», *RIDROM*, 28, 2022, 275-394.

conocer las distintas formas en que a lo largo de la Historia económica-jurídica se ha asociado el capital con la actividad mercantil.⁵

La comenda mercantil hunde sus raíces en el origen de cualquier actividad comercial siendo, por tanto, en palabras de Rehme, una institución jurídicamente universal.⁶

5. El préstamo marítimo griego, la *pecunia traiecticia* romana y la comenda medieval responden por su origen a idénticas circunstancias de carácter económico; a saber, la acumulación de capitales en manos privadas producto de un momento de bonanza económica que retroalimenta el comercio tanto de productos básicos, necesarios por el consiguiente aumento de la demanda provocada por el aumento demográfico, como de productos de lujo. Esta actividad comercial, a su vez, exige de fuentes de financiación, produciéndose la simbiosis perfecta entre el capital que busca rentabilidad y aquel que demanda financiación para poner en marcha empresas que requieren de importantes inversiones.

La estructura de estos negocios responde a un mismo esquema: el capitalista, en calidad de prestamista, entrega su capital al comerciante, que, en calidad de prestatario, lo invierte bien en comprar mercancía en origen y transportarla y venderla en otra plaza; bien utilizarlo en la compra de mercancía en plaza distinta para venderla en origen o en realizar una operación redonda de exportación-importación de mercaderías. Los beneficios obtenidos se dividen en la proporción establecida por la ley o convenida por las partes. En definitiva, se trata de operaciones de importación/exportación de carácter internacional en las que se asume un gran riesgo, pero que pueden llegar a reportar grandes beneficios.

La esencia de la institución consistía en que el dinero o bien la mercancía adquirida con él, debía ser transportada (por mar/ o por tierra) a riesgo del prestamista, y solamente en caso de que tales cosas llegasen felizmente a destino, el acreedor recobraba el capital con los intereses pactados. El riesgo lo asume el prestamista a cambio de obtener una enorme rentabilidad de su inversión. En este sentido: SAYOUS, A. E., «Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII siècle, d'après des documents inédits des archives de sa cathédrale», *Estudis Universitaris Catalans*, 1931, 16 (1), pp. 155-198; CAMPANI, G., «Prestito a cambio marítimo», *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, 10, 1939, pp. 749-759, en concreto p. 749; BRUNETTI, A., *Derecho Marítimo Privado (Parte histórica- De los buques)*, t. I, Trad. y anotado por Gay de Montellá, Barcelona, Bosch, 1950, pp. 111 y ss.; GARCÍA SANZ, A., «Estudios sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo», *AHDE*, 39, 1969, pp. 213-316, en concreto pp. 213-217. CASTRESANA, A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 19-21 y 51-56. La autora valora las circunstancias político-económicas que en Grecia y Roma dieron lugar al auge del comercio, dando origen a este tipo de contratos de financiación; GARCIA I SANZ, A., y MADURELL I MARIMÓN, J. M.³, *Societats mercantils medievals a Barcelona*, vol. I, Barcelona, Fundació Noguera, 1986, p. 40.

6. REHME, P., «Historia Universal del Derecho Mercantil», Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1941, p. 75. El autor, al plantearse la existencia de un Derecho mer-

La *comenda* comercial medieval constituye la más típica manifestación del capitalismo mercantil de la Edad Media. Este incipiente capitalismo se caracteriza, frente a la aparición del gran capitalismo que emplea grandes masas de capital en el comercio y la industria, por el fraccionamiento de capitales en pequeñas porciones que se invierten en empresas distintas, ocasionales y constantemente renovadas por su inversión en un corto plazo.

La mejor manera de acercarnos al concepto de la *comenda* mercantil medieval es a través de los propios documentos notariales que

cantil anterior a la Edad Media, entendiendo este como un Derecho con criterios específicos distinto al Derecho privado, deja entrever un continuo de instituciones relacionadas con el desarrollo de las economías monetarias y el comercio, especialmente el comercio marítimo, como son las actividades bancarias y el contrato de comenda. Así, encuentra en algunos párrafos del Código de Hammurabi referencia a la entrega de dinero para la consecución de un beneficio; entrega de mercancías para obtener un beneficio; los que regulan ambos casos y un precepto especial sobre dación en préstamo. En Grecia, algunas instituciones de Derecho mercantil se desarrollaron a partir del siglo VII a. C. con la aparición de la economía monetaria y del siglo VI a. C. con su expansión colonizadora por el Mediterráneo (desde las riberas del Mar Negro hasta Sicilia y Libia), así encontramos la comenda, los contratos bancarios y el préstamo marítimo, todos instrumentos de especulación que alcanzaron gran desarrollo a partir del siglo III a. C. con el desarrollo en Grecia del comercio marítimo y su supremacía en el Mediterráneo. El mismo proceso se sigue en Roma, a partir del siglo IV a. C. con el desarrollo de la economía monetaria y, sobre todo, durante el Imperio, en el que Roma impone su dominio militar, político y económico en el Mediterráneo, lo que supuso la aparición de grandes capitalistas que tenían interés en inversiones enormemente lucrativas, como eran las actividades bancarias y el comercio marítimo; entre ellas y, aunque no aparezcan expresamente mencionadas en las fuentes jurídicas, podemos encontrarlas de forma encubierta, están la comenda mercantil y la comenda bancaria. Sobre el desarrollo de estas instituciones en la historia del Derecho mercantil ver: GOLDSCHMIDT, L., *Storia Universale del Diritto Commerciale*, trad. V. Pouchain, y A. Scialoja, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913, p. 25-29; 47-48 y 51-58; REHME, P., *Historia Universal del Derecho Mercantil...*, cit., p. 45-62.

En palabras de MADURELL MARIMÓN, J. M., y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas de la Baja Edad Media*, Barcelona, Colegio Notarial de Barcelona, 1973, pp. 62-73, la comenda como método comercial tendría su origen, junto a la *societas*, en un acervo común de métodos comerciales del Mediterráneo oriental procedentes de la antigua tradición sumero-acádica y mesopotámica propagada a todo el cercano oriente hasta Judea y Fenicia, del que lo tomaron los comerciantes italianos, catalanes e incluso de países musulmanes y que adaptaron a su mentalidad y a su ordenamiento jurídico.

recogen las comendas y que responden a la fórmula por la que el comendatario reconoce haber recibido una cantidad de dinero o mercancías del comendante para realizar con ellas una determinada actividad comercial.⁷

7. Los documentos notariales responden todos a un mismo patrón, incluyéndose en todos ellos idénticas fórmulas, a fin de incorporar al contrato los pactos y condiciones. Siguiendo a MARTÍNEZ GIJÓN, J., «La comenda en el Derecho español II – La comenda mercantil», *AHDE*, 36, 1966, pp. 379-456, podemos definir las siguientes características en los contratos de comenda: 1. El medio para obtener el lucro va a consistir en la realización de una determinada operación comercial que ha de ser llevada a cabo por el comendatario. Esta operación mercantil puede estar prevista en el contrato o en otros casos se concede al comendatario la facultad de elegir el medio más idóneo. 2. En los documentos de comenda mercantil se contiene una cláusula sobre la división de los beneficios. Aquí las proporciones de reparto son muy variadas, dependiendo si la comenda es unilateral (solo el comendante aporta capital), bilateral (comendante y comendatario aportan capital), o si el comendatario se desplaza o no. En esta materia no hay reglas fijas, en ocasiones el comendatario pese a ser una comenda unilateral, o pese a haber aportado solo trabajo percibe una proporción mayor que el comendante. Podemos pensar que además de repartir las ganancias con respecto al capital aportado, entrarían en juego otros criterios como el mayor o menor riesgo del viaje; a más riesgo en el viaje, más riesgo soporta el socio capitalista en justicia mayores deben ser los beneficios obtenidos y al revés. Igualmente, en el reparto se atenderá a criterios como la mayor pericia del comendatario, el conocimiento mejor de la ruta o el hecho que éste tuviera ya el negocio organizado y lo que hace el comendante es sumarse con su capital. Esto justificaría un reparto de ganancias más favorable al comendatario. 3. La comenda mercantil presupone las más de las veces un viaje marítimo, aunque también la actividad comercial puede realizarse por tráfico terrestre, que debe ser emprendido y efectuado por el comendatario. Los documentos precisan con mayor o menor detalle las condiciones de acuerdo con las cuales el viaje ha de realizarse. En los documentos se arbitran medidas sobre los riesgos provenientes de los peligros del viaje por mar o por tierra. 4. En los documentos aparecen perfectamente descrita la aportación del comendante, ya sea en dinero o en mercancías, lo que facilita el control del negocio y de los resultados económicos. 5. El comendatario se compromete a la operación comercial prevista para obtener el lucro. La actividad consiste en viajar con las mercancías, venderlas y emplear nuevamente el dinero en otras diferentes. En algunos casos, estas operaciones se presentan de forma más compleja, pudiendo invertir el dinero para comprar en puertos intermedios y vender la mercancía comprada en el puerto de destino o a la inversa, comprar con el dinero obtenido con la venta de las mercancías en el puerto de destino otras mercancías que son vendidas en los puertos intermedios durante el viaje de vuelta. 6. Es frecuente que se determine la nave en la que han de viajar las mercancías que el comendatario debe adquirir, también la ciudad dónde se ha de vender la mercancía o la necesidad del consentimiento del comendante para negociar en plazas

En el presente trabajo hemos tomado como *corpus* una serie de documentos notariales bajomedievales del Archivo de la Catedral de Barcelona (ACB), estos documentos forman parte de una colección de contratos de comenda mercantil recopilados por Madurell Marimón y García Sanz.⁸

distintas a las establecidas; en otras ocasiones, se deja al arbitrio del comendatario. En cualquier caso, se trataba de controlar la actuación del comendatario para reducir en lo posible los riesgos a que se exponía el capital. El mayor o menor control dependerá del grado de confianza que se tenga en el comendatario, eran contratos basados en la buena fe y en la *affectio societatis*. 7. En cuanto a la asunción de los riesgos por las partes, encontramos que en la comenda marítima unilateral los riesgos recaen sobre el capitulista. Los riesgos que debe soportar el comendante en estos casos comprenden el viaje de ida y vuelta; también los que pudieran sobrevenir fuera del viaje. Es de suponer que el incumplimiento por el comendatario de alguna de las condiciones establecidas en el contrato liberaría al comendante de los riesgos. Por ejemplo, la alteración de la ruta del viaje o de las fechas, cuando esto se ha establecido en el documento. El robo, la piratería, el naufragio, la avería, el echazón son riesgos que soportará el comendante. En las comendas bilaterales, tanto marítimas como terrestres, las pérdidas se dividen en la misma proporción que las ganancias. 8. El comendatario debe rendir cuentas *fideliter* de los resultados de la gestión comercial. Si la comenda marítima es para un viaje más o menos concreto, rendirá cuentas al finalizar el mismo. Si la comenda va a consistir en desarrollar una actividad comercial más o menos amplia, la liquidación se hará según el término previsto en el contrato. El incumplimiento de la obligación de rendir cuentas determina que entren en juego las garantías estipuladas en favor del comendante.

8. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A. *Comandas comerciales barcelonesas...*, *cit.*, Los documentos que contiene el *corpus* del que partimos en esta investigación constituyen la totalidad de los que sobre la materia se han encontrado en ACB (Archivo de la Catedral de Barcelona); mientras que los autores se han visto obligados, dado su elevado número, a hacer una selección de los documentos del AHPB (Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona). El criterio seguido para hacer la selección ha sido el de su representatividad, tanto en lo que respecta a las rutas y productos del comercio bajomedieval de la ciudad de Barcelona, como a la naturaleza de los documentos y tipología de los contratos. La colección por tanto contiene una serie documental representativa del comercio barcelonés bajomedieval y como tal puede darnos luz sobre la intervención de las mujeres en este tipo de negocio que constituye la base del comercio internacional de la época. Los autores del *corpus* recopilan, transcriben, sistematizan y comentan comendas comerciales de los siglos XIII al XV en lo que viene a constituir la colección de comendas más importante publicada hasta el momento, completando los documentos aportados hasta esa fecha por autores como Sayous, Martínez Gijón y el mismo García Sanz.

III. LAS COMENDAS MEDIEVALES COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACIÓN DE LOS NEGOCIOS FAMILIARES. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS COMENDAS REALIZADAS POR MUJERES: MARÍA MALLA, VIUDA DE PERE MALLA, FINANCIA LAS OPERACIONES COMERCIALES DE SUS HIJOS

Entre las comendas contenidas en el corpus, hay una serie que nos ha llamado la atención, se trata de comendas en las que la financiación del negocio se obtiene en el seno de la misma familia y a partir del patrimonio de sus mujeres.

Los documentos seleccionados para este trabajo y que conforman nuestra muestra son seis comendas realizadas por María, viuda de Pere Malla,⁹ a sus hijos, entre los años 1280 y 1289, en el marco de lo que podríamos calificar de empresa familiar.¹⁰

Otras colecciones de comendas: SAYOUS, A. E., «Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII siècle...», *cit.*, pp. 155-198; GARCÍA SANZ, A., «Contractes comercials vigatans de principis del segle XIII», *AUSA. Publicació del Patronat d'Estudis Osonencs*, XLIII, 1963, pp. 321-329; MARTÍNEZ GIJÓN, J., «La comenda en el Derecho español II. La comenda mercantil» *AHDE* 36, 1966, pp. 379-456. Este último (p. 381) repasa el estado de la documentación sobre la materia publicada hasta ese momento: CARRERAS CANDI, F., «Notes dotzentistes d'Ausona», *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona*, 5, 1909-1910; MIRET SANS, J., «La esclavitud en Cataluña en los últimos tiempos de la Edad Media» *Revue Historique*, XLI, 99, 1919, pp. 1-109; VERLINDEN, CH. «La place de la Catalogne dans l'histoire commerciale du monde méditerranéen», *Revue des Cours et Conférences*, 1937-1938; *L'esclavage dans l'Europe Médiévale. Péninsule Ibérique-France*, Bruges, 1955.

9. Encontramos a María, viuda de Pere Malla financiando operaciones mercantiles de terceros ajenos a la familia. Ver en este sentido los documentos n.º 42,43,57, de la serie citada de MADURELL MARIMÓN, J. M.^a-GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, *cit.*, pp. 184, 185 y 197. Las tres comendas realizadas por María en favor de terceros son muy variadas; primero, en cuanto a sus aportaciones en dinero, que van desde las 12 libras y media a las 31 doblas de oro; pasando por la aportación en mercancías. Los destinos son igualmente variados, pues van desde el norte de África (Berbería), a Alejandría, pasando por Mallorca. Esto nos hace pensar que la comendante solía dedicarse a este tipo de operaciones de forma habitual, podemos decir, profesional, siendo para ella un medio de vida, rentabilizando de esta forma su capital.

10. Encontramos referencias a la familia Malla en documentos notariales de la época. El padre, Pere de Malla, conocido comerciante de pieles; su viuda, María, protagonista de nuestros documentos, junto con sus hijos Pere, Jaume y Simón. Nuestra protagonista, de soltera María Desmes, hija de un calafate, contrajo matrimonio con

La estructura de los negocios que encontramos en los documentos analizados responde a una forma de negociar muy frecuente en Barcelona, como es la formación de sociedades familiares¹¹ integradas por un miembro capitalista y otro gestor o varios gestores. El capitalista que no podía convertirse en gestor de su propia fortuna entregaba el dinero a otro miembro de la familia para que negociara con él, obteniendo un beneficio.

El análisis detallado de cada uno de los documentos¹² nos permitirá concluir cómo funcionaban estos negocios familiares, cuál era el objeto de estas sociedades familiares, si realmente podían considerarse

Pere Malla, originario de Vic, del que sabemos que hacia 1250 ya había conseguido un capital con el comercio de pieles. Hacia 1258, ya casado, abandonó los viajes y se dedicó a invertir dinero en su taller de la calle del Mar en Barcelona y también en comendas. María colaboró en los negocios de su marido y, al morir este, dejándola viuda con cinco hijos, resultó designada en su testamento (año 1277) para la continuidad de sus negocios, pese a tener un hijo mayor de edad. En el testamento le permite manejar el capital de sus hijos mayores a los que había nombrado herederos, y le aconseja continuar las inversiones en comendas con los mercaderes con los cuales él había tratado. Por la documentación manejada tenemos la impresión de que era María la que llevaba las riendas del negocio familiar. En este sentido ver BATLLE, C., y VARELA, E., «Las relaciones comerciales de Barcelona con el norte de África (siglo XIII)», *Historia Medieval. Anales de la Universidad de Alicante*, n.º 7, 1987, pp. 23-52, en concreto pp. 26 y 28; BATLLE, C., «Noticias sobre la mujer catalana en el mundo de los negocios (siglo XIII)» en A. Muñoz Fernández, y C. Segura Graiño (eds.), *El trabajo de las mujeres en la Edad Media Hispana*, Madrid, Asociación cultural Al-Mudayna, 1988, pp. 201-221, en concreto pp. 210-211; POLONIO LUQUE, G., «Exportación e importación en y desde el Mediterráneo en la Baja Edad Media. Mercaderes, mercancías y rutas comerciales (1349-1450)», Tesis doctoral dirigida por Dr. Josep Hernando y Delgado. Fecha de defensa 18-4-2012, en TDR (www.tdx.cat) p. 305.

11. SAYOUS, A. E., «Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII...», *cit.*, pp. 166-167. El autor señala que estos contratos no pueden calificarse de «compañías» o sociedades en el sentido de uniones para realizar una determinada actividad por un tiempo determinado; los riesgos de estos viajes eran demasiado grandes y se prefería hacer las inversiones para viajes concretos y operaciones determinadas y esto era así incluso entre los miembros de una misma familia.

12. A fin de señalar cada uno de los aspectos relevantes que según nuestra apreciación permite hacer una valoración del contenido del documento, hemos procedido a indicar con letras entre paréntesis dentro del documento cada uno de los aspectos que se estudian, indicándose tal referencia en el análisis que del documento hacemos a continuación. Por tanto, estas indicaciones no forman parte de la transcripción que de los documentos hicieron Madurell Marimón y García Sanz.

como tales, cómo se gestionaban o financiaban y en qué consistían las relaciones económico-jurídicas que los familiares mantenían entre sí.

El primer documento de esta serie¹³ proveniente del ACB, otorgado en el año 1280, recoge la aceptación por parte de Felip de Bosc y de Pere Malla de la comenda realizada por María, viuda de Pere Malla.

Felip de Bosc y Pere de Malla, hijo de María, viuda de Pere de Malla, reciben de esta, artículos de peletería para llevar al Imperio Bizantino y traer de allí cera.

Sit omnibus notum, quod nos Philipus de Boscho, junior, et Petrus De Medalia confitemur et recognoscimus tibi Marie, uxoris quondam Petri de Medalia, matri mei dicti Petri de Medalia (a), et tuis, nos in tua comanda recepisse, in presenti viatico quod facimus ad partes Romanie (b) in navi Guillelmi de Sala et sociorum vel in quocuemque loco dicta navis portum faciat causa mercandi (c), viginti quinque libras monete Barchinone perpetue de terno (d), implicatas in novem garnatxas luporum, et tribus cohopertoriis luporum, et in tribus peciis rebellinarum (sic), et in quinque cohopertoriis rebellinarum (sic), et in una pena de vulpibus, et in uno mantello de presseto rubeo (e). Unde nos, renunciantes excepcioni rerum non receptorum, promittimus dictas res illuc vendere bene et legaliter, prout m(elius) poterimus bona fide, et precium implicare in cera. Et ipsa implicamenta, lucrum et capitale, sicut Deus (ea) salvaverit, convenimus in tuum tuorumque posse reducere, facto dicto viatico. De lucro vero quod Deus in hac comanda dederit, deducto prius tuo capital, habeamus nos quartam partem et tu tres partes cum (tuo capitali) (f). Set hec comanda maneat ubique ad voluntatem Dei et tui redegum et fortunam (g). Et pro his (omnibus complendis et fir)miter attendendis, obligamus tibi et tuis uterque nostrum in solidum nos (et omnia bona nostra mobilia et immobilia, habita et habenda, renunciantes super hiis nove constitucioni (et beneficio dividen de accionis ac omni alii juri, rationi et consuetudini contra hec repugnan(tibus) (h).

(Actum est hoc+-3)mbri anno Domini. MCC. LXXX.

Signum Philipi de Boscho. Signum (Petri de Medalia, predictorum, qui hec) laudamus et firmamus.

Testes huius rei sunt Guillelmus de Sala (mutilado).

13. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 186 (n.º 44 de la serie).

(*Signum Berengarii Lupeti*) notari publici Barchinone, qui hec scribi fecit et clausit cum litteris (+-.4) III.^a die et anno quo supra.

ACB. *Diversorum C(d)*, caja 22, doc.2760. Perdida la parte inferior izquierda del pergamino.

El documento responde al esquema típico de estos contratos. Detengámonos en los aspectos más reseñables:

(a) De los dos comendatarios, uno de ellos, Philipus de Boscho, es menor de edad. La participación de comendatarios menores de edad es común en las comendas de viaje dónde los comendatarios solían ser más de uno, normalmente dos, en estos casos uno de ellos solía ser menor de edad; con esto se perseguía proporcionar a estos jóvenes la posibilidad de viajar y formarse junto a mercaderes más experimentados. Los miembros más jóvenes de la familia llevaban a cabo su aprendizaje en el campo de los negocios como factores de sus padres o de sus parientes de más edad.¹⁴

El otro, Petrus de Medalia, resulta ser hijo de la comendante y de su marido del mismo nombre, que sabemos por otro documento¹⁵ que se dedicaba al comercio de pieles.

Encontramos que hay una sucesión en el negocio familiar, la viuda sigue invirtiendo su dinero en el comercio de importación y exportación; y el hijo sigue en el negocio del comercio de pieles, como su padre.

(b) El destino del viaje es *Romania* o en cada lugar en que la nave haga puerto a fin de comerciar.

Romania es una de las tres rutas de comercio del Mediterráneo oriental, que comprendía la ruta del Imperio bizantino y que abarcaba tanto las tierras sometidas a la soberanía del Imperio con su capital

14. BATLLÉ, C.- VARELA, E., «Las relaciones Comerciales de Barcelona...», *cit.*, p. 24; POLONIO LUQUE G., «Exportación e importación en y desde el Mediterráneo en la Baja Edad Media...», *cit.*, p. 308.

15. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, *cit.*, p. 185 (n.º 43 de la serie). El documento proveniente del ACB, del año 1280, otorgado de forma unilateral por el comendatario, recoge la aceptación por parte de Pere Ferrer de Bosc, que actúa como comendatario de la comenda realizada por María, viuda de Pere Malla, que sería la comendante y de la que se especifica: *Marie, uxori quondam Petri de Medallia, pellipari*.

Constantinopla a la cabeza, como otras no sometidas propiamente a los Emperadores de Oriente. Esta zona del Mediterráneo era una zona estratégica comercial, desde Asia oriental llegaba la famosa ruta de la seda, que tuvo aún mayor importancia a partir de los años cuarenta del siglo XIII, gracias a la expansión mongólica que unificó los territorios entre el océano Pacífico y Europa oriental. La ruta acababa en las orillas del mar Negro y de Constantinopla.¹⁶

(c) El documento informa también de la nave en la que va a hacerse el viaje, *in navi Guillelmi de Sala et sociorum vel in quocuemque loco dicta navis portum faciat causa mercandi* y de la posibilidad de cambiar el curso del viaje.

(d) La cuantía invertida por María es de 25 libras, una cuantía menor, acorde quizá con la condición de viuda de la comendante, pero también acorde con las cuantías que se invertían en esta ruta comercial, en contraposición con las otras rutas del Mediterráneo oriental, Egipto y Palestina, cuyas comendas oscilaban entre los 140 y 380 libras.¹⁷

Las rutas principales del comercio catalán con el Mediterráneo oriental eran Egipto y Palestina, dedicadas a la importación de especias. La ruta de nuestra comenda, *Romania*, tenía una importancia menor, y se dedicaba a llevar de ida tejidos, peletería y armas y a la importación de cera.¹⁸

Considerando ambos aspectos, podríamos afirmar que, o bien nos encontramos ante una comenda *esparç*¹⁹ o podría tratarse igualmente de una comenda depósito con el propósito de rentabilizar unos ahorros. Nuestra comendante aparece en varios documentos haciendo comendas a sus hijos, pero también la encontramos en otros documentos haciendo comendas a terceros ajenos a la familia; además, resulta ser la viuda de

16. COULON, D., «El desarrollo del comercio catalán en el Mediterráneo oriental durante el reinado de Jaume I» en M. T. Ferrer Mallo, (coord.) *Commemoració del VIII centenari del naixement de Jaume I, vol. 2*, Castellón, Universitat Jaume I, 2013, pp. 655-676, en concreto pp. 656-657.

17. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, *cit.*, p. 24.

18. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, *cit.*, p. 24.

19. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, *cit.*, p. 94.

un conocido mercader, cuyos hijos parecen continuar el negocio del padre, todas estas circunstancias nos llevan a pensar que María seguía vinculada al negocio familiar de exportación e importación, invirtiendo en él su propio capital, inversiones que amplía a operaciones de tráfico mercantil ajenas a la familia.

(e) En cuanto a las mercancías exportadas en la comenda, son pieles, mercancía típica objeto de exportación por esa ruta y que, además, corresponde al comercio al que se dedica la familia Malla. Con el dinero obtenido con la venta se importará cera, mercancía de origen ruso comúnmente, como hemos visto, importada por esta ruta.

(f) El documento indica que el reparto de beneficios es de $\frac{3}{4}$ para la comendante y $\frac{1}{4}$ para los comendatarios. Siguiendo en esto el porcentaje habitual.

(g) El documento contiene la cláusula de estilo sobre la asunción del riesgo *Set hec comanda maneat ubique ad voluntatem Dei et tui redegum et fortunam*.

(h) El documento contiene al final la promesa de responsabilidad solidaria y la exclusión del beneficio de división de acciones y de cualquier otro derecho contra la costumbre.

En estos documentos es frecuente incluir como cláusula de estilo la renuncia expresa al beneficio de división y de excusión. La práctica común de renunciar a estos beneficios planteó la cuestión doctrinal a efectos de recepción del Derecho romano sobre si realmente estos beneficios fueron recibidos en el Derecho catalán. GARCÍA SANZ²⁰ afirma que estos beneficios fueron doctrinalmente recibidos pero excusados sistemáticamente en la práctica, luego no utilizados.

El segundo documento²¹ también proveniente del ACB, otorgado en el año 1281, recoge la aceptación por parte de Felip de Bosc y de Pere Malla de la comenda realizada por María, viuda de Pere Malla.

Felip de Bosc y Pere de Malla, reciben de María madre de éste, tejidos, para llevar al Imperio Bizantino y traer de allí cera y almáciga.

20. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 12-14 y 89-90.

21. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., pp. 189-190 (número 48 de la serie).

Sit omnibus notum, quod nos Petrus de Medalia, filius quondam Petri de Medalia, pellepari, et Philipus de Boscho, junior, confitemur et recognoscimus tibi Marie, matri mei dicti Petri, et tuis, nos in tua comanda recepisse, in presenti viatico quod facimus ad partes Romanie (a) in navi Boni Anni Laurini et sociorum, in quocumque loco dicta navis portum faciat causa mercandi (b), Septuaginta quinque libras monete Barchinone perpetue de terno, implicatas in decem et octo pannis de Xalono et in tribus barreganis simul cum peccunia aliorum a quibus portamus comandas in dicto viatico. Qui omnes dicti panni constant missi in navi ducentas nonaginta unam libras et octo solidos et unum denarium dicte monete(c). Unde nos, renunciantes excepcioni predictorum pannorum non receptorum et predictae comande non recepte, promittimus dictos pannos illuc vendere bona fide et partem tuam precii quod inde habebitur fideliter implicare, scilicet duas partes in cera et terciam partem in masticho. (d) Et ipsa implicamenta, lucrum et capitale, sicut Deus ea salvaverit, convenimus in tuum tuorumque posse reducere in prima navi venienti ad partes Catalonie. De lucro vero quod Deus in hac comanda dederit, deducto prius tuo capital, habeamus nos quartam partem et tu tres partes cum tuo capital. Set hec comanda maneat ubique ad tuum redegum et fortunam. Et pri his omnibus complendis, obligamus tibi et tuis uterque nostrum in solidum nos et omnia bona nostra mobilia et immobilia. Renunciantes super hiis nove constitutioni et beneficio dividente accionis ac omni alii juri, racioni et consuetudini contra hec repugnantibus (e).

Actum est hoc Kalendas septembris anno Domini. M^oCC. octuagesimo primo.

Signum Petri de Medalia. Signum Philippi de Boscho predictorum, qui hec laudamus et firmamus.

Testes huius rei sunt Berengarius Payaressi et Petrus Lupeti.

Signum Berengarii Lupeti, notarii publici Barchinone, qui hec scribi fecit et clausit, cum litteris apposis in linea. XI.^a ubi dicitur «septembris anno Domini. M^oC^oC^o», die et anno quo supra.

ACB. Diversorum C(d), caja 23, doc. 2948.

(a) El documento, del año siguiente al documento anterior, recoge una comenda entre los mismos sujetos y con el mismo el destino. De nuevo en esta operación, María, viuda de Pere Malla, financia o participa en un negocio de su hijo.

(b) En el documento se hace mención al barco en el que viajarán las mercancías, barco de *Boni Anni Laurini et sociorum* y contiene igualmente la cláusula que habilita a poder cambiar la ruta del viaje.

(c) La cuantía entregada por la comendante son 75 libras, que junto con las comendas aportadas por otros suman 291 libras, 8 sueldos y 1 denario que se invierten en paños. Llama la atención, que contrariamente al escaso monto de las comendas del documento anterior, aquí la comenda conjunta alcanza un monto de 291 libras, resultando especialmente cuantiosa de acuerdo con las cantidades que se invertían normalmente en las comendas con destino a *Romania*. Nos llama también la atención que la cuantía aportada por María representa casi el 26% de la totalidad de las aportaciones.

El tipo de comenda podría identificarse con la modalidad *simul cum meis mercibus*, aunque en este caso la aportación de la comendante se negocia conjuntamente con *simul cum pecunia aliorum a quibus portamus comandas in dicto viatico*.²²

En cualquier caso, por la cuantía invertida y el modo de organizar la inversión podemos decir que María participa activamente del negocio, su inversión es algo más que un depósito, al que sacar rentabilidad. María continúa la actividad comercial de su marido junto con sus hijos, financiando de forma relevante sus operaciones.

(d) Los comendatarios se comprometen a vender los paños y de las ganancias que correspondieran a María, invertir 2/3 partes en cera y 1/3 en almáciga, que serán trasportadas a Cataluña en el primer barco con ese destino.

(e) Por lo demás, el documento contiene las mismas cláusulas de renuncia a excepciones y beneficios que se repiten como cláusula de estilo en este tipo de documentos.

El tercer documento²³ proveniente igualmente del ACB, otorgado en el año 1286, recoge la aceptación por parte de Jaume de Malla de la comenda realizada por su madre María, viuda de Pere Malla.

22. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., pp. 94-95.

23. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 191 (n.º 50 de la serie).

Jaume de Malla, hijo de María, recibe de esta de 7 libras invertidas en tejidos, para llevarlos a Valencia.

Sit omnibus notum, quod ego Jacobus de Medalia, filius quondam Petri de Medalia, confiteor et recognosco vobis domine Marie, matri mee (a), quod recepi et porto de vobis in comanda, in presenti viatico quod Facio apud Valenciam (b), septem libras monete Barchinone de terno, implicatas in fustaneis et aliis rebus. Unde, renunciando excepcioni comande non recepte ac doli, promitto dictas res vendere bene et legaliter, prout melius potero, et precium implicare, sicut melius videam et cognoscam, in utilibus implicamentis et ipsa implicamenta (c). De lucro vero quod Deus in hac comanda dederit, deducto prius vestro capital, habeam ego quartam partem et vos tres partes cum vestro capital (d). Set hec comanda maneat ubique ad vestrum redegum et fortunam. Et pro hiis omnibus complendis, obligo vobis et vestris me et omnia bona mea mobilia et immobilia, habita et habenda (e).

Actum est hoc idus augusti anno Domini. M.^oC^oCLXXX.^o sexto.

Signum Jacobi de Medalia predicti, qui hec laudo et firmo.

Testes huius rei sunt Petrus de Oliveria et Guillelmus Amati.

Signum Berengarii Lupeti, notarii publici Barchinone, qui hec scribi fecit et clausit die et anno quo supra.

ACD Diversorum C(d), caja 12, doc.989.

(a) En este caso, es Jaime de Malla, otro de los hijos de María, viuda de Malla, quien recibe comenda de esta. La comenda se realiza cinco años más tarde que la realizada en el documento anterior a otro de sus hijos.²⁴

(b) El destino del viaje es Valencia. Ciudad que formaba parte del comercio hacia el norte de África.²⁵

(c) La cuantía de la comenda es ínfima, sólo 7 libras, para invertir en tejidos de algodón y otras mercancías. El comendatario se compromete a venderlas lo mejor posible y a invertir el dinero obtenido en cosas útiles de la mejor forma que sepa y conozca. No se especifica por tanto la mercancía de vuelta.

24. Localizamos comendas de María, viuda de Pere Malla, a terceros ajenos a la familia en los años 1278, 1280 y 1292.

25. BATLLÉ, C., y VARELA, E., «Las relaciones comerciales de Barcelona...», *cit.*, p. 39.

Por la redacción del documento puede inferirse que el tipo de comenda puede responder a la aportación en comenda a un negocio ajeno, aunque en ningún momento se hace referencia al término *in meo communi*.²⁶ También cabe valorar que por la escasa cuantía se trate de un simple depósito comercial al efecto de rentabilizar pequeñas inversiones.

(d) El reparto de beneficios es el habitual: $\frac{1}{4}$ comendatario y $\frac{3}{4}$ comendante.

(e) El documento recoge además las cláusulas de estilo habituales sobre renuncia de excepciones, responsabilidad del comendatario y asunción del riesgo por el comendante.

El cuarto documento²⁷ proveniente del ACB, otorgado en el mismo año que el anterior, 1286, recoge la aceptación por parte de Simón de Malla de la comenda realizada por su madre María, viuda de Pere Malla.

Simón de Malla, hijo de María, reconoce a esta una comanda anterior de 25 libras, a las que se añaden otras dos libras, para un viaje al Imperio Bizantino.

Sit omnibus notum, quod ego Simon de Medalia, filius quondam Petri de Madalia, confiteor et recognosco vobis domine Marie, matri mee (a), quod comandam viginti et quinque libris monete Barchinone de terno (b), quam de vobis recepi et portavi in viatico Romanie (c) in navi Guillelmi de Sala et sociorum (d), sicut in instrumento ipsius comande plenius continetur; habeo et teneo penes me, sic quod de dicta comanda nichil vobis reddidi. Confiteor etiam vobis, quod tradidistis michi de presenti in comanda quadraginta solidos dicte monete, et sic sunt in suma viginti et septem libre, quas confiteor me tenere in vestra comanda (e). Unde, renunciando excepcioni peccunie non numerata et doli, convenio et bona fide promito vobis, quod dictas viginti septem libras reddam vobis et vestris vel cui velitis ad vestram voluntatem (f), cum a vobis vel vestris fuero requisitus, sine dilacione aliqua et excusacione et absque omni vestro vestrorumque damno, gravamine et missione. Et pro hiis omnibus complendis ac

26. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 95.

27. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 192 (n.º 51 de la serie).

firmiter attendendis, obligo vobis et vestris me et omnia bona mea mobilia et immobilia, habita et habenda. Cum vero vobis reddidero dictas viginti et septem libras, teneamini michi reddere dictum instrumentum comande viginti quinque libris (g).

Actum est hoc nonas decembris anno Domini. M^oC^oCLXXX^o sexto.

Signum Simonis de Medalia predicti, qui hec laudo et firmo.

Testes huius rei sunt Jacobus Pelliparius et Bernardus Martorelli atque Petrus de Scusana.

Signum Berengarii Lupeti, notarii publici BARCHINONE qui hec scripsit et clausit die anno quo supra.

ACD. Diversorum C(d), caja 12, doc. 984.

(a) En el documento, Simón, otro de los hijos de Pere y María de Malla, reconoce haber recibido dos comendas de su madre por un valor total de 27 libras.

(b) El documento recoge una comenda actual por una cuantía de 25 libras y también se reconoce haber recibido otra comenda de su madre con anterioridad, por un importe de 40 sueldos (2 libras).

(c) El destino de la comenda es el Imperio bizantino.

(d) La mercancía se especifica que viajará en el barco de Guillermo de Sala.

(e) En este caso, el comendatario se compromete a devolver a su madre la misma cantidad. El objeto de la comenda no parece el comprar mercancías para revender y obtener un lucro; sino que más bien parece un mutuo hecho por la madre al hijo para ayudarle a financiar el viaje.²⁸

Abundando en esta línea argumental, el documento incluye la cláusula por la que el hijo se compromete a devolver el capital a la madre en el momento en que sea requerido: *quod dictas viginti septem libras reddam vobis et vestris vel cui velitis ad vestram voluntatem statim cum a vobis vel vestris fuero requisitus, sine dilacione aliqua et excusacione.*

28. SAYOUS, A. E., «Les méthodes commerciales de Barcelone au XIII...», *cit.*, pp. 171-173. El autor lo califica de comenda-depósito de dinero, se trataba de depósitos reembolsables a demanda y en dinero. Este tipo de comendas era habitual entre miembros de una misma familia, esposos o entre madres e hijos, como es nuestro caso.

(f) El comendatario se compromete a la devolución del dinero de ambas comendas que suman un total de 27 libras. Aparentemente no pagará intereses por el mutuo.

Quizá el reconocimiento de una comenda anterior esconde el pago de intereses por valor de 2 libras.

Luego, podemos pensar que el objeto del negocio, más que una comenda en el sentido de financiar una expedición comercial participando en los beneficios, es un mutuo hecho por la madre a su hijo para que este pertreche su propia expedición comercial.

(g) El comendatario afirma que mantendrá el instrumento en su poder y lo entregará junto con el pago de la deuda.

El quinto documento²⁹ es un documento proveniente del ACB, otorgado en el año 1288, recoge la aceptación por parte de Simón de Malla de la comenda realizada por su madre María, viuda de Pere Malla.

Simón de Malla recibe en comanda de su madre, María, María, 100 sueldos, para invertir en un viaje a Sicilia.

Sit omnibus notum, quod ego Simon de Medalia, confiteor et recognosco vobis domine Marie, uxori Petri de Medalia quondam, matri mee (a), quod recipi (et porto) in vestra comanda, in presenti viatico quod Facio ad partes Sicilie (b) in navi Raimundi de Regeriis et sociorum, vel ubiqueque dicta navis portum (f)aciat causa mercandi (c), centum solidos monete Barchinine perpetue de terno (d), implicitus simul cum rebus meis (e). Unde, renunciando excepcioni non numerate peccunie et doli, promitto, cum illic fuero, vendere res in quibus sunt implicite sicut melius potero bona fide, et precium quod (inde) habuero, scilicet partem vestram, ibidem fideliter implicare, sicut melius videam et cognoscam, ad comodum utriusque, et ipsa implicamenta, capitale scilicet et lucrum, prout Deus ea salvaverit, in vestrum vel vestrorum posse fideliter reducere, facto dicto viatico. Ita tamen quod de (omni) lucro quod Deus in hac comanda dederit, habeam ego quartam partem et vos residuas tres partes cum vestro capital (predicto) (f). Et predicam comandam possim vobis aportare in quacumque navi venienti ad partes Barchinone. Set hec comanda (sit) ubique ad voluntatem Dei et vestri redegum et fortunam.

29. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 193 (n.º 52 de la serie).

Et pro his complendis, obligo vobis vestris me et omnia bona mea mobilia et immobilia, habita et habenda (g).

Actum est hoc septimo decimo Kalendas septembris anno Domini millesimo ducentesimo octogésimo octavo.

Signum Simonis de Medalia predicti, qui hec firmo.

Testes huius rei sunt Guillelmus ça Verdera et Bernardus de Vergens.

Signum Bernardi Paschalis, notarii publici Barchinone, qui hec scribi fecit et clausit.

ACB. Diversorum C(d), caja 22, doc. 2763. Pergamino deteriorado.

(a) Los sujetos de la comenda son los mismos que en la comenda anterior.

(b) El destino del viaje es Sicilia, o cualquier otro puerto en que la nave atraque con el fin de comerciar.

La ruta de Sicilia era la más antigua, siendo además parada obligada en los viajes hacia el Mediterráneo oriental. Esto convirtió a Sicilia en la puerta de entrada al Mediterráneo oriental.³⁰

(c) El documento identifica el barco en el que viajará la mercancía y la posibilidad de cambiar la ruta *in navi Raimundi de Regeriis et sociorum vel ubiqueque dicta navis portum (fa)ciat causa mercandi.*

El comendatario se reserva la facultad de mandar la mercancía de vuelta en cualquier barco que vaya a Barcelona.

(d) La cantidad aportada por María a la comenda es de 100 sueldos.

(e) Estamos ante una comenda *missa simul cum meis mercibus*³¹ o, como dice el documento, *simul cum rebus meis*. Este tipo de comenda se caracteriza porque las mercancías o el dinero encomendado se negocian conjuntamente con los del propio comendatario quien solía llevar comendas de muchos capitalistas con las que se formaba una masa común. En estas comendas no suele especificarse la mercancía de retorno, sino que se dejan a elección del comendatario que comprará aquellas que piensa que le pueden reportar un mayor beneficio.

30. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., pp. 32-40.

31. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 94.

En el documento que analizamos no se especifican las mercancías de ida y vuelta, sino que se dejan al arbitrio del comendatario, como es lo habitual en las comendas *simul cum rebus meis*.

(f) El reparto de los beneficios es de $\frac{1}{4}$ y $\frac{3}{4}$, de acuerdo con el criterio habitual.

(g) El documento incorpora las cláusulas de estilo habituales, como es la cláusula por la que se imputa el riesgo al comendante, *Set hec comanda (sit) ubique ad voluntatem Dei et vestri redegum et fortunam*; la cláusula por la que el comendatario asume la responsabilidad y también la de renuncia a las excepciones.

El sexto documento,³² proveniente del ACB, otorgado en el año 1289, recoge la aceptación por parte de Jaume de Malla de la comenda realizada por su madre María, viuda de Pere Malla.

Jaume de Malla recibe en comanda de su madre, María, 30 libras, para invertir en un viaje a Valencia.

Sit omnibus notum, quod ego Jacobus de Medalia confiteor et recognosco vobis domine Marie, uxori Petri de Medalia quondam, matri mee (a), quod recepi et porto in vestra comanda, in presenti viatico quod Facio ad partes Valencie (b) in barcha d'en Porteyla et sociorum, vel ubicumque dicta barcha portum faciat causa mercandi (c), triginta libras monete Barchinone perpetue de terno, de quibus sunt implicite duodecim libre et decem solidi monete Barchinone perpetue de terno in una pecia panni rubei de Narbona, et residuum simul cum rebus meis. Quam comandam, renunciando excepcioni non numerate peccunie et rerum non receptorum et doli, promito cum illic fuero vendere, sicut melius potero bona fide, et precium quod inde habuero ibidem fideliter implicare simul cum rebus meis (d). Et ipsa implicamenta, capitale scilicet et lucrum, prout Deus ea salvaverit, scilicet partem inde vobis contingentem racione predictae comande vestre, in vestrum vel vestrorum posse fideliter reducere, facto dicto viatico. Ita tamen quod de omni lucro quod Deus in hac comanda dederit, habeam ego quartam partem et vos residuas tres partes cum vestro capital predicto (e). Et predictam comandam possim portare quocumque ivero causa mercandi et vobis aportare in quacumque barcha, ligno vel navi

32. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., p. 194 (n.º 54 de la serie).

venienti ad partes Barchinone (f). Set hec comanda sit ubique ad voluntatem Dei et vestri redegum et fortunam. Et pro hiis complendis, oblige vobis et vestris me et Omnia bona mea habita et habenda (g).

Actum est hoc Kalendas aprilis anno Domini millesimo ducentésimo octogésimo nono.

Testes huis rei sunt Guillelmus Vacherii et Petrus de Reguerio.

Signum Bernardi Paschalis, notarii publici Barchinone, qui hec scribi fecit et clausit.

ACB. Diversorum C(d), caja 12, doc. 992.

(a) En el documento encontramos de nuevo a Jaume Malla aceptando una comenda de su madre.

(b) El destino del viaje es el mismo que la comenda del año 1286, Valencia, lo que nos hace pensar que Jaume Malla mantenía relaciones comerciales habituales con Valencia.

(c) El viaje se realiza *in barcha d'en Porteyla et sociorum, vel ubicumque dicta barcha portum faciat causa mercandi.*

(d) La cantidad invertida por la madre en este viaje es muy superior al viaje anterior, 30 libras.

El documento detalla la cuantía invertida en cada mercancía; así, se invierten 12 libras y 10 sueldos en paños rojos de Narbona y el resto *simul cum rebus meis.*

Por lo que respecta a los tejidos de Narbona, claramente se trata de exportar, desde Barcelona, tejidos que han sido importados desde Narbona. Se trata, pues, de un comercio de tránsito propio del siglo XIII.³³

En esta comenda encontramos que hay una parte del capital invertido en una mercancía específica (telas) que respondería a una comenda a *esparç*; mientras que la otra parte la negociará el comendatario como cosa propia. No se especifica la mercancía de retorno.

(e) El reparto de beneficios es el habitual, $\frac{1}{4}$ y $\frac{3}{4}$.

(f) Se especifica que la mercancía de vuelta puede ser embarcada en cualquier tipo de embarcación de vuelta a Barcelona.

(g) El documento recoge la cláusula de estilo del riesgo *Set hec comanda sit ubique ad voluntatem Dei et vestri redegum et fortunam.*

33. MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, cit., pp. 32-34; BATLLÉ, C., y VARELA, E., «Las relaciones comerciales de Barcelona...», cit., p. 38.

IV. CONCLUSIONES: VALORACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LAS INVERSIONES REALIZADAS POR MARÍA MALLA EN LOS NEGOCIOS FAMILIARES

Llegado este punto, valoremos las inversiones realizadas por María, viuda de Pere Malla, en los negocios de sus hijos.

1. Lo primero que nos llama la atención es que María participa en los negocios de tres de sus hijos, Pere, Simón y Jaume, que se dedican al comercio, tal y como hacía su padre. Aurell Cardona³⁴ señala como característica esencial de la familia del mercader medieval su carácter nuclear y la endogamia profesional, cuya primera consecuencia es el hecho de que los hijos continúen las actividades profesionales del padre.

Pese a la continuidad en el oficio de mercader, cada uno de ellos lleva a cabo su actividad de forma independiente, dedicándose al comercio en rutas distintas y con productos distintos. Como pone de manifiesto Sayous,³⁵ las inversiones realizadas en el comercio marítimo, donde los riesgos asumidos eran enormes, se hacían como inversiones o asociaciones para negocios o viajes concretos, o con un fin concreto; caracterizando esto a las economías precapitalistas.

No podemos, por tanto, hablar técnicamente de «sociedad familiar», pero lo cierto es que hay una identidad en la actividad desarrollada por los hijos, que siguen la profesión del padre; a su vez, observamos que la financiación se obtiene de manera habitual en el seno de la familia.

2. Las inversiones realizadas por María son de naturaleza variada, dependiendo de a qué hijo financia; pero cada una, por su cuantía o modalidad, responde a lo que suelen ser las inversiones habituales en cada una de las rutas.

Las dos inversiones realizadas en los viajes organizados por su hijo Pere Malla en los que está asociado a Felip de Bosc y que tiene como destino el Imperio bizantino (*Romania*) son de naturaleza muy

34. AURELL CARDONA, J., «Vida privada i negoci mercantil a la Barcelona Baix-medieval», *Acta històrica et Archaeologica*, 14-15, 1993-1994, pp. 219-241, en concreto p. 222.

35. Ver nt. 11.

distinta. En la primera de ellas la cuantía invertida es pequeña, lo común en estos viajes, y se trata de exportar pieles e importar cera. El negocio, tal y como se plantea, nos hace cuestionarnos si se trata de una pequeña inversión en una comenda *per sparç*, en la que la mercancía de María se negociaría por separado o si estamos ante un depósito comercial con el fin de rentabilizar un pequeño capital.

Por el contrario, en la segunda comenda realizada a este mismo hijo y a su socio con el mismo objetivo y destino que la anterior, la cuantía invertida por María es de cuantioso valor, hasta el punto de que financia el 26% de la expedición de un monto total de 291 libras invertidas por otros comendantes. Esta cantidad es extraordinaria de acuerdo con lo que habitualmente se invertía en esta ruta. Sin duda, aquí María, quizá animada por el éxito de la expedición anterior, participa activamente en el negocio familiar continuando, junto a su hijo, en el negocio de la exportación de pieles, negocio que conoce por ser aquel al que se dedicaba su marido.

María realiza dos inversiones en los viajes organizados por su hijo Jaume Malla a Valencia. También en estos casos la naturaleza de ambas es distinta. En la primera de ellas la aportación de María es ínfima, invertida en exportar algodón y sin especificar la mercancía de vuelta. Los detalles nos empujan a pensar que se trata de un depósito comercial, al igual que en la primera de las comendas en favor de Pere Malla.

La segunda comenda a su hijo Jaume con el mismo destino importa, por el contrario, una inversión mayor, por un total de 30 libras. Este contrato de comenda tiene la peculiaridad de que una parte la inversión, la mitad aproximadamente, se especifica que será en telas; mientras que el resto del dinero lo negociará el hijo como cosa propia, *simul cum rebus meis*. En este tipo de comenda el comendatario solía llevar comendas de muchos capitalistas con las que formaba una masa común. Por todo lo dicho, podemos concluir que en este contrato María participa activamente en el negocio del hijo, siguiendo la tradición negocial familiar.

Las otras dos comendas que realiza en favor de su hijo Simón de Malla tienen por destino y contenido una naturaleza diversa. En la primera de ellas, Simón Malla reconoce haber recibido dos comendas de su madre por una cantidad muy distinta de 25 libras y 2 libras respectivamente. El

objetivo es financiar un viaje al Imperio bizantino, el documento no especifica las mercancías y se limita a recoger el compromiso de Pere de devolver la misma cantidad recibida a su madre cuando esta lo requiera.

Claramente se trata de un mutuo hecho por su madre a su hijo por el que aparentemente no pagará intereses. No parece que estemos ante una comenda en el sentido de financiar una expedición comercial participando en sus beneficios; sino ante un mutuo hecho por la madre para que el hijo financie su propia expedición comercial. Pensamos que la segunda comenda reconocida por un valor de 2 libras esconde los intereses del mutuo. En este caso, el hijo busca financiación dentro de su familia.

La segunda comenda en favor de Simón Malla consiste en la inversión de 100 sueldos en una expedición a Sicilia, junto con otros comendantes. El contrato no especifica la mercancía de ida y de vuelta, sino que se deja a elección del comendatario que las negociará conjuntamente. Se trata pues, una vez más, de una participación activa de María en los negocios familiares.

3. Las inversiones de María en el ámbito familiar se producen entre los años 1280 y 1289. Sabemos que durante ese periodo María realiza tres inversiones en comendas fuera de la familia en los 1278, 1280 y 1292.³⁶

36. En 1278 María hace una pequeña inversión en un viaje organizado por Ramón de Piera y Ramón Casals, con el objeto de importar vino, algodón, telas y paños y otras mercaderías desde el norte de África. La inversión es de cuantía modesta, 12 libras y media, y se suma *in communi* a la de otros comendantes por un valor total de 430 libras. Podríamos calificar el negocio de un depósito comercial con la finalidad de rentabilizar un pequeño capital. En 1280 María invierte una pequeña cantidad, lo frecuente en esta ruta, en un viaje organizado por Pere Ferrer de Bosc para exportar aceite, algodón y seda e importar cera a Mallorca. La comenda es per *sparç*, es decir, la mercancía de María se negociará por separado. Por tanto, la inversión realizada por María se traduce en participar activamente en el negocio de la exportación-importación. En 1292 María invierte en el viaje organizado por Ramón Alemany a Alejandría para importar especias. La inversión de María es de veinticinco libras sobre un capital total de treinta y unas doblas de oro. El monto tan escaso de la inversión realizada por María en relación con la financiación total del viaje nos hace pensar que se trata de un pequeño depósito comercial invertido en un negocio ajeno con la finalidad de obtener una rentabilidad a su capital.

4. María hace inversiones de naturaleza muy diversa que van desde pequeñas cantidades dadas como depósito con las que obtendría una pequeña rentabilidad de su capital sin grandes riesgos para este; hasta inversiones en las que María se implica directamente en el negocio, asumiendo el papel de comerciante, realizando comendas de grandes sumas de dinero en sus propias mercancías.

5. Interesante es el documento en el que su hijo Simón reconoce dos comendas a su favor, realizadas por su madre, que encubren un mutuo y sus correspondientes intereses. Este contrato permite dos lecturas, desde el punto de vista de la inversión realizada por María, está claro que se trata de una actividad de carácter usurario, María presta dinero a interés, rentabilizando su capital.³⁷

Desde el punto de vista del hijo, se trata de obtener financiación de su propia familia, pagando un interés menor. Sin duda, se trata del modo más fácil y barato de obtener financiación.

6. De acuerdo con el número de comendas en las que aparece María como comendante, en relación con el resto de comendas realizadas por mujeres,³⁸ podemos afirmar que nuestra protagonista resulta ser una habitual en el mundo del comercio. Además, como hemos visto,

37. SCHWINTOWSKI, H. P., «Legitimación y superación de la prohibición canónica de los intereses. Efectos y consecuencias de la evolución histórica de los bancos», *Dereito*, II (2), 1993, pp. 46-60, en concreto p. 54-55; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «El tratamiento de los intereses en el Derecho canónico y en el Derecho islámico», *Revista de Derecho UNED*, 3, 2008, pp. 71-100, en concreto pp. 85 y ss.; ARQUERO CABALLERO, G., «Si dió a usura pública o secretamente: aproximación a la usura en los manuales de confesores de la Castilla Bajomedieval», *Baética: Estudios de Historia moderna y contemporánea*, 36-37, 2014-2015, pp. 157-179, en concreto pp. 164 y ss.; DE ANTONIO RUBIO, M.^a G. «Préstamos con interés encubierto de cristianos y judíos en la Galicia del siglo XV», *Sefarad*, 76 (2), 2016, pp. 491-508, en concreto 493-500; MARTÍNEZ LÓPEZ-CANO, M. P., «Usuras». *Research papers series, Max Planck Institute for European Legal History*, 2020-01, pp. 1-24, en concreto p. 8; FURIÓ, A., «Crédito y mercados financieros en la Península Ibérica a finales de la Edad Media. Producción historiográfica y evoluciones recientes», *Mundo Agrario*, 22 (49), 2021, pp. 1-29, en concreto p. 8.

38. Consideramos aquí que la relación entre el número total de la colección de comendas recogidas en nuestro *corpus* y la proporción en las que encontramos una mujer como comendante permite afirmar que María de Malla resulta ser la mujer que más comendas realiza.

no solo invierte su patrimonio financiando operaciones familiares, sino que lo hace también con extraños.

Si al dato del número de comendas realizadas por María, añadimos la diversidad de rutas en las que invierte y la variedad de mercancías con las que trata, no parece que intervenga en el comercio de forma subsidiaria, sino que se comporta como una comerciante independiente y emprendedora que actúa, quizá al amparo de su condición de viuda, de forma autónoma. Como señala Polonio Luque,³⁹ es común entre las mujeres dedicadas al comercio encontrar a viudas quizá por estar estas en una situación fáctica y económica más independiente que las casadas. Todo esto hace de María de Malla un caso especial.⁴⁰

7. En las inversiones realizadas por María, esta, ante la imposibilidad de actuar como gestor de su propio patrimonio, se convierte en socio capitalista de sus hijos que actúan como gestores. Este carácter societario que identifica a la inversión nos obliga a indagar en la naturaleza jurídica para poder completar su concepto. La doctrina, desde un punto de vista técnico-jurídico, lo identifica con el mutuo o con un depósito irregular, pero advierte en su esencia otros elementos, en este sentido CAMPANI⁴¹ afirma que se trata en sustancia de un mutuo que participa de elementos extraños a un mutuo ordinario pues mutuante y

39. POLONIO LUQUE, G., «Exportación e importación en y desde el Mediterráneo en la Baja Edad Media...», *cit.*, pp. 327; 333 y ss.

40. BATLLE, C., «Noticias sobre la mujer catalana en el mundo...», *cit.*, p. 211.

41. CAMPANI, G., «Prestito a cambio...», *cit.*, pp. 750 ss. Ver en este sentido, en cuanto a la naturaleza de la institución romana de la *pecunia traiecticia* y su asimilación al mutuo por la doctrina: CASTRESANA, A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia...*, *cit.*, p. 129-135 y 160-161, la autora al indagar sobre la configuración jurídica de la *pecunia traiecticia* romana, pone de relieve el origen griego de la institución y su carácter comercial y cómo esta es recibida por el ordenamiento romano precisamente por exigencias del tráfico internacional. La investigación defiende la autonomía de esta figura con respecto a otras figuras obligacionales afines. Para la formalización jurídica de la *pecunia traiecticia*, los juristas romanos buscaron una figura de creación romana que se acoplara perfectamente a la estructura sustancial del préstamo marítimo y aquí aparece la estipulación que constituye una forma general de contratar y de dotar de validez y de eficacia jurídica ante el *ius civile* y por *actio* a una serie de negocios jurídicos que carecen de ella. KUPISZEWSKI, H., «Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali», *Index*, 3, 1972, pp. 368-381 en concreto pp. 373-374 afirma que el negocio se sustanciaría con la forma de mutuo más pacto o estipulación por los que el mutuante asumiría el riesgo de la navegación.

mutuario comparten un mismo objetivo que requiere de un altísimo grado de confianza mutua, de buena fe, el mismo principio que informa el contrato de sociedad.⁴²

8. Las inversiones de María se realizan siempre en el ámbito del comercio, actividad a la que se dedica tradicionalmente la familia Malla, empezando por su marido, conocido exportador de pieles.

9. María es un miembro activo en el negocio familiar, su patrimonio personal sirve a la financiación de la «empresa familiar», a través de préstamos o de pequeñas inversiones,⁴³ respondiendo al concepto de

42. CAMPANI, G., «Prestito a cambio...», *cit.*, p. 754, la naturaleza societaria de la institución la entroncaría con la comenda medieval, en palabras de Astuti, la institución griega y romana representan un preludio de formas societarias más complejas y perfectas como la comenda. Sobre esa naturaleza societaria hace hincapié DE MARTINO, F., «Sull Foenus nauticum», *Rivista del diritto della navigazione*, 1, 1935, pp. 219-247, en concreto p. 222; JIMENEZ DE PARGA, R., «Condicionamientos históricos del Derecho Mercantil en la fase inicial de su formación» en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 313-333, en concreto pp. 324-325; CHEVREAU, E., «La traiecticia pecunia: un mode de financement du commerce international», *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens*, 65, 2008, pp. 37-47, en concreto p. 38. En palabras de MARTÍNEZ GIJÓN, J., «La comenda en el Derecho español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34, 1964, pp. 31-140, en concreto p. 37, el deseo de lucro y la idea de confianza es común a unas y otras formas de comenda.

En este sentido interesante la reflexión de BENINCASA, Z., «*Periculum maris* como il valore contrattuale nel Diritto Romano», *Gdanske Studia Prawnicze*, 3, 2019, pp. 15-31 que sostiene que la única forma de poder afrontar los riesgos de las operaciones económicas por mar era asumirlo o dividirlo entre varias personas a través de una empresa común y a ese espíritu asociativo respondería el contrato de préstamo marítimo (y también el contrato de sociedad). Califica el préstamo marítimo de una forma de *joint venture* en la que todos ganan o todos pierden.

43. Tres documentos del AHPB que tienen como protagonistas a otras familias, nos dan testimonio de otros casos en los que también se acude al patrimonio femenino para obtener financiación. El primero de ellos nos da testimonio de la financiación con el patrimonio materno del negocio del hijo. El documento, otorgado en el año 1316, recoge la aceptación por parte de Nicolau Cendre de la comenda realizada por su madre Arnaldona.

El segundo documento también proveniente del AHPB, otorgado en el año 1414, recoge la aceptación por parte de Pere Toralles de la comenda realizada por su hermana Isabel, viuda de Hug de Ubac, licenciado en leyes.

El tercer documento también proveniente del AHPB, otorgado en el año 1421, recoge la aceptación por parte de Pere de Muntrós de la comenda realizada por su suegra

compañía en su sentido etimológico de comunidad hereditaria en la que la familia comparte el pan (*cum panis*).⁴⁴ Aurell Cardona⁴⁵ observa como el centro de las relaciones familiares era el matrimonio, en el sentido de que la mujer aportaba al mismo una cantidad importante de patrimonio, incluida la dote. El patrimonio de la esposa resulta ser una pieza clave en la financiación de los negocios familiares. Este peso económico del patrimonio de la mujer tendía a diluir en la práctica la figura del *pater familias*. El autor describe la relación entre marido y mujer como una simbiosis, la mujer aporta patrimonio propio a la familia, administra la economía doméstica y actúa como auxiliar del marido cuando hablamos de negocios.

10. Pero no es menos evidente que María hace inversiones por cuenta propia y fuera de la «empresa familiar», desde luego en un ámbito negocial que le es conocido, el comercio. La vemos haciendo comedas importantes en las expediciones organizadas por sus hijos, invirtiendo junto con otros capitalistas. Y también en expediciones organizadas por terceros ajenos a la familia.

Excede del objeto de este trabajo, por temática y extensión, el estudio de la capacidad patrimonial y negocial de las mujeres en la Edad Media. Un primer acercamiento a esta realidad puede hacerse a través del estudio de las inversiones realizadas por mujeres en la materia que aquí se trata. Mi intención es abordar esta investigación en otro momento. Solo me gustaría dejar constancia que, en aras de la documentación manejada sobre el tema, hago mías las palabras de Aurell Cardona:⁴⁶ «*El cert es que la informació que ens transmeten els documents fa pensar en un paper de la dona com a esposa més digne del que algunes opinions estereotipades han volgut apuntar*».

Caterina, viuda de Gabriel Gic. Ver MADURELL MARIMÓN, J. M.^a, y GARCÍA SANZ, A., *Comandas comerciales barcelonesas...*, *cit.*, (n.º 78,191,203, de la serie).

44. Al acercarnos al estudio de las relaciones jurídico-patrimoniales en el seno de la institución familiar podemos observar como las mujeres, en tanto tenedoras de patrimonio, se convierten en piezas fundamentales para la economía familiar y sus expectativas de crecimiento en el marco de la propia familia y de terceros. Ver en este sentido MONTAÑANA CASANÍ, A., «Las hijas en la sucesión testamentaria. Presencia de las hijas en los testamentos...», *cit.*, pp. 4-9.

45. AURELL CARDONA, J., «Vida privada i negoci mercantil...», *cit.*, pp. 226 y ss.

46. AURELL CARDONA, J., «Vida privada i negoci mercantil...», *cit.*, p. 227.

**LAS CAPITULACIONES
MATRIMONIALES Y LOS ASPECTOS
QUE HAN EVOLUCIONADO DESDE
EL DERECHO ROMANO HASTA
EL DERECHO ACTUAL**

*The Marriage Capitulations and the aspects that
have evolved from Roman Law to Current Law*

KARINA GUADALUPE MURILLO RUIZ

Universidad Autónoma de Baja California

OLIVIA CASTRO MASCAREÑO

Universidad Autónoma de Baja California

JUAN PABLO VENEGAS CONTRERAS

Universidad Autónoma de Baja California

Resumen: las capitulaciones matrimoniales son una figura que representa un signo de gran importancia en el matrimonio y su disolución, y a lo largo del tiempo y de la historia se ha utilizado como una figura reguladora de las consecuencias patrimoniales que derivan de la celebración del matrimonio y su disolución, administrando los bienes entre los cónyuges y frente a terceros. El presente trabajo analiza el desarrollo histórico de esta figura y su regulación desde el Derecho romano hasta el Derecho actual mexicano.

Palabras clave: Derecho romano. Capitulaciones matrimoniales. Matrimonio. Familia. Regímenes patrimoniales.

Abstract: marriage agreements are a figure that represents a sign of great importance in marriage and its dissolution, and that throughout time and history has been used as a regulatory figure for the patrimonial consequences that derive from the celebration of marriage and its dissolution, managing the assets between the spouses and against third parties. This paper analyzes the historical development of this figure and its regulation from Roman law to current Mexican law.

Keywords: Roman law. Matrimonial agreements. Marriage. Family. Patrimonial regimes.

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes históricos de las capitulaciones matrimoniales en el Derecho romano y su evolución. III. Antecedentes históricos de las capitulaciones matrimoniales en el Derecho mexicano y su evolución. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En el transcurso del tiempo y la historia, las capitulaciones matrimoniales se han utilizado como una figura reguladora de las consecuencias

patrimoniales que derivan de la celebración del matrimonio, administrando los bienes ya sea entre los cónyuges o frente a terceros.

En diferentes épocas y periodos, la evolución de esta figura ha sido resultado de una lucha tanto social como legislativa para llegar a un plano de igual entre el hombre y la mujer en cuanto a la administración de los bienes del matrimonio.

Al tratar los antecedentes históricos y la evolución de la figura de las capitulaciones matrimoniales, se advierte que en todos los países de la antigüedad y en los diferentes continentes, esta figura existió como una forma de regulación de los aspectos patrimoniales que surgen de la consecuencia de la celebración del matrimonio.

Por ello, resulta importante conocer y observar cuáles han sido aquellos movimientos y reformas a las que se enfrentó esta figura para convertirse en lo que actualmente se conoce, para que se comprenda su importancia en la administración de los bienes del matrimonio.

Por consiguiente, a continuación, se desarrollan e identifican aquellos antecedentes históricos y evolución desde el Derecho romano, donde se observa que, al paso de los años, décadas y siglos, la transformación de las capitulaciones se debe a diferentes y particulares aspectos, de esa manera se observa cómo es que hasta la actualidad esta figura sigue presente en los ordenamientos, resaltando pues sus diferentes aspectos, características y sujetos involucrados.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL DERECHO ROMANO Y SU EVOLUCIÓN

En ese sentido, para dar a conocer los antecedentes y evolución en el Derecho romano de las capitulaciones matrimoniales, es importante no olvidar que estos se presentan a partir de las nociones del matrimonio de aquella época, ya que, como bien se sabe, el Derecho romano ha servido de fuente de inspiración y precedente tanto para el matrimonio en el Derecho civil y la regulación patrimonial del matrimonio, lo cual constituye la faceta más importante del matrimonio, a pesar de carecer de formalidades si se sentaron las bases y existieron diferentes regímenes económicos matrimoniales que se expondrán a continuación y que engloban de cierta manera a las capitulaciones matrimoniales.

En ese sentido, partimos de la idea de que, en la sociedad romana, debido al interés social, religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación de esta a través de la institución del matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de hijos,¹ y que con el transcurso del tiempo este ha cambiado debido a la transformación de la sociedad, sin embargo, en aquella época, resultaba de suma importancia la continuidad del grupo familiar, así como también de su patrimonio.

Al respecto, Modestino, un jurista romano, define al matrimonio como *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.² De este concepto, particularmente se puede resaltar la igualdad de condición a la que se refiere, tanto del hombre como de la mujer, implicando pues que estos se encuentran en similares circunstancias en todos los aspectos que derivan del matrimonio, especialmente y el de nuestro interés, el patrimonial.

Por otro lado, en las *Institutas*, donde se recopilan todos aquellos libros o manuales destinado a la enseñanza introductoria del Derecho romano, se afirma que *Nuptiae autem sive matrimonium est vires et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*,³ un concepto mucho más general, pero representa una connotación religiosa.

De manera general, de los conceptos anteriormente señalados podemos advertir cómo es que para los romanos el matrimonio representaba una cuestión moral y religiosa, asimismo como se plantea en su definición la igualdad entre los contrayentes un aspecto importante a resaltar, además que con la finalidad del matrimonio se permitía la continuación de la *gens* asegurándose así el culto a los *lares* familiares.

1. IGLESIAS GONZÁLEZ, R., Y MORINEAU IDUARTE, M., *Derecho romano*, 4.^a ed., México, Editora Xalco, S. A., de C. V., 2008, p. 63.

2. IGLESIAS GONZÁLEZ, R., Y MORINEAU IDUARTE, M., *Derecho romano...*, *cit.*, p. 63. «La unión de un hombre y una mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos» (traducción propia).

3. CASTRO, O., Y CANALES, A. E., «El matrimonio y su disolución: del Derecho Romano al Derecho Mexicano», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 24, 2020, pp. 406-453, p. 409. «Nupcias o matrimonio es la unión de varón y mujer que contiene un régimen inseparable de vida» (traducción propia).

Cierto es que, para la comunidad romana, habría existido un ordenamiento jurídico específico con formalidades taxativas o requisitos, pero, en definitiva, no tenían normas específicas sobre el matrimonio como instituto jurídico que regulara dicha relación y sus efectos aun y cuando para ellos constituía la base de la familia y resultaba un tema de gran importancia como ya ha quedado puntualizado.

Cabe resaltar que, para los romanos, el matrimonio también era una herramienta para transmitir el patrimonio del hombre a sus descendientes directos, a contraprestación de otros miembros de la familia,⁴ de esta manera se distingue que el aspecto patrimonial del matrimonio era visto y contemplado en aquella época de manera significativa.

A tal respecto, la figura determinante de las relaciones patrimoniales entre marido y mujer en el Derecho romano era la *manus*. Si la mujer era *sui iuris*, todo lo que tenía pasaba automáticamente al marido. De igual forma sucedía en el caso en que la mujer estuviera bajo la patria potestad de su *paterfamilias* y cambiara a la *manus* del marido cualquier aportación que se realizara al matrimonio tenía que pasar forzosamente a propiedad del marido.⁵

De lo anterior, podemos concluir que cuando el matrimonio se realizaba adquiriendo el marido la *manus*, la mujer no tenía ninguna capacidad respecto a su patrimonio, por lo que no existía la igualdad que hoy en la actualidad se puede observar, en ese sentido es evidente que no existía como tal la figura de las capitulaciones matrimoniales.

En un segundo supuesto, en el matrimonio *sine manus*, la mujer seguía perteneciendo a la familia del padre y, como consecuencia de ello, sus adquisiciones aumentarían el patrimonio del *paterfamilias* o, en el caso de que fuera *sui iuris*, se formaba un patrimonio separado, es decir, si la hija era independiente, le pertenecía en propiedad personalmente todo lo que poseyese antes del matrimonio o adquiriera después, con libertad de disposición. El marido no tenía facultad de administra-

4. CASTRO, O., y CANALES, A. E., «El matrimonio y su disolución: del Derecho Romano al Derecho...», *cit.*, pp. 411-412.

5. ALARCÓN PALACIO, Y., «Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la novísima recopilación», *Revista de Derecho*, 24, 2005, pp. 2-31, p. 5, «poder marital sobre la mujer» (traducción propia).

ción ni de disfrute de los bienes de la mujer, tal facultad solo era posible a través de la figura del mandato.⁶

En este supuesto, se puede observar la existencia de la capacidad para la mujer respecto a su patrimonio, sin embargo, como tal no existe un régimen que regule los bienes del matrimonio por parte de los cónyuges, ya que el marido no participa en la administración del mismo, sino que son totalmente independientes, por lo que al plantearse la idea de la figura de capitulaciones matrimoniales al igual que en el matrimonio realizado con la *manus* no era posible en ese tiempo.

Cabe resaltar que, pese a las diferencias expuestas y que existían entre los matrimonios *cum manus* y los matrimonios *sine manus*, en ambos se dio la institución de la dote; la dote es el conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales,⁷ en principio se entendía como una compensación anticipada a la mujer por la pérdida de sus derechos sucesorios en la familia de origen, luego tomó el carácter de una ayuda para sostener las cargas del matrimonio.⁸

De manera que, en los primeros tiempos, el marido podía disponer libremente de los bienes dotales, porque se entendía que el objetivo de su establecimiento era las cargas del matrimonio. Sin embargo, en una segunda etapa, se pondrá de relieve que, si bien están en poder del marido, son en realidad de la mujer. Por lo que, su utilidad y finalidad fueron fundamentalmente la de restablecer la igualdad entre los cónyuges y aumentar los recursos de la mujer a la disolución del matrimonio; y que tendrán un régimen similar al de la dote.⁹

En resumen, se observa que en el Derecho romano, en cuanto a la regulación económica de los bienes del matrimonio existían tres diferentes supuestos: el régimen de absorción de bienes, propio del matrimonio

6. ALARCÓN PALACIO, Y., «Régimen patrimonial del matrimonio desde...», *cit.*, pp. 5-6.

7. REZEK, C. A., «Régimen patrimonial del matrimonio en Roma y en la actualidad», *Revista Jurídica Electrónica*, 5, 2018, pp. 2-19, p. 8.

8. ALARCÓN PALACIO, Y., «Régimen patrimonial del matrimonio desde...», *cit.*, p. 7.

9. SILVA SÁNCHEZ, A., «El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío», *Pensamiento Jurídico*, 42, 2015, pp. 189-215, p. 195.

cum manu; el régimen de separación de bienes, propio del matrimonio *sine manu* y el régimen dotal. Si bien es cierto, como tal, en el ordenamiento jurídico de aquella época, no se regulaban formalmente los regímenes económicos matrimoniales expuestos en este apartado, evidente es que, en la práctica, se implementaban.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL DERECHO MEXICANO Y SU EVOLUCIÓN

Ahora bien, la figura de capitulaciones matrimoniales como una figura que regula este aspecto patrimonial que deriva del matrimonio, no fue regulada como tal en la época romana y no recibía tal nombre como actualmente la conocemos, ya que las costumbres y tradiciones arraigadas a esta sociedad no lo permitían, sin embargo, sí lograron sentar las bases para su posterior regulación y surgimiento.

Para dar cuenta de lo anterior, se comienza por exponer y analizar las reformas legislativas del Código Civil federal, ya que los cuerpos normativos, en el sistema jurídico del México independiente, fueron creados en primera instancia por el poder legislativo federal, para luego ser adoptados por los estados que se integraron al pacto federal; en otros casos, dichos ordenamientos fueron tomados como modelos para generar la legislación local,¹⁰ por ello se parte con el análisis y estudio de dicha legislación.

Bajo ese orden de ideas, el primer Código Civil federal fue el promulgado en el año de 1827, sin embargo, en este no se reguló expresamente los regímenes patrimoniales del matrimonio, si no que se aplicaba de manera obligatoria como régimen el de comunidad de bienes, por lo que ni hablar de que existiera alguna disposición que regulara a las capitulaciones matrimoniales como forma de administración de los bienes de los contrayentes, como bien lo observamos en el capítulo anterior en

10. RAMÍREZ MARTÍNEZ, B., «Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación civil federal mexicana», *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, vol. XXXVI, 2017, pp. 85-112, p. 85.

aquellos años era evidente que existía una gran diferencia en cuanto a los roles del hombre y la mujer.

En ese contexto, no fue sino hasta el año 1870, cuando se elabora un proyecto que posteriormente fue aprobado y dio como resultado al denominado Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, en donde se establece la facultad de los cónyuges para pactar, a través de las capitulaciones matrimoniales, el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes.¹¹

Como bien se puntualizó, en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, los regímenes económicos aplicables a los matrimonios celebrados fueron la sociedad conyugal o la separación de bienes establecidos en el artículo 2099, de los cuales los contrayentes debían elegir alguno de ellos. En el caso de optar por la sociedad conyugal, esta podía ser voluntaria o legal supuesto establecido en el artículo 2101, debiendo regirse la primera por las capitulaciones matrimoniales y, en todo lo no previsto en dichas capitulaciones, por las disposiciones aplicables a la sociedad legal, previstas expresamente en los capítulos 4.º, 5.º y 6.º del Título Décimo del contrato de matrimonio con relación a los bienes de los consortes de dicho Código Civil supuesto establecido en el artículo 2102.¹²

Aunado a lo anterior, el arábigo 2110 preveía que el régimen de separación de bienes también se debía sujetar a lo dispuesto expresamente por las capitulaciones matrimoniales, así como por lo dispuesto en los preceptos 2206 al 2217 del referido Código Civil; en el mismo sentido, en el artículo 2205 se establecía que podía haber separación de bienes o en virtud de capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio, o durante este, en virtud de convenio entre los consortes o de sentencia judicial.¹³ En ese sentido, se observa que en la citada legisla-

11. BRENA SESMA, I., «Los regímenes patrimoniales del matrimonio en el siglo XIX en México», en B. Bernal, (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México D. F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, pp. 1-590, p. 196.

12. RAMÍREZ MARTÍNEZ, B., «Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio Jalisco», *Revista Jurídica Jalisciense*, 56, 2017, pp. 105-129, p. 112.

13. RAMÍREZ MARTÍNEZ, B., «Evolución histórica de los regímenes patrimoniales...», *cit.*, p. 112.

ción ya se encontraban un par de disposiciones que regulaban en medida la posibilidad de pactar capitulaciones matrimoniales, inclusive se puede advertir la necesidad de pactarse capitulaciones si es que los contrayentes optaban por el régimen de separación de bienes, dándole pues especial importancia a las mismas resaltando su autonomía.

Posteriormente, surge la necesidad de realizar ciertas reformas al citado código, por lo que el presidente de la República Manuel González, promulgó el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que entró en vigor en el año 1884 con algunas modificaciones a algunos artículos. Al respecto, en el artículo 1967, establecía que la sociedad conyugal podía ser voluntaria o legal, rigiéndose estatutariamente por las capitulaciones matrimoniales y, en forma supletoria, por las disposiciones aplicables a la sociedad legal; la sociedad conyugal de los dos tipos nacía desde el momento de celebrarse el matrimonio, pero la sociedad voluntaria podía terminar antes de que se disolviera el matrimonio, si así se había convenido en las capitulaciones.¹⁴

Asimismo, existía una disposición que señalaba que las capitulaciones para constituir la sociedad voluntaria o la separación de bienes solo podía modificarse por convenio expreso o por sentencia judicial, debiéndose, de entrada, otorgar las capitulaciones en escritura pública, así como cualquier modificación y, en este caso, anotar en el protocolo en que estas se extendieron y en los testimonios que de ella se hubieren dado, so pena de que si no, no producirían efecto contra tercero.¹⁵ De esta manera, se denota la posibilidad desde aquel tiempo de pactar capitulaciones matrimoniales y la posibilidad de modificar dicho acuerdo ante notario público, situación que no se encuentra alejada de nuestra realidad.

Posteriormente, se emite una por Ley sobre relaciones familiares en el año 1917, por Venustiano Carranza, la cual regula las cuestiones familiares por primera vez, al margen del Código Civil, con esta regulación se promueve en cierta parte la autonomía del Derecho de familia, como una rama más del Derecho, surgida del Derecho civil, con

14. SOTO SOBREYRA Y SILVA, I., «Capitulaciones matrimoniales», *Revista Mexicana de Derecho*, 6, 2004, pp. 113-132, p. 115.

15. SOTO SOBREYRA Y SILVA, I., «Capitulaciones...», *cit.*, p. 115.

cualidades y objetivos que la presentan como un área del Derecho que reclama un trato diferente.¹⁶

El aspecto a resaltar de esta ley es que, a partir de la entrada en vigor de la misma, se constituyó la separación de bienes como régimen patrimonial presuntamente aceptado por los contrayentes, a falta de capitulaciones matrimoniales expresas,¹⁷ contrario a lo que se observa en los códigos de 1870 y 1884, donde el régimen patrimonial aceptado y más utilizado era el de sociedad conyugal.

Pasado el tiempo, siendo presidente de México Plutarco Elías Calles, se promulgó el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal en el año de 1928,¹⁸ donde, a partir de su entrada en vigor, el régimen económico del matrimonio tuvo un carácter transaccional, debido al hecho de que se exigía expresamente la celebración de un convenio para arreglar la situación de sus bienes presentes y futuros de los cónyuges; por lo cual, cualquier matrimonio en el que no se celebrara el referido convenio sería nulo por la carencia de un requisito de forma.¹⁹

En ese sentido, partiremos de que en el artículo 97 del Código Civil de 1928 se estableció que las personas que pretendieran contraer matrimonio debían presentar un escrito ante el oficial del Registro Civil con ciertas especificaciones y, en consecuencia, en el artículo 98 fracción V se estableció que, al escrito que se refiere en el artículo 97 se debe acompañar un convenio, donde se establezca el régimen al que habrán de sujetarse los cónyuges para efectos de administrar su patrimonio, ya sea el de separación de bienes o sociedad conyugal; asimismo, que este documento era indispensable y necesario para darle el seguimiento correspondiente a su solicitud. Aunado a lo anterior, en el artículo siguiente, el 99 del código se especificó que, en caso de que los

16. JIMÉNEZ GARCÍA, J. F., «Evolución de la patria potestad en el derecho mexicano a partir del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California», *Revista de Derecho Privado*, México, 8, 2004, pp. 3-61, p. 16.

17. RAMÍREZ MARTÍNEZ, B., «Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación civil federal mexicana», *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, vol. XXXVI, 2017, pp. 85-112, p. 102.

18. SOTO SOBREYRA Y SILVA, I., «Capitulaciones...», *cit.*, p. 117.

19. RAMÍREZ MARTÍNEZ, B «Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en la legislación...», *cit.*, p. 104.

cónyuges no pudieran o supieran redactar el convenio a que se refería el artículo 98 fracción V, la autoridad, en este caso el oficial del Registro Civil, tenía la obligación de redactarlo respetando la voluntad y decisión de los contrayentes.²⁰

Sin embargo, los representantes del Estado están saturados de trabajo y difícilmente pueden dialogar con las partes y explicarles el alcance de las capitulaciones y solo se limitan a recabar los formatos y ver que los cónyuges reúnan los requisitos. Esto da lugar a múltiples interpretaciones, porque en el Código Civil del Distrito Federal establecía que mientras no se aprobara que los bienes y utilidades obtenidos por alguno de los cónyuges pertenecen a solo uno de ellos, se presume que forman parte de la sociedad conyugal.²¹

De lo anterior se advierte que no solo se requería el consentimiento para contraer matrimonio por parte de los futuros cónyuges, si no que se le adicionan una serie de requisitos que se habrán de cumplir para estar en posibilidad de contraer matrimonio, como lo es el acompañar un convenio traducido en capitulaciones matrimoniales donde se regulen los bienes que surjan de su vida en matrimonio.

En consecuencia, se puede concluir que el Código de 1928, a diferencia del Código de 1884, que ya se comentó, presuponía como régimen supletorio la sociedad legal; en el fondo, para proteger sobre todo a la mujer; o la Ley Sobre Relaciones Familiares el régimen de separación de bienes, también para proteger a la mujer, no estableció el régimen supletorio de tal manera que forzosamente se tenía que pactar dejando a un lado lo que llamó el Código de 1928 una «mal entendida dignidad»;²² en ese sentido, se logra observar cómo es que, en cuanto hace al aspecto de la igualdad que se busca entre el hombre y la mujer respecto a la administración y regulación de sus bienes del matrimonio se traduce en cambios

20. Cámara de Diputados, Congreso de La Unión, 1928, *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal*, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf, (última consulta realizada el 23 de abril de 2022).

21. TORRES RAMOS M. G. ANTONIO MORALES NOTARIO J. «El Matrimonio Ante La Fe Del Notario Público», *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Directo Centro de Ciências Jurídicas*, 01, 2020, pp. 43-59, p. 55.

22. SOTO SOBREYRA Y SILVA, I., «Capitulaciones...», *cit.*, p. 118.

y reformas legislativas tendientes a la protección e igualdad de las partes.

Al respecto, así lo señaló la exposición de motivos que en su parte conducente dice: «[...] se obligó a que, al contraerse matrimonio, forzosamente pactaran los cónyuges acerca de si establecían comunidad o separación de bienes, procurándose por este medio garantizar debidamente los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre desea hacerla la compañera de su vida. De esta manera, se combaten prejuicios muy arraigados que impiden, por falsa vergüenza o mal entendida dignidad, tratar de asuntos pecuniarios cuando se funda una familia, que imperiosamente exige muchos y continuados gastos...».²³ Del mismo modo que en el punto anterior, se advierte que el legislador intenta alcanzar por medio de las disposiciones legislativas una manera de colocar en un plano de igualdad, particularmente a la mujer, para de esa forma salvaguardar aquellos aspectos que derivan del matrimonio y que tienen una relación con la familia.

Asimismo, resulta importante señalar que el artículo 189 del Código de 1928 establecía que las capitulaciones que lo constituyan deben contener un inventario detallado del activo y pasivo de cada consorte y la parte de ese activo y de ese pasivo que integrará la sociedad; el nombramiento del administrador, expresando con claridad las facultades que se le conceden y las bases para liquidar la sociedad. En el Código actual, el referido numeral, en sus fracciones VII, IX y X, agrega que se debe señalar quién administrará la sociedad y precisar sus facultades, declarar expresamente si la herencia, el legado, la donación o el don de la fortuna forman parte de la comunidad; en caso contrario, se entenderán como propios del adquirente y además se deberán establecer las bases para la liquidación de la sociedad,²⁴ de lo anterior se advierte como es que el legislador contempla muchos más supuestos que deben ser incluidos en el contenido del convenio donde se pacten capitulaciones matrimoniales, de esa manera se resalta su importancia en su celebración.

23. SOTO SOBREYRA Y SILVA, I., «Capitulaciones...», *cit.*, p. 118

24. ORTA GARCÍA, M. E., «Regímenes patrimoniales en el matrimonio», en F. Serrano Migallón, (coord.) *Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 1-269, p. 139.

Posteriormente, en el año 2000, se publica en la *Gaceta* en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, modificándose primeramente la denominación para llamarse lo que actualmente conocemos como Código Civil Federal.²⁵

En cuanto a las reformas tendientes a modificar la regulación de las capitulaciones matrimoniales, se observa que el legislador precisó la posibilidad de modificación de las capitulaciones en el artículo 180 del Código Civil, permitiendo su modificación únicamente ante el juez de lo Familiar,²⁶ sin embargo, lo anterior se atemperó con la reforma al artículo 180 del Código Civil para el Distrito Federal por el artículo único del decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de fecha 13 de enero del año 2004, en donde se reconoció la posibilidad de otorgar dichos cambios ante notario público, entendiéndose pues que también se puede disolver y liquidar ante notario público. Una de las razones posibles para dicha reforma, quizá sea en el fondo el ayudar y con esto desahogar al Poder Judicial de asuntos donde en realidad no hay litis y que se conoce como de jurisdicción voluntaria;²⁷ en ese sentido, permite a la institución una mejor flexibilidad para su desarrollo.

Ahora bien, cabe resaltar que, posteriormente, hubo reformas hechas al Código civil en los años 2000 y 2004 respecto de las capitulaciones matrimoniales; por un lado, se incluye en la normativa que la administración de los bienes deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario, a diferencia del texto antiguo, el cual establecía que las capitulaciones reglamentarían la administración. En ese sentido, se puede concluir que la intención del legislador es cuidar el aspecto de la igualdad de los contrayentes, otorgándoles total capacidad de administración y decisión en sus respectivos bienes que conformaran su patrimonio familiar.

25. CRUZ BARNEY, O., *La codificación en México: 1821-1917: una aproximación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, pp. 1-217, p. 66.

26. VÁZQUEZ REAL, J., «Algunas consideraciones técnicas respecto a los efectos de la sociedad conyugal en base a las reformas al Código Civil para el Distrito Federal», *Revista Mexicana de Derecho*, 13, 2011, pp. 313-346, p. 319.

27. SOTO SOBREYRA Y SILVA, I., «Capitulaciones...», *cit.*, p. 128.

Igualmente, se precisó la posibilidad de modificación de las capitulaciones y en su última reforma reconocieron la posibilidad de otorgar dichos cambios ante notario público, conceptualización técnica que permite a la institución una mejor flexibilidad para su desarrollo, asimismo que estas podían otorgarse antes o después de celebrarse el matrimonio.

Todo esto, demuestra que el Derecho mexicano ha contemplado en la legislación la figura de capitulaciones matrimoniales y que esta ha sufrido cambios y reformas, demostrando, pues, una evolución positiva, aun cuando su práctica actual es muy poco visible, por ello resulta importante su difusión y promoción para que su utilización sea mucho más visible.

IV. CONCLUSIÓN

Se puede concluir que, a lo largo de la historia y desde los inicios del Derecho romano, las capitulaciones matrimoniales han existido como una manera de regular los bienes y aquellas consecuencias patrimoniales o económicas que derivan de la celebración del matrimonio y su disolución.

Asimismo, son una consecuencia necesaria y forzosa del matrimonio que tienen como finalidad resolver los problemas económicos de la pareja y de la familia, ante el deseo de un mejoramiento económico, sin necesidad de aprobación para su validez.

Los problemas que enfrentan los cónyuges, entre ellos mismos y frente a terceros, se deben a la creencia de que contraer matrimonio y optar por un régimen patrimonial basta para regularlo, sin considerar que la decisión que tomarán implica someter su patrimonio a reglas que no bastan para la obtención de un fin específico, motivo por el que el legislador establece un medio utilizable por la población para alcanzar un objetivo económico dentro del matrimonio. Al no celebrarse estas capitulaciones matrimoniales, las parejas pierden una gran posibilidad de beneficiarse de los bienes de ambos por el desconocimiento, ya que en estas se puede establecer un régimen total, parcial o mixto, conforme a sus intereses.

Por último, es evidente que los modelos de matrimonio y familia en la actualidad son muy diferentes a la antigua familia romana. En razón de ello, la evolución de esta figura ha sido resultado de una lucha tanto social como legislativa para llegar a un plano de igual entre el hombre y la mujer en cuanto a la administración de los bienes del matrimonio.

PROYECCIÓN POSTJUSTINIANA DEL RIESGO EN EL LEGADO

*Post-Justinian projection
of legacy-related risk*

ALFONSO MURILLO VILLAR

Universidad de Burgos

Resumen: el objetivo de este trabajo es conocer quién y por qué ha de soportar el detrimento del objeto legado en todos aquellos supuestos de pérdida, deterioro o menoscabo englobados bajo el concepto de riesgo. Para ello nos centraremos en la recepción del *periculum legatarii* desde su definitiva regulación en el Derecho justiniano hasta llegar al último cuerpo legal vigente en que ha sido contemplado, el Código Civil de Cataluña. Por sus efectos jurídicos, los legados pueden ser reales u obligacionales. En ambos supuestos, toda pérdida, deterioro o menoscabo que sufra la cosa legada y de la cual no deba responder el heredero o gravado con el legado lo asumirá el legatario. Dicho principio ha quedado recogido definitivamente en la locución justiniana: *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*.

Palabras clave: Legados. Tipos de legados. *Periculum legatarii*. Riesgo en el legado.

Abstract: the objective of this study is to know who has to bear any damage to the object of the legacy under all those circumstances of loss, deterioration, or detriment that are encompassed under the concept of risk. To do so, we centre on the reception of the *periculum legatarii* from its definitive regulation in Justinian Law up until the most recent legal text in which it is contemplated: the Civil Code of Catalonia. Legacies can, because of their legal effects, be real or in the form of obligations. Under both assumptions, the legatee will assume all losses, deterioration or detriment affecting the object of the legacy, to which the heir or person encumbered with the legacy is not obliged to respond. That principle has been definitively expressed in the Justinian phrase: *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*.

Keywords: Legacies. Types of legacies. *Periculum legatarii*. Legacy-related risk.

SUMARIO: I. Introducción. II. El *periculum legatarii* en las *Instituciones* de Justiniano. III. El riesgo de la cosa legada en los precedentes inmediatos del Código Civil español. IV. El riesgo de la cosa legada en el Código Civil. V. El riesgo en los legados en el Código Civil de Cataluña. VI. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Volvemos de nuevo en esta sede sobre una cuestión que abordamos hace ya un tiempo,¹ pues, aunque no ha sufrido especiales modificaciones, ni tampoco ha habido muchos estudios doctrinales al respecto, sin embargo, ha sido introducida en el Código Civil catalán por medio de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Ello nos ha llevado a analizar si su actual plasmación legal se corresponde con aquella que se estableció en el ordenamiento jurídico romano o ha sufrido alguna variación. El objetivo de este trabajo, por lo tanto, es conocer quién y por qué ha de soportar el detrimento del objeto legado en todos aquellos supuestos de pérdida, deterioro o menoscabo englobados bajo el concepto de riesgo.

Es de todos conocido, que el objeto legado, en el tránsito que soporta desde el fallecimiento del causante hasta la plena efectiva disposición por parte del legatario, puede sufrir pérdidas o deterioros inimputables, en atención a los criterios habituales de imputación de la responsabilidad (dolo, culpa, custodia, mora, caso fortuito), a los sujetos intervinientes en dicha relación jurídica y que, sin embargo, alguien tendrá que asumir, originando, a nuestro entender, la figura del riesgo y su correspondiente asunción.

La expresión *periculum* deriva de *perire* que constituye la forma pasiva de *perdere*,² sinónimo, a su vez, de *destruere*, *evertere*, *amittere*, *interire* y *perimere*.³ Así, pues, *periculum*, riesgo, converge siempre en la idea de pérdida, destrucción, desaparición, muerte, aniquilamiento, etc., que experimenta un patrimonio, un conjunto de cosas o, simplemente, una sola cosa.⁴ En suma, cuando una *res* perece, se menoscaba

1. MURILLO VILLAR, A., *El riesgo en el legado (Del Derecho romano al Código Civil)*, Burgos, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1993.

2. Vid. ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano, II*, (ristampa), Napoli, Jovene, 1980, pp. 250 y ss.

3. FORCELLINI, A., *Lexicon opera et studio, IV*, 1868, s.v. *perdere* y *perire*, citado por ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, Montecorvo, 1972, p. 91.

4. Esta misma impresión nos ofrece Marcelo cuando nos define *periisse*: D.50.16.9 (*Ulp. 5 ad ed.*). *Marcellus apud Iulianum notat verbo «perisse» et scissum et*

o destruye, perece, se menoscaba o destruye para alguien, provocando el problema de la imputación de la disminución del patrimonio, ya sea una realidad ya sea una expectativa.

Conviene precisar que el término *periculum* en las fuentes romanas no es un concepto unitario, reconducible a una única significación jurídica, sino que por el contrario ofrece una diversidad de matices, con un variado significado que depende del contexto en que se utilice, bien como lenguaje legal, bien como lenguaje ordinario.⁵ Soslayamos el estudio del riesgo en la compraventa y en otras relaciones contractuales, para centrarnos en destacar quién soportará el riesgo en las sucesiones testamentarias con liberalidades de legado, desde que el causante fallezca hasta que el legatario tenga plena disposición, en aquellos casos en que lo legado perezca o se menoscabe sin intervención directa de quienes forman parte en la actividad sucesoria, heredero y legatario. Y ello, porque cuando un legado no se puede cumplir por acontecimientos ajenos a la voluntad de las partes intervinientes, heredero o gravado y legatario, en principio no surge ninguna responsabilidad directamente imputable, sino más bien una situación de asunción de los daños derivados del deterioro o pérdida del legado, lo cual significa hacer frente al *periculum*.

Por sus efectos jurídicos, los legados pueden ser reales u obligacionales. Producirán efectos reales cuando sea un legado traslativo de propiedad o constitutivo de un derecho real, y será un legado de efectos obligatorios si constituye relaciones obligatorias.⁶ Entre los primeros, el legado *per vindicationem* y su forma secundaria, el legado *per*

fractum contineri et vi raptum. Esta nota de Marcelo debía formar parte de una exposición que comprendía también la nota contenida en D.19.2.41, pues ambas están tomadas del mismo contexto ulpiano. Vid. VOCI, P., «“Diligentia”, “custodia”, “culpa”. I dati fondamentali», *SDHI*, 56, 1990, pp. 77 y ss.

5. Vid. MACCORMACK, G., «Periculum», *ZSS* 96, 1979, pp. 129-172; del mismo autor *Further on periculum*, en *BIDR* 82, 1979, pp. 11-37. MIQUEL, J., «Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale», *ZSS*, 81, 1964, pp. 134 y ss.; breve resumen en *Curso de derecho romano*, Barcelona, PPU, 1987, pp. 358 y ss.

6. FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, ristampa, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1976, pp. 1 y ss. BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 1955, pp. 269 y ss.; también en s.v. «legato (Diritto romano)», en *Noviss. Dig. it. IX*, Torino, 1963, (ristampa 1982), p. 603. GROSSO, G., *I legati nel diritto romano. Parte generale*, 2.^a ed., Torino, Giappi-

praeceptionem, tienen eficacia real. En estos tipos de legados la adquisición del legatario tiene carácter inmediato desde el instante mismo de la aceptación de la herencia por parte del heredero, pues será cuando podrá ejercitar legalmente ya la *vindicatio*.⁷ Por lo tanto, en los legados reales se determina a cargo del heredero una responsabilidad semejante a aquella que deriva del ejercicio de una acción real, lo cual significa que la pérdida, deterioro o menoscabo es por cuenta del legatario, pues es el propietario, lo que significa que a partir del mismo momento en que el heredero acepta la herencia ya no existe posibilidad de *periculum*, pues si el objeto legado es propiedad del legatario este soportará el riesgo. En suma, nunca se podrá responsabilizar al heredero de la pérdida de la cosa, salvo en aquellos supuestos dolosos o culposos sobre la misma. En definitiva, desde el momento de la aceptación de la herencia por el heredero, tratándose de legados reales, no existe posibilidad de *periculum*.

Sin embargo, por lo que respecta a los legados con efectos obligatorios, el legado *per damnationem* y su variante, el legado *sinendi modo*, originan una *obligatio* de *dare e in faciendo*, respectivamente, al heredero,⁸ y un derecho de crédito a favor del legatario al que no se transfiere la propiedad sino la posibilidad de ejercitar una acción personal para hacer valer su crédito contra el heredero y hacerse así transmitir el *dominium* de la cosa legada.

Del legado con efectos obligatorios nace a cargo del gravado una *obligatio ex testamento* análoga a aquella naciente de la *stipulatio*, respecto de la cual, como en toda obligación, surge el problema de la responsabilidad en caso de incumplimiento. Según Gayo 2.204 lo legado *per damnationem*, cuando es aceptada la herencia, no se hace inmediatamente propiedad del legatario, sino que continúa siendo propiedad del heredero,⁹ a diferencia, contrariamente, de lo que sucede en los legados reales. De ello se infiere que, si el objeto legado sigue

chelli, 1962, pp. 74 y ss. VOCI, P., *Diritto ereditario romano, II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 1963, pp. 223 y ss.

7. Vid. Gayo 2.194 y ss. y 2.216.

8. ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2.^a ed., Napoli, Jovene, 1958, p. 20.

9. GINESTA, J., *El legatum per damnationem*, Barcelona, 1989, p. 12, admite esto mismo, sin embargo, p. 38, mantiene que los principios que se deducen de D.31.80 son

siendo propiedad del heredero, y el beneficiario último es el legatario, a quien se deberá transmitir la propiedad, se ha creado una *obligatio* incuestionable en la que el supuesto del riesgo recibe perfecta acogida, ya que en aquellos supuestos de perecimiento o menoscabo en los que no se pueda imputar una responsabilidad subjetiva será preciso argumentar el criterio del *periculum* al objeto de imputar las desventajas. Es decir, en los legados obligatorios, la asunción del riesgo se extiende desde el *dies cedens* hasta el instante mismo en que el legatario tenga la disponibilidad efectiva de lo legado, que se producirá tras la preceptiva y previa transmisión por parte del heredero gravado. Entendemos, pues, que el riesgo comienza para el legatario, excluida su propia responsabilidad, donde termina la responsabilidad del heredero. Como en tema de *stipulatio*,¹⁰ el heredero responderá de la imposibilidad de la ejecución del legado siempre y cuando dicha imposibilidad le sea imputable. De donde se colige que no existirá riesgo cuando el heredero deudor actúa con dolo.

Toda obligación, por su propia naturaleza, origina un estado de inseguridad en el acreedor que perdura hasta el instante mismo de su cumplimiento. Si la obligación se cumple a satisfacción del acreedor, hablando en términos jurídicos, la actividad propia del deudor ha finalizado; sin

perfectamente aplicables al legado *per damnationem* soslayando, a nuestro entender, lo expuesto por Gayo 2.204.

10. Con frecuencia se han equiparado los efectos obligatorios de la *stipulatio* y el legado *per damnationem*, dado que en ambos casos se trata de una *obligatio rem dandi*, en la que hay un deudor (heredero) y un acreedor (legatario) que podrá dirigir contra aquel la *actio ex testamento* análoga a la *actio ex stipulatu*. No detenemos nuestras mientes en este punto, pues al objeto de analizar el *periculum legatarii* resulta en cierto modo irrelevante y superflua su comparación para extraer conclusiones. No obstante, no opina igual CUENA BOY, F., «Sobre el riesgo en los legados en Derecho romano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 82, 1992-1993, pp. 267-284. Sobre el debate de la cuestión apuntada *vid.* FERRINI, C., «Osservazioni sulla responsabilità dell'erede nel legato "per damnationem" di una res certa» en *Opere* IV, Milano, 1930, pp. 207 y ss. MITTEIS, L., «Stipulation und Legat», *ZSS*, 32, 1911, pp. 1 y ss. ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità...*, *cit.*, pp. 9 y ss. VOCI, P., «I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati per damnationem e dei fedecommissi», *SDHI*, 1, 1935, pp. 48 y ss. BIONDI, B., *Successione testamentaria...*, *cit.*, pp. 270 y ss. BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano, vol. II, parte I*, Padova, Cedam, 1962, pp. 133 y ss. TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Madrid, Edisofer, 2008, p. 652. GINESTA, J., *El «legatum per damnationem»...*, *cit.*, pp. 24 y ss.

embargo, en aquellos supuestos de incumplimiento, de cualesquiera obligación, se hace necesario precisar la responsabilidad de las partes en orden a depurar las posibles consecuencias perjudiciales imputables a aquel que incumplió; es decir, en las obligaciones, si el deudor cumple la prestación, paga o entrega, se cierra su ciclo normal y se extingue la obligación, pero si esta se incumple, no se paga o no se entrega, entonces entra en juego la responsabilidad del deudor. Nos encontramos, pues, ante lo que generalmente se denomina por la doctrina romanística responsabilidad contractual, cuya complejidad es de una extraordinaria magnitud.¹¹ No obstante, soslayamos dicha cuestión para centrarnos en la recepción del *periculum legatarii* hasta llegar al último cuerpo legal vigente en que ha sido contemplado, el Código Civil de Cataluña (CCCat.), a cuya cuestión no se le ha dedicado por la doctrina una especial atención.

II. EL *PERICULUM LEGATarii* EN LAS *INSTITUCIONES DE JUSTINIANO*

Frente a la amplia y variada casuística que nos ofrece Justiniano en el *Digesto*, recogiendo la práctica totalidad de los supuestos que engendran una situación de riesgo para el legatario, nos encontramos con que en sus *Instituciones* (I.2.20.16), se limita a enunciar una regla general y el

11. Reconocemos que hablar de responsabilidad contractual en Roma es un convencionalismo que surge de aplicar conceptos dogmáticos actuales al Derecho romano; sin embargo, ha sido utilizado frecuentemente por los romanistas con finalidad docente y como adecuación al pensamiento moderno, porque, efectivamente, los juristas romanos, conforme a su método casuístico, no teorizaron al respecto, ni elaboraron una teoría general de la responsabilidad contractual. Desde luego, el término responsabilidad contractual es inexacto por cuanto se trata de un problema que concierne a todas las obligaciones, no solamente a aquéllas que tienen como fuente un contrato. Aun siendo ciertas estas premisas, sin embargo, consideramos conveniente utilizar el término responsabilidad contractual, con todas las matizaciones que se quiera, al referirnos a la obligación que surge en los legados productores de efectos obligatorios, pues de ellos nace a cargo del heredero una *obligatio ex testamento*, encuadrada por Justiniano entre las *obligationes quasi ex contractu* (I.3.27.5 y D.44.7.5.2), lo que permite aplicar a las circunstancias testamentarias los principios generales de las *obligationes*.

desarrollo de un evento concreto, la manumisión. Sorprende la contundencia y brevedad con que el emperador se expresa queriendo resumir en pocas palabras lo que los juristas clásicos dijeron en largos discursos.

I.2.20.16. «*Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Iulianus scripsit, nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse. sed et si alii donaverit servum et is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse*».

Este texto es el único de las *Instituciones* que permite extraer la concepción justiniana del riesgo en los legados. Aunque su concisión es abrumadora, en comparación con la casuística de los *Digesta*, esto no debe asombrarnos, pues se trataba de un manual elemental con fines escolásticos, en el que, tal vez, se prefirió la exactitud del principio general a lo abigarrado y complejo que resulta el casuismo clásico.

Para una exégesis provechosa de I.2.20.16 es necesario dividirlo en cuatro partes perfectamente delimitadas, resaltando que el emperador distingue entre cosas y esclavos, lo cual justifica nuestra organización del estudio, pues ambos reciben un tratamiento jurídico, si no diferente, si por lo menos parcialmente distinto.

Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit.

Si se nos preguntase una definición de lo que entendemos por riesgo, seguramente, la más exacta y acertada, la acabamos de transcribir. Justiniano perfila perfectamente las esferas de delimitación del riesgo; si la cosa legada perece sin intervención del heredero, perece para el legatario; es decir, *periculum* es la pérdida de las cosas legadas sin mediación directa del heredero, e imputable al legatario; por consiguiente, *periculum est legatarii*, en el sentido, como dice Betti,¹² de que el acreedor legatario no puede ejercitar la *actio ex testamento*, y por ello soporta el riesgo del perecimiento.

Resulta, pues, que la cosa legada está determinada en su individualidad concreta, y el perecimiento se produjo con ausencia de un

12. BETTI, E., *Istituzioni...*, cit., p. 346.

comportamiento positivo y causativo del heredero, de donde se deduce que la pérdida será asumida por el legatario por no ser imputable al heredero.¹³ El principal argumento en favor de la afirmación justiniana, que sigue en este tema a la jurisprudencia clásica, es el análisis minucioso de la pérdida imputable; desde el instante mismo en que la pérdida no sea imputable al heredero en atención a los criterios habituales de responsabilidad, la misma se atribuye al legatario.

Aparece en el texto el debatido tema del *factum heredis* (*debitoris*), superando los conceptos de *dolus et culpa*, como criterios de responsabilidad subjetiva. El *factum heredis* plantea serias dudas sobre la naturaleza de esta responsabilidad y su pretendida naturaleza culposa, pero esto no es óbice para defender que el *factum heredis* es un criterio de imputación de responsabilidad, que se concreta en la pérdida, deterioro o cambio legal de la cosa debida, de manera que la imputabilidad del heredero por la imposibilidad sobrevenida causada por un comportamiento suyo voluntario es visto como un *factum*,¹⁴ el cual produce una *perpetuatio obligationis*.¹⁵ Por lo tanto, cualquier evento extraño al *factum heredis*, que haga imposible el cumplimiento del legado comporta la liberación del heredero.¹⁶

Prescindimos de la realización de un estudio en profundidad del *factum heredis*, ateniéndonos a las conclusiones de Torrent,¹⁷ ya que, si bien es un criterio de imputación de responsabilidad, si nos ceñimos a la literalidad del texto la cosa legada pereció *sine facto heredis*, es decir, exonerado el heredero de toda responsabilidad, el riesgo lo asume el legatario. Esta máxima justiniana se compadece con la visión del *periculum* que tuvieron los juristas clásicos. La regla *periculum est legatarii* sirve absolutamente para las cosas,¹⁸ y en parte, según los textos

13. BETTI, E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Anno accademico 1957-58, Roma, Edizioni «Ricerche», 1957, p. 43.

14. Sobre el *factum heredis* vid. el concluyente trabajo de TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. U. Álvarez Suárez*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1978, pp. 493-517.

15. BETTI, E., *Istituzioni...*, cit., p. 140 n. 30.

16. BIONDI, B., *Successione testamentaria...*, cit., p. 356.

17. TORRENT, A., *Factum debitoris, culpa debitoris, scientia*

18. D.30.108.10 (*Afric. 5 quaest.*); D.30.26.1 (*Pomp. 5 ad Sab.*); D.32.16 (*Pomp. 1 fideic.*); D.35.2.73 pr. (*Gai. 18 ad ed. prov.*); D.32.15 (*Maec. 2 fideic.*);

del *Digesto* y como expone I.2.20.16, para los esclavos,¹⁹ lo que explica la constante distinción *res-servus*, ya que en caso contrario resultaría superfluo todo el resto del texto.

Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres.

Exceptuada la primera frase de I.2.20.16, la parte restante viene referida a la manumisión del esclavo legado, y a las posibles consecuencias perjudiciales para el heredero o el legatario, según de qué supuesto se trate. Resulta llamativo que Justiniano no recoja en sus *Instituciones* la amplia casuística de supuestos que engendran riesgo: circunstancias de fuerza mayor; actos ilícitos de personas ajenas al heredero; ejercicio legítimo de potestades por parte del heredero; fuga del esclavo legado etc., concentrándose en un estudio específico y preciso en torno al riesgo que origina una manumisión.

Si se hubiera legado un esclavo ajeno y este hubiera sido manumitido sin intervención del heredero, este queda exonerado de responsabilidad, es decir, el legatario no percibirá el esclavo. La manumisión del esclavo por su legítimo dueño es un supuesto clarísimo de *periculum*, del que se excluye toda responsabilidad imputable al heredero y al legatario, aunque este será quien sufra el perjuicio. Destaca en el fragmento como preocupación constante del emperador aquella de verificar si ha existido un *factum heredis*, es decir, un comportamiento voluntario del heredero obligado *ex testamento*. Cuando el objeto legado *per damnationem* es un esclavo ajeno, y la prestación sobreviene imposible porque su dueño le ha

D.35.2.30.4 (*Maec. 8 fideic.*); D.36.3.18 pr. (*Scaev. 29 dig.*); D.30.58 (*Pap. 9 resp.*); D.31.65.1 (*Pap. 16 quaest.*); D.33.7.3 pr. (*Pap. 8 resp.*); D.36.1.60(58).1 (*Pap. 9 resp.*); D.36.1.60 (58).6 (*Pap. 9 resp.*); D.36.2.26 pr. (*Pap. 9 resp.*); D.31.49 pr. (*Paul. 5 ad leg. Iul. et Pap.*); D.30.47.6 (*Ulp. 22 ad Sab.*); D.30.53.5 (*Ulp. 25 ad Sab.*); D.30.53.7 (*Ulp. 25 ad Sab.*); D.33.6.13 (*Ulp. 23 ad Sab.*); D.33.1.17.1 (*Lab. II. Post. a Iav. epitom.*); D.33.6.5 (*Iul. 15 dig.*); D.36.1.23(22).3 (*Ulp. 5 disput.*); D.36.1.34(33) (*Marc. 8 instit.*).

19. D.30.84.10 (*Iul. 33 dig.*); D.30.108. pr. (*Afric. 5 quaest.*); D.30.36.3 (*Pomp. 6 ad Sab.*); D.30.45.1-2 (*Pomp. 6 ad Sab.*); D.30.67 pr. (*Gai. 1 de leg. ad ed. praet.*); D.30.69.5 (*Gai. 2 de leg. ad ed. praet.*); D.30.35 (*Paul. 3 ad Sab.*); D.30.39 pr. (*Ulp. 21 ad Sab.*); D.30.53.3-4-8-9 (*Ulp. 25 ad Sab.*); D.36.1.23(22).3 (*Ulp. 5 disp.*); D.32.22.2 (*Hermog. 4 iur. epit.*).

conferido la libertad, el heredero no responde de esta imposibilidad sobrevenida, porque no depende de un comportamiento suyo.²⁰

El esclavo, como tal esclavo, al haber sido manumitido por su legítimo dueño, no existe; es decir, el objeto de la prestación se ha extinguido y, por tanto, es imposible su cumplimiento. Se observa, pues, que el heredero no era propietario del esclavo, la manumisión no dependía de una actividad positiva u omisiva suya, es un evento alejado de sus potestades legítimas, de donde se colige que el gravado no será responsable de la concesión de la libertad al esclavo y de la consiguiente pérdida perjudicial para el legatario. En consecuencia, la prestación es imposible para el heredero, el cual no responderá frente al legatario porque se halla ante una imposibilidad sobrevenida ajena a cualquier intervención suya.

Curiosamente, Justiniano no utiliza la misma decisión para el primero que para el segundo de los casos que recoge en I.2.20.16, aun cuando las consecuencias para el legatario sean las mismas: la pérdida del objeto legado. En el primer supuesto decide el emperador que ante el percimiento de la cosa legada *sine facto heredis, legatario decedit*, mientras que en el segundo caso, si el esclavo ajeno legado hubiese sido manumitido *sine facto heredis, non tenetur heres*. Las consecuencias de la imposibilidad, aun cuando son iguales en ambos casos, resultan ser más contundentes y directas en el primero, *legatario decedit*, que en el segundo, *non tenetur heres*, como si se quisiera comenzar a abrir una puerta a la esperanza del legatario en orden a buscar posibles responsabilidades en las actuaciones del tercero. En conclusión, mientras en la primera hipótesis imputa la pérdida directamente al legatario, en la segunda se limita a excluir de toda posible responsabilidad al heredero, intentando dejar un mayor margen de maniobrabilidad al legatario en orden a depurar responsabilidades antes de asumir la pérdida.

Mucho se ha discutido en torno al origen de I.2.20.16, fijándose con cierta exclusividad en el tercer supuesto que se recoge en el texto, obviando cuanto antecede,²¹ sin tener en cuenta, a nuestro entender, un texto

20. BETTI, E., *Istituzioni...*, *cit.*, p. 346 n. 13.

21. Según FERRINI, C., «In torno ai passi comuni ai digesti ed alle Istituzioni», en *Opere II*, Milano, 1929, p. 195, I.2.20.16 proviene de D.30.112.1, opinión rechaza por VOCI, P., «I limiti della responsabilità nell'adempimento dei legati...», *cit.*, pp. 68 y ss.,

paulino cuya similitud con la segunda frase de I.2.20.16 es palpable; se trata de D.30.35 (*Paul. 3 ad Sab.*). *Si heres alienum hominem dare damnatus sit et hic a domino manumissus sit, nihil ex hoc legato debetur*. El supuesto es el mismo: el heredero obligado a dar un esclavo ajeno que ha sido manumitido queda exonerado de responsabilidad. La legítima manumisión del esclavo imposibilita el cumplimiento del legado al gravado como si de un caso de fuerza mayor se tratase, transmitiendo al legatario todas las consecuencias perjudiciales de aquel acto del tercero.²²

Si vero heredis servus legatus fuerit et ipse eum manumiserit, teneri eum Iulianus scripsit, nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse.

Esta parte de I.2.20.16, de incierta procedencia, tal vez de D.30.112.1, sin descartar D.36.1.26(25).2 y todos los textos de origen juliano que abordan la manumisión del esclavo legado,²³ antes que tratar un supuesto evidente de riesgo para el legatario se refiere más bien a la atribución objetiva al heredero de una determinada porción de riesgo. Dice el final del texto que si legado un esclavo del heredero este lo hubiera manumitido queda obligado, con independencia de que supiera o ignorara que había sido legado a su cargo.²⁴ Podría parecernos, en principio, que esta decisión justiniana, por otro lado, de estricto

pero aceptada por TORRENT, A., *Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris, cit.*, p. 494, que lo compagina con D.36.1.26.2 de origen juliano y toda la cadena de textos que derivan de este jurista, y que tratan de la manumisión del esclavo.

22. La manumisión del esclavo ajeno realizada por su legítimo dueño es un caso de fuerza mayor que exonera al heredero de cualquier responsabilidad, habida cuenta de la imposibilidad de injerirse en los actos de disposición legítima de un tercero. A los efectos del incumplimiento del legado, la manumisión equivale a la muerte natural del siervo, y no es de extrañar que los juristas afirmen que *haec manumissio morti similis sit*. En este sentido se manifiesta Pomponio 9 *epist.*, D.46.3.92 pr.- *Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus, antequam per te staret quo minus dares, a domino manumissus sit, haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset, non tenearis*.

23. TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa...», *cit.*, pp. 493 y ss. *Vid.* KASER, M., *Das Römische Privatrecht, I; Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Auflage, München, 1971*, p. 506 n. 19.

24. BETTI, E., *Istituzioni, vol. II, parte I, cit.*, p. 346.

origen clásico,²⁵ no se compadece con la teoría del riesgo que venimos exponiendo, ya que el heredero ha ejercitado una potestad legítima y, sin embargo, no es razón suficiente para exonerarle de responsabilidad.²⁶ La razón, tal vez, deba buscarse en que la manumisión es un *factum* imputable por cuanto se trata de un comportamiento voluntario que produce un daño que hay que reparar,²⁷ y que, en nuestra opinión, no encaja estrictamente dentro del concepto de riesgo, sino que más bien se sitúa en las esferas que lo delimitan.

Se trata, en resumen, de buscar el elemento decisivo que haga factible la imputación de la imposibilidad; como la hipótesis plantea la transferencia de una concreta *res*, el único criterio válido es el *factum* del obligado, es decir, un comportamiento voluntario como causa misma de la imposibilidad, comportamiento que el emperador tiene en cuenta en las dos primeras hipótesis para eximir de responsabilidad al heredero. El heredero, claro está, tiene que responder por la manumisión del esclavo, de donde se desprende un riesgo compartido; riesgo para el legatario que se aprecia en la consecuencia perjudicial de privación del esclavo legado aun cuando se le satisfaga su *aestimatio*; y riesgo para el heredero derivado de la manumisión ya que, aun tratándose del ejercicio de una potestad legítima, esta le va a acarrear unos perjuicios por cuanto va a tener que responder del *pretium* del esclavo.

Esta solución justinianea, que en principio pudiera sorprendernos, no es ajena a la *ratio* clásica de imputación compartida del riesgo; baste recordar las consecuencias que para el heredero supone la fuga del esclavo legado en orden a su búsqueda y, si culmina satisfactoriamente, su posterior entrega, cuyos gastos debe sufragar, independientemente del futuro éxito o fracaso de la persecución. En consecuencia, y con más razón, no se puede privar al heredero de responsabilidad cuando la imposibilidad de la prestación es debida a un hecho suyo voluntario, la manumisión.

Lo mismo debe decirse cuando el heredero, ignorando el legado, ha donado el esclavo a un tercero y este lo ha manumitido.

Sed et si alii donaverit servum et is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.

25. TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa...», *cit.*, p. 496.

26. En sentido semejante, pero hipótesis diferente, D.30.53.4.

27. TORRENT, A., «Factum debitoris, culpa...», *cit.*, p. 517.

Nos encontramos de nuevo ante una pérdida imputable; el cumplimiento de la prestación es imposible para el obligado, y como dicha imposibilidad deriva de un *factum* suyo voluntario, la responsabilidad subsiste, *tenetur heres*. Se observa, pues, que el ejercicio de potestades legítimas que impiden el exacto cumplimiento de la *voluntas testatoris* no eximen de responsabilidad al heredero, lo que representa un intento de evitar un beneficio al gravado en detrimento del beneficiado, pues se estaría contradiciendo frontalmente el *animus* del causante.

En consecuencia, la decisión del emperador responde a la ausencia de razones objetivas que justifiquen una disminución patrimonial en perjuicio del legatario, manteniendo firme el principio de que la cosa debe ser entregada en la situación en que se encuentre cuando se abra la sucesión, evitando cualquier ventaja para el heredero que acarree un daño para el beneficiado con la disposición del legado.

III. EL RIESGO DE LA COSA LEGADA EN LOS PRECEDENTES INMEDIATOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El Código Civil español, en su artículo 882.2, fiel a sus raíces romanas, ordena el traspaso del riesgo de la cosa legada al legatario. Los precedentes legales de este párrafo se podrían justificar, sin violentar las fuentes, en la jurisprudencia clásica romana y en las *Instituciones* de Justiniano; sin embargo, los precedentes inmediatos parecen ser *Partida* 6.9.41; artículo 698 del Proyecto de 1851 y artículo 867 del Anteproyecto del Código Civil de 1882.²⁸

P.6.9.41. «(Como se desata la manda, si la cosa de que es fecha, se pierde, o se muere) [...] Si la cosa que oviessse mandada el testador á otro señaladamente, se perdiessse despues, o si se muriesse sin culpa del heredero, desatase por ende la manda, e non seria tenuto

28. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. XV, Madrid, 1899, p. 330. RIMBLAS, J., Y MAJADA, A., *Código Civil. Interpretado y anotado, con arreglo a las modificaciones introducidas por ley de 24 de abril de 1958*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 561. ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XII, vol. I, Madrid, EDERSA, 1981, p. 279.

el heredero de la cumplir. Pero si dubdassen si se perdiera aquella cosa por su culpa del heredero, o si fuera traspuesta o escondida con su sabiduria, estonce deve el dar tal recabdo, que si paresciesse aquella cosa, que la de a aquel a quien fue mandada. E dezimos que estonce se pierde la cosa por culpa del heredero, quando non la guardasse, o non la fiziesse guardar, assi como las otras sus cosas, o se perdio detardando á sabiendas de la dar, por non querer ó por negligencia del. E por ende la deve pechar el heredero a aquel a quien fue mandada: fueras ende, si el testador ovisse fecha manda a otro de algun siervo, e despues le fallase, el heredero con su muger, o con su fija e lo matasse. Ca estonce non seria tenuto de cumplir la manda, nin de pechar ninguna cosa por el, aquel quien fue mandado tal siervo».

Las reminiscencias romanas se constatan con una claridad meridiana. El código alfonsino no hace una especial distinción entre los distintos tipos de mandas (legados) a diferencia del Derecho romano o de nuestro C. C. En la P.6.9.41 no se especifica con claridad si los supuestos de pérdida o extinción de la cosa legada se refieren a un legado *per vindicationem* o a un legado *per damnationem*; sin embargo, de una lectura atenta de las *Partidas* se obtiene como resultado el subyacente conocimiento alfonsino de la doble distinción. Por ello, no aflora ninguna dificultad en admitir que en P.6.9.34 se regula un legado de efectos reales.

P.6.9.34. «[...] E dezimos que luego que el testador es muerto, pasa el señorío de la cosa mandada á aquel á quien es fecha la manda. E maguer muera ante que el heredero del testador entre la heredad... heredará aquella manda el su heredero».

Ahora bien, como dice Arias Bonet,²⁹ «si nos guiáramos únicamente por la letra de la ley 34 nos pronunciaríamos por un reconocimiento exclusivo de un legado de tipo vindicatorio, pero a lo largo del articulado del título se reconocen mandas que solo son concebibles bajo la forma de legado con efectos meramente obligatorios». En efecto,

29. ARIAS BONET, J. A., «Sobre la permanencia de la *actio legis Aquiliae* en la doctrina jurídica medieval», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1988, p. 211 n. 12.

esto sucede –apunta Arias Bonet– en el legado de cosa ajena admitido por la ley 10 (*Cosas que pueden ser objeto de legado*).

P.6.9.10. «El testador puede facer mandas de las cosas suyas como de las de aquel que establece por heredero; é tenuto es de dar ó pagar las tales cosas. Otrosi, si el testador mandase cosa agena á otri, sabiendo que non era suya nin de su heredero, tenuto es de la comprar é de darla á quien fué manadada».

Admitido, pues, que en el código alfonsino se recoge la distinción entre legados con efectos reales y legados con efectos obligatorios, aun cuando dicha distinción no se establezca muy claramente, veamos cómo se regula la temática del riesgo. Se insiste, en la *Partida* 6.9.41 supra escrita, en la exoneración de responsabilidad del heredero en orden a la justificación de la asunción del riesgo por el legatario. Cuando la cosa mandada (legada), se pierde o muere se extingue el legado y el heredero queda exento de responsabilidad si tales eventos ocurrieron sin su culpa.³⁰ Se trata, a nuestro entender, de una simple ampliación retórica de lo previsto en I.2.20.16 y de algunos textos del *Digesto*.

El riesgo se constriñe a los supuestos de muerte o pérdida de la cosa legada no imputables bajo ningún concepto al heredero. La ley 41, si bien en su párrafo 1.º, utiliza el término general, sin más, de «culpa del heredero», dedica todo el comentario que sigue a explicar hasta dónde llega la responsabilidad del gravado, que, utilizando, permítasenos, la dogmática moderna, lo extiende hasta los campos del dolo, culpa, custodia y mora, delimitando con perfección sublime las esferas exteriores del riesgo.

Ausentes en el comportamiento del heredero esas circunstancias que pueden hacerle responder ante el legatario, será este quien deba pechar con las consecuencias perjudiciales que origina la pérdida o muerte de la cosa legada. Evidentemente, como dice Benito Gutiérrez,³¹ esto solo tiene lugar en el legado de especie, no en el de género y cantidad, los cuales según el principio de derecho nunca perecen, ni cuando

30. *Las Siete Partidas* glosadas por GREGORIO LÓPEZ, Salamanca, 1555, (Madrid, 1974), p. 74, *vid.* glosa a) del heredero.

31. GUTIÉRREZ, B., *Código o estudios fundamentales sobre el derecho civil español. t. III*, Madrid, 1863, (ed. facsimilar, Valladolid, 1988), p. 465.

perezca por culpa del heredero: *sed si culpa heredis res periiit, statim damnandus est.*

Nuestro vigente artículo 882.2 C. C., si bien es cierto que plasma el espíritu de la regla *periculum est legatarii*, de estricto origen romano, que en su día recaló en P.6.9.41,³² presenta una diferencia sustancial con sus precedentes, que consiste en la eliminación expresa de cualquier tipo de responsabilidad del heredero. A saber, el artículo 882, copia literal del artículo 867 del Anteproyecto de Código, salvo el final del párrafo 1.º, resulta ser una transcripción del artículo 698 del Proyecto de 1851, en el cual ya se prescinde totalmente de cualquier referencia expresa o tácita a la exoneración de responsabilidad del heredero, deducible, por otro lado, del cuerpo general del Código.

Art.698 (Proyecto 1851). «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y hace suyos los frutos pendientes y futuros.

32. No obstante, el origen de P.6.9.41 se puede observar en otras leyes del propio Alfonso X tendentes a regular cómo se desatan las mandas; nos referimos al *Fuero Real* lib.3, Tít. 5, leyes 2 y 4, que si bien es cierto que no están dedicadas a la concreta temática que nos ocupa, si dejan entrever una postura sancionadora de los beneficios transmitidos al legatario cuando la manda sufre alguna transformación. La relación entre P.6.9.41 y F. R.3.5.2 ya fue apuntada en el siglo XIX (*Los Códigos españoles concordados y anotados, tomo IV. Código de las Siete Partidas, tomo III, que contiene la sexta y la séptima Partida*, Madrid, 1848, p. 160), resultando de interés, a nuestro entender, realizar también una concordancia con la ley 4 de dicho Fuero, aun cuando las dificultades de interpretación sean grandes debido, sobre todo, a la indefinición de los términos usados, que no permiten apreciar el contenido real que se les quiso dar.

F. R.3.5, ley 2.- «Si después que alguno fiziere su manda, quier seyendo sano quier enfermo, e después fiziere otra manda en qualquier tiempo que sea en qualquier daquellas cosas que primeramente auie mandadas, uala la postremera manda. Otrossi aquellas cosas que primero auie mandadas o algunas dellas diere o enagenare, la manda que auie fecha daquellas cosas non uala, maguer que nombradamente no la desfizo, ca tanto uale que la desfaga por fecho como por palabra; e si aquello que auie mandado o alguna cosa dello non lo enagenare o non lo desmandare por palabra nin lo mandare a otri en manda que después faga, uala aquello que auie mandado».

F. R.3.5, ley 4.- «Si algún omne fiziere manda e lo que dexare pora la manda non cumpliere, mengue a cada uno daquellos que la an de auer segund la quantía que mandó a cada uno».

La cosa legada correrá desde el mismo instante á riesgo del legatario; y en cuanto á su pérdida, aumento ó deterioros posteriores, se observará lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 981 (el que tiene á su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro; pero se aprovechará también de su aumento ó mejora)».

La transmisión del riesgo en el artículo 698 (Proy. 1851) es una consecuencia de la transmisión del dominio al legatario desde el instante mismo del fallecimiento del testador, ya que *res suo domino perit*,³³ es decir, la transmisión del riesgo «es una consecuencia tan justa como necesaria: lo cómodo y lo incómodo, lo útil y lo gravoso de la cosa corresponden a su dueño».³⁴

IV. EL RIESGO DE LA COSA LEGADA EN EL CÓDIGO CIVIL

Nuestro C. C., que evidentemente sigue al Derecho romano, distingue dos tipos de legados. Por un lado, el legado *per damnationem*, por utilizar terminología romana, que es un legado con eficacia obligacional. Por medio de este tipo de legados el causante impone al heredero (o al legatario) la obligación de efectuar una prestación en favor del legatario, la cual puede consistir en la transmisión de una cosa, de un derecho real, e incluso de una cosa ajena, o simplemente proporcionar cualquier tipo de prestación. Se trata, pues, de un legado de eficacia diferida, por medio del cual se transmite un derecho de crédito.

Por otro lado, el legado *per vindicationem*, de eficacia real, inmediata o dispositiva, a través del cual se transfiere una cosa específica y determinada, propia del testador, e incluso un derecho, que muy bien puede ser un crédito contra un tercero. Con este modo de transmisión el

33. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852 (reimp. Zaragoza, 1974), p. 375.

34. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios...*, *cit.*, p. 520, localiza su antecedente en P.7.33.10 y 29.

legatario se hace inmediatamente propietario de la cosa legada desde el instante mismo de la muerte del causante (art. 882.1).

Art.882 C. C. «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte.

La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora».

La primera cuestión que debemos plantearnos, antes de abordar otros problemas, es si tiene algún sentido cuestionarse el riesgo en ambos tipos de legados o si, por el contrario, debe ceñirse exclusivamente al legado obligatorio, a imagen y semejanza de lo que hemos visto sucedía en el Derecho romano. El C. C. español alude al riesgo en el mismo artículo 882 en que se recoge el concepto del legado real, inmediato o dispositivo, como gusta de llamar la moderna doctrina. A nuestro entender, hablar del riesgo en sentido técnico en el legado *per vindicationem* resulta superfluo. Si el legatario adquiere la propiedad del objeto legado desde el instante mismo en el que el testador fallece, es decir, la transmisión del derecho se produce en favor del legatario de manera directa e inmediata, no corresponde hablar de riesgo, pues resulta ser una consecuencia lógica de la adquisición de la propiedad, y de la aplicación del principio *res perit domino*,³⁵ aplicable únicamente en los legados *per vindicationem* y no en los legados *per damnationem*.

Si el riesgo se encuentra engarzado a la responsabilidad comportando *ipso iure* una exoneración de la misma, y dado que no existe sujeto intermedio al que poder imputársela, por qué se ha de hablar de riesgo, cuando el derecho *recta via* pasó del causante al legatario. A lo sumo podremos hablar de un riesgo impropio, que es el que cualquiera sufre o puede sufrir en sus cosas, pero no un riesgo en sentido jurídico, pues evidentemente, si la cosa peca por caso fortuito, peca para su

35. Con la pertinente aplicación del principio *res perit domino* no se soluciona de forma absoluta el problema del riesgo en todos los tipos de legados, sin embargo, es un criterio muy socorrido, aun cuando no definitivo para explicar el *periculum*. *Vid.* en este sentido, ALBACAR, J. L., MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, tomo III*, Madrid, 1991, p. 873.

propietario, y si sufre daños o perjuicios se deberá depurar la correspondiente responsabilidad.

Sin embargo, se afirma que el legado real también produce un efecto obligatorio,³⁶ pues el gravado ha de desempeñar la actividad precisa para el traspaso correspondiente del derecho adquirido por el legatario, es decir, el traspaso de la posesión, no la transmisión de un derecho. Obviamente, esta interpretación es una consecuencia directa del artículo 885, pero esto no empieza para que el legatario ya sea propietario *ab initio*, por más que necesite el traspaso de la posesión o entrega de la cosa legada.³⁷

De esta obligación añadida, en caso de incumplimiento, derivará una responsabilidad directamente imputable al gravado, pero no es posible hablar de riesgo porque el legatario ya era propietario con independencia de la entrega o puesta a disposición; es decir, para que haya riesgo es imprescindible un tiempo intermedio entre el fallecimiento del causante y la plena disposición del derecho, circunstancia que no se produce en el legado real, dado que la transmisión y la adquisición del derecho son simultáneos, aun cuando no se tenga la cosa, a diferencia de lo que sucede en el legado de eficacia obligatoria.

En consecuencia, en términos puristas únicamente es posible hablar de riesgo en los legados *per damnationem*, en los que el legatario es un acreedor de la cosa legada, pues la titularidad dominical corresponde al gravado hasta el momento de la entrega. Este tipo de legados representan para el legatario exclusivamente un derecho en su favor, derecho que no existía en el patrimonio del difunto,³⁸ y que el gravado debe transmitir, no únicamente dar su posesión.

36. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil I. Artículo 882*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, (Dir. Paz-Ares, C., *et alii*), pp. 2152 y ss. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil V, Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1987, p. 287.

37. *Vid.* GARCÍA GARRIDO, M. J., «Posesión civilísima y legado», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor U. Álvarez Suárez*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1978, pp. 159 y ss., acerca de la supuesta antinomia entre el artículo 882 y el artículo 885 del C. C., y su correspondiente interpretación histórica.

38. ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones...*, *cit.*, p. 287.

Si admitimos que la cuestión del riesgo se circunscribe a los legados de eficacia diferida u obligatorios, a qué razones obedece que el artículo 882.2 impute el riesgo, sin más premisas, al legatario. Como dice Sánchez Calero,³⁹ si se hiciera depender el riesgo fortuito de la cosa de la titularidad dominical, en los legados con efectos obligatorios, no habría que atribuírsela al legatario sino al gravado en cuanto propietario de la cosa hasta el momento de la entrega. Sin embargo, el C. C. atribuye el riesgo al legatario, y en esto coincidimos con Sánchez Calero, porque «el riesgo o provecho es atribuido al legatario en cuanto acreedor de la prestación de entrega, no en cuanto propietario. Por la misma razón, si la pérdida o menoscabo de la cosa se produce por culpa del heredero o de un tercero, corresponderá al legatario contra el culpable la pertinente acción de indemnización». En consecuencia, nuestro C. C. en un alarde de coherencia imputa del mismo modo los provechos⁴⁰ y los perjuicios, pudiéndose entender el inciso final del artículo 882.2: «se aprovechará de su aumento o mejora», como una justificación de la imputación del riesgo al legatario, lo que soslaya expresamente la titularidad dominical del gravado y sus consecuencias habituales.

El C. C., en el artículo 882.2, se limita a recoger la justificación de la transmisión del riesgo que deriva jurídicamente de su condición de dueño de la cosa legada, pues si se aprovecha de los aumentos o mejoras también soportará su pérdida y deterioro.⁴¹ Esta afirmación, sin matizaciones, podría llevarnos al absurdo, pues no siempre que se produzca la pérdida o deterioro lo ha de soportar el legatario.

Art.869.3 C. C. El legado quedará sin efecto: si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero.

Resulta evidente que el legislador prefirió dejar patente que el riesgo deriva de los supuestos en que el legado quede sin efecto no interviniendo culpa del heredero, pues en caso contrario se le imputará la

39. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil. Artículo 882...*, cit., p. 2154.

40. Por ejemplo, las accesiones de los artículos 366 y ss.

41. MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1898, pp. 629-630.

responsabilidad. El tenor literal del artículo 869.3 plantea ciertas dudas al tener que interpretar las palabras: «si la cosa legada perece del todo». Si el objeto legado pereciese del todo en vida del testador el legado se extingue; por el contrario, si esto sucediese solamente a una parte, o afectando a toda quedase un resto, el legado subsiste en la parte no afectada o en el resto (*vid.* artículo 883).⁴² No obstante, si el pericimimiento de todo el objeto legado ocurriese después de la muerte del testador, conforme al artículo 869.3, el legado quedará sin efecto. Del tenor literal de esta disposición se desprende un flagrante error en nuestro C. C., pues, aunque la cosa perezca después de fallecido el testador, el legado surte efectos, ya que el legatario-propietario había adquirido la propiedad de la cosa desde el mismo instante del fallecimiento del causante,⁴³ que tendrá derecho a los frutos o a cuanto reste, o en su ausencia al menos a ejercitar los derechos inherentes al título de legatario, como consecuencia propia de la eficacia del legado.

¿Qué sucede si la cosa legada no perece del todo, es decir, simplemente se deteriora después de la muerte del testador? Supongamos que el heredero ha intervenido pero la cosa no llega a perecer, solamente se menoscaba, ¿No responderá también el heredero? Conforme al artículo 869.3, no, pues el objeto legado no pereció del todo. Aparentemente, nos encontramos con una laguna legal, sin embargo, felizmente, el problema queda resuelto con el principio que expone el artículo 1101, según el cual: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». De este modo, aplicando el derecho de obligaciones, se podrá exigir, bien al heredero, bien al tercero, la correspondiente responsabilidad. Se deduce, en consecuencia, que la *lectio* del artículo 869.3 resulta ser que, si la cosa se ha perdido por caso fortuito, el gravado no responde, no deberá realizar la correspondiente entrega, asumiendo dicho riesgo el legatario.

42. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil I. Artículo 882...*, cit., p. 2125.

43. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Comentario del Código Civil I. Artículo 882...*, cit., p. 2126.

Por tanto, el artículo 882.2 necesita el auxilio de los artículos 869.3 y 1101, para una perfecta comprensión, y el riesgo al que alude «se refiere a la pérdida ó deterioro de la cosa legada que ocurriese, estando ésta aun por entregar, en virtud de caso fortuito, del cual es sabido nadie responde, ó por voluntad del legatario, hallándose ya dicha cosa en su poder; lo que bien natural y comprensible debe parecer». ⁴⁴ Es más, según Albaladejo, ⁴⁵ «parece claro que aplicando el artículo 1183, se presumirá que el daño o pérdida de la cosa legada que se halle en poder del heredero, ocurrieron por su culpa, salvo prueba en contrario»; con lo cual, la imputación del riesgo al legatario no es tan directa como a primera vista resulta del artículo 882.2, sino que necesita un análisis detenido de las circunstancias y hechos que motivaron la pérdida o deterioro, que puedan, dado el caso, permitir al legatario reclamar el pertinente derecho de reparación o indemnización.

Finalmente, queremos apuntar, que aunque con una interpretación integradora del C. C. el heredero no queda impune, es preciso, para conseguir tales efectos, acudir a la regulación de las obligaciones y contratos, artículos 1101 y 1183, lo que demuestra una carencia legislativa respecto al riesgo en materia de legados, situación bien diferente a la que rigió en Derecho romano, en donde la materia del *periculum legatarii* goza de una autonomía funcional, con algunas particularidades, independiente del *periculum*, como figura jurídica general, aplicable a los contratos sinalagmáticos y relaciones de otra naturaleza.

Resulta obvio, pues, que la imputación del riesgo conforme a nuestro C. C. la debe soportar el legatario en virtud de los artículos 882.2 y 869.3, pero sin olvidar nunca que para una recta interpretación de esta disposición es imprescindible acudir en su auxilio con lo regulado en el derecho de obligaciones, especialmente los arts. 1096, 1101, 1182, 1183 y 1452, pues el legado por su propia naturaleza tiene eficacia obligatoria. ⁴⁶

44. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil...*, cit., p. 344.

45. ALBALADEJO, M., *Comentarios, t. XII, vol. I...*, cit., p. 288.

46. Vid. CRISCUOLI, G., *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 41 y ss.

V. EL RIESGO EN LOS LEGADOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

A diferencia del Código Civil español, el Código Civil catalán procede a regular el riesgo en los legados con una sistemática pedagógica que hace casi innecesaria su interpretación para ser aplicado. El CCCat. a partir de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones,⁴⁷ regula el riesgo en el legado en el artículo 427-19. Riesgos.

1. La cosa legada debe entregarse al legatario en el estado en que se halle en el momento de la muerte del causante.

2. En los legados con eficacia real, la pérdida o el deterioro de la cosa producidos antes de la entrega los sufre el legatario, salvo que la persona gravada haya incurrido en culpa o mora.

3. En los legados genéricos o alternativos, el riesgo se transmite al legatario desde el momento en que se le notifica la especificación y la puesta a disposición. En los demás legados obligacionales, el riesgo se transmite al legatario desde el momento en que la persona gravada le comunica su predisposición al cumplimiento.

Tres partes perfectamente diferenciadas ha establecido el legislador catalán. En primer lugar, se indica que el momento de la muerte del causante es el determinante del estado en que debe ser entregada la cosa legada. Realmente, esta afirmación es plenamente coherente con la

47. No consta antecedente de este artículo en la derogada Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña, salvo lo previsto en su artículo 307. El legado se extingue por quedar la cosa fuera del comercio, por pérdida de la cosa o por imposibilidad de la prestación, si suceden antes de la delación y sin culpa de la persona gravada.

El cambio de especie o la transformación sustancial de la cosa mueble legada que le haga perder la forma o la denominación se equiparará a la pérdida y extinguirá el legado, salvo que pueda deducirse que la voluntad del testador era legar en sustitución la nueva cosa o, si procede, una parte indivisa de ella, o la indemnización que sea adecuada en los casos de adjunción o de conmixtión.

Quedará también extinguido el legado de cosa cierta si, luego de ser ordenado, lo adquiere el propio legatario, pero si lo adquirió a título oneroso de persona que no fuera el testador, se entenderá legado el precio que se pagó por él como contraprestación.

adquisición automática al momento de la delación (art. 427-14.1 y 427-15.1 y 3), pero es una afirmación de principio pues no siempre es posible, aunque el heredero o gravado actúe con la mayor diligencia, entregar la cosa en idéntico estado al que se hallaba en el momento de la muerte del causante; «por tanto, la consecuencia que debe extraerse –pues demora en la entrega siempre habrá, aunque sea de días (como consecuencia de la previa obtención de los certificados de defunción, de últimas voluntades y la copia autorizada del testamento o codicilo)– es que el heredero o gravado de legado debe abstenerse de cualquier alteración o modificación, así como debe conservarla con la diligencia propia de su obligación». ⁴⁸ Ahora bien, cuando el objeto de un legado sea la entrega de una cosa y se halle sometido a plazo o condición suspensiva, la cosa se entregará en el estado en que se encuentre en el momento del transcurso del plazo o del cumplimiento de la condición. ⁴⁹

En segundo lugar, refiere el riesgo en los legados de efectos reales, en los que, como consecuencia de la adquisición automática de la propiedad con la delación, si la pérdida o el deterioro de la cosa legada se producen antes de la entrega, los sufre el legatario, siempre que no deriven de actos de responsabilidad imputables al heredero o gravado por culpa o dolo, o porque haya incurrido en mora, en cuyos casos se aplicarán las reglas propias de la materia de obligaciones.

En tercer lugar, se aborda la cuestión de los legados obligacionales (párrafo 3.º *in fine*), y se establece que el riesgo se transmite al legatario desde el momento en que la persona gravada le comunica su predisposición al cumplimiento. Importante señalar que «no se requiere de ninguna formalidad en la notificación, cosa distinta será la necesidad de su fehaciencia (de lo que goza el acta notarial), siquiera sea a efectos probatorios, y sin necesidad de que el conocimiento por parte del legatario sea anterior al hecho de que pueda producir la pérdida de la cosa,

48. SERRANO DE NICOLÁS, Á., «Comentario Artículo 427-19. Riesgos. Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones», en E. Roca Trías (coord. gral.). L. Juo Mirabent (coord. volumen: Ll.), en *Código Civil de Cataluña. Comentarios. Libro IV. Sucesiones (Serie Oro)*, Barcelona, SEPIN, 2012.

49. PUIG BLANES, F. DE P. Y SOSPEDRA NAVAS, F. J., (coords.), *Artículo 427-19 Riesgos*, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña*, tomo II, Navarra, Civitas, 2020, pp. 282-283.

pues de lo que se trata es de la liberación del obligado, no de que el legatario la haya podido recibir». ⁵⁰ En el mismo párrafo 3.º se contempla la posibilidad del riesgo en los legados genéricos o alternativos, en los que será fundamental la determinación del objeto legado como momento definitivo del riesgo. Es decir, que tan pronto como se haga la especificación y se le notifique al legatario la puesta a su disposición del objeto legado, el riesgo pasa al legatario. ⁵¹

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El emperador Justiniano (I.2.20.16) enunció una regla general acerca de la imputación del riesgo en el legado, que vino a resumir en pocas palabras lo que los juristas clásicos dijeron en largos discursos. Dispone dicha regla: *Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit*. Probablemente, si se preguntase por una definición de *periculum* y su correspondiente imputación, seguramente esta es la más exacta y acertada. Justiniano puntualizó con rigor las esferas de delimitación del riesgo: si la cosa legada perece sin intervención del heredero, perece para el legatario. Es decir, por *periculum* ha de entenderse la pérdida de las cosas legadas sin mediación directa del heredero o gravado, de donde se colige que dicha pérdida será endosable al legatario; por consiguiente, *periculum est legatarii*, pues al legatario acreedor se le priva del ejercicio de la *actio ex testamento*, debiendo soportar en consecuencia el riesgo del pericimimiento.

En las fuentes jurídicas intermedias se insiste, especialmente en *Partida* 6.9.41, en la exoneración de responsabilidad del heredero en orden a la justificación de la asunción del riesgo por el legatario. Así, cuando la cosa legada se pierde o muere se extingue el legado, quedando el heredero exento de responsabilidad si tales eventos hubieran tenido lugar sin su culpa. Se trata, a nuestro entender, de una simple

50. SERRANO DE NICOLÁS, Á., *Comentario Artículo 427-19. Riesgos...*, cit.

51. GARCÍA VILA, J. A., *Los legados en el Código Civil de Cataluña*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 253-256, en donde detalla los diferentes supuestos de los riesgos de la cosa legada y la responsabilidad del gravado. GETE-ALONSO, M.ª DEL C. - SOLÉ RESINA, J., *LLiçons de dret civil català VII. Dret de Successions*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 163.

ampliación retórica de lo previsto en I.2.20.16 y en algunos textos del *Digesto*.

Del Código Civil español se desprende que la imputación del riesgo la debe soportar el legatario en virtud de lo establecido en los artículos 882.2 y 869.3, sin olvidar que para su recta interpretación y aplicación es imprescindible acudir en su auxilio con lo regulado en el derecho de obligaciones, especialmente en los artículos 1.096, 1.101, 1.182, 1.183 y 1.452, pues el legado por su propia naturaleza tiene eficacia obligatoria. Por otro lado, el C. C. español diferencia entre legados reales y obligacionales. Los primeros atribuyen al legatario la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, sin embargo, hablar del riesgo en sentido técnico en este tipo de legados resulta superfluo. Si el legatario adquiere la propiedad del objeto legado desde el instante mismo en el que el testador fallece, la asunción del riesgo es una consecuencia lógica de la adquisición de la propiedad y de la aplicación del principio *res perit domino*. Por el contrario, los legados obligacionales atribuyen al legatario un derecho de crédito protegido por una acción personal contra el gravado para exigirle su cumplimiento. En este tipo de legados el riesgo lo asume el legatario en cuanto acreedor de la prestación de entrega, no como propietario. En consecuencia, nuestro C. C. atribuye del mismo modo los provechos y los perjuicios, pudiéndose entender el inciso final del artículo 882.2: «se aprovechará de su aumento o mejora», como una justificación de la imputación del riesgo al legatario, lo que soslaya expresamente la titularidad dominical del gravado y sus consecuencias habituales.

Finalmente, anotar que el Derecho civil catalán, fiel a sus orígenes romanos, recoge en el artículo 427-19 CCCat. una sistematización casuística de carácter pedagógico que prácticamente no necesita interpretación. Diferencia entre legados de eficacia real y legados de eficacia obligatoria, en ambos imputa el riesgo al legatario, siempre que la persona gravada con su cumplimiento no incurra en responsabilidad. En definitiva, una vez más, se demuestra que las soluciones aportadas por la jurisprudencia romana han llegado hasta nuestros días sin apenas modificarse. Ello nos permite afirmar que los juristas justinianeos en la actualidad no tendrían ninguna dificultad en proporcionar una solución en materia de riesgo en los legados acorde a la nueva ley catalana, aun desconociéndola, partiendo del propio ordenamiento jurídico romano.

**PERSPECTIVA HISTÓRICA
DE LA ELASTICIDAD DEL PRINCIPIO
*SALVA RERUM SUBSTANTIA***

*Historical perspective of the elasticity of the
principle salva rerum substantia*

HENAR MURILLO VILLAR
Universidad de Burgos

Resumen: en este trabajo se analiza cómo la primitiva y originaria rigidez del principio *salva rerum substantia* fue atemperándose con el paso del tiempo. Ello se constata no solo en las propias fuentes jurídicas romanas, que ya manifestaban un desarrollo flexible del principio como consecuencia de la intervención jurisprudencial, sino también por la necesaria aceptación de la regulación del *quasi ususfructus*. Como resultado de la recepción del derecho justiniano, en el derecho vigente se aprecian supuestos de usufructo que si bien no prescinden absolutamente del principio *salva rerum substantia*, al menos ponen de manifiesto su absoluta elasticidad, es decir, su flexibilidad para adaptarse al régimen jurídico que se halla establecido. No obstante, lo fundamental en el derecho de usufructo son los derechos del usufructuario, *uti et frui*, mientras que el límite *salva rerum substantia* es secundario, pues es variable y modificable, aunque no por ello es menos importante.

Palabras clave: *Ususfructus, Quasi ususfructus, Salva rerum substantia, Cautio ususfructuaria*

Abstract: in this study, the way in which the primitive and original rigidity of the principle *salva rerum substantia* was moderated over the passage of time is analyzed. It is not only noted in the Roman legal sources themselves, which already showed a flexible development of the principle as a consequence of jurisprudential intervention, but also because of the necessary acceptance of the regulation *quasi ususfructus*. As a result of the reception of Justinian Law, examples of usufructuary may be appreciated in the current legal order that although not completely disregarding the *principle salva rerum sustantia* at least highlight its absolute elasticity, in other words, its flexibility in adapting to the established legal order. Nevertheless, what is fundamental in the law of usufruct are the rights of the usufructuary, *uti et frui*, the limit *salva rerum substantia* being secondary, as it is variable and modifiable, although no less important for that reason.

Keywords: *Ususfructus, Quasi ususfructus, Salva rerum substantia, Cautio ususfructuaria*

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio *salva rerum substantia*. II.1. En el Derecho romano. II.2. En el Derecho intermedio: *Fuero Real, Partidas, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación*. II.3. En los Proyectos del Código Civil español de 1821, 1836, 1851 y 1882. II.4. En el Código civil español. II.5. En la normativa civil autonómica: II.5.1. Código civil de Cataluña. II.5.2. En la Compilación de derecho civil foral de Navarra o Fuero Nuevo. II.5.3. En el Derecho civil de Aragón, Galicia, Islas Baleares y País Vasco. III. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los siglos se ha transmitido una definición de usufructo, atribuida al jurista Paulo, recogida en las fuentes jurídicas romanas y sustancialmente clásica, según la cual: *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.¹ A partir de este concepto, el usufructo ha sido catalogado como el derecho de goce más extenso que una persona puede tener sobre bienes ajenos (*iura in re aliena*). Tradicionalmente, se han diferenciado en la citada definición dos grandes derechos en favor del usufructuario: *uti* y *frui*, usar y disfrutar de las cosas ajenas, aunque con una importante limitación: *salva rerum substantia* (dejar a salvo su sustancia). Esta limitación ha sido interpretada de diferentes maneras por la doctrina: como necesidad de que la cosa no cambie, como conservación de la integridad del objeto, como limitación de las facultades del usufructuario e incluso como término del usufructo representado por la destrucción de la cosa.² Es más, algunos juristas han opinado

1. D. 7.1.1 (*Paul. 3 ad Vitel.*); I.2.4 pr.; *Epit. Ulp. 24.26*. «*Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas; et tam singularum rerum, quam plurimum, id est partis*».

2. HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, F., *Derecho romano*, Madrid, Escelicer, S.A., 1959, p. 304. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 10^a ed., revisada, Barcelona, Ariel, 1990, p. 328 nt. 88. SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio «salva rerum substantia» en el usufructo en derecho romano*, Zaragoza, Kronos, 1996, pp. 59-106, estudia la interpretación que hace la doctrina romanista del significado de *salva rerum substantia* tanto en el derecho clásico como en el derecho justinianeo, así como la teoría ecléctica que mantienen algunos autores junto a quienes sostienen que el inciso carece de sentido.

que se refería a la duración del usufructo y otros la han considerado relativa a los derechos del usufructo.³

Pues bien, con esta cláusula se indica, en principio, que el usufructuario debe ejercer sus derechos sobre las cosas sin poder modificarlas ni en su consistencia material ni en su destino económico-social, no pudiendo, por consiguiente, llevar a cabo modificaciones en la cosa usufrutuada ni tan siquiera para hacerla más productiva, pues debe ser reintegrada al nudo propietario cuando se extinga el derecho de usufructo en el mismo estado en que se recibió. Sin embargo, aquella rigidez inicial del principio *salva rerum substantia* fue adaptándose progresivamente a las circunstancias sociales y económicas en las que la figura jurídica iba desarrollándose, incluso ya en época romana, hasta llegar a diluirse en la actualidad en determinadas instituciones jurídicas en las que, tal y como veremos a continuación, se conservan los derechos del usufructuario, pero no así la obligación de conservar su sustancia.

Por lo tanto, en este trabajo se trata de analizar cómo la primitiva y originaria rigidez del principio *salva rerum substantia* fue atemperándose con el paso del tiempo. Ello se constata no solo en las propias fuentes jurídicas romanas, que manifiestan un desarrollo flexible del principio como consecuencia de la intervención jurisprudencial, sino también por la necesaria aceptación de la regulación del cuasi usufructo. Como resultado de la recepción del derecho justinianeo se aprecia que en el derecho vigente existen supuestos de usufructo que, si bien no prescinden absolutamente del principio *salva rerum substantia*, al menos ponen de manifiesto su absoluta elasticidad, es decir, su flexibilidad para adaptarse al régimen jurídico que se halla establecido.

3. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, 3ª ed., tomo 2º, Madrid, Imprenta de la Sra. V. e Hijas de D. Antonio Peñuelas, 1871, p. 606.

II. EL PRINCIPIO *SALVA RERUM SUBSTANTIA*

II.1. En el Derecho romano

Ya en el ordenamiento jurídico romano la locución *salva rerum substantia* como limitación del *ius utendi fruendi* fue manifestando cierta flexibilidad en su aplicación, siendo todo ello compilado en D. 7.1.13.4 (*Ulp. 18 ad Sab.*), fragmento que comienza con la siguiente afirmación: *fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet, meliorem facere potest.*⁴ En los primeros tiempos del derecho romano, y quizá también durante toda la época clásica, el principio *salva rerum substantia* obligaba a que el usufructuario, en todos aquellos supuestos en que ejerciese su derecho sobre la cosa usufructuada, actuase con el máximo respeto a la misma y que la conservase tal y como la había recibido, quedando constreñido a respetar el destino económico-social de la cosa, pues se trataba de un derecho dirigido esencialmente a una función alimentaria y, por lo tanto, ligado a la vida de la persona investida con el derecho real de usufructo.⁵ De aquella primitiva rígida limitación se fue evolucionando hacia una mayor tolerancia gracias a la cual el usufructuario podía, dentro de ciertos límites, mejorar la cosa, tal y como aparece en D. 7.1.13.4. Tan solo en el Derecho postclásico se consintió al usufructuario realizar modificaciones en el destino económico de la cosa, siempre que se plasmase en mejoras objetivas.⁶

Esta flexibilidad se observa, como se ha apuntado, en la propia opinión jurisprudencial romana, en absoluto rigurosa, pues va a admitir como objeto idóneo de usufructo múltiples objetos. Tanto Neracio (D. 7.1.44; D. 7.1.61; D. 7.1.7.3) como Sabino (D. 7.1.13.8) negaban que el usufructuario pudiese llevar a cabo innovación alguna en la cosa

4. Para un análisis detallado de la frase, véase MURILLO VILLAR, A., «La concepción ulpianea del usufructo de canteras y minas», en *Revista de Derecho de Minas y Aguas*, vol. III, 1992, pp. 74 y ss. SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio «salva rerum substantia» en el usufructo en derecho romano*, cit., pp. 264 y ss.

5. BETTI, E., *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, 2^a ed., Padova, Cedam, 1942, p. 458.

6. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 11^a ed., Napoli, Jovene, 1997, p. 755 nt. 66.4.1.

usufructuada (*facere novum*) ni siquiera para hacerla económicamente más rentable pues, como apostillaba Neracio, *aliud est tueri quod accipisset an novum facere*, es decir, una cosa es conservar lo que se ha recibido y otra hacer algo nuevo. Esta opinión, según la doctrina,⁷ supone respetar el estado actual de la cosa cuando se constituyó el usufructo, lo que implica ir más allá del respeto a su naturaleza y su destino económico-social. Por consiguiente, tal vez estemos ante la manifestación más rígida y materialista del concepto de usufructo y su limitación de *salva rerum substantia*. Sin embargo, paulatinamente fue flexibilizándose, de tal modo que el primitivo rigor fue superado y sustituido a finales de la época clásica como se desprende de un texto de Pomponio (D.7.1.73), en el que ya se admite hacer innovaciones en la cosa usufructuada (*facere novum*).

Esta evolución implica superar el deber de respetar el estado actual de la cosa y pasar a respetar la naturaleza y el destino socio-económico de la *res*. En definitiva, el límite general *salva rerum substantia*, plasmado por Paulo en D.7.1.1 y posteriormente recogido en I.2.4 *pr.*, es un principio formulado con carácter general que poco a poco ha ido superando su primigenio rigor de conservación de la naturaleza y el destino económico-social de la cosa objeto de usufructo. Es decir, la propia definición de usufructo es el resultado de un proceso de flexibilización interno de las facultades reconocidas al usufructuario, *uti et frui*, limitadas a la realización de un uso conforme a la naturaleza de la cosa usufructuada respetando siempre su destino económico-social. Al margen de la mayor o menor clasicidad de los textos, lo cierto es que la recepción se produjo de la compilación justiniana, de ahí que lo importante sea que la doctrina se encuentra consagrada en las fuentes romanas, de las que procede la tradición romanística, no debiendo ser descartada porque sea justiniana.⁸

A partir de esta pérdida de rigor nos preguntamos si debe primar el uso y disfrute (*uti frui*) o *salva rerum substantia*, pues en no pocas ocasiones son absolutamente incompatibles. De ahí que, a veces, ceda

7. SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio «salva rerum substantia» en el usufructo en derecho romano*, cit., pp. 128-145 (conclusiones p. 398).

8. BIONDI, B., *Las servidumbres*, (trad. esp.), Madrid, EDERSA, 1978, pp. 238 y ss.

salva rerum substantia en favor del *uti et frui* por medio del consumo, de la venta, o de su disposición tanto material como jurídica, de donde se colige una evidente confrontación entre los derechos que tiene el usufructuario y los límites de tales derechos. Por eso, al igual que se predica la elasticidad del derecho de propiedad, también puede entenderse la misma como una característica más del derecho de usufructo.

No obstante, el objetivo no es analizar *salva rerum substantia* como un límite del uso y disfrute que impide llevar a cabo modificaciones en la cosa para hacerla económicamente más rentable y obtener más frutos, sino si tal límite puede ser tan etéreo que haga que la cosa que deba restituirse al nudo propietario no sea la misma, lo cual sí parece admitirse meridianamente en el cuasiusufructo, en el usufructo de montes, de minas, de canteras, etc. *Salva rerum substantia*, como eje fundamental del instituto del usufructo, ha sido objeto de dos interpretaciones totalmente opuestas. Para algunos autores, se trata de circunscribir el objeto del usufructo a todas aquellas cosas que son susceptibles de un uso repetido, lo que conlleva la exclusión de las cosas consumibles. Para otro grupo de autores, el inciso *salva rerum substantia* busca obligar al usufructuario a respetar la naturaleza y el destino económico de las cosas usufructuadas.⁹ En ambas posturas doctrinales, vistas desde el prisma del principio *salva rerum substantia*, se sigue concibiendo la necesaria existencia y posterior devolución del mismo objeto usufructuado. Sin embargo, llegó un momento en el que se dio un paso más y *salva rerum substantia* significó poder reintegrar un objeto diferente al usufructuado, aunque del mismo género y calidad. En definitiva, el principio *salva rerum substantia* no encierra un límite físico, pero sí jurídico,¹⁰ que condiciona las características del objeto usufructuado que deberá de restituirse cuando llegue el momento de su devolución por haberse producido la extinción del derecho real de usufructo.

En su concepción primigenia, el límite impuesto al usufructuario por el cual estaba obligado a respetar el destino económico social de la cosa, o sea, *salva rerum susbtantia*, ciertamente era muy riguroso.

9. Vid. SESMA URZAIZ, M^a V., *El principio «salva rerum substantia» en el usufructo en derecho romano*, cit., pp. 59 y ss.

10. MURILLO VILLAR, A., *La concepción ulpiana del usufructo de canteras y minas*, cit., p. 60

Hasta tal punto que, cuando la cosa usufructuada perecía o se transformaba, dejaba de ser la misma, por eso se afirma que el usufructo se extinguía por *rei mutatio*.¹¹ Son muchas las fuentes que repiten la idea de la extinción del usufructo por *rei mutatio*: D. 7.4.5.2-3 (*Ulp. 17 ad Sab.*), D. 7.4.10.1 (*Ulp. 17 ad Sab.*) y Paul. Sent. 3.6.31: por destrucción de una casa por ruina o incendio, no recuperándose el usufructo aunque la cosa transformada retornara a la forma primitiva; D. 7.4.10.2 (*Ulp. 17 ad Sab.*): por inundación de un campo que se transforma en estanque o laguna; D. 7.4.10.3 (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando un estanque que se seca y se transforma en campo; D.7.4.10.4 (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando un bosque talado es convertido en campo de labor; D.7.4.10.5 (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando de una masa de metal se hacen vasos; D.7.4.10.6 (*Ulp. 17 ad Sab.*): en caso de un ornamento deshecho; D.7.4.10.8 (*Ulp. 17 ad Sab.*): por perecimiento de un caballo de una cuadriga; D.7.4.12 pr. (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando un baño es transformado en habitación; D.7.4.12.1 (*Ulp. 17 ad Sab.*): cuando se cambia el destino de un siervo; D.7.4.31 (*Pomp. 4 ad Q. Mucius*): cuando un rebaño deja de serlo por reducción del número de cabezas.

Los supuestos recogidos en estas fuentes muestran que el usufructo se extingue porque las modificaciones producidas en las cosas usufructuadas tienen los mismos efectos que si le hubiera sucedido al propietario. Se centran en cosas materiales que una vez desaparecidas conllevan necesariamente la extinción del usufructo.¹² Es decir, las cosas sobre las que recae el usufructo sufren una transformación sustancial, pues ya no facilitan *utendi fruendi* como cumplían inicialmente, y no es la misma cosa que se legó sino otra diferente, lo cual implica que, desaparecido el objeto usufructuado, se extingue el usufructo por *rei mutatio*. La razón es muy sencilla: como el objeto del usufructo ha de ser siempre el mismo, en el momento en que este cambie se extingue el usufructo. De ahí la razón de la exigencia de la *cautio usufructuaria*, que fue introducida para garantizar el legado de usufructo y que consistía en una promesa, en forma de *stipulatio*, dirigida a garantizar tanto

11. GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, 2ª ed. ampliata, Torino, G. Giappichelli, 1958, pp. 381 y ss.

12. SESMA URZAIZ, Mª V., *El principio «salva rerum substantia» en el usufructo en derecho romano, cit.*, pp. 156 y ss.

que el usufructuario usase la cosa *boni viri arbitrato* como que la restituyese al finalizar el usufructo, evitando de ese modo todo comportamiento doloso (D.7.9.1 pr. (*Ulp. 79 ad ed.*); D.7.9.5 pr. (*Ulp. 79 ad ed.*)).

Esta garantía al nudo propietario se daba tanto cuando el objeto usufructuado era inconsumible como cuando lo dejado en uso y disfrute era consumible. Solamente se podían gozar y percibir los frutos mediante su consumo, disposición que no conllevaba ni su extinción ni que por ello dejara de denominarse usufructo, lo cual implica que *salva rerum substantia* debió acomodarse a la nueva situación y buscar su finalidad mediante la sustitución del primitivo objeto usufructuado por otro igual del mismo género y calidad. En definitiva, *tantundem eiusdem generis et qualitatis* viene a suplir el límite establecido por su equivalente *salva rerum substantia*.

La elasticidad del principio *salva rerum substantia* adquiere plena manifestación en el *quasi ususfructus*, pues era un usufructo que incluía cosas consumibles en su constitución. El usufructo en origen tan solo se podía constituir sobre cosas inconsumibles, pero era frecuente legar en testamento el usufructo de todos los bienes, consumibles e inconsumibles, es decir, constituir un *ususfructus omnium bonorum* (Cic. Top. 3,17). Esta circunstancia derivó en que, a comienzos del Principado, se publicara un senadoconsulto,¹³ que, junto con la actividad jurisprudencial posterior, admitieron que las cosas legadas consumibles se atribuyesen al usufructuario en propiedad,¹⁴ aunque, eso sí, con la obligación de devolver al nudo propietario la misma cantidad de cosas. Es decir, se le exigía al usufructuario, mediante la oportuna *cautio*, que se

13. GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 411 y ss. CRIFÒ, G., *Studi sul quasi-usufrutto romano. I. Problemi di datazione*, Padova, Cedam, 1977, pp. 17 y ss.

14. Sobre esta cuestión, en la que una parte de la doctrina mantiene que el usufructuario deviene propietario de los bienes consumibles cuando se le entregan y otra parte que el usufructuario solamente adquiere la propiedad de los bienes usufructuados cuando los consume, *vid.* SALAZAR REVUELTA, M^a, «La transmisión de la propiedad en el cuasiusufructo de las cosas “*quae usu consumuntur*” según el Derecho Romano y el Código Civil español», en *Los derechos reales: actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano* (coord. por A. J. Torrent Ruiz), Madrid, Edisofer, 2001, pp. 739-758.

comprometiese a restituir *tatumdem eiusdem generis et qualitatis*.¹⁵ Realmente, es un derecho sobre cosa ajena alejado del tradicional usufructo, aunque ello no impidió que pasase a denominarse *quasi ususfructus*. Se trata de un usufructo en el que el usufructuario sigue disponiendo del *ius utendi fruendi*, pero, en este caso, sobre cosas consumibles, de tal forma que es imposible respetar en sentido material el principio *salva rerum substantia*.

A partir del mencionado senadoconsulto se estableció de modo general que se podía constituir un usufructo sobre todo objeto que estuviera en un patrimonio. Por ello, Gayo, en D. 7.5.2.1, lo denomina *quasi ususfructus*: «*Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi*». Y también Ulpiano, en *Epit. Ulp. 24.27*, precisa meridianamente la admisión del usufructo de cosas consumibles: «*Senatus consulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici, ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit*». No obstante, lo encontramos más detallado y explicado en I.2.4.2.: «*Constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis et ceterisque rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum. Quo numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta. Quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae usus fructus legatus sit, ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisfaciat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant: sed aestimatis his satisfacitur, ut, si morietur aut capite minuetur, tanta pecunia restituatur, quanti eae fuerint aestimatae. Ergo senatus non fecit*

15. Vid. GARCÍA GÉRBOLES, L., «Una aproximación a la naturaleza del quasi usus fructus», en *Anuario Jurídico Villanueva* n° 6, 2012, pp. 79-102.

quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit». ¹⁶

Resulta evidente, pues, que las cosas consumibles no encajan en un usufructo verdadero y propio, y no por el *ius utendi fruendi*, sino por *salva rerum substantia*. De ahí que se le denomine *quasi ususfructus*, pues está modelado a imagen y semejanza del usufructo y se le aplican las mismas reglas. De ese modo, se puede ver un paralelismo completo entre el usufructo y el cuasi usufructo, denominación reservada en derecho romano al usufructo de las cosas que no podían ser objeto de usufructo. ¹⁷ Está claro, por tanto, que estamos ante una figura anómala sobre cosas consumibles que no podía ser un verdadero y propio derecho real de usufructo, sino una relación merced a la cual el nudo propietario era, en realidad, un acreedor, y el usufructuario un deudor. Sin embargo, «viene a ser como un usufructo paralelo que Gayo no supo denominar de otra manera que no fuera con la expresión “cuasiusufructo”. Esta, pues, es una catacrexis para algo perfectamente existente y lícito según el senadoconsulto, pero que carece de nombre propio y que no es ni puede ser un verdadero usufructo ni llamarse con la palabra que lo mienta». ¹⁸

16. I. 2.4.2. «El usufructo puede constituirse no solo sobre fincas rústicas y urbanas, sino también sobre los esclavos, las caballerías y todas las demás cosas, salvo las que se consumen por el uso, ya que estas no pueden ser objeto de usufructo, ni desde el punto de vista de la razón natural ni desde el punto de vista del derecho civil. Entre estas cosas se encuentran el vino, el aceite, el trigo y los vestidos, y algo semejante puede decirse del dinero contante, pues en cierto modo se extingue al utilizarlo y estarlo cambiando constantemente. Mas el Senado decidió, teniendo en cuenta la utilidad que de ello pudiera derivarse, que también sobre estas cosas fuese posible constituir un usufructo, siempre que se diese al heredero suficientes garantías para salvaguardar sus derechos. Por ello, si se lega a uno el usufructo de una cantidad de dinero, se le entregará en propiedad al legatario y este tendrá que garantizar al heredero la devolución de lo recibido, para el caso de morir o de sufrir una disminución de capacidad. Las demás cosas se entregan al legatario de modo que se hagan suyas, pero previa tasación, y siempre que dé garantías de que en el supuesto de morir o de sufrir una disminución de capacidad se pagaría el importe fijado en la tasación. El Senado no creó, pues, un usufructo sobre estas cosas, ni podía hacerlo, sino que por medio de un sistema de garantías creó el cuasi usufructo».

17. GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano, cit.*, pp. 426 y ss.

18. GUZMÁN BRITO, A., «El significado de “quasi” en el vocabulario de los juristas romanos», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección derecho romano]* XXXVIII, Valparaíso, Chile, 2016, pp. 91-93.

Asimismo, en el Derecho clásico y al margen del cuasi usufructo, también existieron otra serie de supuestos en los que el usufructo recaía sobre cosas consumibles: dinero, bosques, montes, canteras, minas, rebaños, cuadrigas, etc.,¹⁹ pero tratando de respetar el principio *salva rerum substantia*. En la inmensa mayoría de estos supuestos no se restituye lo que se ha consumido, sino que se reponen objetos de la misma calidad y cantidad: un rebaño con cabezas de ganado de la misma especie; un bosque volviendo a plantar los árboles talados; el dinero con monedas del mismo valor si bien no las mismas; el usufructo de canteras y minas se explicaba con la ficción de su reproducción, etc. En todos estos supuestos nadie ha negado que estemos ante un usufructo y, por ello, no se desvanece la exigencia de conservar las cosas, *salva rerum substantia*, de tal modo que su única explicación es que se aceptó que la salvaguarda del usufructo con el principio *salva rerum substantia* gozaba de una gran aceptación jurisprudencial, pues en caso contrario no tendría sentido denominar usufructo a los supuestos mencionados.

II.2. En el Derecho intermedio: *Fuero Real, Partidas, Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación*

No existen muchos textos en derecho intermedio que nos permitan hacer un rastreo riguroso del tema que nos ocupa. El usufructo aparece regulado de soslayo en *Fuero Real* libro 3, tit. 18, ley 7,²⁰ pero donde realmente se le dedica una regulación más exhaustiva es en *Partida* 3, tit. 31, leyes 20-26.²¹ Concretamente, en la Ley 20, intitulada *De las servidumbres que son llamadas usufructo, e uso tan solamente*, el principio *salva rerum substantia* se sustituye por la perífrasis *que la cosa en que ha el usufructo no se pierda ni se empeore por su culpa ni por codicia que le mueva a esquilmarla más de lo que conviene*. Es decir, no

19. GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, cit., pp. 173 y ss.

20. F. R. 3.18.7. «*Sy algun ome diere a otro en su vida, o dexare a su muerte viña, o casa, o otra hereditat qualquier, que la tenga e la desfruche por en sus dias, e que a su muerte la dexe a otro libre e quita, aquel que la a de tornar, sea tenuto de dar fiador que gela dexe libre e quita, o la valia, quando quier que demande el fiador*».

21. DOMINGO DE MORATÓ, D.R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano I*, (reimpresión facsímil), Pamplona, Analecta, 2002, pp. 398 y ss.

se impone explícitamente al usufructuario el límite de conservar la sustancia y el destino económico social de la cosa, lo cual no significa que se exima de su cumplimiento.

A partir de la información que se proporciona en *Partidas*, Jordán de Asso y De Manuel²² definieron el usufructo como «el derecho de usar y gozar de todos los frutos de la cosa sin deteriorarla». En esta definición subyace una equiparación o, mejor, una nueva versión de *salva rerum substantia*: no deteriorar la cosa. De aquí se colige que no se admitió en *Partidas* el cuasiusufructo o usufructo de cosas consumibles a pesar de la influencia romana en el citado texto alfonsino de *Partidas*. Por el contrario, Domingo de Morató, con apoyo también en P. 3, tit. 31, ley 20, afirma que el usufructo igualmente recae sobre cosas muebles, semovientes y fungibles, en cuyo caso se debe hablar con más propiedad de cuasi usufructo, pues el disfrute de una cosa fungible exige su consunción. Por ello, no queda a salvo físicamente la sustancia de la cosa, pero sí legalmente en virtud de la caución que habrá de prestar el cuasi usufructuario de que, a su tiempo, devolverá otro tanto del mismo género y calidad.²³ Sin embargo, tras una atenta lectura, no se llega a deducir de la citada Ley 20 que se reconociera la posibilidad de usufructuar cosas consumibles (cuasi usufructo), pues expresamente se dice que, cuando llegue el momento de la extinción del usufructo, *la cosa sea tornada*, es decir, que la cosa (la misma) se restituya a quien otorgó el usufructo, a quien hubiera mandado o a sus herederos si el nudo propietario hubiera fallecido. Además, hace mención expresa a que el usufructuario ejerza su *ius utendi et fruendi* de buena fe.

Por otro lado, no se encuentra referencia explícita al concepto de usufructo ni en la *Nueva* ni en la *Novísima Recopilación*, compendio este último que dio paso a los primeros Proyectos del Código civil español. No obstante, en la *Novísima Recopilación* 10.5.3, que recoge lo establecido en las *Leyes de Toro* 47 y 48 (Nuev. Recop. 5.1. 8 y 9), especialmente en la Ley 48 de Toro se establecía: *El hijo casado y velado haya el usufructo de los bienes adventicios*. Pues bien, el pe-

22. JORDÁN DE ASSO, I. Y DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 3ª ed., Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1780, p. 234.

23. DOMINGO DE MORATÓ, D. R., *El derecho civil español con las correspondencias del romano I*, cit., p. 399.

culio adventicio constaba de todos los bienes que adquiriría el hijo, bien fuesen de su madre o de los parientes de la misma, de ganancias nupciales, de legados o herencias de los amigos, y de todos los demás bienes que adquiriría por su trabajo o por casualidad o fortuna.²⁴ Por consiguiente, resulta verosímil que, entre todos los bienes adventicios, hubiera tanto bienes inconsumibles como bienes consumibles. En tal caso, reconocido el usufructo, habrá de entenderse que el principio *salva rerum substantia* debía gozar de cierta elasticidad por cuanto si los bienes en usufructo han de restituirse al nudo propietario, aquellos que con su uso se consumen no podrán reintegrarse, viéndose obligado el usufructuario a reintegrar otro tanto del mismo género y calidad. Pues bien, de lo dicho se deduce que esta laxitud del usufructo recogida en las *Leyes de Toro* (1505), mantenidas en la *Nueva Recopilación* (1567) y refrendadas en la *Novísima Recopilación* (1805), inducen a sostener que la vieja limitación romana *salva rerum substantia* se mantuvo sin la rigidez inicial.

II.3. En los Proyectos del Código Civil español de 1821, 1836, 1851 y 1882

En el proyecto de Código civil español de 1821 no se llegó a contemplar el usufructo, ya que su redacción fue muy precipitada, apenas hubo tiempo para su composición completa y se desconcen sus fuentes de inspiración, al menos las preferentes.²⁵ Solamente fueron impresos y publicados 476 artículos entre los que no se halla ninguno relativo al derecho de usufructo. Por el contrario, en el proyecto de Código civil español de 1836 se recoge el concepto de usufructo en el art. 817: «usufructo es el derecho de disfrutar de una cosa ajena en los mismos términos que puede hacerlo el propietario bajo la condición de conservar íntegra la cosa usufructuada». Su

24. Así lo manifiesta DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852, p. 409, comentario 4.

25. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 68.

contenido se apostilla en el art. 818: «el usufructo se constituye sobre toda cosa no fungible que pueda dar fruto u otra utilidad; también puede constituirse sobre un conjunto de bienes muebles o inmuebles. En las cosas que se consumen con el uso, sólo hay usufructo impropio o cuasi-usufructo». Vemos, pues, que *salva rerum substantia* se sustituye por «conservar íntegra la cosa usufructuada», lo que indica una vuelta a la primitiva rigidez de la definición de Paulo. Además, el usufructo solamente podía tener por objeto cosas no fungibles, inconsumibles, reservando para aquellas cosas dadas en usufructo que se consuman por el uso la calificación de origen romano de cuasi usufructo. Por lo tanto, el proyecto de Código civil de 1836 seguía la originaria concepción romana de usufructo, diferenciando entre el usufructo que tiene por objeto cosas inconsumibles del cuasi usufructo que recae sobre cosas consumibles.

En el proyecto de Código civil de 1851 se articula el precedente de nuestra actual regulación, introduciendo un concepto de *salva rerum substantia* ampliado en el art. 435: «el usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia, salvo lo dispuesto en el artículo 444 (cuasi usufructo)». La locución romana, *salva rerum substantia*, dice García Goyena, ha parecido tan enérgica que todos los códigos la han conservado. El añadido de la *forma* es porque alterarla o cambiarla supondría disponer de la cosa.²⁶ Finalmente, en el proyecto de Código civil de 1882,²⁷ la penúltima redacción de vigente Código civil español, se siguen los pasos del proyecto de 1851 y se conceptúa el usufructo en su art. 472 como: «el usufructo es el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia». En definitiva, todos los proyectos de Código civil español se inspiraron en la definición clásica del derecho romano: *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.

26 GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Tomo I, (reimpresión obra 1852), Zaragoza, Cometa S.A., 1974, p. 227.

27. *Vid.* la obra de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, 2ª ed., Madrid, Consejo General del Notariado, 2006.

II.4. En el Código civil español

Es obvio que al Código civil español se trasladó de un modo casi literal la definición paulina de usufructo. Dice el art. 467 C. C. que «el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa». ²⁸ En este precepto, el principio *salva rerum substantia*, como obligación del usufructuario, ²⁹ se amplía a «conservar su forma y sustancia». Cuando el artículo habla de conservar la sustancia se está refiriendo a la prohibición de destruirla o consumirla total o parcialmente, extendiéndose a aquellos actos que destruyen o alteran condiciones no sustanciales de la cosa y que se hayan tenido en cuenta de manera primordial a la hora de constituir el usufructo. Realmente, sustancia es sinónimo de identidad de la cosa, pues se debe restituir en la medida en que se mantiene idéntica. ³⁰ Es decir, sustancia e identidad tienen un mismo significado. ³¹ Por lo que respecta a la forma, se refiere a conservar el destino económico social de la cosa, de tal manera que el

28. Acerca de las diferencias con la primera redacción (art. 472 Proyecto 1882), *vid.*, MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 13 y ss.

29. Más bien se trata de un límite institucional de respeto a la forma de la cosa gravada, siendo incorrecto hablar de obligación, pues el C. C. lo ha transformado en un requisito meramente facultativo, GARCÍA CANTERO, G., «El usufructo: la regla *salva rerum substantia* y sus excepciones», en *Derechos reales limitados de goce* (coord. por M. E. Clemente Meoro y G. García Cantero), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 18 y ss. Postura que ya había mantenido, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario STS 27 de enero de 1993. Arrendamiento de finca usufructuada. Nulidad del contrato de arrendamiento por ilicitud de la causa. Infracción del principio *salva rerum substantia*», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* n.º 31, 1993, p. 204, para quien la obligación de conservar la forma y sustancia que indica el art. 467 C. C., no es una verdadera obligación, sino un límite interno o institucional del *ius fruendi* del usufructuario; en su opinión, no es tanto un deber u obligación cuanto la expresión de un «no poder».

30. MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1895, p. 340.

31. MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, *cit.*, pp. 18 ss. ROGEL VIDE, C., *La nuda propiedad*, Madrid, Reus, 2015, pp. 35-39.

usufructuario no podrá alterarla perjudicando la cosa.³² Con la exigencia de conservar la forma, a la que no se hace referencia en la definición de Paulo ya que su introducción en el derecho español fue una novedad legislativa,³³ se está contemplando el que la actividad que se realice respecto de la cosa no atente nunca contra su estado, condiciones y características. Ellos se debe a que las cualidades objetivas son las que determinan el estado de la propia cosa y representan la idea de forma.³⁴ En definitiva, «la no variación de la forma y sustancia implica, según la Sentencia de 19 de enero de 1962, la prohibición de destruirla o consumirla, así como la prohibición de realizar actos que destruyan o alteren condiciones no sustanciales de la cosa que primordialmente se hayan tenido en cuenta al constituirse el usufructo. Y el límite de conservar la forma de la cosa usufructuada implica el deber, que afecta al usufructuario, de respetar el destino económico de la cosa, lo que le supone obtener las utilidades que produzca de acuerdo con su destino económico actual y, por consiguiente, sin posibilidad de modificar dicho destino».³⁵ Es decir, que la regla *salva rerum substantia* es un síntoma de la identidad del tipo, pero la autonomía de la voluntad juega el papel de posibilitar el goce y disfrute efectivo que forman el contenido del derecho real de usufructo. En caso contrario, si se defiende a rajatabla la estabilidad del tipo usufructuario, podría darse el caso de que el titular del usufructo tendría un derecho que no le permite obtener el goce y disfrute que forma parte de su contenido.³⁶

32. BONET RAMÓN, F., *Código civil comentado con sus apéndices forales*, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1964, pp. 408 y ss. De todos modos, qué haya de entenderse por forma y sustancia no es una cuestión pacífica: durante siglos viene discutiéndose por la doctrina acerca de su contenido, *vid.*, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª T., «El principio “salva rerum substantia” como límite típico», en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. 2, Valencia, Universitat de València, 1989, pp. 581-590; también en «Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, n.º 3, 1989, pp. 813-868.

33. GARCÍA CANTERO, G., *El usufructo: la regla “salva rerum substantia” y sus excepciones*, *cit.*, p. 19.

34. MALUQUER DE MOTES, C. J., *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código Civil*, *cit.*, pp. 91 y ss.

35. YSÁS SOLANES, Mª., «Derecho de Cataluña. Usufructo. Salva rerum substantia. Extinción. Usucapición», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* n.º 16, 1988, p. 101.

36. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Mª T., *El principio “salva rerum substantia” como límite típico*, *cit.*, p. 590.

Realmente, «disfrutar de los bienes ajenos» se trata de una definición genérica e inacabada, pues la limitación del usufructuario al uso y disfrute que además se extiende a conservar la forma, no solo su sustancia, también tiene sus excepciones, y no por ello el uso y disfrute sobre cosa ajena deja de considerarse un usufructo.³⁷ Entre esas excepciones tenemos la prevista en el art. 482 C. C., relativa al usufructo de cosas consumibles.³⁸ Es más, en la apostilla final del art. 467 se indica que la obligación de conservar la forma y la sustancia será obligatoria «a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa»,³⁹ lo cual ha servido para sustentar la existencia en nuestro ordenamiento de la figura del cuasiusufructo.⁴⁰ El apostillamiento final flexibiliza el

37. La noción de sustancia desde siempre ha generado en la doctrina una gran incertidumbre. Ya las escuelas proculeyana y sabiniana discutían sobre si era la forma o la materia la que constituye la cosa, pero cuando tenían que resolver casos reales abandonaban principios filosóficos (aristotélicos) y centran la valoración jurídica en que la sustancia de la cosa es su valor. Es decir, habrá de entenderse que, cuando se habla de conservación de la sustancia, se habla de la conservación de su valor, criterio con la suficiente elasticidad como para poder aplicarse a todos los supuestos de usufructo. Por lo que respecta a la forma de la cosa es preciso entender que es el destino propio de la cosa, es decir, el destino socialmente reconocido y estimado. Sobre todo ello, *vid.* GARCÍA VALDECASAS, A., «La idea de sustancia en el Código civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 8, 1954, pp. 397-421.

38. TORRELLES TORREA, E., *El usufructo de cosas consumibles*, Madrid, Marcial Pons, 2000. LECIÑENA IBARRA, A., «Capítulo 3. Excepciones a la regla salva rerum substantia en el marco del artículo 467 C. C.», en *Tratado de usufructo: aspectos civiles, mercantiles y fiscales* (coord. por A. Leciñena Ibarra), Las Rozas (Madrid), La Ley-Wolters Kluwer, 2016, pp. 123-182.

39. Con redacción equivalente se manifiesta la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 2018, en el Artículo 351-1. Concepto.

1. El usufructo es el derecho a usar y disfrutar bienes ajenos con la obligación de conservar la forma y la sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.

2. El usufructuario debe respetar el destino económico del bien usufructuado y actuar de acuerdo a las exigencias de las reglas de una buena administración.

40. JORDANO BAREA, J. B., «El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena», *ADC*, 1948, vol. 1, n.º 3, pp. 981 – 1023. ALBALADEJO GARCÍA, M., «El cuasiusufructo», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor E. Lalaguna Domínguez* (coord. J. Alventosa del Río, R. Mª Moliner Navarro), vol. 1, Valencia, Universitat de València, 2008, pp. 3-8.

riguroso límite inicial de «conservar su forma y sustancia» y abre el camino a nuevos tipos de usufructo como, por ejemplo, el usufructo de bienes consumibles y deteriorables o el usufructo con facultad de disposición de la cosa que, aunque se consideren excepciones o usufructos especiales, siguen siendo un usufructo, y en los que es más importante el *utendi fruendi* que conservar la cosa. El usufructuario podrá hacer mejoras si fuera posible, pudiéndolas retirar, para disfrutar de las cosas ajenas sin derecho a indemnización al concluir el usufructo, pero, todo ello previsto en el art. 487, «con tal que no altere su forma o su sustancia». Misma condición que se impone en el art. 489 al propietario de bienes constituidos en usufructo en favor de tercero, que podrá enajenarlos, «pero no alterar su forma ni sustancia». Es decir, la rigidez del concepto romano *salva rerum substantia* se mantiene en nuestro Código civil, aunque perfectamente puede flexibilizarse en el título de su constitución o porque la ley así lo permita. Se trata, pues, de un límite de carácter dispositivo, ya que puede prescindirse del mismo.⁴¹

Por lo que respecta al usufructo con facultad de disposición,⁴² en realidad es una dispensa que deriva del título constitutivo del derecho real de usufructo. Tal figura carece de una regulación expresa en el articulado del Código civil, siendo mas bien una creación del derecho

41. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a, «El usufructo con facultad de disposición: Estudio de sus caracteres especiales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 84, n.º 709, 2008, pp. 2182-2187.

42. SERRANO DE NICOLÁS, A., *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*, (tesis inédita), Barcelona, 2005. (https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/34342/ASDN_TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y). VERDA Y BEAMONTE, J. R., DE, «Usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad apreciada según conciencia: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1^a) de 3 de marzo de 2000 (ACT. CIV. 2000 NÚM. 572)», en *Revista de Derecho Privado*, año n.º 85, mes 12 (diciembre), 2001, pp. 1011-1031. GIL RODRÍGUEZ, J., «1976 SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2006: Usufructo testamentario con facultad de disponer en caso de necesidad. Regularidad de la disposición consiguiente. Ausencia de (prueba) de mala fe, abuso del derecho o ánimo de perjudicar», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 74, 2007, pp. 725-750. PINAGLIA-VILLALÓN GAVIRA, J. I., «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el abuso del derecho en el supuesto del usufructo testamentario con facultad de disposición en caso de necesidad», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2016, pp. 99-112.

consuetudinario español.⁴³ Pero lo cierto es que, tanto para la doctrina mayoritaria como para la jurisprudencia,⁴⁴ el usufructo con facultad de disponer es un derecho con sustantividad propia en el que las facultades dispositivas atribuidas al usufructuario no llegan a mutar su naturaleza.⁴⁵ Es decir, la facultad de disposición no supone que la obligación de conservar la forma y la sustancia necesariamente desaparezca, sino que, recayendo dicha facultad sobre cosas consumibles, habrá de entenderse que incluye tanto la consumibilidad física como la jurídica, lo que implica no solo a la enajenación sino también el traspaso de un bien de una masa patrimonial a otra.⁴⁶

Diferente del usufructo con facultad de disposición es el usufructo de cosas consumibles, usufructo impropio o cuasiusufructo,⁴⁷ que es el usufructo que tiene por objeto exclusivamente cosas consumibles frente al denominado usufructo común o normal, que recae sobre cosas inconsumibles por el uso, independientemente de que sean deteriorables por el uso continuado. Este supuesto de usufructo especial está regulado en el art. 482 C. C., donde se establece que, si el usufructo comprendiera cosas que no se puedan usar sin consumirlas, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo. En esta redacción solamente se contempla el uso efectivo de las cosas, de tal modo que, cuando el usufructuario no haya utilizado las cosas ni las haya consumido, tendrá la obligación de devolver las

43. REPRESA POLO, M^a P., «El usufructo con facultad de disposición», en *Revista de Derecho Privado*, año n.º 92, mes 4, 2008, p. 35.

44. GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., «Usufructo con facultad de disponer. Análisis jurisprudencial», en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n.º 6, 2001, pp. 483-515.

45. LECIÑENA IBARRA, A., *Capítulo 3. Excepciones a la regla salva rerum substantia en el marco del artículo 467 C. C., cit.*, pp. 123 y ss.

46. Díez-PICAZO, L. – GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil. Vol. III. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 353.

47. Sobre el término cuasi usufructo y su posterior abandono, TORRELLES TORREA, E., *El usufructo de cosas consumibles, cit.*, pp. 29 y ss. MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, *cit.*, p. 398, lo califica de usufructo especial, impropia y llamado cuasi usufructo.

mismas cosas que recibió. Por lo tanto, en el art. 482 se aprecia una excepción a la regla general establecida en el art. 467 C. C. No obstante, Jordano Barea califica al cuasi usufructo como una modalidad por razón de su objeto (cosas consumibles) del usufructo. Por ello, dice, «siempre que se esté ante un supuesto de hecho caracterizado por el “derecho a disfrutar”, habrá que calificarlo como usufructo, de acuerdo con nuestro ordenamiento, aunque aquel poder de goce conduzca, por la naturaleza especial del objeto, a la consunción del mismo».⁴⁸

La elasticidad que ha ido adquiriendo el principio romano *salva rerum substantia* ha llegado hasta nuestra legislación vigente y ello, según Salinas, «porque era tan sabia aquella legislación de los Césares, tan exhaustiva, que abundaba cualquiera otra normativa que pudiera inventarse, que habría de ser mucho más imperfecta y deficiente que la romana. Y buena prueba de ello es que fue copiada hasta por los Códigos contemporáneos vigentes, como el propio Código civil español».⁴⁹ Y, efectivamente, así es. Mientras que la regla general del art. 467 indica que «el usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia», esta obligación final no puede interpretarse con rigidez, vistas las anteriores excepciones de donde se colige la elasticidad que en principio parece caracterizar al usufructo. Es decir, que «incorporar las cosas consumibles en la institución del usufructo obliga a replantear los derechos y obligaciones propias de la institución; supone encajar una pieza en un molde cuyas formas, tal como originariamente se habían concebido, no coinciden, pero se consigue en virtud de su elasticidad».⁵⁰ En conclusión, mientras que un usufructo normal recae sobre bienes inconsumibles y se caracteriza por las facultades otorgadas al usufructuario de *utendi fruendi* con el límite material de *salva rerum substantia*, en los usufructos especiales, (usufructo con facultad de disposición, cuasiusufructo y otros supuestos constituidos conforme a lo dispuesto *in fine* ex art. 467 («a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa»)), se mantienen las facultades del usufructuario de *uti*

48. JORDANO BAREA, J. B., «El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena», *ADC*, 1948, vol. 1, n.º. 3, *cit.*, p. 982.

49. SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. III Derecho de cosas. Derechos reales limitados. Vol. 1º. Usufructo, uso, habitación y otros derechos similares. Servidumbres*, Pamplona, Gómez, 1974, p. 18.

50. TORRELLES TORREA, E., *El usufructo de cosas consumibles*, *cit.*, p. 73.

et frui, pero con la limitación jurídica y económica de *salva rerum substantia* flexibilizada; en otras palabras, el usufructuario habrá de reintegrar al nudo propietario *tantundem eiusdem generis et qualitatis* o su valor económico, lo que significa que el usufructuario nunca quedará liberado de la obligación de restitución.

II.5. En la normativa civil autonómica

II.5.1. EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

El ordenamiento jurídico en el que mejor se ha plasmado la influencia del derecho romano ha sido en el catalán, que ha recogido con gran precisión la elasticidad que venimos atribuyendo al principio *salva rerum substantia* como límite del uso y disfrute que se atribuye al usufructuario. En la derogada Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación (LUUH), se optó por establecer solo una regulación de las especificidades que ha tenido esta institución y de las que se consideraba que debería tener en el futuro en el derecho catalán, reconociendo en su Preámbulo su evidente raíz romana y, por lo tanto, su compatibilidad con los principios propios del derecho catalán. Posteriormente, en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, de nuevo en su Preámbulo se insiste en el origen romano del usufructo, pues se indica que «la regulación del libro quinto, [...] mantiene, actualizadas profundamente, instituciones tradicionales en el derecho catalán, algunas de ascendencia romana, como son el usufructo y sus diminutivos o las servidumbres, y otras de origen medieval, como son los derechos de censo o la medianería ...».

Para el legislador catalán, el origen romano de la institución es meridiano⁵¹ y así lo plasma en el art. 561-2. 1: «el usufructo es el derecho real de usar y gozar de bienes ajenos salvando su forma y sustancia, salvo que las leyes o el título de constitución establezcan otra cosa».

51. Vid. LLÁCER MATAÇAS, M^a R., «Los derechos reales de uso en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Catalunya, relativo a los derechos reales», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 10, 2006, pp. 613-640.

Seguidamente, en el párrafo 3 se precisa que «los usufructuarios deben respetar el destino económico del bien gravado y, en el ejercicio de su derecho, deben comportarse de acuerdo con las reglas de una buena administración». Aun siendo una regulación muy similar a la del C. C. art. 467, es más completa no solo porque prescinde del término «obligación», expresión que ha planteado muchas dudas en la doctrina civilista, sino porque cuando habla de actuar con las reglas de una buena administración se retrotrae al principio romano de que el usufructuario se comportará con la cosa *boni viri arbitratu*, exigencia que en *Partidas* se amplió a un comportamiento conforme a la buena fe. Por consiguiente, siguiendo la estela romana, también el derecho catalán se muestra flexible con el principio *salva rerum substantia* o, como dice el texto legal, «salvando su forma y sustancia», pues no solamente regula el cuasiusufructo,⁵² sino también el usufructo de bienes deteriorables,⁵³ el usufructo con facultad de disposición⁵⁴ y el usufructo universal.⁵⁵

52. Artículo 561-5. Cuasiusufructo.

1. Si el usufructo recae, en todo o en parte, sobre bienes consumibles, deben restituirse bienes de la misma cantidad y calidad o, si ello no es posible, su valor en el momento de la extinción del derecho.

53. Artículo 561-4. Usufructo de bienes deteriorables.

Si el usufructo recae sobre bienes deteriorables, los usufructuarios pueden servirse de los mismos según su destino y deben restituirlos, al extinguirse el usufructo, en el estado en que se encuentren, indemnizando a los propietarios por el deterioro que han sufrido por dolo o culpa.

54. Usufructo con facultad de disposición

Artículo 561-21. Norma general.

1. Los usufructuarios pueden disponer de los bienes usufructuados si así lo establece el título de constitución.

2. El otorgamiento de la simple facultad de disposición incluye las disposiciones a título oneroso. La facultad de enajenar a título de venta comprende la de hacerlo por cualquier otro título oneroso.

3. El otorgamiento de la facultad de disposición a título gratuito debe expresarse con claridad.

Sobre su anterior regulación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación (LUUH), *vid.* BARDAJI, M^a D., *Consentimiento ajeno en el usufructo con facultad de disposición*, en *La Notaria*, n.º 9, 2004, pp. 19-36.

55. Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Artículo 442-4. Usufructo universal.

Es obvio, pues, que el CCCat. recoge el principio *salva rerum substantia* romano por el que el usufructuario tiene que conservar la sustancia de la cosa y también la forma. Ahora bien, una vez más nos encontramos con que «el legislador no ha dado unos criterios precisos sobre cuándo se conserva la forma y la sustancia y cuándo se altera, quizá porque sea imposible. Habida cuenta de las distintas cosas sobre las que puede recaer el usufructo y de la multitud de problemas que se pueden plantear sería inútil dar unos criterios muy precisos». ⁵⁶ Es precisamente porque sería inútil pretender regular la inmensa casuística de supuestos de usufructo en atención al objeto usufructuado, por lo que habrá de entenderse que *salva rerum substantia* se admita más como un límite del disfrute y utilización del usufructo que como una estricta obligación de conservar incólume la cosa usufructuada para ser restituida en las mismas condiciones en que fue puesta en usufructo. Por lo tanto, en el derecho civil catalán, como si de un espejo del derecho romano se tratara, se parte de la rigidez de conservar materialmente la cosa y, progresivamente, con excepciones al usufructo, se va presentando una flexibilización del principio *salva rerum substantia* que facilita que cualquier cosa, consumible o inconsumible, de acuerdo con la voluntad de las partes, pueda ser objeto de usufructo.

1. El usufructo universal del cónyuge o del conviviente en pareja estable se extiende a las legítimas, pero no a los legados ordenados en codicilo, a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio a favor de otras personas ni a las donaciones por causa de muerte.

2. Si el cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable superviviente concurre a la sucesión con herederos menores de edad de los que es representante legal, puede ejercer su representación para la aceptación de la herencia, sin necesidad de la intervención de un defensor judicial, y adjudicarse el usufructo universal.

3. El usufructo universal se extingue por las causas generales de extinción del derecho de usufructo y no se pierde, aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase a convivir con otra persona.

56. MONTSERRAT VALERO, A., *Curso de derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 430.

II.5.2. EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA O FUERO NUEVO

En la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, actualizada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (art. 2), se redactó el concepto de usufructo del siguiente modo:

Ley 408 Concepto.

El derecho real de usufructo concede a su titular, por tiempo limitado, las facultades dominicales con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo.⁵⁷

El usufructo es una institución con una sólida presencia en el derecho navarro,⁵⁸ contemplado en el Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares, Capítulo I. Del usufructo, Leyes 408 a 422 del *Fuero Nuevo*. Estas leyes se caracterizan por configurar un régimen completo para el usufructo, inspirado en el derecho romano, y por su generalidad, pues son de aplicación a todos los usufructos, incluidos los legales,⁵⁹ siempre que carezcan de una regulación específica.⁶⁰ Se trata de una definición que rompe con la

57. Redacción inicial de 1973 Ley 408. Concepto.

El derecho real de usufructo concede a su titular, por tiempo limitado, las facultades dominicales con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo. El usufructuario podrá ejercitar con este fin todas las acciones pertinentes y recabar del nudo propietario lo necesario para su ejercicio.

El usufructuario no podrá ceder su derecho, pero sí el ejercicio del mismo por el tiempo que dure el usufructo. El arrendamiento establecido por el usufructuario se resolverá, en todo caso, al extinguirse el usufructo; pero los arrendamientos rústicos subsistirán hasta la terminación del año agrícola.

58. Sobre ello, *vid.* la obra de FERNÁNDEZ ASIÁIN, E., *Estudios de derecho foral navarro: la facultad de disposición en el pacto sucesorio, la rescisión por lesión, la troncalidad, la prescripción, el usufructo de viudedad*, Pamplona, Gómez, 1952.

59. *Vid.* TORRES LANA, J. Á., «El usufructo legal de fidelidad como limitación a la facultad de disposición mortis causa», en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 37, 2004, pp. 11-44.

60. BARBER CÁRCAMO, R., «Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, 2ª ed., (dir. E. Rubio Torrado y Mª L. Arcos Vieira), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 1710-1791.

tradicional de Paulo, *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, que, con más o menos alteraciones, es recogida tanto por el Código civil español, art. 467, como por el Código civil catalán, art. 561-2. Que en la legislación navarra se ignore la referencia a *salva rerum substantia* se comprende si se acude a la opinión de D'Ors, redactor del *Fuero Nuevo de Navarra*, para quien el usufructo romano era como una propiedad temporal a la que se privaba del poder de disposición precisamente por ser temporal. Es decir, la frase puede entenderse en un sentido jurídico (privación de la facultad de disponer de la cosa misma) mejor que en uno económico (respecto de la integridad natural de la cosa productora).⁶¹

A pesar de la sostenida influencia romana, no exenta de matices,⁶² el concepto foral navarro de usufructo, a nuestro entender, difiere del romano, pues la ausencia de referencia a *salva rerum substantia* impide considerar la elasticidad de la que venimos hablando salvo que entendamos que en el concepto navarro se acoge la máxima capacidad dispositiva del *utendi fruendi*. Esta opinión está avalada por lo dispuesto en la Ley 410 que regula el objeto sobre el que puede recaer el usufructo. Según esta disposición, el usufructo puede constituirse sobre toda clase de bienes incluso, curiosamente, aunque no produzcan frutos. Es decir, en el derecho foral navarro, bajo el concepto de usufructo se incluye no solo lo que los romanos entendían por usufructo sino también el cuasi usufructo cuya regulación se extiende a los bienes consumibles. Ello implica que en la Ley 408 no existe una voluntad de separación respecto del concepto romano de usufructo, sino más bien una determinada interpretación de las fuentes romanas⁶³ que prescinde de la diferenciación propia del ordenamiento jurídico romano (usufructo – cuasi usufructo). Por consiguiente, puede entenderse que en el concepto de usufructo que nos aporta el *Fuero Nuevo* navarro se condensa toda la evolución y elasticidad propias del derecho romano por cuanto recoge las capacidades dispositivas

61. D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 8ª ed. revisada, Pamplona, EUNSA, 1991, p. 255 nt. 1.

62. Vid. SALINAS QUIJADA, F., *Derecho civil de Navarra. III Derecho de cosas. Derechos reales limitados*, vol. 1º, cit., pp. 32 y ss.

63. BARBER CÁRCAMO, R., *Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares*, cit., p. 1712.

permitidas al usufructuario, *uti et frui*, sin diferenciar el objeto sobre el cual recaiga, permitiendo, de ese modo, que la flexibilidad de *salva rerum substantia* se extienda tanto sobre objetos inconsumibles como sobre objetos consumibles.

II.5.3. EN EL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN, GALICIA, ISLAS BALEARES Y PAÍS VASCO

En los restantes ordenamientos jurídicos autonómicos españoles también se regula el usufructo, aunque no precisan su concepto como lo hace el derecho civil catalán, absolutamente apegado al derecho romano, ni como lo hace el derecho foral navarro, a partir de una de las muchas interpretaciones que doctrinalmente admite la definición de Paulo en D.7.1.1. Tanto en el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas⁶⁴ como en el derecho civil de Galicia,⁶⁵ en la compilación de derecho civil de las Islas Baleares⁶⁶ y en el derecho civil vasco,⁶⁷ el Código civil español actúa como derecho supletorio. En ninguno de estos cuerpos normativos se regula expresamente el usufructo, lo que no obsta para que se regulen algunas figuras específicas, por ello, el

64. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas: art. 1. 2. El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

65. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia: art. 1. 3. En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego.

66. Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares: art. 1.3 5ª. Por defecto de norma de derecho civil propio, se aplicará, como derecho supletorio, el derecho civil estatal, siempre que su aplicación no sea contraria a los principios generales que informan el derecho civil propio y que el vacío normativo no sea querido por el legislador balear, en el marco de sus competencias.

67. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco: art. 3. El derecho supletorio. 1. En defecto de ley o de costumbre foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales.

concepto de usufructo aplicable será el previsto en el art. 467 C. C. que, como *ut supra* se ha visto, sigue la estela del derecho romano.

Con carácter particular se regula en el derecho civil aragonés el usufructo vidual, con la especificidad relativa a su transformación.⁶⁸ También en el derecho balear se contempla en su artículo 68 el usufructo universal capitular.⁶⁹ En el derecho civil gallego se acotan las facultades dispositivas del cónyuge viudo.⁷⁰ Finalmente, en lo relativo al derecho civil vasco, se regula de modo específico el usufructo universal⁷¹ y, de manera especial y diferenciada, la figura del llamado «usufructo poderoso», figura que otorga al usufructuario unas facultades desconocidas en otros cuerpos legales.⁷²

68. Artículo 291. Transformación del usufructo.

El viudo usufructuario y los nudos propietarios pueden pactar la transformación, modificación y extinción del usufructo como estimen oportuno.

69. Art. 68.1. El usufructo universal convenido en «*espòlits*» para después de la muerte faculta al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos los bienes, el cual queda dispensado de formar inventario y de prestar fianza.

70. Del usufructo del cónyuge viudo. Artículo 228. Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia.

71. Artículo 57. Usufructo universal del cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

El causante podrá disponer a favor de su cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho del usufructo universal de sus bienes, que se extinguirá por las mismas causas que la legítima del artículo 55. Salvo disposición expresa del causante, este legado será incompatible con el de la parte de libre disposición.

Si el causante los dispusiere de modo alternativo, la elección corresponderá al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho.

72. Artículo 91. La constitución del usufructo poderoso.

1. Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden constituir a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa* un usufructo poderoso.

2. Se entiende por usufructo poderoso el que concede al usufructuario la facultad de disponer a título gratuito *inter vivos* o *mortis causa*, de la totalidad o parte de los bienes a favor de los hijos o descendientes del constituyente y otras personas señaladas expresamente por el mismo.

3. El constituyente puede ampliar, restringir o concretar el contenido del usufructo poderoso.

Artículo 92. Caracteres del usufructo poderoso.

El usufructo poderoso es un derecho personalísimo. No podrá ser enajenado ni gravado por ningún título, salvo autorización del constituyente.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

A partir de la definición de Paulo (D. 7.1.1), *usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*, y su posterior evolución, el concepto de usufructo pasó de ser un concepto unitario y cerrado a ser un concepto con un significado múltiple y abierto. Ello significa que el límite *salva rerum substantia* (conservar la cosa), dejando al margen las múltiples interpretaciones que ha recibido, ha de considerarse como un «deber flexible». Mientras que el *ius utendi et fruendi* ha permanecido invariable desde el origen de la institución, recayendo originariamente sobre bienes no consumibles e incluyendo posteriormente bienes consumibles, por el contrario, el principio *salva rerum substantia* se ha mostrado absolutamente elástico, permitiendo que el derecho de usufructo recaiga sobre cualquier tipo de cosas.

La elasticidad del concepto de usufructo ya se observa en el mismo derecho romano y, por supuesto, en el derecho intermedio, y ha sido recogido sin matices en los ordenamientos jurídicos vigentes, tanto en el Derecho civil español como en el Derecho civil catalán, especialmente. No obstante, el *summum* de la elasticidad se ha plasmado en la Ley 408 del *Fuero Nuevo de Navarra*, que concede al usufructuario la plena potestad dominical, como si fuera dueño de la cosa usufructuada, salvo la capacidad de disposición jurídica del objeto que no del derecho de usufructo. Es decir, el usufructuario navarro dispone del *ius utendi* y del *ius fruendi* tanto sobre cosas consumibles como no consumibles, incluso aunque no produzcan frutos (Ley 410), pero tendrá que conservar la cosa o reintegrar *tantundem eiusdem generis et qualitatis* o su avalúo,⁷³ y, sobre todo, mantener su finalidad socio-económica. En definitiva, cuando se indica en la Ley 408 «con exclusión de la de disponer de la cosa objeto del usufructo», se está realizando una adaptación del viejo principio romano *salva rerum substantia*.

Artículo 93. Ejercicio del usufructo poderoso.

Si el usufructuario poderoso dispone parcialmente de los bienes, los legitimarios favorecidos quedan apartados con los bienes recibidos, sin perjuicio de que, en actos posteriores, pueda el usufructuario favorecerles con otros bienes.

73. BARBER CÁRCAMO, R., *Título IV. Del usufructo, habitación, uso y otros derechos similares*, cit., p. 1721.

Lo fundamental en el derecho de usufructo son los derechos del usufructuario, *uti et frui*, siendo secundario, pero no por ello menos importante, pues es variable y modificable, el límite *salva rerum substantia*. En otras palabras, si se acepta el principio de que el usufructuario debe conservar la sustancia y el destino económico-social de la cosa, es necesario admitir también que este principio debe interpretarse de manera absolutamente elástica y flexible.

LAS CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA

*Testamentary cautions
of compensatory option*

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ

Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: desde la aparición de la legítima, la preocupación de los juristas de todas las épocas ha sido conjugar la voluntad del testador y su protección. La vía de flexibilización fueron las llamadas cautelas testamentarias, que proliferaron en época medieval para atemperar las severas consecuencias de lo preceptuado por la legislación justiniana sobre la intangibilidad de la legítima. Una de las cautelas medievales más conocidas es la cautela Socini, de Mario Socino (s. XIV). En este trabajo veremos cuáles son las soluciones que nos ofrece la historia y el Derecho comparado para conseguir la flexibilización de las normas que protegen la legítima.

Palabras clave: Libertad de testar. *Portio legitima*. Intangibilidad de la legítima. Cautelas testamentarias. Cautela Socini. Recepción del Derecho romano. Codificación.

Abstract: since the appearance of the reserved portion, the concern of lawyers of all times has been to combine the will of the testator and its protection. The way to make it more flexible were the so-called testamentary cautions, which proliferated in medieval times to temper the severe consequences of the provisions of Justinian legislation about the intangibility of the legitimate. One of the best-known medieval cautions is the Socini caution, by Mario Socino (14th century). In this study we will analyse the solutions that history and comparative law offer us to achieve the flexibility of the norms that protect the reserved portion.

Keywords: Freedom of testation. *Portio legitima*. Intangibility of the reserved portion. Testamentary cautions. Socini caution. Roman Law reception. Codification.

SUMARIO: I. Introducción. II. La libertad de testar y sus límites en el Derecho romano. III. La protección de la porción legítima en Derecho romano. IV. Formulación medieval de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. V. La repercusión de la cautela Socini tras su formulación. VI. Las cautelas durante la codificación. Opción compensatoria legal del *Code* y su influencia en los códigos decimonónicos. VII. La

legítima y la cautela Socini en el Derecho español. VII.1. La legítima y la intangibilidad cualitativa de la misma. VII. 2. Las cautelas de opción compensatoria de la legítima. VIII. Recapitulación y conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de la legítima, la preocupación de los juristas de todas las épocas ha sido conjugar la voluntad del testador y la protección de aquella. Para ello, se consideró necesario moderar la rigidez de la legislación para conseguir sustraerse a las consecuencias demasiado rigurosas de la aplicación de la ley. Se utilizaron las cautelas jurídicas que –según Brugi–¹ constituyen fórmulas o remedios elaborados por los juristas para concluir prudente y exactamente los actos jurídicos.

Estas cautelas son producto de la jurisprudencia medieval más que de la romana. Efectivamente, los jurisconsultos romanos asesoraban (*cavebant*)² a las partes negociales sobre las garantías y cautelas a la hora de concluir los negocios jurídicos para conseguir los efectos queridos por las partes y reconocidos por el ordenamiento, mitigando así el rigor del Derecho civil y consiguiendo eludir los estrechos márgenes de lo establecido por el ordenamiento. Sin embargo, aquellas garantías no llegaron a presentar el profuso grupo de cautelas medievales, ambiguas e inútiles, que frecuentemente representaron un verdadero fraude de ley. En este sentido, Brenkmann³ las califica como remedios con los que los juristas tienden a la equidad natural salvando el excesivo rigor de la ley.

1. BRUGI, B., *s.v. Cautelae, NNDI*, III, Torino, 1957, pp. 51.

2. Cic., *De orat.*, 1.48; *De off.*, 2.19; *ad fam.*, 7.6; *pro Mun.*, 9 y 12. Los juristas romanos ya asesoraban a las partes sobre las garantías y cautelas que debían llevar a cabo en los actos jurídicos para conseguir los fines queridos por las partes y reconocidos por las normas. De este modo, adaptaban la voluntad de los particulares al espíritu de las normas jurídicas.

3. BRENKMANN, H., *Eurematicis diatriba: sive. In Herennii Modestini librum singularem, peri eurématikôn, commentarius*, Lugduni Batavorum, F., Haaring, 1706, Cap. I, n. III, p. 9: «*Remedia esse, quibus jurisconsulti nimium juris rigorem, inventis verborum fraudibus, ad aequitatem naturalem influctunt reducuntque*».

Una de las cautelas medievales más conocidas es la llamada cautela Socini,⁴ elaborada por Mario Socino en el siglo XIV, pero no fue la única. En este trabajo veremos cuáles son las soluciones que nos ofrece la historia y el Derecho comparado para conseguir la flexibilización de las normas que protegen la legítima.

II. LA LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES EN EL DERECHO ROMANO

El Derecho romano parte de la libertad de testar reconocida ya por las *XII Tablas*, Tab. 5.3. *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.*⁵ Las fuentes, tanto jurídicas como literarias,⁶ nos ofrecen distintas

4. En la práctica jurídica y notarial española la cautela gualdense o Socini está plenamente reconocida. Algunos de los estudios más sobresalientes sobre el tema fueron escritos por ilustres notarios en el siglo pasado. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *Revista de Derecho Privado*, 1936, pp. 160-203. o VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, n.º 15, fasc. 3, pp. 589- 616. Id., «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias». *Anuario de Derecho Civil*, 1963, 16, fasc. 2, pp. 281-344; Id., «Cautelas de opción compensatoria de la legítima» en *Estudios de Derecho sucesorio, Vol. III: Estudios dispersos sobre las legítimas*, 1.ª ed., Madrid, Montecorvo, 1981, pp. 291 y ss. (= *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III. Estudios Jurídicos, v. I, Madrid, 1964, pp. 399-708). Los trabajos de este último autor son de lectura obligada para aquellos que quieran realizar un estudio de las cautelas testamentarias desde un punto de vista histórico.

Entre las monografías más recientes y relevantes sobre la cautela Socini, se encuentran por orden cronológico de aparición: REAL PÉREZ, A., *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid, Civitas, 1988, sobre todo en las pp. 115 a 291; CABEZUELO ARENAS, A. L., *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*, Madrid, ed. Dykinson, 2004.

5. RICCOBONO, S., *Fontes Iuris romani anteiustiniani*, pars I, Florentia, Barberà, 1968, p. 37 y ss.

6. Las fuentes nos ofrecen distintas versiones de la regla: a) La ofrecida por Ulp. 11.14: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*; b) La ofrecida por Gayo 2.224 y D. 50.16.120 (Pomp. 1.5 ad quintum Mucl.; I. 2.22.pr.): *Uti legassit suae rei ita ius esto*. Cfr. Nov. 22: *Uti legassit quisque de sua re ita ius esto* y c) la recogida

versiones de esta regla que fue acogida y transmitida por la jurisprudencia clásica hasta llegar a la compilación de Justiniano.

Pomponio, siguiendo al jurista republicano Quinto Mucio,⁷ recuerda las palabras de la Ley de las *XII Tablas*:

D. 50.16.120 (Pomp. l. 5 ad Q. Mucio). «Verbis duodecim tabularum his «uti legassit suae rei, ita ius esto» latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium».

El jurista antoniniano interpreta el sentido de la norma como *latissima potestas* para instituir heredero, para ordenar legados y libertades y constituir tutelas, si bien aclara para su época que esto ha sido restringido o por la interpretación de las leyes o por la autoridad de los que constituyen el Derecho.

El *uti legassit* concedería al *civis* romano del siglo v a. C., ya sea patricio o plebeyo, la libertad de decidir sobre su patrimonio con discrecionalidad, sin imponerle límite de ningún tipo. De este modo se refuerza la posición del *pater familias*, que gestiona con independencia su patrimonio.⁸ Sin embargo, la libertad de disponer por testamento se va restringiendo a lo largo de la época republicana. Una primera limitación es la introducida por la regla *sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi*, recordada por Gayo, 2.123,⁹ y Ulp., 22.14;¹⁰ en virtud de ella, el testador debía mencionar a los *sui*, bien para instituirlos herederos, o

por Cicerón en *De inv.* 2.50.148 y *Auct. Ad Herenn.*, 1.13.23: *pater familias uti super familia pecuniave sua legassit ita ius esto*.

7. Para Voci la primera parte del texto pertenece a Quinto Mucio, en un período en el que las limitaciones a la libertad de testar son todavía pocas y de poco calado. En concreto, de la época en que está vigente la *lex Voconia*. *Vid.* VOCCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, 2.^a edic., Milano, Giuffrè, 1963, pp. 5 y ss.

8. Afirma Schulz que, a partir del siglo III a. C., el ciudadano romano goza de una libertad ilimitada para disponer por testamento. *Vid.* SCHULZ, F., *Derecho Romano clásico*, Tr. José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 195.

9. Gayo 2.123. *«Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur».*

10. *Tit. ex corpore Ulpiani* 22.14. *«Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi».*

bien para desheredarlos formalmente, pero no podía preterirlos.¹¹ Las consecuencias de no hacerlo así, nos las transmite el propio Gayo: *aliquin si eum silentio praeterierint, inutiliter testabitur*. Esta limitación es de carácter formal, pues nada impide al testador otorgar un testamento con una *exheredatio* de los *sui* donde instituya como heredero a una persona ajena a su familia.¹²

De los textos mencionados se deduce que el principio estaba plenamente admitido en la época clásica. La cuestión es saber en qué momento surgió. Algunos autores¹³ lo sitúan en una época muy antigua y consideran que, puesto que la ley de las *XII Tablas* califica como heredero al *suus*, quien hubiese querido instituir heredero a un extraño debía privar al *suus* de tal calificación *ex lege* mediante *exheredatio*.

Otros autores¹⁴ sitúan el nacimiento del principio en algún momento de la época republicana, después de la redacción de las *XII Tablas* y, para ello, se basan en dos textos de Cicerón y Valerio Máximo, respectivamente.

Cic. *De orat.* 1.38.175. «*Quid? Si ne paruae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure ciuili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius uenisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei uisum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumuiros, cum miles domum reuenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. (Nempe) in ea causa quaesitum est de iure ciuili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim.*»

11. El pretor amplió la categoría de aquellos que no podían ser preteridos, concediendo la *bonorum possessio contra tabulas* también a los *liberi emancipati* no nombrados en el testamento. *Vid.* SANGUINETTI, A., «Considerazioni sull'origine del principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*», *SDHI*, LIX, 1993, pp. 259-278, p. 259.

12. *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La legitimación de los parientes colaterales en la impugnación del testamento inoficioso», *SDHI*, 55, 1989, pp. 173-198, p. 98

13. *Vid.*, entre otros, VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, II, 2.^a edic., Milano, Giuffrè, 1967, p. 112; BURDESE, A., *Manuale de diritto privato romano*, 4.^a ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1993, p. 665.

14. *Vid.* SANGUINETTI, A., «Considerazioni...», *cit.*, pp. 259 y ss.; D'ORTA, M., *Saggio sulla «heredis institutio»*. *Problemi di origine*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 71 y ss.

Del mismo caso se hace eco Valerio Máximo:

Val. Max., *Fact. et dicta mem.*, 7.7.1. «*Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, impudentia alienorum sibi clausam reperit: quid enim illis inuerecundius? florem iuuentae pro re publica absumpserat, maximos labores ac plurima pericula tolerauerat, aduerso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut auitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum inprobissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit*».

Ambos pasajes nos recuerdan el caso de un *pater familias* que, habiendo recibido la noticia de la muerte de su hijo en la guerra, cambió su testamento e instituyó herederos a unos extraños. El hijo regresó a casa después de la muerte de su padre y citó a juicio a los herederos testamentarios. A partir de aquí, los autores inciden en aspectos diferentes. Mientras Cicerón se centra en los aspectos jurídicos del caso e indica claramente que el padre había hecho testamento y que, después de la llegada del *nuntius*, lo había cambiado, Valerio Máximo se fija en el lado más humano del caso y se limita a decir que el padre murió *aliis heredibus scriptis* e informa sobre el resultado del proceso iniciado ante el tribunal de los *centumviri* que falla a favor del joven soldado: ... *non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit*.¹⁵

El texto *De oratore* nos confirma que el *pater* no había mencionado nominativamente a su hijo ni para instituirlo heredero ni para desheredarlo, por lo que es lógico pensar que el principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* estaba explícitamente formulado a finales de la República, en concreto en el año 55 a. C., fecha en que fue finalizada la obra de Cicerón (o incluso anteriormente, en el año 91 a. C., donde se sitúa el diálogo).

15. Este último testimonio sobre diversas sentencias podría significar que el tribunal juzgó dividido en secciones. Casos semejantes se encuentran en Plin., *Epist.* 6.33.2-6 y en D.5.2.24 (*Ulp. l. 48 ad Sab.*). *Circa inofficiosi querellam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur...*

No obstante, Watson¹⁶ considera que al comienzo de la primera centuria a. C. (91 a. C.) no era necesario que el *filius* fuera desheredado *nominatim*, sino que bastaría con una desheredación *inter ceteros*. Tal interpretación estaría en armonía con la información que ofrece Justiniano en la constitución del año 531, C. 6.28.4,¹⁷ donde el emperador recuerda que inicialmente también los *fili* podían ser desheredados *inter ceteros* y que solo por obra de los *centumviri* se llegó a pedir la *exhereditatio nominatim facta*. Para este autor, el texto de Cicerón testimonia ese preciso momento de la evolución de la doctrina de la *exhereditatio*.

En cuanto a la fijación del *dies a quo*, si atendemos a las noticias de Justiniano en la constitución mencionada, el principio habría sido introducido por vía judicial, en concreto, por obra del tribunal de los *centumviri*. Su formulación, por tanto, debe ser posterior a la aparición de aquel tribunal, que suele situarse en el año 241 a. C.¹⁸ sobre la base de un texto de Festo.¹⁹ Aunque no faltan autores que sostienen un origen más arcaico del órgano judicial,²⁰ pero sin un apoyo textual en las fuentes.

16. WATSON, A., *The law of succession in the Later Roma Republic*, New York, Clarendon Press, 1967, p. 42 y ss.

17. C. 6.28.4 (*Imp. Iust. A. Johanni*). «*Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eadem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt.*»

18. VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 41; FRANCIOSI, G., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1961, p. 26 y ss.; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, Ed. Palermo, 1962, pp. 197 y ss., sobre todo en pp. 200 y ss.; DI LELLA, L., *Querebella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Jovene, 1972, p. 70 y ss.; ALBANESE, B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, Palumbo, 1987, p. 124 y nt. 430; SANGUINETTI, A., «Considerazioni...», *cit.*, p. 271.

19. Festus, s.v. *Centumviralia iudicia*. «*Centumviralia iudicia a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri appellati sunt: et licet quinque amplius quam centum fuerint; tamen, quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti.*» *Vid.* KEIL, H., *Grammatici latini*, IV, Hildesheim, Ed. Georg Olms, 1961.

20. Otros autores sostienen un origen más arcaico de los *centumviri*, así, KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1966, p. 37 y ss. o MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El proceso*, Zaragoza, 1983, p. 68.

En conclusión, podemos deducir que el principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, tuvo su origen en algún momento entre el año 241 a. C y el 55 a. C. La regla constituye el fundamento de la llamada sucesión necesaria formal del *ius civile*, pero no sirve para proteger la posición necesaria sustancial de los descendientes del testador.

En la práctica, el ciudadano romano seguía gozando de una libertad ilimitada para disponer de su patrimonio por testamento puesto que podía desheredar a los *sui* o instituirlos herederos por una cuota irrisoria del patrimonio. La posibilidad de que el testador pudiera agotar todo su patrimonio en legados y manumisiones con base en el *uti legassit* decenviral, tal y como nos informa Gayo,²¹ demuestra que no se conocía la legítima o sucesión necesaria material en esta época. El propio jurista nos indica que, como consecuencia, muchas veces los herederos se abstendían de aceptar la herencia y nos presenta la retrospectiva de los intentos legislativos para limitar la cuantía de estas disposiciones de última voluntad con el fin de que el testamento no deviniese ineficaz por *desertum*.²²

La *lex Furia testamentaria* prohibió que los legatarios y donatarios recibieran más de mil ases a excepción de ciertas personas (cónyuge, prometidos, cognados hasta el sexto grado y el sobrino nacido dentro del séptimo mes).²³ Pero la medida no dio resultado porque —en palabras del jurista— los testadores podían agotar todo su patrimonio en legados de mil ases cada uno y porque la ley era *minus quam perfecta*,²⁴ de manera que el legado que excedía de la medida legal es válido y el legatario es castigado a pagar el cuádruplo a través de una *manus iniectio pura* frente al legatario.²⁵

21. Gayo 2.224. «*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredeis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, quae cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur; his uerbis: 'Uti legassit suae rei, ita ius esto', qua de causa qui scripti heredes erant, ab hereditate de abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur*».

22. Gayo 2.225-227.

23. ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milano, 1922 (reimpr. Hildesheim, 1966, pp. 282 y 283).

24. Ulp. 1.2.

25. El propio Gayo nos informa en otro lugar, 4.23-24, que esta *lex Furia* daba lugar a una *manus iniectio pura* frente al legatario.

La *Lex Voconia de mulierum hereditatibus* del año 169 a. C., prohibió recibir por legado más de lo que recibiese el heredero. En caso de incumplimiento se establecía el pago del excedente al Erario.²⁶ Gayo nos ilustra sobre el fracaso de esta ley: «*sed tamen fere uitium simile nascebatur. nam in multas legatariorum personas distributio patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relin quere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere*».

Más de un siglo después, en el año 40 a. C., se promulga la *Lex Falcidia de legatis*²⁷ que prohíbe al testador legar más de las tres cuartas partes de la herencia, estableciendo que los legados excedentes del *drodrans* se reducirán proporcionalmente. De este modo, al heredero testamentario se le reservaba una parte alícuota del patrimonio, pues debía tocarle al menos una cuarta parte de la herencia (*ne minus quam quartam partem hereditatis eo testamento heredes capiant*)²⁸ calculada sobre el valor que tenía en el momento de la muerte del testador y una vez deducidas las deudas hereditarias. A esta restricción se añade la de la reducción de las donaciones hechas en vida del causante.²⁹ Todo ello limita la libertad de disponer del testador.

La sucesión necesaria sustancial, denominada así por influencia de la pandectística, aparece a finales de la República,³⁰ cuando se introdujo un instrumento de garantía, la *querella inofficiosi testamenti*. Con ella, los parientes próximos, desheredados injustamente, podían impugnar el testamento en tanto contrario al *officium pietatis* y al deber de asistencia que deriva del sentir social.³¹ Se establece así una *portio debita* reservada a los hijos –a los *sui* pero también a favor de los hijos *non in potestate patris*– y a otros parientes próximos, so pena de invalidez del testamento y de apertura

26. Plin, *Paneg.*, 42.1. *Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Iuliae leges...* Cfr. ROTONDI, G., *Leges...*, cit., pp. 283 y 284.

27. *Vid.* ROTONDI, G., *Leges...*, cit., p. 438.

28. *Vid.* GAYO 2.227

29. D. 31.87.3 (*Paul. l. 14 resp.*).

30. *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La legitimación...», cit., p. 99.

31. DI LELLA, L., *Querella...*, cit, p. 29 encuentra recogido este sentir social en un texto de Cicerón, *De off.*, 1.17.57-58, donde afirma que la unión de la sangre ata a los hombres con vínculos de benevolencia y estimación.

de la sucesión *ab intestato*.³² El órgano judicial de los *centumviri* dio carta de naturaleza a esta limitación, admite que el testador que no ha dejado parte de su patrimonio a estas personas no está en su sano juicio y declara el testamento nulo *color insaniae*, por la supuesta enfermedad mental del testador que no cumple con el deber de afecto o piedad con sus parientes. Admite la petición de herencia de los herederos *ab intestato*.³³

A partir de este momento, podemos afirmar que existe la legítima en Derecho romano, aunque no se la denomine de este modo.³⁴ La legítima romana, en cuanto a descendientes y ascendientes, constituyó una *pars hereditatis*, puesto que se prohibía la preterición entre ellos, sin que se debiera entender satisfecha la *portio debita* por cualquier otro concepto. Sin embargo, el resto de legitimarios sí podían recibir su *portio debita* por cualquier otro título (legado, donación o fideicomiso),³⁵ por lo que se considera más bien una *pars o quota bonorum*.³⁶

A finales de la República, es el órgano judicial quien aprecia discrecionalmente la suficiencia patrimonial según las circunstancias que concurren.³⁷ En el siglo I d. C. se establece como cuota de suficiencia patrimonial en la praxis judicial una cuarta parte de lo que le correspondía al que pretende la impugnación del testamento por inoficioso en la sucesión intestada, medida cuantitativa que se establece por referencia a la cuarta falcidia.³⁸ De esta ley se toman también los criterios para su cálculo en relación con el activo patrimonial neto.³⁹

32. Cic. *Pro Cluent.*, 15.45; Val. Max. 7.7.2; Cfr. D'ORTA, M., *Saggio...*, cit., p. 78, n. 66.

33. Este artificioso expediente, válido ante este tribunal de los *centumviri*, acabó por extenderse a través de un *lex Glitia*, comentada por Gayo, D.5.2.4 (*Gai. lib. Sing. ad legem Glitiam*). Vid. EISELE, F., «Zur *Querela inofficiosi testamenti*», *ZSS*, 15, 1894, p. 256-306, pp. 292 y ss.

34. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit., 2004, pp. 29 y 81.

35. *Nov.* 18.1

36. BERNARD MAINAR, R., «La porción legítima en la familia del Derecho romano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 750, 2015, pp. 1765-1805, pp. 1766 y ss.

37. A finales del siglo I a. C. regía este criterio, *vid.* Sen., *Contr.*, 9.5.15.

38. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., «Libertad testamentaria y sistema de legítimas. Un análisis desde la experiencia jurídico cultural romana», *RGDR*, 7, 2006, pp. 1-32, pp. 3 y ss.

39. D.5.2.8.9 y 11 (*Ulp. l. 14 ad ed.*),

III. LA PROTECCIÓN DE LA PORCIÓN LEGÍTIMA EN DERECHO ROMANO

En Derecho romano la generalización de la llamada «intangibilidad cualitativa de la legítima»⁴⁰ se produjo en la época de Justiniano,⁴¹ la jurisprudencia clásica ya se manifestó a favor de proteger al legionario para que recibiese su parte libre de gravámenes. En este sentido, un pasaje del jurista clásico Scaevola recoge un caso de institución de heredero condicional en el que el testador instituye herederos a Seyo y Agerio, nombrándolos sustitutos recíprocos, pero la institución queda condicionada a que respeten la voluntad del testador y a que antes de treinta días den caución de conformarse con una suma de dinero *leges Falcidia beneficio omissa*, so pena de que, si no respetan la voluntad del testador, serán desheredados.

D.35.2.27 (*Escaevola, l. VI respons.*). «*Seius et Agerius, si intra diem trigesimum mortis meae Reipublicae nostra caverint, contestos se futuros tot aureis legis Falcidiae beneficio omissa, heredes mihi sunt; quos invicem substituo: quodsi voluntati meae non consenserit; exheredes sunt*»; *quasitum est, an heredes instituti hereditatem adire possint, si conditioni parere nolunt, quum habeant substitutos eadem conditione praescripta. Respondit, Seium et Agerium*

40. Esta es una expresión que en España se utiliza por la doctrina desde aproximadamente la mitad del siglo pasado por influencia de la doctrina extranjera. Aquí lo utiliza De FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1, fasc.1, 1948, pp. 46-77, p. 63, que la atribuye a la doctrina extranjera. Entre los italianos, PESCATORE, G., «Sulla intangibilità qualitativa della quota di riserva», *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili*, XXXIII, 1944, pp. 526 y ss. y ROMANO CASTELLANA, A., «Natura giuridica della quota di legittima. Intangibilità quantitativa y qualitativa. Deroghe», *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili*, 1950, XXXIX, pp. 296 y ss.

41. *Vid.* POLO ARÉVALO, E. M., «Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español. Precedentes y actualidad», *RIDROM*, 10, 2013, pp. 331-376, p. 333. La autora afirma que hay que esperar al Derecho justinianeo para encontrar un sistema de legítimas que pondrá fin definitivamente a la libertad de testar. Las *Novelas* 18 y 115 presentan ya un sistema unificado, prohibiendo además la desheredación sin justa causa.

primo loco institutos perinde adire posse, ac si ae conditio, quae fraudis causa adscripta est, adscripta non esset». ⁴²

En general, se considera que el texto es genuino. ⁴³ El jurista se pregunta si es lícito que los herederos acepten la herencia sin cumplir la condición y contesta que podría aceptarla porque la condición estaba hecha en fraude de ley. Aboga por considerar *fraudis causa* la condición añadida a la *heredis institutio* por la que la percepción de la *pars legitima* se somete a este gravamen. En estos casos, mantiene la ineficacia de la condición (*adscripta non esset*).

El pasaje se ha considerado por la doctrina ⁴⁴ como un claro antecedente de la solución que ofrece el artículo 813. II del Código Civil español (y de otros preceptos semejantes de otros códigos europeos), donde se afirma: «Tampoco podrá [el testador] imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo disposición del usufructo del cónyuge viudo (art. 820.3.º) y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitado». Lo que quiere decir que el legitimario no solo tiene derecho a que se le asigne una determinada cuantía (intangibilidad cuantitativa de la legítima) sino a que lo que se le asigne esté libre de cargas y gravámenes impuestos por el testador (intangibilidad cualitativa). Aspecto sobre el que volveremos más adelante.

En mi opinión, podemos encontrar antecedentes de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima en un texto de Papiniano, discípulo de Scaevola, donde se recogen tanto la idea de compensación como la de opción características de estas cautelas. La

42. Sobre este pasaje y su interpretación *vid.* PESCANI, P., «Il piano del Digesto e la sua attuazione», *BIDR*, 77, 1974, pp. 221-405; MANNINO, V., «Cervidio Scaevola e l'aplicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi», *BIDR*, 1981, n.º 84, pp. 125-157; FASCIONE, L., *Fraus legi. Indagine sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 266; BEHREND, O., «Frode alla legge, lotta politica e scienza giuridica», *Labeo*, 31, 1985, pp. 62-82; CALORE, A., *La remozione del giuramento. Conditio iurisurandi e conditio turpis nel testamento romano*, Giuffrè, 1988, pp. 256; ASTOLFI, R., «Riflessioni in tema conditio iurisurandi», *SDHI*, 55, 1989, pp. 369-391; COPPOLA, G., «Conditio iurisurandi», *Labeo*, 37, 1991, pp. 124-135.

43. *Index Interpolat. ad loc.*

44. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 120.

doctrina⁴⁵ ha señalado este pasaje como el antecedente de la llamada cautela gualdense o Socini:

D.38.2.41 (*Papin., l. XII Quaest.*) «*Si libertus patrono, quod ad debitam portionem attinet, satisfaciat, invito tamen aliquid extorquere conetur, quid statuendum est, quaeritur? Quid enim, si ex parte debita instituto decem praeterea legentur et rogetur servum proprium, qui sit decem vel minoris pretii, manumittere? Iniquum est, et legatum velle parcipere et libertatem servo non dare: sed parte debita accepta et legato temperare, et libertatem imponere non cogi, ne servum (forte de se male meritum cogatur manumittere). Quid ergo, si solo eodem herede instituto idem libertus petierit? Si substitutum habeat, aequae decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione cetera para ad substitutum perveniat, ita ut, si forte servus redimi potuisset, praestaretur libertas: cessante vero substitutione patronum hereditatem liberti amplectentem praetor, qui de fideicommisso cognoscit, libertatem servo eum imponere cogat*».

Algunos autores⁴⁶ consideran que el texto está ampliamente retocado por los compiladores. Se basan en argumentos tanto estilísticos como sustanciales. En concreto, se ha mantenido la interpolación de las proposiciones: *quid statuendum est, quaeritur?* y desde *sed parte debita* hasta el final, como resultado de una intervención de los compiladores, acorde con la propensión de Triboniano al *favor libertatis*. Igualmente se han señalado incongruencias gramaticales, en cuanto el infinitivo *cogi*, que no parece relacionarse con ningún otro verbo. Igualmente, la expresión *decreti remedium* se ha considerado interpolada.⁴⁷

45. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Cautelas...», *cit.*, p. 291-292; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 120.

46. KALB, W., *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, Nürnberg, Verlag von Hermann Bellhorn, 1888, p. 75, n.2; EISELE, F., *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Fribourg, 1896, p. 237, n. 17; GRANDENWITZ, O., «*Libertatem imponere*», *ZSS*, 23, 1902, 1, pp. 337-347, pp. 342 y ss.; ALBERTARIO, E., «L'uso classico e l'uso giustiniano di *extorquere*», *ZSS*, 32, 1911, 1, pp. 307-324, p. 321.

47. KALB, W., *Das Juristenlatein...*, *cit.*, p. 75, nt.2. GRANDENWITZ, O., «*Libertatem...*», *cit.*, p. 342 y ss, afirma que la obligación de manumitir impuesta por el *praetor fideicommissarius* no estaría en sintonía con el Derecho clásico, porque el patrono había podido aceptar la *debita portio*, o bien devenir sucesor abintestato sin la

Sin embargo, sería posible, como señalan otros autores,⁴⁸ que el verbo *cogi* represente una abreviación estilística introducida por el propio Papiniano para pasar al estilo indirecto; de manera que el texto recogería básicamente la opinión del jurista clásico.

En cuanto al significado del pasaje, trata sobre el caso de un patrono, que había sido instituido heredero de la *portio debita*, al que además se había dejado un legado por un valor de 10, gravándolo con un fideicomiso: la manumisión de un esclavo de un valor igual o inferior al legado mismo.⁴⁹ Así las cosas, la *debita pars* del patrono no resulta en ningún caso reducida con el fideicomiso («compensación»). Papiniano afirma que es injusto que el patrono quiera percibir el legado y no darle la libertad al esclavo. Sin embargo, considera que se violenta la voluntad del patrono cuando este no se halle de acuerdo (*invitus*) en relación al fideicomiso o ruego de liberar a un *servus* particular (quizá un pariente de sangre del liberto, de ahí el interés específico del testador)⁵⁰. Por ello, afirma el jurista que, obtenida la parte debida, no está obligado a atenerse al legado y a dar la libertad, aun cuando formalmente el valor de aquel equivalga al del esclavo o sea superior y, por tanto, el patrono no sufra un daño material. A continuación, Papiniano observa dos situaciones: Por un lado, si el patrono tiene un sustituto, puede ser procedente el remedio del decreto (*remedium decreti*) y el patrono puede solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* por la *debita portio*. Corresponderá entonces al sustituto rescatar al esclavo en base al fideicomiso que grava la herencia, es decir, comprarlo del patrono (que no está obligado a venderlo) para después poderlo manumitir. Por otro lado, si no hay sustituto y el patrono deviene heredero por la cuota entera (*cessante vero substitutione*), el

carga del fideicomiso. Igualmente, ALBERTARIO, E., «L'uso classico...», *cit.*, p. 321. encuentra índices de interpolación en la partícula *quid enim si* y en *eum* y en la frase final: *libertatem servo eum imponere cogat*

48. METRO, A., «*Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi*», *BIDR*, 75, 1972, pp. 133-149, pp. 138; MASSI DORIA, C., *Bona libertorum regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, Jovene, 1996, p. 304

49. GAYO, 2.272. Afirma que no se puede dar la libertad a un esclavo ajeno de forma directa, pero sí por fideicomiso, ...*Servo alieno directo libertas dari non potest, sed per fideicommissum potest.*

50. MASI DORIA, C., *Bona libertorum...*, *cit.*, p. 304.

pretor fideicomisario obligará al patrono, que acepte la herencia del liberto, a manumitir al esclavo.⁵¹

El significado del texto es claro: cuando el liberto otorga un legado de valor superior a la legítima (es decir, compensando el gravamen) e imponiendo al patrono la obligación de manumitir a un esclavo, este, una vez satisfecha la *debita portio*, no podrá ser constreñido a aceptar el legado ni a manumitir al propio esclavo. Ahora bien, aceptado el legado, no podrá exonerarse de la obligación impuesta y deberá evidentemente realizar la manumisión. No cabe, por tanto, obtener lo dejado a título particular e ignorar el gravamen, pues entonces percibiría una cantidad superior a la prevista por el causante, «lo que resultaría injusto» (*iniquum est*) en opinión de Papiniano. Si bien la posibilidad de elección no se recoge expresamente en el texto, el jurista sitúa al patrono en la necesidad de optar entre recibir la legítima libre de gravámenes o aceptar el legado con la carga de manumitir al esclavo; «opción» que caracteriza a la cautela gualdense o Socini.

La opinión del jurista clásico no tuvo continuación en el período justiniano. La idea contraria se abrió paso y se limitó extremadamente la libertad de testar.

Efectivamente –como ya hemos indicado– la Constitución del año 529 d. C., C.3.28.32, generalizó la intangibilidad cualitativa de la legítima en su sentido más severo. Suprimió la condición, el plazo o la disposición que causare demora o cualquier otro gravamen sobre la legítima del hijo instituido y estableció que se procediera como si nada de ello se hubiese añadido. La nulidad del gravamen se producía automáticamente sin necesidad de impugnación por parte del legitimario.

C.3.28.32. (Impp. Iustinianus a Mennae PP). *«Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his relictum sit, quae ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repletur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam*

51. METRO, A., «Denegare petitionem...», *cit.*, p. 138.

*actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset».*⁵²

Justiniano se refiere al caso en que se deja a un hijo instituido la legítima gravada sin compensar el gravamen impuesto con una atribución cuantitativa superior al mínimo que le correspondía.⁵³ Recuerda anteriores pronunciamientos donde había decidido que, si se hubiese dejado menos de la *portio* legítima, habría que obrar de modo que el testamento se complete y no se anule por este motivo. Y añade que, si estos derechos, que podían fundar la *querella inofficiosi testamenti*, resultaban afectados por condiciones o disposiciones que pudieran conllevar retraso, disminución o carga. Este gravamen venía prohibido por la ley y debía tenerse por no puesto.

El emperador fortalece la legítima, lo que puede verse también en la prohibición justiniana, que se amplió con la *Novela 18*,⁵⁴ capítulo tercero donde se declara que no le será lícito en lo sucesivo a ninguno que tenga hijos dejar el usufructo de la parte legítima, sino que deberá dejar también la nuda propiedad.

Nov. 18, c.3. «Non licebit igitur de cetero ulli omnino filios habenti tale aliquid agere, se modi omnibus eis huius legitimae partis, quam nun deputavimus, et usufructum in super et proprietam reliquant».

52. Vid. SAMPER, F., «*Pars debita* en el Derecho romano vulgar», *SDHI*, 37, 1971, pp. 74-118; DUYNSTEE, M., y FEENSTRA, R., «Una *quaestio disputata* de Jean de la Ferté», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 60, 1992, 3-4, pp. 311-362.

53. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción legal...», *cit.*, p. 592; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 84.

54. Constitución del año 536, recogida en la *Authentica Novissima*, que se compone de 134 Nove- las promulgadas entre los años 535 y 556. La obra recibe el nombre de *Authentica* porque la escuela de los glosadores determinó su autenticidad (Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1986, p. 44.

IV. FORMULACIÓN MEDIEVAL DE LAS CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA⁵⁵

En Derecho común, durante la primera época, los comentaristas abogaron por la aplicación de la solución justiniana. Esta afirmación puede corroborarse si nos fijamos en uno de los casos más discutidos, el del usufructo universal a favor del cónyuge viudo. La discusión de los doctores se centró en dilucidar si la *Novela* 18.3 derogaba lo establecido en los textos clásicos de Escévola, en D. 33.2.37,⁵⁶ y de Ulpiano, en D. 7.1.29,⁵⁷ que consideraban válido el usufructo a favor de la viuda cuando capitalizado no excediese de los tres cuartos de la herencia; opinión mantenida también por Celso y Juliano.

Frente a la *communis opinio*,⁵⁸ que consideró derogados estos textos, se defendió por algunos autores, como Angelus de Ubaldis⁵⁹ o Caepollae⁶⁰ su permanencia con respecto al usufructo. Fuera de este caso, se consideró que el gravamen impuesto a la legítima era nulo. Este criterio se aplicaba aun en el caso de que el testador hubiese compensado el gravamen, dejándole más bienes de lo que realmente le correspondían por legítima. El gravamen se tendría por no puesto, pudiendo el legitimario hacerse dueño de la legítima y del exceso libre de cargas;

55. La evolución histórica de estas cautelas testamentarias ha sido estudiada con gran profusión de detalles por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 291, a quien seguimos en este punto.

56. D. 33.2.37 (Scaev. l. 33 dig.).- «*Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim*»; *quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque kalendarii usufructus ad uxorem pertineat. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere.*

57. D. 7.1.29 (Ulp. L. 18 ad Sab.).- *Omnium bonorum usumfructum possi legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus libro trigesimosecundo digestorum et Iulianus libro sexagesimo primo scribit; et es veritus.*

58. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 295 y ss., que menciona como partidarios de la derogación de los textos clásicos a Acursio, Bártolo, Baldo, Jasón de Meyno, Felipe Decio o Merlino, entre otros.

59. DE UBALDIS, A., *In autenticum volumen, aurea ac peregrina commentaria*, XIV, Venecia, 1580, colla III, tít. V. *De treinte et semisse. Verb. Prohibemus.*

60. CAEPOLLAE B. *Omnia quae quidem nunc extant Opera*, Lugduni, sumptibus Philippi Tinghi, 1577, cap. XXI, p. 754.

solución que favorecía mucho a los legitimarios, pero no respetaba en absoluto la voluntad del testador.

La preocupación de los juristas se centró entonces en conjugar la voluntad del testador y la defensa de la legítima y ello pasaba por moderar la rigidez de la legislación justiniana.⁶¹ La jurisprudencia del *ius commune* empieza a plantearse la validez de una cautela, atribuida a Socino,⁶² según la cual se permite al testador imponer cargas sobre la legítima, atribuyéndole al legitimario más derechos de los que por ley le corresponderían, pero dejándole libertad para optar por recibir su legítima libre de cargas cuando no quiera cumplir las disposiciones del *de cuius*.

Entre los siglos XIV y XVI, antes de la formulación de la cautela Socini, se enunciaron diversas cautelas testamentarias (cautela Angeli, cautela Durantis o gualdensis, cautela cumani y cautela Socini). Estas tuvieron una gran acogida en la doctrina, la práctica y la jurisprudencia medieval, para tratar de permitir al testador imponer gravámenes a la legítima superando la prohibición legal. Todas ellas se engloban modernamente bajo la denominación genérica de cautela Socini o sociniana.⁶³

En los casos en que el legitimario recibiera *más* de lo que por legítima le correspondía, pero quedando toda la atribución gravada por voluntad del testador, comenzó a considerarse la compensación del gravamen, que recaía sobre la legítima, con la atribución de la parte disponible. Esta es la idea que recoge, en el siglo XIV, Angelus de Ubaldis,⁶⁴ hermano del famoso Baldus, que en el capítulo relativo al *prohibemus*, de la *Authentica de triente et semisse* (Nov. 18.3) defiende la validez de la cláusula testamentaria por la que se imponía el usufructo sobre toda la herencia, incluyendo la legítima, y se atribuía al legitimario la nuda propiedad de la parte disponible siempre que el

61. CASTELLINI, R., «Usufrutto e nuda proprietà eccedenti la disponibile (art. 550 cod. civ.)», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1966, pp. 1-32, p. 18; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit, pp. 121-122.

62. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», cit., p. 285, n. 4 señala que así se denomina en Alemania, Suiza, Italia y Alemania.

63. Vid. REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, cit., p. 224 y 231.

64. DE UBALDIS, A., *In Authenticorum Volumen, aurea ac peregrina. Commentaria*, Collatio III, Titulus V *De triente et semisse*, verb. *Prohibemus*, Venetiis, 1580, fol. 14.

valor de esta última fuese igual o superior al usufructo sobre la legítima. Esta cláusula, llamada cautela Angeli o angélica, recogía la idea de «compensación», pero todavía no ofrecía la posibilidad de optar por la legítima estricta sin el gravamen. Se daban, así, los primeros pasos para encontrar soluciones más satisfactorias.

En el siglo xv, Raphaelis de Raymundis,⁶⁵ llamado *Cumanus*, elaboró una verdadera cautela de opción compensatoria, conocida como la cautela Cumani, con la que el testador instituía a su hijo como heredero universal pero gravando toda la herencia con una sustitución fideicomisaria y prohibiendo al heredero detraer la legítima y la trebeliánica, compensando al legitimario con toda la parte libre; para el hipotético caso de que el hijo o los herederos reclamasen la percepción de la legítima libre de cargas, el testador ordenaba que se restituyera al sustituto fideicomisario la parte libremente disponible por el testador y sus frutos hasta el montante de la legítima. Se trataba de evitar que el heredero se quedara con la legítima y la parte disponible libre de cargas. Aquí se puede ver claramente la opción compensatoria.

Ya en el siglo xvi, en 1540, Iohannis Durantis, llamado el gualdense elaboró la llamada cautela Gualdense.⁶⁶ El supuesto era similar al anterior (un testador instituía a su hijo como heredero universal gravando toda la herencia con una sustitución fideicomisaria y compensando dicho gravamen con toda la parte libre) pero la novedad estaba en que el testador concedía expresamente una opción al legitimario entre aceptar la herencia gravada con el fideicomiso universal o limitarse a recibir su legítima estricta libre de cargas y gravámenes. Esta posibilidad de optar estaba supeditada a que la hubiera previsto expresamente el testador.⁶⁷

Una década después, concretamente en el año 1550, Mario Socino hijo⁶⁸ fue requerido para emitir su dictamen sobre el testamento de

65. DE RAYMUNDIS, R., *Consilia*, ed. Brixiae, 1940, Cons XXV, fol 15 y 25 (Citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectivas...», *cit.*, p. 289, n. 25 y 26.)

66. DURANTIS, I., *De arte testandi, et cautelis ultimarum voluntatum, tractatus*. Tit. V. Cautela, 1540, XXXI, 6, Roma, fol. LXVI vto. *Vid.* también RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 120, n. 20.

67. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción...», *cit.*, p. 595, n. 21.

68. SOCINUS, M., *Consiliorum sive malis responsorum*, Prima pars, Consilium CXXII, ed. Lugduni, 1550, fol. 234 y ss.

Nicolaus Antenoreus –noble florentino que nombró herederos universales a dos de sus hijos, Alexandro y Camilo, al tercero, llamado Juan Bautista, le dejó un legado de valor superior a la legítima (compensación), pero con el gravamen de sustitución fideicomisaria a favor de sus dos hermanos, si muriese sin hijos (*si sine liberis masculis deceserit*). El testador añadió que, de no conformarse con lo dispuesto, perdería el legado sin más derecho que el de percibir su legítima estricta (opción). Fallecido el testador, Juan Bautista aceptó el legado con las condiciones indicadas y falleció después, sin hijos, bajo testamento en el que instituía heredero a un extraño. Los hermanos reclamaron al extraño los bienes que dejara su padre y este último alegó que de tales bienes debía detraerse la legítima (y la trebeliánica) de su causante (Juan Bautista). En resumen, se discutía si Juan Bautista había recibido la legítima libre de gravámenes (como sostenía su heredero) o estaba sujeta al fideicomiso, como sostenían sus hermanos.

Socino opinó que tenían razón los hermanos de Juan Bautista, pues el padre le puso en la alternativa de aceptar el legado (muy superior al valor de la legítima) con el gravamen del fideicomiso o recibir la legítima con todos sus privilegios, por tanto, solo de él dependía y no se puede mantener que su padre lo privase de la legítima. Más aun cuando le había otorgado una compensación a través del legado dispuesto a su favor.⁶⁹

Las diferencias entre la propuesta de Socino y la de Durantes están en que, en el testamento del noble florentino, la atribución gravada (condicionada) no era la institución universal, sino un legado con un *quantum* muy superior a la legítima. Además, en la gualdense, se compensa al legitimario con la propiedad de toda la parte libre, mientras que en el caso de Socino la compensación no afectaba a toda la parte libre.⁷⁰

69. Según VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 291, que ha estudiado con gran detalle la evolución histórica de estas cautelas testamentarias de opción compensatoria, se pidió dictamen a varios juristas: Felipe Decio, Mariano Socino el joven, Francischinus Curtius hijo y Petrus Paolus Parisius hijo) que fueron favorables a la total restitución de los bienes sin detracción de la legítima y la trebeliánica por parte de los herederos de Juan Bautista. Es decir, favorables a la validez de la cláusula impuesta por Antinori, dada la aceptación por aquel del legado condicional. *Cfr.*, en el mismo sentido REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, pp. 229.

70. CABEZUELO ARENAS, A. L., *Diversas formas ...*, *cit.*, p. 147.

Estas mínimas divergencias hicieron pensar⁷¹ que la cautela Socini mejor debiera haberse llamado gualdense pues Socino solo habría expuesto la misma solución con mayor fortuna una década después.⁷²

Las características esenciales de la cautela Socini, que la diferencian de otras cautelas que se han sucedido históricamente, son las siguientes: a) se trata de una previsión expresa establecida por el testador con respecto a una atribución testamentaria realizada en concepto de legítima;⁷³ b) se ha de atribuir al legitimario una cantidad superior al que legalmente le correspondería por legítima estricta, lo que supone la compensación que el testador le ofrece; c) el gravamen impuesto por el testador ha de recaer sobre la legítima; d) se impone al legitimario la necesidad de optar entre las alternativas que le ofrece el testador; dos vocaciones a favor del legitimario, que podrá elegir libremente entre la atribución de su legítima estricta libre de todo gravamen o una porción mayor de lo que le correspondería por legítima, pero sujeta a la carga que el testador desee imponer. La opción a favor del legatario debe recogerse de forma expresa, no debe sobreentenderse. El testador presenta dos proposiciones incompatibles o alternativas. Uno de los llamamientos del testador se halla dentro de la más escrupulosa legalidad, ya que garantiza la intangibilidad de la legítima (art. 813 C. C.). Sin embargo, la percepción de la legítima estricta no se encuentra en peligro en tanto que siempre cabe la posibilidad de que el legitimario opte por recibir única y exclusivamente la porción reconocida por la ley y libre de todo gravamen. Por lo tanto, establecido sin más un gravamen sobre la legítima, sin que se recoja la opción, ha de estimarse nula, con lo que el legitimario pasaría a percibir lo que el testador le dejó, que sobrepasa de su cuota legal, pero sin traba alguna;⁷⁴ y e) el legitimario

71. Vid., GÓMEZ PAVÓN, R., «Socino», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 296,1953, pp. 34-41, p. 35; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción...», *cit.*, p. 591; CASTELLINI, R., «Usufrutto...», *cit.*, p. 20; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 125.

72. Según indica Vallet de Goytisolo, la denominación de uso vulgar en el siglo XVII era la de cautela «Socini». Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 285, n. 4 y p. 286, n. 6; Id., «Cautelas...», *cit.*, p. 267, n. 12.

73. REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, p. 183.

74. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad...», *cit.*, p. 69.

debe aceptar la atribución testamentaria con el gravamen para la efectividad de este.

Obviamente, la fisonomía de la cautela Socini ha cambiado desde su formulación medieval a la actualidad.⁷⁵ Originariamente se refiere al supuesto muy concreto donde se grava lo que excede de la legítima con un fideicomiso para aquellos casos en que el mejorado no consiga tener descendientes masculinos, pudiendo este no aceptar el gravamen a cambio de recibir lo que por legítima estricta le corresponda. Mientras, en la actualidad, por vía jurisprudencial se ha venido a considerar como cautela Socini cualquier caso en el que el legitimario puede optar por la legítima libre de cargas o por admitir un mayor *quantum* con un menor *quale*.

Mas, en todos los casos, se deja en manos del legitimario, que es a quien protegen las normas de intangibilidad de la legítima, la posibilidad de decidir si le conviene o no admitir la disposición testamentaria del causante. Es precisamente esta libertad para elegir, escoger u optar lo que caracteriza este modelo que estudiamos.⁷⁶

V. LA REPERCUSIÓN DE LA CAUTELA SOCINI TRAS SU FORMULACIÓN

Entre los autores posteriores, muchos siguieron siendo partidarios de aplicar la nulidad automática del gravamen que ordenaba la legislación justiniana, la llamada Ley *Quoniam in prioribus* (sobre la legítima y la parte de libre disposición) y la *Nov. 18.3*, pero admitieron el juego de la cautela Socini cuando el testador recogiera una *duplicem, seu disjunctivam, seu alternativam institutionem*.⁷⁷ Es decir, la opción solo podría ejercitarse cuando estuviera expresamente recogida por el testador, *adhibita cautela*.

75. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, A., *Fundamento histórico de la llamada cautela Socini*, Alicante, Universidad de Alicante, 2020, p. 14.

76. CABEZUELO ARENAS, A. L., *Diversas formas...*, cit., p. 167

77. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, 2.^a edic., Barcelona, Bosch, 1976, p. 519, que afirman que son partidarios de esta solución, entre otros, Felipe Decio, y entre la doctrina española: Segura, Díaz de Montalvo, Quesada o Acevedo.

Otros autores⁷⁸ no eran partidarios de la nulidad automática del usufructo universal concedido al viudo, sino que, aludiendo a D.38.2.35, admitieron la validez del gravamen sobre la legítima para el caso de que, una vez capitalizada conforme a la edad del viudo, su valor fuese inferior al exceso sobre la legítima concedida al legitimario.

Tampoco faltaron quienes,⁷⁹ apoyándose en el texto de Papiniano, quisieron generalizar la necesidad de opción, aun cuando no estuviera prevista por el testador, atenuando así el rigor de la compensación automática del mayor *quantum* por el menor *quale* que se impuso en el Derecho justiniano. Estas opiniones se toparon con las normas bizantinas y con la específica voluntad del testador. Se entendió que el testador, pudiendo prever tal opción, no lo hizo, lo que se consideró una hipótesis que no resulta posible sobreentender sin texto expreso que la establezca.⁸⁰

Fue en Francia donde se dan los primeros pasos para el reconocimiento de la cautela sociniana tácita. En el siglo XVI, Carolus Moli-noeus o Charles Dumoulin⁸¹ elaboró la teoría de la recompensa. Consistía en exigir al reservatario, como presupuesto previo al ejercicio de la acción tendente a suprimir el gravamen, que *abandonase* el exceso de lo que el testador le hubiese dejado de más sobre la parte libre. Es decir que, si ejercita la acción para eliminar el gravamen sobre la reserva, deberá abandonar lo que se le haya atribuido con cargo a la parte disponible en justa compensación o recompensa, con lo que solo recibiría la reserva libre. Esta posibilidad ya no dependía de que el testador

78. PALACIOS RUVIOS, J., *Repetitio rubricae et capituli. Per vestras, de donatibus inter virum et uxorem*, Lyon, 1537, fol. 22, Rubr. § 25, n. 4; GÓMEZ ARIAS, F., *Subtillissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necessarias ac quotidianas leges Tauri*, ed. Complutensis, 1542, Ley 48, n.º 17, fol. 234. Entre la doctrina posterior, GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El usufructo...», *cit.*, pp. 160 y ss. y D'ORS, A., y BONET CORREA, J., «El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)», *Anuario de Derecho Civil*, 5, 1952, fasc. 1, pp. 62-124, p. 117.

79. Así, por ejemplo, ALCIATI, A., *Responsa*, Lugduni, Petrus Fradin, 1561, resp. 497, n.º 2, fol. 339.

80. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectivas...», *cit.*, p. 303.

81. DUMOULIN, C., *Coutumes de Lorris-Montargis* (avec les notes de M. Du Molin), I, Montargis, J., Bobin, 1771, cap. XIII, artículo II, (*Vid. Nouveau Coutumier General ou corps des coutumes generales et particulieres de France et des provinces*, III, Paris, Claude Robustel, 1724, p. 487).

la hubiese establecido y, si el reservatario prefería defender la reserva libre de cargas, estaba renunciando tácitamente al exceso atribuido. Supone un primer paso para el reconocimiento de la cautela tácita y para la formulación legal de una de sus manifestaciones, que desemboca en el artículo 917 Código Civil francés y, por ende, en el 820.3.º del Código Civil español.

En 1735, Le Brun,⁸² sigue en sus líneas generales la tesis de Dumoulin, pero la circunscribe al usufructo sobre la *réserve*.⁸³ Considera que el reservatario tenía la opción de elegir entre lo que el testador le hubiese dejado (la nuda propiedad de bienes que excedían de la legítima) o percibir únicamente la legítima libre de gravámenes, en cuyo caso debería abandonar el exceso.⁸⁴ Antes de la codificación francesa, autores como Pothier retoman el camino apuntado por Dumoulin un siglo antes, al plantear una opción por parte del hijo, que jugaba incluso en el supuesto de que no hubiese sido prevista por el testador: una especie de cautela Socini tácita.⁸⁵

VI. LAS CAUTELAS DURANTE LA CODIFICACIÓN. OPCIÓN COMPENSATORIA LEGAL DEL «CODE» Y SU INFLUENCIA EN LOS CÓDIGOS DECIMONÓNICOS

La opción compensatoria para el supuesto de usufructo sobre la *réserve* hereditaria, defendida por Le Brun, fue acogida por el Código Civil francés, pero extendiéndola el caso de que el gravamen impuesto sobre la reserva fuera una renta vitalicia cuyo valor excediese de la cuota disponible. En este supuesto, el reservatario tendrá la opción *ex lege* de acatar la disposición testamentaria o abandonar la propiedad de

82. Vid. LE BRUN, D., *Traité des successions*, Lib. II, cap. III, sec IV, ed. París, 1775, pp. 287 y ss. (especialmente el n.º 13).

83. Para Ragel Sánchez, las tesis de Le Brun representan el precedente más próximo e importante de la regulación de esta materia en el Código Civil francés. Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 129, n. 41 y los autores citados allí por este autor.

84. La tesis de Le Brun se recoge con mayor detalle en RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, pp. 129-130.

85. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 130 y n. 44.

la cuota a favor del beneficiario del gravamen, tal y como se establece en el artículo 917 del *Code*: «*Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible*».

El precepto fue criticado por la doctrina francesa⁸⁶ por la introducción de la condición «*dont la valeur excède la quotité disponible*»,⁸⁷ que consideró que este requisito iba en contra del espíritu de la ley y que no podía afectar a la decisión del reservatario. El precepto consagró legalmente la cláusula de opción compensatoria de la cautela Socini e inspiró a los códigos civiles europeos,⁸⁸ en concreto, al Código Civil italiano de 1865 (arts. 810.1.º) y al de 1942 (art. 550), al portugués (art. 2164), al español (art. 820.3.º)⁸⁹ y al suizo (art. 530). Todas estas normas prevén aplicaciones particulares de la cautela Socini, supuestos

86. COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, trad. Demófilo De Buen, Madrid, Reus, 1955, p. 543.

87. Según RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit., p. 132 «La introducción en el último momento del requisito del *valor del gravamen que excediera de la porción disponible* recuerda poderosamente el supuesto dictaminado por Angelo degli UBALDI (la mal llamada *cautela angélica*), que posiblemente inspiró a Le Brun, y los casos estudiados por los castellanos Palacios Ruvios y Fernando Gómez Arias».

88. ROGUIN, E., *Traité de Droit Civil Comparé. Les successions*, v. IV, París, F., Pichon, 1912, p. 627 escribió hace un siglo que no conocía legislación que declarase expresamente nula o inoperante la cautela sociniana. Cfr. ALEMÁN URIS, J., «Cautela socini. Análisis a propósito de la sentencia de 17 de enero de 2014», *ROED. Revista Online de Estudiantes de Derecho*, 4, 2014, pp. 1-30, p. 8 y n. 28.

89. En Derecho español tenemos dos cuerpos legales forales que reconocen expresamente la validez de la cautela sociniana con carácter general, se trata del Código Civil de Cataluña, en el libro IV, relativo a las sucesiones, el artículo 451-9 párrafos 2 y 3 del Libro IV, que, tras fijar la intangibilidad de la legítima en su párrafo 1, establece como excepción en el párrafo 2, que si la disposición sometida a alguna de las limitaciones tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda. Finaliza el párrafo 3 diciendo que, si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción, al igual que el Código Civil de las Islas Baleares que en su artículo 49 establece: «La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que, si no acepta las cargas o limitaciones que le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará aquel para

de opción limitados a los casos en que el gravamen consista en un usufructo o una renta vitalicia sobre la legítima que, de no estar regulados en la ley, se situarían en la órbita de las cautelas testamentarias introducidas por la voluntad del testador. Por su parte, el §2306. I del BGB posibilita con carácter general la opción del legitimario sea cual sea el gravamen del que se trate; opta por generalizar *ex lege* la cláusula testamentaria de opción compensatoria. El § 2306. I, bajo la rúbrica *Beschränkungen und Beschwerden*, establece: «*Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerde Kenntnis erlangt*».

VII. LA LEGÍTIMA Y LA CAUTELA SOCINI EN EL DERECHO ESPAÑOL ⁹⁰

VII.1. La legítima y la intangibilidad cualitativa de la misma

La porción legítima en la actualidad es el resultado de una evolución histórica, fruto de la fusión de la concepción romana (preponderante en la formación del concepto español de legítima), de la germánica y de la incidencia del Derecho francés. ⁹¹ El modelo francés fue adop-

acceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación».

90. Como hemos indicado supra, en Derecho español existen territorios que contienen regulaciones diferentes así, por ejemplo, el Fuero Nuevo de Navarra, leyes 267 y ss., únicamente recogen la llamada legítima formal que impone al testador que mencione a los legitimarios. Igualmente, hay libertad de testar en el Fuero de Ayala, artículos 134 y ss. del Derecho civil foral del País Vasco, que permite *el apartamiento de los herederos forzosos con mucho o con poco, como quisieren o por bien tuvieren*.

91. Jeantet afirma para el Derecho francés que el problema histórico que envuelve a la *réserve* se presenta como resultado de oposición entre la reserva consuetudinaria francesa y la legítima romana. JEANTET, F. C., *Le droit à la réserve en nature*, París, Dalloz, 1939, p. 9.

tado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del Derecho romano, si bien, entre ellos pueden mediar diferencias en torno a las personas legitimarias, la cuota de la porción legítima y su naturaleza jurídica.⁹²

El Código Civil español concibe la legítima como porción de bienes de la que el testador no puede disponer por reservarla la ley a determinados herederos, denominados herederos forzosos (artículo 806 C. C.). Los herederos forzosos son por este orden: los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes a falta de los anteriores.⁹³ La legítima de los hijos y descendientes se constituye por los dos tercios del haber hereditario, si bien los padres podrán mejorar a sus hijos o descendientes con un tercio de la legítima, siendo el tercio restante de libre disposición.⁹⁴ En defecto de los anteriores, serán herederos forzosos los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes en una porción de la mitad del haber hereditario, excepto que concurren con el cónyuge viudo, caso en el que la legítima será de un tercio de la herencia.⁹⁵ Finalmente, el cónyuge viudo que, al fallecimiento del causante, no se hallare separado judicialmente o de hecho, tendrá el usufructo sobre el tercio destinado a mejora si concurre con los hijos y descendientes (art. 834 C. C.), de la mitad de la herencia si concurre con ascendientes (art. 837 C. C.) o de las dos terceras partes de la herencia cuando no existan descendientes ni ascendientes (art. 838 C. C.).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima, se ha sostenido que es una *pars hereditatis* dada la condición de heredero forzoso del legitimario, que se recoge en el propio artículo 806 C. C. Otros autores⁹⁶ consideran que es una *pars bonorum*, porque el legitimario no tiene que recibir su legítima como heredero ni legatario, sino que se

92. Sobre la evolución histórica y la concepción de la legítima en los principales códigos civiles europeos, *vid.* BERNARD MAINAR, R., «La porción legítima...», *cit.*, pp. 1765-1805.

93. Artículo 807 C. C.

94. Artículo 808 en relación con el artículo 823 C. C.

95. Artículo 809 C. C.

96. *Vid.*, entre otros autores, DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A *Instituciones de Derecho civil*, v. II/2, 2.^a edic., Madrid, ed. Tecnop, pp. 306 y ss.

configura como un titular de una parte alícuota del activo hereditario, que será satisfecha por los herederos al momento de la formación hereditaria en la forma en que prefieran.

Las leyes protegen al legitimario tanto cuantitativamente como cualitativamente, no solo cuando se le deje menos de lo que le corresponde por legítima sino también cuando se le deja de manera distinta a la exigible; es la llamada «intangibilidad de la legítima». El legitimario tiene derecho a que se le asigne una determinada cuantía (intangibilidad cuantitativa) y a que lo que se le asigne esté libre de cargas y gravámenes impuestos por el testador (intangibilidad cualitativa). Esta es una expresión que se utiliza por la doctrina⁹⁷ desde aproximadamente la mitad del siglo pasado y supone, entre otros supuestos, en los que ahora no entraremos,⁹⁸ que el legitimario tiene derecho a recibir los bienes hereditarios libres de cargas. Exigencia que se recoge en el artículo 813. II C. C.⁹⁹ La legítima tiene predeterminado el *quantum* y el *quale*.¹⁰⁰

Las lesiones cuantitativas, ya desde el Derecho romano, daban lugar al ejercicio de la acción de suplemento de la legítima o la reducción de legados o mandas inoficiosos. Las lesiones *in qualitate* se consideran como no puestas desde la legislación justiniana. Actual-

97. Vid. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad...», *cit.*, p. 63 que la atribuye a la doctrina extranjera. Entre los italianos, PESCATORE, G., «Sulla intangibilità...», *cit.*, pp. 526 y ss. y ROMANO CASTELLANA, A., «Natura giuridica...», *cit.*, pp. 296 y ss.

98. Infringe cualitativamente la legítima el dejar al legitimario bienes que no forman parte del haber hereditario, pues la legítima es una cuota sobre el valor líquido del patrimonio a concretar en bienes hereditarios, salvo que jueguen las facultades de satisfacción en dinero recogidos en los artículos 829, 839, 840, 841, 1056. II y el 1402 del C. C. Sin embargo, cuando la ley no prevea excepción, jugará la regla general de pago de la legítima con los bienes hereditarios.

99. Artículo 813. II C. C. «Tampoco podrá [el testador] imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo la disposición del usufructo del cónyuge viudo (ar. 820.3.º) y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

100. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Cautelas de opción...», *cit.*, y 408 (= *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III. Estudios Jurídicos, v. I, Madrid, 1964, pp. 399-708).

mente el legitimario también puede considerarlas por no puestas excepto en el caso de que el gravamen sea un legado de usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, pues entonces se aplica el artículo 820.3.º C. C. El caso en que entra en juego la cautela Socini es aquel en el que el testador le atribuye al legitimario más de lo que por legítima estricta le corresponde, estableciendo un gravamen sobre ella. Es decir, un mayor *quantum* con un menor *quale*.

VII.2. Las cautelas de opción compensatoria de la legítima

El *Code* y la doctrina francesa inspiraron a los redactores del proyecto de Código Civil de 1851, que recogieron la opción compensatoria legal en el artículo 649.3.º con un texto semejante¹⁰¹ al que se recogió en el artículo 820.3.º del actual Código Civil español: «Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador». El precepto se limita a sancionar legalmente el caso más frecuente, la disposición del usufructo universal (o de renta vitalicia) a favor del cónyuge viudo.

Sin embargo, la cautela galdense o Socini, en su sentido primigenio de cláusula expresamente recogida por el testador, es muy utilizada en la práctica notarial diaria y está perfectamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Se utiliza con tal profusión que se ha considerado que sería adecuado recogerla en los textos legales, tal y como lo hace el BGB o, en Derecho español, el Código Civil catalán y la compilación de Islas Baleares.¹⁰²

101. Artículo 649.3.º del proyecto disponía: «*Si la disposición consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposición ó abandonar la parte disponible*».

102. REAL PÉREZ, A., *Usufructo... cit.*, p. 176.

A pesar de las críticas que ha recibido la cláusula,¹⁰³ la doctrina mayoritaria¹⁰⁴ acepta su validez, indicando que no coacciona ni limita los derechos del legitimario, porque se deja a su libre decisión aceptar el gravamen u optar por recibir la legítima pura e intacta.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no se había pronunciado expresamente sobre su validez hasta hace relativamente poco, venía sobreentendiendo su eficacia.¹⁰⁵ En el mismo

103. Entre la doctrina de mediados del siglo pasado se ha criticado la utilización de la cautela sociniana, porque consideran que es un artificio en fraude de ley que vulnera la intangibilidad cualitativa y elude la aplicación del artículo 813. II C. C. De esta opinión son autores como MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, 6.^a edic., Madrid, ed. Reus, 1951, p. 468 o ESPINAR LA FUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, 4.^a edic., Barcelona, ed. Bosch, pp. 398 y ss. Otra parte de la doctrina ha considerado que se trata de una sanción, pena, amenaza o coacción a los legitimarios que deciden reclamar judicialmente sus derechos hereditarios, privándoles del exceso sobre la legítima estricta; entre otros autores, ha mantenido esta opinión HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L., «La cuota viudal y su regla fija», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 180, 1946, fasc. 4, oct.-nov., pp. 390-454. Una tercera postura considera que es una condición suspensiva resolutoria ilícita, al tener el testador prohibido gravar la legítima o impedir la impugnación del testamento cuando sea nulo, de esta opinión es IGLESIAS LÓPEZ DE VÍVIGO, J. M., «Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 188, 1950, fasc. 3 sept., pp. 264-285.

Frente a estas opiniones, los partidarios de la validez de la cautela afirman que no se puede considerar ilícita una cláusula limitativa que el legitimario puede remover pudiendo elegir su legítima libre de cargas, *vid.* REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, p. 244. Tampoco se puede hablar de una verdadera sanción por no atribuir al legitimario aquello a lo que no tenía derecho y que se hubiese podido omitir en todo caso por lo que *strictu sensu* es improcedente referirse a la cláusula en términos de castigo al legitimario, *vid.* ALEMÁN URIS, J., «Cautela Socini...», *cit.*, p. 14.

104. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad...», *cit.*, p. 67; REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, p. 244; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, 6.^o edic., Dijusa, 2007; Díez PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, IV/2. Derecho de sucesiones*, 11.^a edic., Madrid, Tecnos, 2012, p. 325.

105. *Vid.*, entre las sentencias más antiguas, la STS de 23 de mayo de 1929, que ha sido considerada como uno de los precedentes de mayor significación en la admisión de la cautela. Igualmente, declaran la validez de la cautela sin cuestionarla las STS de 18 de noviembre de 1930 (RJ 1930, 1273), de 29 de diciembre de 1939 (RJ 1939, 105) o 12 de diciembre de 1959 (RJ 1959, 4499).

sentido, la Dirección General de los Registros y Notariado¹⁰⁶ las habían admitido, al menos, por vías indirectas. Las sentencias de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4795), que fija doctrina jurisprudencial, suponen el respaldo definitivo a la cautela Socini expresa «configurada válidamente por el testador». Este pronunciamiento expreso da seguridad jurídica al usufructo universal a favor del cónyuge viudo y a otras formulaciones que sortean el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima recogido en el artículo 813 del Código Civil, que prohíbe al testador imponer sobre aquella gravamen, condición o sustitución de ninguna especie.

VIII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES

Primero: la jurisprudencia de todas las épocas ha tratado de buscar una vía de flexibilización de la legítima a través de las llamadas cautelas testamentarias, que proliferaron en época medieval para atemperar las severas consecuencias de lo preceptuado por la legislación justiniana.

Segundo: una de las más conocidas y aceptadas fue la cautela Socini, que nace como cláusula expresa, añadida al testamento por la voluntad del testador, donde deja un legado de valor superior a la legítima (compensación), pero con el gravamen de una sustitución fideicomisaria a favor de sus dos hermanos, si muriese sin hijos (*sine liberis decesserit masculis*) añadiendo que, de no conformarse con lo dispuesto, perdería el legado sin más derecho que el de percibir su legítima estricta (opción).

Tercero: las características esenciales que diferencian la cautela Socini de otras cláusulas testamentarias que se han sucedido históricamente son las siguientes: se trata de una previsión expresa del testador, se atribuye al legitimario más de lo que legalmente le corresponde por legítima estricta (compensación), se establece un

Entre las sentencias más recientes, podemos citar SSTS de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628, 27 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5158), 21 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1635).

106. Cfr. Resoluciones de la DGRN de 15 de mayo de 2002, 14 de diciembre 2006 y 18 de junio de 2013.

gravamen sobre la legítima y se impone la necesidad de optar entre recibir la legítima libre de cargas o recibir más con el gravamen impuesto por el testador.

Cuarto: en nuestro Derecho, la opción compensatoria, en su sentido primigenio, de cláusula expresamente recogida por el testador, ha sido frecuentemente utilizada en la práctica notarial y perfectamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia desde hace mucho tiempo.

Quinto: además, los ordenamientos de base romana, entre ellos el español, sancionan legalmente el caso más frecuente de disposición del usufructo universal (o renta vitalicia) a favor del cónyuge viudo (art. 820.3.º del Código Civil).

Sexto: tanto la cautela testamentaria añadida expresamente por el testador como los artículos que le han dado cobertura legal responden a la misma idea justificadora, dejar en las manos del legitimario, que es a quien protegen las normas de intangibilidad, que decida si le conviene o no admitir la disposición del causante.

Séptimo: tras este estudio se comprueba que las soluciones que nos ofrece la historia y el Derecho comparado son variadas. En concreto las siguientes:

— Nulidad del gravamen: el gravamen sobre la legítima se considera por la ley como no puesto y, por tanto, el legitimario, sin perder el mayor *quantum*, puede reclamar todo su correspondiente *quale*. Con esto se favorece mucho al legitimario que recibe *todo* (la legítima y el exceso libre de cargas) en detrimento de la voluntad del testador. Es la solución de la legislación justiniana (C.3.28.32 y *Nov.* 18.3).

— Opción compensatoria concedida por el testador o cautela Socini propiamente dicha: la opción es concedida por el testador, previniéndola debidamente con el fin de evitar que se aplique *ex lege* la primera solución enumerada: que el legitimario reciba un exceso cuantitativo y a la vez reclame todo el rigor del *quale*. Es decir, que quede más beneficiado que lo que la ley exige y en mayor grado que lo que el causante quiso. Esta es, en sentido estricto, la llamada cautela gualdense o Socini como previsión testamentaria expresamente añadida por el testador, que concede al legitimario un derecho de opción entre aceptar la disposición del testador, por la que se le concede más de lo que le corresponde por legítima estricta

pero sujetándose esta a un gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima, renunciando al exceso.

— Opción compensatoria tácita: la opción se considera como normalmente querida por el testador y, por tanto, tácitamente dispuesta por aquel, siempre que no la haya eliminado expresamente. Una especie de cautela Socini tácita defendida por la doctrina francesa.

— Compensación forzosa *ex lege* sin opción: debe compensarse *ex lege* el mayor *quantum* hasta donde alcance, con el menor *quale*. Solución contraria a lo establecido por el artículo 813. II del Código Civil español con la que se ve afectada la intangibilidad cualitativa de la legítima y el interés del legitimario puede quedar insatisfecho. Se trata de una compensación forzosa sin que exista opción para el legitimario. Se habría seguido por el Derecho romano clásico respecto al gravamen del usufructo y del fideicomiso recíproco en D.33.2.37 (Scaev., l. 33 *ad ed.*), D. 28.6.39 (Iavol., l. I *ex posterioribus*) y C.3.28.12.

— Opción forzosa o legal: normativamente se permite al legitimario optar entre obtener su *quantum* y su *quale* legal o bien preferir la atribución testamentaria de mayor *quantum* con su *quale* limitado. Es el caso recogido en el artículo 917 del *Code* y demás preceptos inspirados en él, que prevén la opción compensatoria para los supuestos en que el gravamen consista en un usufructo o renta vitalicia. El parágrafo 2306. I BGB lo prevé con carácter general para cualquier tipo de gravamen. Se trata de una opción compensatoria forzosa *ex lege*.

**EL «AGGIORNAMENTO»
DEL DERECHO ROMANO EN
FRANCISCO BERMÚDEZ DE PEDRAZA**

*The “aggiornamento”
of Roman law in
Francisco Bermúdez de Pedraza*

BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Resumen: en *El Arte legal para estudiar la ivrisprudencia* (1612), de Bermúdez de Pedraza (1576-1655), se incluye una nueva perspectiva sobre el Derecho romano alejada de los planteamientos bartolistas. Esa renovación está afectada por el humanismo, pero también por los cambios políticos que afectan a la enseñanza del Derecho en el siglo xvii español. Su resultado es un reforzamiento de las fuentes romano-justinianas, sobre bases nuevas.

Palabras clave: Derecho romano. España. Barroco. Francisco Bermúdez de Pedraza.

Abstract: in *El Arte legal para estudiar la ivrisprudencia* (1612), by Bermúdez de Pedraza (1576-1655), a new perspective on Roman Law is included, far removed from bartolists approaches. This renovation is affected by Humanism, but also by the political changes that concern the teaching of Law in the Spanish 17th century. Its result is a reinforcement of the Roman-Justinian sources, on new bases.

Keywords: Roman Law. Spain. Baroque. Francisco Bermúdez de Pedraza.

Nos situamos en la España del siglo xvii, en la época en que se ha venido en llamar la Alta Edad Moderna. Desde el punto de vista cultural y para la historia, España vive su Siglo de Oro y la edición de libros alcanza cotas hasta entonces nunca vistas, en cantidad, pero también en calidad.¹ Por ejemplo, la primera parte del Quijote se publica en 1605 y la segunda en 1615. En lo político, reina Felipe III y es el final de una época que John Elliot llamó *Pax Hispanica*, que supondría un entorno especialmente apropiado para el desarrollo de los más variados saberes. La *Pax Hispanica* estaría comprendida entre 1598, cuando se firma la Paz de Vervins, y 1621, cuando muere Felipe III y comienza, con

1. MONTERO-P. RUIZ PÉREZ, J., «El libro en el Siglo de Oro. Estado de la investigación (1980-2005)», *Etiópicas* 2, 2006, pp. 15-108. En términos más generales, *vid.* PESET, M., *La cultura del Siglo de Oro*, Madrid, Grupo 16, 1985.

Felipe IV, el cambio de rumbo de la política española, en manos ahora del Conde-Duque de Olivares.² La Universidad está aún en una fase de cierta prosperidad, tras su tímido arranque en el siglo XIII a la sombra de los Estudios Generales italianos y antes de su decadencia. En estos momentos históricos, las instituciones universitarias se desarrollan en los dos hemisferios gobernados por la monarquía hispánica con un nivel equiparable, e incluso superior, al del resto de Europa. Aunque no todas tienen igual prestigio, cosa lógica, solo en la península ibérica y sin contar con América ni los dominios españoles europeos más allá de los Pirineos hay 33 universidades a principios del siglo XVII.³ Pero, como es sabido, tras esta etapa de crecimiento institucional y científico, se inicia un largo ciclo de decadencia en la Universidad española, que no termina hasta la irrupción del reformismo ilustrado en tiempos de Carlos III.⁴

En este contexto, se publica la primera obra jurídica española, dedicada a la enseñanza del Derecho, escrita en castellano. Se titula *Arte legal para estudiar la ivrisprudencia*.⁵ No se trata de una obra de factura

2. Sobre esta evolución, *vid.* SANZ AYÁN, C., «De la Pax Hispánica a la guerra contra todos. Apuntes sobre la evolución de paradigmas historiográficos relativos al periodo 1600-1659», en D. García Hernán (ed.), *Historia sin complejos: la nueva visión del Imperio Español*. Estudios en honor de John H. Elliott, Madrid, Actas editorial, 2010, pp. 176-203.

3. KAGAN, R. L., *Students and society in early modern Spain*, Baltimore-London, The John Hopkins University Press, 1974, p. 63.

4. Entre la ingente bibliografía, baste citar a PESET, M.- PESET, J. L., *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, Taurus, 1974.

5. *Arte legal para estudiar la ivrisprudencia. Con la paratitla, y exposición a los títulos de los quatro libros de las Instituciones de Ivstiniano*. Por El Licenciado Francisco Bermudez de Pedraça, Abogado en los Consejos de su Magestad, dirigida a Don Ivan de Acuña Marques de Valle, Presidente de Castilla. En la Emprenta de Antonia Ramirez, viuda. 1612. A costa de Nicolas Martin del Castillo, Mercader de libros. De la misma hay una edición facsimilar publicada por Civitas en 1992. La obra fue editada por segunda vez en 1633, con algunas variaciones no menores: *Arte legal para el estvdio de la Ivrisprvdenca. Nuevamente corregido y añadido en esta segunda edición con la declaración de las rvbricas de los diez y seis libros del Emperador Ivstiniano. Por el Licenciado Francisco Vermudez de Pedraça, Canonigo de la santa Iglesia Apostolica Metropolitana de Granada. A don Melchor de Chaves y Mendoza, Cavallero del Abito de Alcantara*. En Madrid, Por Francisco Martínez. Año MDCXXXIII. A costa de Domingo Gonçalez, Mercader de libros. Sobre este libro se vienen realizando diversos

universitaria, sino que se debe a un jurista práctico, Francisco Bermúdez de Pedraza, que hace evidentes esfuerzos por abrirse paso en la Corte, entonces en Valladolid. Bermúdez había nacido en Granada en 1576, y era clérigo menor y abogado.⁶ Por entonces, la Universidad más importante de las españolas es la de Salamanca, que actúa como modelo para el resto. Tal es el desarrollo de esta institución, que alberga el nacimiento y desarrollo del movimiento jurídico más sobresaliente de la historia de la ciencia jurídica española: la Segunda Escolástica o Escuela de Salamanca, integrada por juristas-teólogos que replantearán la razón de ser del Derecho y los límites del poder político.⁷ En este entorno, culto y en pocas manos, irrumpe el ya no tan joven clérigo

estudios desde mediados del siglo xx: GIBERT, R., *El Arte para estudiar Jurisprudencia de Bermúdez de Pedraza*, Prelección del curso, Programa de Historia del Derecho español, Granada, 1966; DELGADO PINTO, J., «Un traité de didactique juridique au xvii siècle. “El arte legal para estudiar jurisprudencia”». Salamanca 1612, de F. Bermúdez de Pedraza», en *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*, Bruxelles, 1971, pp. 195-201; TOMÁS Y VALIENTE, F., «El pensamiento jurídico», en M. Artola (dir.), *Enciclopedia de Historia de España* III, Madrid, Alianza, 1988, pp. 327-408, esp. pp. 367-369; CUENA BOY, F., «La cronología y el estilo al servicio de la interpretación de las leyes en el Arte Legal de Bermúdez de Pedraza», en C. Sáez (ed.), *Actas del VI Congreso Internacional de Historia de la Cultura Escrita* II, Alcalá de Henares, Calambur, 2002, pp. 299-310; MONTANOS FERRÍN, E., «A modo de consulta sobre literatura jurídica del *ius commune* IV (En el aniversario del Quijote, tres obras europeas coetáneas en el mundo que vivió Cervantes)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 9, 2005, pp. 1105 y ss.; CALABRÚS, J., *La enseñanza del Derecho en la Monarquía Universal. El «Arte Legal» para estudiar la Jurisprudencia de Bermúdez de Pedraza (Salamanca 1612)*, Lección magistral pronunciada en el acto solemne de clausura del curso académico, Granada, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010. Más extenso y omnicomprensivo es el estudio de ROJO GALLEGU-BURÍN, M., *El pensamiento jurídico y político de Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655)*. Prólogo de José A. López Nevot, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 73-116; la misma autora realiza un trabajo específico sobre esta obra tras la publicación de dicha monografía: ID., «Los estudios de Leyes durante el Barroco. El primer manual para la enseñanza de la *jurisprudencia*, escrito en castellano», *Glossae. European Journal of Legal History* 17, 2020, pp. 697-720.

6. Sobre el autor y el conjunto de su obra, puede verse la reciente monografía de ROJO GALLEGU-BURÍN, M., *El pensamiento jurídico...*, cit.

7. Sobre la trascendencia de este singular fenómeno cultural y político, vid. RAMÍREZ SANTOS, C.-EGÍO, J. L., *Conceptos, autores, instituciones: revisión crítica de la*

granadino, al proponer con su *Arte legal* una visión del Derecho alejada de las alturas de la teología o de las grandes pretensiones de los escolásticos, pero con una evidente voluntad de acompañar a los tiempos en el sensible campo de la enseñanza jurídica.

En términos globales, si nos referimos al panorama jurídico europeo, este tiempo está marcado por la eclosión del humanismo, que desarrolla una vertiente jurídica y, concretamente en España, un movimiento con características propias.⁸ En suma, podría hablarse de una nueva manera de valorar las fuentes romano-justinianas, que habían sido el elemento básico de la configuración jurídica del continente en la Baja Edad Media. Desde el humanismo, va a desarrollarse el *mos gallicus*, que, alejado del bartolismo, ve en las fuentes un medio para ir más allá en el conocimiento del pasado y en la formación de los juristas, no un fin en sí mismas.⁹

La obra se sitúa, por tanto, en una etapa de cambio, que en España tiene sus peculiaridades, en unas universidades marcadas también por el peso que en ellas tiene la Iglesia, a través de los colegios que las integran, y que, en lo jurídico, se abre muy paulatinamente al estudio del Derecho regio, junto al romano y al canónico, no sin tensiones.¹⁰ En este escenario, Francisco Bermúdez de Pedraza, bachiller por Granada y licenciado por Valladolid, publica en la Salamanca de 1612 y un tratado

investigación reciente sobre la Escuela de Salamanca (2008-19) y bibliografía multidisciplinar, Madrid, Dykinson, 2020.

8. Sobre los juristas humanistas españoles, *vid.* CAMACHO EVANGELISTA, F., «Humanismo jurídico español de los siglos XVI y XVII», *Revista de Derecho Notarial* 56, 1967, pp. 43-49. BENEYTO PÉREZ, J., «El pensamiento jurídico en el humanismo español del siglo XVI», en *Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 53-60.

9. El contraste entre el *mos italicus* y el nuevo *mos gallicus* se representa habitualmente en la figura de Andrés Alciato, que ejemplifica una forma distinta de tratar las fuentes justinianas, al respecto: CAVINA, M., «*Consilia*: il modello di Andrea Alciato. Tipologie formali e argomentative fra *mos italicus* e *mos gallicus*», *Clio@Themis* 8, 2015, pp. 1-11.

10. Véase, por ejemplo, el análisis del cambio que se produce en este sentido un siglo después de la publicación del *Arte legal*, ya en tiempos borbónicos: ALONSO ROMERO, M.^a P. «Del amor a las leyes patrias y su verdadera inteligencia: a propósito del trato con el Derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos», *AHDE*, 67, 1997, pp. 529-550.

para servir de guía a los estudiantes de Derecho.¹¹ Lo hacía en castellano para favorecer el acceso de los nuevos universitarios a los estudios jurídicos, a pesar de que la instrucción inmediatamente anterior a la universitaria se centraba en el estudio del latín, que será –como en el resto de Europa– la lengua oficial de la enseñanza en la Universidad hasta bien entrado el siglo XVIII.¹² Con todo, el hecho de que Bermúdez escribiera en castellano es, sobre cualquier otra consideración, un alarde de realismo, pues el latín que de ordinario se hablaba en las aulas universitarias no pasaba de ser un medio de comunicación empobrecido, por la desigual formación previa de los estudiantes, e inadecuado, ya que la práctica del Derecho en el ámbito privado y en las sedes judiciales se desarrollaba en romance, en consonancia con la expresión misma de las principales fuentes del Derecho desde el siglo XII. Es más, los libros destinados a los juristas prácticos, que completaban de algún modo la enseñanza universitaria anclada en la tradición medieval, se escriben ya por entonces en castellano, a lo que deben en parte su extraordinaria difusión.¹³

En este sentido, puede decirse que Bermúdez abre un puente hacia una mayor accesibilidad de los conocimientos jurídicos y, por tanto, a los oficios civiles y eclesiásticos vinculados a ellos,¹⁴ pero también

11. PELORSON, J. M., *Los letrados juristas castellanos bajo Felipe III. Investigaciones sobre su puesto en la sociedad, la cultura y el Estado*, trad. esp. de la ed. Le Puy-en-Velay, 1980, a cargo de M. Villanueva Salas, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2008, p. 341.

12. Sobre este proceso, también vinculado a la afirmación de las lenguas propias en el ámbito científico, como expresión de una incipiente identidad nacional, *vid.* RODRÍGUEZ ENNES, L., «La progresiva sustitución del latín universitario por las lenguas vernáculas», *Revista General de Derecho Romano* 16, 2011, pp. 4 y ss.

13. Como ejemplo, puede tomarse el de Jerónimo Castillo de Bobadilla, *Política para Corregidores y Señores de vassallos, en tiempo de paz, y de guerra, y para Jueces eclesiásticos y seglares y para Regidores y Abogados*, Madrid, 1597, el de Alonso de Villadiego, *Instrucción política y Práctica judicial, Conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros Ordinarios del Reino*, Madrid, 1612, o el de Francisco Ortiz de Salcedo, *Curia Eclesiástica*, Madrid, 1618.

14. Sobre la proyección profesional de los letrados, ya en la administración bajomedieval, *vid.* GARCÍA MARÍN, J. M., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, 2.^a ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 85. Los letrados formaron pues una verdadera élite social y profesional, también en la Edad Moderna, al respecto PELORSON, J. M., *Los letrados juristas castellanos...*, *cit.*, p. 33.

hacia una mayor conexión de la Universidad y la realidad del Derecho. Por otra parte, debe subrayarse que el conjunto de la obra de Bermúdez está también en castellano, que es ya entonces una lengua consolidada y más que culta, pero la que sirve de base a esta reflexión es su única aportación específicamente dirigida a la enseñanza universitaria.¹⁵

Por otro lado, no debe soslayarse que el Derecho regio apenas se incluye en los estudios jurídicos universitarios, pues si acaso es tomado como término final de una comparación que se inicia con el Derecho romano-justiniano, el canónico, y que continúa con los autores de uno y otro Derecho, considerados a estos efectos como si fueran normas vigentes. Sin embargo, el Derecho de aplicación preferente es el promulgado por los órganos políticos de la monarquía, que solo entrará en las aulas universitarias a través de la práctica.¹⁶ Con todo, es conocida la problemática derivada de la vigencia efectiva de los autores del *ius commune* como fuente supletoria del Derecho castellano, donde no está expresamente prevista como tal, a diferencia de lo que sí ocurre en otros ámbitos del Derecho hispánico. En este sentido, el cultivo universitario del Derecho romano-justiniano y canónico, y sus autores, recibe también el impulso recíproco de su peso en la práctica, que trata de limitar la *Pragmática* de Juan II, de 1427, y de erradicar las Leyes de Toro, de 1505, muestra del deseo regio por controlar las fuentes del Derecho.¹⁷

15. La más extendida de sus obras de contenido jurídico es *El Secretario del Rey*, Madrid, Luis Sánchez, Impres. del R. N. S., 1620, reeditada en Granada en 1637. También cuenta con obra no jurídica: *Antigüedad y excelencias de Granada*, Madrid, Luis Sánchez, Impresor del Rey N. S., 1608, *Historia Eclesiástica. Principios y progresos de la ciudad, y religión católica en Granada, Corona de su poderoso Reyno, y excelencias de su Corona*, Madrid, apud Vicentium Aluarez, 1638, (2.^a reimpr. Granada, Francisco Sánchez, 1652), *Historia Eucharistica y reformación de abusos, hechos en presencia del Xpo. Nro. Señor*, Granada 1643, *Hospital Real de la Corte*, Granada, 1645.

16. ALONSO ROMERO, M.^a P. «*Theoria y praxis en la enseñanza del Derecho: tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI*», *AHDE*. 61 (1991) pp. 451-548; ID., *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del Derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 15 y ss.

17. PETIT, C., «Derecho común y Derecho castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (siglos XV-XVI)», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 50, 1982, pp. 157-190.

Entre las muchas cuestiones que podrían plantearse en torno al *Arte Legal para estudiar la Iurisprudencia*, interesa ahora detenerse en cómo presenta Bermúdez el Derecho romano en general y sus fuentes, las justinianas, en particular. Lo primero que debe aclararse es que, al ser un libro iniciático, las fuentes escogidas y las referencias al Derecho romano son, en su mayoría, sencillas. Se toman en ocasiones para refrendar conceptos básicos, pero también para dar por cerrados determinados debates como el que se plantea en el Capítulo IV (numerado como III) en torno al carácter científico del Derecho.¹⁸ También debe subrayarse que no solo se incluyen citas de juristas romanos. De las 134 autoridades que se invocan, solo 12 son jurisconsultos romanos. El resto son autores literarios, glosadores, comentaristas, canonistas o juristas del tiempo de su autor.

Las novedades que Bermúdez plasma en su obra respecto al Derecho romano, lo que no quiere decir que sean aportaciones personales suyas, son a nuestro juicio dos y ambas de carácter metodológico. La más evidente es que propone una revisión de la manera en que han de tratarse las fuentes romano-justinianas. El autor abraza aquí las ideas humanistas y ofrece una aplicación «escolar» de las mismas, lo que resulta de especial interés al constatar que va terminando la época en que se veneran los textos jurídicos justinianos como si fuesen verdades reveladas. La historia y la filología comienzan a convertirse así en herramientas para la interpretación de los textos jurídicos, aunque la enseñanza universitaria deba orientarse hacia la práctica. Puede decirse en este sentido que en países como España, Alemania u Holanda el *mos gallicus* no supone una ruptura absoluta con el *mos italicus*, al contrario de lo que sucede en Francia.¹⁹ Por otra parte, Bermúdez es un jurista barroco, no propiamente un humanista puro y con autoridad como tal, aunque no puede entenderse sin el Humanismo de Antonio Agustín o de Elio Antonio de Nebrija. Pero el método no solo se ha aplicar al estudio de los textos, sino también a la docencia, según Bermúdez, que considera que

18. BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *Arte legal...*, cit. pp. 17-23.

19. Sobre las consecuencias de un Humanismo propiamente jurídico, en las distintas naciones europeas, vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., «La dimensión político-cultural del Humanismo jurídico», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 12, 2000, pp. 69-132., esp. pp. 117-127.

el Derecho es una ciencia especulativa. Y he aquí la segunda novedad: en la docencia se impondrá la inducción sobre la deducción, y muchos de los *topoi* que han de servir a esta tarea se extraen de las fuentes romano-justinianeas.

En resumen, en la indagación sobre las fuentes, el objetivo es acercarse a la verdad, de manera que las herramientas filológicas e históricas ganen protagonismo frente a lectura plana de los textos. Estos han de verse en su contexto, evitando incoherencias que resten valor a esas mismas fuentes. En la docencia, las fuentes de conocimiento del Derecho romano proporcionan las herramientas para la labor fundamental de los juristas, que es resolver casos, no solo aplicar reglas generales o leyes que no abarcan la riqueza de la práctica, cambiante por naturaleza. Muta pues el papel del Derecho romano, que no solamente proporciona contenidos al Derecho vigente, sino que también articula el pensamiento para afrontar la labor del jurista, sobre la base de unas fuentes textuales que ganan credibilidad y aumentan así su valor intrínseco. En este sentido hablamos de «aggiornamento» o puesta al día del Derecho romano. Ha de destacarse, por otra parte, que Bermúdez de Pedraza pone al jurista, y no a la ley, en el centro del Derecho. Esta es, aunque quede implícita entre tantas cuestiones de interés, la línea que une la Baja Edad Media con la Alta Edad Moderna, lo que puede considerarse la muestra más evidente de la influencia en este autor del modelo clásico del Derecho romano, ahora «aggiornato».²⁰

Pero no es posible entender la trascendencia de esta obra de Bermúdez de Pedraza sin mencionar al menos el movimiento antiromanista, que tenía ya en estos tiempos su propia línea evolutiva y que, de algún modo, obliga a replantear la razón de ser de unos estudios jurídicos universitarios, todavía bartolistas, que gravitan en torno a las fuentes romano-justinianeas. Sin embargo, quienes primero toman esta postura favorable a una mayor presencia del Derecho regio en los estudios jurídicos tienen poca relevancia y no consiguen alterar las bases de

20. Acerca del papel central del jurista en la historia europea vinculada a Roma, vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea: proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana*, Granada, Comares, 1998.

unos estudios asentados sobre su tradición medieval.²¹ El antirromanismo, que triunfará a la luz de la Ilustración un siglo más tarde, es una reacción al excesivo protagonismo de un Derecho del pasado, el romano, y sus autores, glosadores y comentaristas, en un entorno formativo que, como se ha comentado, ignora casi completamente el Derecho vigente.²² A ello se añade la irrupción del humanismo y su vertiente jurídica, lo que dará lugar a una visión nueva del papel del Derecho romano en la formación jurídica, de lo que es muestra la singular obra sobre la que hemos realizado estas mínimas reflexiones iniciales, antecedentes de un estudio más pormenorizado.

Humanistas como Juan Luis Vives (1492-1540), Pedro Simón Abril (1530-1595) o Miguel de Sabuco (1525-1595) cuestionan, en un tiempo casi inmediato al de nuestro autor, el mantenimiento de los modelos educativos medievales, bajo el influjo de las nuevas corrientes de pensamiento propias de la Edad Moderna. Bermúdez de Pedraza es, sin embargo, un autor del Barroco, sensible a los cambios de su tiempo y premonitorio, si atendemos a la perspectiva que toma en esta obra docente, escrita desde fuera de la Universidad, desde los alledaños de la Corte, lo que también es un dato a tener en cuenta en la interpretación de la misma. Pensemos que estas universidades son entornos cerrados, en los que el poder político incide con dificultad y más cuando se trata de modificar las inercias aprendidas. El cambio, como muestra la obra de Bermúdez, es sutil. Pasa por el inocente empleo del castellano, pero llega hasta la puesta al día de una perspectiva docente que estaba ya en cuestión, sin negar el valor intrínseco de las fuentes romanas, que se ven reforzadas sobre la base de su utilidad y su autenticidad para una forma de enseñar que quiere renovarse. De ahí que se proponga introducir el elemento crítico y se abandone la reverencia hacia los viejos textos y sus intérpretes, para valorar el contexto de las fuentes, a las que se despoja de su ropaje de intangibilidad. Sin duda, los cambios en los ámbitos jurídicos canónico y civil, con la finalización del Concilio de Trento, en 1563, y la promulgación de la Nueva Recopilación, en 1567, contribuyeron a ese ámbito propicio a la reforma.

21. PETIT, C., *Derecho común y Derecho castellano...*, cit. p. 191.

22. Al respecto, vid. RODRÍGUEZ ENNES, L., «El antirromanismo ilustrado», *Revista General de Derecho Romano* 11, 2008, pp. 1-26.

Bermúdez, como práctico del Derecho que es, prefiere la inducción sobre la deducción, y huye de las reglas generales para mostrar preferentemente una técnica para solucionar problemas jurídicos.²³ En este sentido, las fuentes ahora son tomadas como muestra de razón, lo que además casa con los planteamientos humanistas aplicados a una ciencia jurídica cuyas bases se replantean.²⁴ Con todo, la presencia de referencias a las fuentes romanas a lo largo de las 170 páginas de que se compone la obra que comentamos es una constante, un apoyo continuo a la postura del autor, quien aboga por preservar el mejor empleo de esas fuentes como vía para reforzar su valor. Su actitud crítica respecto de quienes las toman en cuenta al pie de la letra, sin hacer el esfuerzo de su contextualización, es sin duda una muestra de respeto al valor que atesoran; solo con el empleo de un método de análisis previamente establecido, resultan estas fuentes de verdadero interés. En esta dirección han de tomarse afirmaciones como la contenida en el Capítulo IX, al subrayar la importancia del conocimiento del entorno histórico como medio para evitar lo «que sucede a los lectores de Acursio, que por ignorar la historia ignoran también el derecho».²⁵ Con todo, se ha puesto ya de manifiesto por Cuenca que el propio Bermúdez muestra evidentes carencias formativas en su bienintencionada labor de crítica.²⁶ Más allá de disculpar o no sus concretos errores, que pudieron ser muestra de las lagunas de su propia formación y del estado en España de esta ciencia incipiente, lo que entendemos más relevante es el cambio de actitud que se muestra en esta obra, hija de su tiempo, pero que también lo es de transición en el conjunto la literatura jurídica española de carácter isagógico.²⁷

23. TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 121 y ss., entiende que Bermúdez se inspira en este punto en la obra de N. Everardo, *Loci argumentorum legales*, de 1568.

24. ANDRÉS SANTOS, F. J., «Notas sobre el concepto de “Humanismo jurídico”», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 94, 1999-2000, pp. 39 ss.

25. BERMÚDEZ DE PEDRAZA, F., *Arte legal...*, *cit.* p. 46.

26. CUENA BOY, F., «La cronología y el estilo...», *cit.*, pp. 299-310.

27. Bermúdez de Pedraza abre una vía de penetración de cierta literatura jurídica destinada a estudiantes, en este caso como introducción a la práctica, como la obra de Gonzalo Suárez de Paz, autor de una *Praxis ecclesiastica et saecularis*, publicada en 1614.

**EL ABANDONO DEL RECIÉN NACIDO:
BASES PARA LA REINTERPRETACIÓN
DEL DERECHO ROMANO
EN EL *IUS COMMUNE*
Y EN EL DERECHO ACTUAL**

*The abandonment of the newborn: basis
for the reinterpretation of roman law in
the "ius commune" and in current law*

EVA MARÍA POLO ARÉVALO

Universidad Miguel Hernández

Resumen: el trabajo analiza la conceptualización del *ius exponendi* como facultad reconocida al *paterfamilias* en el marco de la *patria potestas*, su evolución y regulación posterior en el Derecho romano y su reinterpretación en el *ius commune*. La *pietas*, *caritas* o *misericordia*, que se unen a la *humanitas* y a los principios éticos y filosóficos cristianos, tenderán a una progresiva interdicción del abandono de los hijos y a una diferente visión social y configuración jurídica más favorable en la condición de los hijos abandonados, hasta llegar a su tipificación como delito en el Derecho español actual.

Palabras clave: *Ius exponendi*. Abandono hijos. Derecho romano. *Ius commune*.

Abstract: this work studies the *ius exponendi* as a faculty recognized by the *paterfamilias* in the field of *patria potestas*, its evolution in Roman law and its reinterpretation in the *ius commune*. *Pietas*, *caritas*, *misericordia* or *humanitas* are notions that predominate at this time and that are linked to Christian ethical and philosophical principles to configure a new social vision and a different legal regulation consisting of the prohibition of abandoning children. This ends with the classification as a crime in current Spanish law.

Keywords: *Ius exponendi*. Children abandonment. Roman Law. *Ius commune*.

SUMARIO: I. Introducción. II. Reinterpretación del *ius exponendi* del Derecho romano en el *ius commune*: bases para su configuración como delito de abandono del recién nacido. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española, tras consagrar el principio de igualdad ante la Ley en su artículo 14, ordena en el artículo 39.2 a los poderes

públicos asegurar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación». Este reconocimiento de la Carta Magna de las relaciones paterno-filiales implica la existencia de una serie de derechos, deberes y obligaciones entre padres e hijos que se encuentran regulados de forma somera en los artículos 154 y siguientes del Código Civil, y que, básicamente, consisten en cuidar de ellos, representarlos y administrar sus bienes.¹ No obstante, el incumplimiento de los deberes familiares, que hoy en día está conceptualizado como delito, no siempre ha tenido esa consideración y, durante mucho tiempo, se ha entendido que era una conducta que no merecía un castigo penal por pertenecer a un ámbito privado de actuación.

En la actualidad, el delito de abandono de familia está regulado en el Título XII del Código Penal, bajo el título «De los delitos contra las relaciones familiares, Capítulo III, «De los delitos contra los derechos y deberes familiares», Sección 3.^a, «Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección»,² recogiendo el artículo 226 el tipo básico, que sanciona a las personas que ejercen la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento en caso de que dejen de cumplir los deberes legales de asistencia que les competen.³ Sin embargo, hasta mediados del siglo pasado, el cumplimiento de los

1. El artículo 154 del Código Civil regula los deberes y derechos que comprende esencialmente la patria potestad, que, tras la actualización que supuso la disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, los deberes de los progenitores consisten en velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representar y administrar sus bienes y decidir su lugar de residencia habitual.

2. Hay que destacar que el Tribunal Supremo establece la doctrina en relación con el abandono de menores en su sentencia 1016/2006, de 25 de octubre, extendiendo la noción de abandono a la situación de desamparo generada no solo por el incumplimiento sino también por el cumplimiento inadecuado de las obligaciones que atañen a los padres o guardadores. Dispone el Alto Tribunal que el delito de abandono de menores constituye un delito de peligro, por lo que el tipo penal se concreta la conducta activa u omisiva que priva al menor de la necesaria asistencia moral o material que incide en su supervivencia o desarrollo afectivo, social y/o cognitivo.

3. Artículo 226.1. «El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer,

deberes familiares se consideraba una materia que estaba reservada al ámbito del Derecho privado, por lo que no se consideraba que su transgresión tuviera que estar sancionada penalmente. Con base al principio de intervención mínimo que rige en el Derecho penal, se entendía que las relaciones familiares, su regulación y su posible sanción por incumplimiento de los deberes que atañían a sus miembros, constituía una esfera estrictamente privada en la que la imposición de condenas penales se entendía como una injerencia estatal que, lejos de solucionar las relaciones entre sus miembros, agravaría los problemas generados entre ellos y, por lo tanto, esa intervención punitiva constituiría una intromisión que no tenía ninguna justificación.⁴

II. REINTERPRETACIÓN DEL «IUS EXPONENDI» DEL DERECHO ROMANO EN EL «IUS COMMUNE»: BASES PARA SU CONFIGURACIÓN COMO DELITO DE ABANDONO DEL RECIÉN NACIDO

La primera disposición que sanciona como delito el abandono de familia y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar fue la Ley de 12 de marzo de 1942⁵ y será a partir de ella cuando se considere que el orden familiar no incumbía solo a sus miembros, quedando reservado el incumplimiento de las obligaciones a una esfera privada, sino

motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

4. Como apunta FERRER SAMA, en el discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1946-47, lo que en su día se decía era que los derechos y deberes familiares son de tal índole que su efectividad podía ser exigido por la legislación civil, pero su violación no debía calificarse como delito, porque la pena que se debería imponer añadiría consecuencias drásticas para el orden familiar. *Vid.* FERRER SAMA, A., *El delito de abandono de familia: discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1946-47*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1946, pp. 10 y ss.

5. *Vid.* respecto de la Ley de 1942, CUELLO CALÓN, E., *El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar: doctrina científica: comentario del texto legal: (ley de 12 de marzo de 1942)*, Bosch, Barcelona, 1942 y BARRERO DE VALENZUELA, A., «El delito de abandono de familia glosas a la Ley de 12 de marzo de 1942», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 171, 4-abril, 1942, pp. 378 y ss.

que también afectaba al interés general por lo que representaba la familia como institución primordial en la sociedad y de ahí que el Estado no pudiera permanecer impasible ante una vulneración de los deberes paternos. Así, en el Preámbulo de la Ley, ya se indica que el Estado no debe mantener una indiferencia ante el abandono de la familia, ya que esta es considerada como «institución fundamental» y «base insustituible del orden social», y, por tanto, un incumplimiento de deberes en ese ámbito se debe considerar como un «hecho criminal» que «una sociedad cristiana y un Estado católico no pueden permitir, sin grave quebranto de sus primordiales intereses». Por ello, se añade que «no era posible que España, restauradora decidida de los principios religiosos que inspiraron su legislación tradicional, siguiera formando apáticamente entre los Estados aún insensibles a males de tamaña gravedad», sancionando así en su artículo primero el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y considerando como agravante que esa inobservancia de obligaciones recayera en menores o incapaces, ascendientes o cónyuges necesitados.⁶

Con anterioridad a esta Ley, lo que sancionaban los códigos penales, desde el primero de 1822, eran aquellas conductas que ponían en riesgo la vida o integridad física de los menores y no el incumplimiento de los deberes paterno-filiales. Así, el Código Penal de 1822 castigaba en los artículos 690 a 698, la exposición, ocultación,

6. Artículo primero. «El que, abandonando maliciosamente el domicilio familiar o a causa de su conducta desordenada dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes de asistencia, inherentes a la patria potestad, a la tutela o a su estado matrimonial preceptuados por las leyes, será castigado con prisión menor en su grado mínimo y multa de mil a diez mil pesetas. Estas penas se impondrán en su grado máximo cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para su sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, ascendientes o cónyuges necesitados, a no ser que en este último caso se hallaren separados por culpa del referido cónyuge. En todos los casos previstos anteriormente, además de la sanción señalada, podrá imponerse la privación del derecho de patria potestad, tutela o autoridad marital. Artículo segundo. Los números quinto y sexto del artículo quinientos setenta y ocho del Código Penal quedarán redactados en la siguiente forma: “Quinto. El padre de familia que sin descuidar los deberes de asistencia impuestos por la Ley respecto de sus hijos no les procurar la educación que sus facultades permitan”. “Sexto. Los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria”».

intercambio de niños y cualquier conducta que comprometiera su existencia natural o civil, sancionando también los partos fingidos y tipificando el delito de abandono de menores.⁷ También el Código Penal de 1848, aunque supone un retroceso respecto de la regulación anterior, también contiene el delito de abandono o exposición de menores, al igual que la reforma de 1870, que sí se considera más relevante en cuanto a que trata de establecer una equiparación entre el abandono del menor con el infanticidio, al entender que en muchas ocasiones aquella conducta conducirá a la muerte del menor. Igualmente, las reformas de 1928 y 1944 recogen el delito de abandono de menores, siendo la primera más relevante al castigar claramente el supuesto de que finalmente se hubiera ocasionado la muerte, lesión o enfermedad grave del menor abandonado.

La configuración como delito de la conducta consistente en el incumplimiento de los deberes paterno-filiales que lleva a cabo la Ley de 1942, por tanto, constituye un hito y supone el final del camino en un largo recorrido, cuyo inicio tiene lugar mucho tiempo atrás, en el siglo II d. C., cuando emergen las corrientes filosóficas cristianas, que muestran el rechazo frontal y su total condena moral a la práctica de los padres, muy extendida por aquella época, de abandonar a sus hijos recién nacidos. Hasta entonces, como pone de manifiesto Suárez Blázquez,⁸ la comprensión social que existía hacia los padres que, por motivos económicos, debían deshacerse de un miembro de la familia para poder seguir manteniendo al resto hacía del abandono de los hijos recién nacidos una costumbre muy extendida. Por ello, la influencia del cristianismo en el Bajo Imperio no logró abolir esta práctica que en la sociedad se ejercía como un derecho, pero sí se consigue que los principios éticos

7. El Código Penal de 1822 entró en vigor el 1 de enero de 1823 y ha sido calificado por la doctrina por su modernidad, tuvo una vigencia muy breve porque se derogó con la finalización del trienio liberal en abril de ese año. *Vid.* a este respecto, GACTO FERNÁNDEZ, E., GARCÍA MARÍN, J. M., ALEJANDRE, J. A., *El derecho histórico de los pueblos de España (Temas para un curso de Historia de Derecho)*, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1982, pp. 577 y ss.

8. SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «Aproximación al tránsito jurídico de la patria potestad: desde Roma hasta el derecho Altomedieval visigodo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 17, 2013, pp. 605-634.

y filosóficos cristianos vayan impregnando en la conciencia popular,⁹ y que el abandono de los hijos recién nacidos se presente como un pecado capital que el Derecho civil no podía proteger.¹⁰

Las nuevas corrientes filosóficas cristianas suponen, por tanto, un punto de inflexión en la materia,¹¹ sobre todo porque implican un cambio de concepción en la noción de patria potestad, que a partir de entonces quedará impregnada por la consideración de esta como deber –en lugar de poder– que el padre debe ejercitar en beneficio de los hijos.¹² Y será esta evolución la que hará que autores cristianos se muestren muy hostiles con

9. Como afirma GARÓFALO, L., la idea de *humanitas*, que actúa como eje rector del pensamiento jurídico romano, provocó en la esfera familiar una mejora en la rígida relación potestativa que existía entre padres e hijos. En efecto, las nociones como la *pietas*, *caritas* o la *miserecordia* van a sustituir a los principios clásicos del *officio*, *pietas* y *humanitas* en las relaciones paterno-filiales. *Vid.* GARÓFALO, L., «L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica», *Diritto e Storia, Tradizione Romana*, 4, 2005, pp. 4 y ss. *Vid.* también respecto a la noción de *humanitas*, entre otros, MASCHI, C. A., «“Humanitas” romana e “caritas” cristiana come motivi giuridici», *Jus*, I, 1950, pp. 272 ss.; RICCOBONO JR., S., «“Humanitas”», en G. Moschetti (coord.), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona, 1948) II*, Milano, 1951, pp. 226 ss.; SCHADEWALDT, W., «Humanitas Romana», en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I, 4, Berlin-New York, 1973, pp. 52 y ss.; RICCOBONO, S., «L'idea di “humanitas” come fonte di progresso del diritto», en *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, pp. 596 y ss.; DAZA, J., «Aequitas et Humanitas», en *Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias*, III, Madrid, 1988, pp. 1.229 y ss.; y GAROFALO, L., «L'“humanitas” tra diritto romano e totalitarismo hitleriano», *Teoría e storia del diritto privato*, n.º 8, 2015, pp. 1 y ss. (= en *Zeszyty Prawnicze*, n.º 15-2, 2015, pp. 43 y ss.).

10. SUAREZ BLAZQUEZ, G., «Aproximación al tránsito jurídico de la patria potestad...», *cit.*, p. 622. Según el autor «la Iglesia penetra en las entrañas públicas del Imperio y la ideología cristiana va a ir empapando las instituciones civiles del Derecho romano donde existe un punto de encuentro. El matrimonio, el divorcio, la familia, la patria potestad y su ejercicio son instituciones que serán abordadas exhaustivamente por los Primeros Padres de la Iglesia, quienes combatirán cualquier ropaje de forma y contenido paganos».

11. *Vid.* a este respecto, DAZA, J., «Infanticidio y aborto en el Derecho romano», en S. Catalá Rubio (Coord.) *Evolución del derecho de familia en Occidente*, Cuenca, 2006, pp. 75 ss y pp. 91 y ss.

12. El padre es, como afirma SANTO TOMÁS, «principio de la generación, educación, disciplina y de todo cuanto se refiere al perfeccionamiento de la vida» (*Summa Theologica*, 2-2, q. II, a. 1).

la costumbre de exponer a los hijos recién nacidos, por considerarla contraria a la piedad que debía regir las relaciones paterno-filiales y afirmando que matar a un hijo era menos inhumano que abandonarlo, porque o bien tendría una muerte cruel, o, en caso de sobrevivir, llevaría una vida de penurias, esclavitud o prostitución. Así, padres de la Iglesia como San Justino, en *Apologías*,¹³ ponen de manifiesto que el abandono de los niños es una «mala acción porque hemos visto que casi todos, no solamente, las niñas sino también los niños se ven arrastrados a la prostitución», añadiendo que es «de temer que pueda morir el niño abandonado que no es recogido, con lo cual nosotros mismos nos convertimos en asesinos». También San Agustín se manifiesta en este sentido, afirmando que «a veces las sagradas vírgenes recogen algunos de esos niños que los padres cruelmente exponen en la calle para que los cuide no sé quién y otro nacido de un estupro sacrílego es expuesto por el cruel miedo de su madre, es recogidos por la piedad misericordiosos de unos extraños».

Igualmente, autores como Lactancio, en *Divinae Institutiones*, calificará de «falsa piedad» a los padres que, en lugar de estrangular a sus hijos, los abandonan, porque añade que los matan «con más crueldad» porque los condenan a «la esclavitud y al lupanar»¹⁴ y Atenágoras, en

13. SAN JUSTINO, *Apologías*, 1, 27.

14. LACTANTIO, *Divinae Institutiones*, 6, 20, 18-25: «Así pues, que no piense nadie que le está permitido ni siquiera estrangular a los recién nacidos, crimen que es el más impío de todos: Dios, en efecto, introduce las almas en los cuerpos para la vida, y no para la muerte. Pero los hombres, para que no haya ningún crimen que no manche las manos, desprecian, con almas todavía rudas e ignorantes, la luz que no ha sido dada por ellos. ¿Esperará alguien que respeten la sangre ajena quienes no respetan la suya? De todas formas, esos son criminales impíos sin ninguna duda. Pero, ¿Qué decir de aquellos a los que una falsa piedad empuja a abandonar a sus hijos recién nacidos? ¿Acaso pueden ser considerados como inocentes quienes ofrecen a los perros como presa sus propias entrañas y matan con más crueldad que si estrangulasen lo que es suyo? ¿Quién dudará de que es impío quien da ocasión a la misericordia ajena? El que abandona a su hijo, aunque le ocurra a éste lo que aquel pretendió –que sea alimentado– está sin duda condenando su propia sangre a la esclavitud y al lupanar [...]. Pero estos parricidas ponen como excusa las estrecheces de sus recursos y se quejan de que no pueden hacer frente a la crianza de muchos hijos: como si los recursos estuvieran en poder de sus poseedores y no sucediera todos los días que Dios convierte a los ricos en pobres y a los pobres en ricos. Por ello, si alguien no puede criar a sus hijos a causa de

la *Apología*, 35, calificará de asesinato el abandono de niños, prohibiéndolo expresamente para la comunidad cristianos. De igual forma, Tertuliano, en *Apologeticum*, 9, 7 y ss., se refiere al abandono de los recién nacidos como una de las muertes más crueles, al exponerlos al «frío, al hambre o a los perros». ¹⁵

Con independencia de que los autores cristianos, como acabamos de ver, consideren el abandono de los hijos como una práctica más cruel que la propia muerte, también el cristianismo va a incidir en el Derecho de familia, facilitando la evolución de la noción patria potestad, tan arraigada en el Derecho romano. ¹⁶ Las relaciones paterno-filiales pasan a estar presididas, no por la soberanía que el padre ejerce sobre los hijos, sino por la idea de *pietas*, lo que provocará un cambio drástico en la concepción de la potestad paterna, ¹⁷ sustrayéndola, como se percibe en la legislación de Constantino, del carácter perpetuo que la definía anteriormente y que ocasionaba que el abandono del hijo no ocasionaba que el *pater familias* perdiera su potestad sobre él. En efecto, las escasas fuentes que se refieren a esta cuestión ¹⁸ parecen poner de mani-

su pobreza, es mejor que se abstenga de unirse con su esposa a que destroce con manos criminales las obras de Dios».

15. TERTULLIANUM, *Apologeticum*, 9, 7: «*Si quid[em] et de genere necis differt, utique crudelius in aqua spiritum extorquetis aut frigori et fami et canibus exponitis; ferro enim mori aetas quoque maior optaverit. 8. Nobis vero semel homicidio interdicto etiam conceptum utero, dum adhuc sanguis in hominem delib[er]atur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam an nascentem disturbet. Homo est et qui est futurus; etiam fructus omnis iam in semine est*».

16. La *humanitas*, incluso en el período posclásico y de Justiniano en que se encuentra cargada de valores cristianos, continúa teniendo una influencia considerable en el desarrollo del ordenamiento jurídico, observándose en las numerosas referencias en la legislación imperial (GAROFALO, L., «L'“humanitas” tra diritto romano...», *cit.*, p. 23) y así, la influencia de la filosofía cristiana en el Derecho significa que la facultad de poseer derechos subjetivos adquiere el carácter de esencial para el hombre.

17. ROBERTI, M., «Patria potestas» e «paterna pietas», en *Studi Albertoni*, I, 1934, pp. 259 y ss. Respecto a la cuestión de la influencia de la ética cristiana en los valores fundamentales del Derecho romano, como *iustitia, humanitas, pietas, aequitas*, *vid.* LAPICKI, B., *Etyczna kultura starożytnego Rzymu a wczesne chrześcijaństwo*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław-Łódź, 1958, pp. 118 y ss.

18. D. 40, 4, 29. (*Scaevola 23 Dig.*). «*Uxorem praegnatam repudiaverat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris*

fiesto que, con la exposición del hijo, el padre no perdía la *patria potestas*, por lo que siempre podría ser reivindicado por aquel en el futuro,¹⁹ pagando al que lo había recogido lo que había gastado en alimentos.²⁰

vocitatus usque: ad vitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab avia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an servi sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignoravit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non valere. servi autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium favore libertatis est». Aunque en este fragmento no aparezca demasiado claro, a mi juicio, seguramente sí sería así dada la configuración de este poder paterno como absoluto, que absorbía todo el marco de relación filial y cuya pérdida solo acontecía con circunstancias muy concretas, como la muerte del *pater familias*, la pérdida de la ciudadanía, la *conventio in manum*, etc... Además, en *Codex* 5, 4, 16, a propósito de una hija abandonada, se alude a la necesidad de que el padre prestara su consentimiento a la celebración de sus nupcias, lo que pone de manifiesto que si el padre conservaba ese derecho, que deriva de la patria potestad, es que no la habría perdido con el abandono: C. 5, 4, 16. «(*Imperatores Diocletianus, Maximianus*). *Patrem, qui filiam exposuit, at nunc adultam sump-tibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet. (Diocl. et Maxim. aa. et cc. Rhodoni)*».

19. No aclaran las fuentes si con la exposición del hijo se produciría el cese de la patria potestad, recuperándose posteriormente con su reclamación, si quedaría como un derecho latente similar a lo que ocurría en el *postliminium* o si no se extinguiría nunca, permaneciendo vigente aún a pesar del abandono. Tampoco queda claro cómo podría reclamar el padre al hijo, aunque, en mi opinión, creo que sería aplicable la *vindicatio* cuando aquel no hubiera tenido conocimiento del abandono, en tanto que esa exposición inconstituta sería la causa exigida en la acción vindicatoria para su interposición. De todas formas, probablemente el abandono de hijos legítimos por parte de los padres no sería un supuesto muy habitual y, en caso de que se llevara a cabo, menos aún lo sería su posterior reclamación.

20. D. 22, 6, 1, 2. (*Paulus 44 ad ed.*). «*Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat. nam si et liberum se esse et ex quibus natus sit sciat, iura autem cognationis habere se nesciat, in iure errat: at si quis (forte expositus) quorum parentium esset ignoret, fortasse et serviat alicui putans se servum esse, in facto magis quam in iure errat*». La cuestión acerca de si el padre debía pagar alimentos al *nutritor* no estaba exenta de controversia, tal y como se pone de manifiesto en el intercambio epistular que mantienen Plinio el joven y Trajano, donde, aparte de ponerse de manifiesto que esta práctica era muy habitual en esta época, se vislumbra la dispa-

Por lo tanto, habrá que esperar hasta Constantino para que exista una leve penalización del abandono de los hijos, que en ningún caso se presentaba como conducta prohibida y menos delictiva. Hasta ese momento, para el Derecho romano la exposición de los hijos parece que no pasaba de ser una práctica enmarcada en el ámbito de los poderes que el *paterfamilias* tenía atribuidos como jefe de su familia.²¹ En efecto, el

alidad de criterios que existía en este tema. De hecho, Trajano, contra el parecer de Domiciano, opina, según el modelo griego, que los padres no debían pagar cantidad alguna. PLINIO, *Epistulae*, X, 65. C. *Plinius Traiano Imperatori*. «1. Magna domine, et ad totam provinciam pertinens quaestio est de condicione et alimentis eorum, quo vocant Θρεπιοῦς. 2. In qua ego auditis constitutionibus principum, qua nihil inveniebam aut proprium aut universale, quod ad Bithynos referretur, consulendum te existimavi, quid observari velles; neque putavi posse me in eo, quod auctoritatem tuam posceret, exemplis esse contentum. 3. Recitabatur autem apud me edictum, quod dicebatur divi Augusti, ad Andaniam pertinens; recitate et epistulae divi Augusti, ad Andaniam pertinens; recitatae et epistulae divi Vespasiani ad Lacedaemonios et divi Titi ad eosdem et Achaeos et Domitiani et Avidium Tigrinum et Armenium Brocchum procónsules, ítem ad Lacedaemonios; quae ideo tibi non misi, quia et parum emendata et quaedam non certae fidei videbantur, et quia vera et emendata in scriniis tuis esse credebam. 66. Traianus Plinio. 1. *Questio ista, quae pertinet ad eos qui liberi nati expositi, deinde sublati a quibusdam et in servitute educati sunt, saepe tractata est, nec quicquam invenitur in commentariis eorum principum, qui ante me fuerunt, quod ad omnes provincias sit constitutum. 2. Epistulae sane sunt Domitiani ad Avidium Nigrinum et Armenium Brocchum, quae fortasse debeant observari: sed inter eas provincias, de quibus rescripsit, non est Bithynia; et ideo nec assertionem denegandam iis qui ex eius modi causa in libertatem redimendam pretio alimentorum*». Vid. a este respecto, Plinio el joven, *Epistulae. Cartas*. Introducción, traducción y notas de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J., Ed. Gredos, Madrid, 2005, pp. 523 y ss. No obstante, dos pasajes del *Codex* –C. 5, 4, 16 y C. 8, 51, 1– sí imponen claramente al padre que dejó abandonado al hijo el deber de pagar al que lo recogió y le alimentó esa manutención.

21. Sobre la exposición de los hijos, *vid.*, entre otros, LANFRANCHI, F., «*Ius exponendi e obbligo di alimentare*», *SDHI*, VI, 1940, pp. 5 y ss.; VOLTERRA, E., «L'efficacia delle costituzioni imperiali emánate per le provincia e l'istituto dell' "expositio"», en *Studi Besta*, I, 1937, pp. 449 y ss.; DELAFON, P., *Droit d'exposition à Rome*, Montpellier, 1942; SOLAZZI, S., «C. Th. 5, 9, 1 e l'esposizione degli infanti», en *Scritti*, V, 1972, pp. 166 y ss.; FOSSATI VANZETTI, M. B., «Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano», *SDHI*, XLIX, 1983, pp. 179 y ss.; BOSWELL, J. E., «"Expositio" and "Obblatio": the abandonment of children and the Ancient an Medieval Family», *The American Historical Review*, 89, 1984, pp. 10 y ss.; PUGLIESE, G., «Note sull'"expositio" in diritto romano», en *Studi Sanfilippo*, VI, 1985, pp. 629 y ss.; HARRIS, B. V., «Child-exposure in the Roman Empire», en *JRS*, LXXXIV, 1994, pp. 1 y ss.

tratamiento tangencial que realizan las fuentes de la exposición de los hijos pone de manifiesto su configuración como práctica tolerada socialmente, cuando el recién nacido no cumplía las expectativas que su nacimiento generaba, y que no tenía mayor repercusión en otros ámbitos.²² De ahí que durante siglos se pasara por encima de este tema, quedando relegado a la esfera literaria más que jurídica. Ahora bien, a medida que la concepción de la familia va evolucionando, abandonándose la idea de agnación como vínculo político y encaminándose hacia una institución natural unida por lazos cognaticios, se irá observando un progresivo rechazo hacia todo tipo de conductas consideradas abusivas en la relación paterno-filial, que chocarán ya frontalmente al emerger las corrientes filosóficas del cristianismo, como se ha mencionado anteriormente.

El *ius exponendi* sufrirá una profunda revisión en la legislación que regirá a partir de Constantino, por tanto, será este emperador con una Constitución del año 331, el que, sin prohibir el abandono de los hijos ni sancionarlo, imponga un cierto castigo para el padre al privarle del derecho a reclamar a ese hijo en el futuro, despojándole así de la patria potestad.²³ Posteriormente, en el año 374, una Constitución de

22. El abandono de los recién nacidos era una costumbre permitida en la sociedad romana y la griega, pero rechazada por otros pueblos de la Antigüedad, como los egipcios, germanos o judíos, que creían que se debía criar a todos los hijos que nacían en la familia. En Roma, la exposición de los hijos fue una práctica cada vez más habitual, como se pone de manifiesto por Suetonio en *Caius Caligula*, 5: «*Tamen longe maiara et firmiora de eo iudicia in norte ac post mortem extiterunt. Quo defunctus est die, lapidata sunt templa, subversae deum arae, Lares a quibusdam familiares in publicum abiecti, partus coniugum expositi*» o Eurípides, en *Ion* (15-19), al dar noticia del parto de Ión, hijo de Apolo y Creúsa, que fue abandonado por esta en una cueva a los pies de la Acrópolis para que muriera, por temor a que su padre, rey de Atenas, descubriera el parto. *Vid.* también *Estr.*, 17, 2, 5 y Tácito., *Germ.*, 19, 6 e *Hist.*, 5, 5, 3. También Suetonio relata el caso de la orden dada por Claudio para que abandonaran a su hija a las puertas de casa de su madre porque sospechaba que era fruto de adulterio cometido por su esposa con uno de sus libertos (*Claud.*, 27, 1 y 3). *Vid.* también otros casos de abandono en *Aug.*, 65, 4; y *De Gram. et Rhet.*, 21 y de otros autores como Cicerón, *De leg.*, 3, 19 o Dion. Hal., *Ant. Rom.*, II, 15, 2. Soranus, *Gynec.*, II, 6, 26 Plauto, *Comedias*, *Cistellaria*, 123-124; Terencio, *Heautontimorúmenos*, Act. IV, Esc. I, 635-641; Dion. Cas., *Xiphilino*, 61, 16, 2; Apuleyo, *El asno de oro*, X, 21.

23. La Constitución recogida en el *Codex Theodosianus*, preceptúa que aquel que hubiera recogido a un niño, expulsado de la casa de su padre por la voluntad y co-

Graciano, Valentiniano y Valente sí sanciona como crimen la conducta de abandono de los hijos, al asimilarla con su muerte.²⁴

El régimen justiniano, recogiendo la corriente de pensamiento que mostraba una hostilidad manifiesta hacia el abandono de los hijos, equipara su exposición al homicidio y otorga una especial protección a la condición de los hijos abandonados, privando, por un lado, a los padres de la patria potestad sobre ellos y, por otro, a las personas que los hubieran recogido de cualquier derecho sobre ellos o sus bienes.²⁵

El *ius commune* supondrá el avance en la línea de pensamiento comenzada en el derecho postclásico y afianzada en el derecho

nocimiento de su amo, y que haya crecido con su sustento para la fuerza, lo retendrá en el mismo estado en el que lo tuvo cuando lo recogió, es decir, como hijo o como esclavo: *C. Th.*, 5, 9, 1. «*De expositis. Imp. Constantinus a. Ad ablavium p(raefectum) p(raetori)o.- Quicumque puerum vel puellam, proiectam de domo patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus submovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint. Dat. xv kal. mai. Constantinopoli basso et ablavio cons».*

24. *C. 8, 51(52), 2.* «*(Imperatores Valentinianus, Valens, Gratianus). Unusquisque subolem suam nutriat. quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit. Valentin, Valens et Grat. aaa. ad probum pp. (a. 374 d. iii non. mart. gratiano a. iii et equitio cons».*

25. *C. 1, 4, 24.* «*(Imperator Justinianus). Nemini licere volumus, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus sive a libertina progenie sive servili condicione maculatus eitus sit, eum puerum in suum dominium vindicare sive nomine domini sive adscripticiae sive colonariae condicionis: sed neque his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (cum quadam distinctione) eos tollere: sed nullo discrimine habito ii, qui ab huiusmodi hominibus educati vel nutriti vel aucti sunt, liberi et ingenui appareant et sibi adquirant et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia quae habuerint, quo modo voluerint, transmittant. haec observantibus non solum praesidibus provinciarum, sed etiam viris religiosissimis episcopis. (Iust. a. Demostheni pp.) <a 529 d. xv k. oct. chalcedone decio vc. cons.> y C. 8, 52 (51), 3. (Imp. Justinianus a Demostenes). Sancimus nemini licere, sive ab ingenuis genitoribus puer parvulus procreatus sive a libertina progenie sive servili condicione maculatus expositus sit, eum puerum in suum dominium vindicare sive nomine domini sive adscripticiae sive colonariae condicionis: sed neque his, qui eos nutriendos sustulerunt, licentiam concedi penitus (cum quadam distinctione) eos tollere et educationem eorum procurare, sive masculi sint sive feminae, ut eos vel loco libertorum vel loco servorum aut colonorum aut adscripticiorum habeant. <a 529 d. xv k. oct. chalcedone decio vc. cons>».*

justiniano, que mostraba ya abiertamente, como se ha mencionado, su hostilidad frente a la práctica social de la exposición de los hijos, a la que consideraban más aberrante incluso que el propio homicidio. La Iglesia, al asumir en gran medida la *lex romana* como norma propia, contribuyó a su transformación, sentando las bases para que la legislación posterior castigue finalmente de forma casi unánime y cada vez con mayor rigor y dureza el abandono de niños recién nacidos. De esta forma, los grandes códigos de la legislación española, especialmente el *Fuero Juzgo* y *Las Partidas*, serán contundentes en sancionar la exposición de los hijos, favoreciendo así la creación de instituciones tutelares en el ámbito de la Iglesia y, posteriormente, en el estatal.

La legislación medieval, con la *Lex Romana Visigothorum* primero y después con las *Decretales* de Gregorio IX,²⁶ el *Fuero Real*, *Fuero de Cuenca*, *Fuero de Zamora*, *Fuero de Molina* y otras normas posteriores, al recuperar el concepto de patria potestad como *officium* que se ejerce en beneficio de los hijos, se aleja por completo del Derecho romano en materia de abandono de los recién nacidos.²⁷ En este sentido, el *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* va ir más allá de lo establecido en el Derecho romano, al condenar sin paliativos el abandono de niños, especialmente si eran libres, y aumentar el castigo a los padres. La exposición de los hijos estaba castigada en la *Antiqua* del libro IV, título 4, número 1, en caso de que tuvieran la condición de libres. Para ello, se faculta al juez para que pueda investigar el delito con independencia del lugar en el que se hubiera cometido, acusar a los padres e imponerles las sanciones que correspondan según los casos.²⁸

26. *Vid. Decretales*, V, II, capítulo único. En las *Decretales* de Gregorio IX se decreta la extinción de la patria potestad en caso de exposición de infante por el padre o con su consentimiento.

27. *Vid.* a este respecto SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.-RIVERA ÁLVAREZ, J. M., «Derecho: la patria potestad en el Derecho civil común de España», en F. Lucas-F. Murillo de la Cueva-A. Arias Astray (Coord.) *Perspectivas de Trabajo Social en sus textos (Disciplinas de los estudios de Trabajo Social en los clásicos)*, Buenos Aires, 2005, pp. 19 y ss.

28. *Lex Visigothorum* IV, 4, 1 (*Antiqua*): «*Si quis puerum aut puellam ubicumque expositum misericordiae contemplatione collegerit, et nuritus infans parentibus postmodum fuerit agitus, si ingenuorum filius esse dinoscitur aut servus vicarium reddant, aut pretium. Quod si facere forte neclexerint, a iudice territorii de proprietate parentum expositus redimatur, et parentes huius impietatis autores exilio perpetuo reli-*

La persona que recogía a un niño abandonado –*nutritor*– tenía derecho a una indemnización en el caso de que, con posterioridad, los padres quisieran reconocerlo. Los progenitores debían entregar un siervo al *nutritor* o el equivalente de este en dinero, previéndose la posibilidad de que el juez embargara sus bienes en caso de que no tuvieran recursos para hacer frente al pago o entregar a los propios padres al *nutritor* como siervos, manteniendo al hijo que abandonaron en la condición de libre.²⁹

En Castilla, durante toda la Edad Media, será común la normativa sancionadora respecto del abandono y, si bien en los primeros momentos los castigos se atenúan bastante, aumentan con posterioridad, sobre todo si el desenlace de la exposición era la muerte del niño.

Los fueros municipales castigan la exposición de los hijos puesto que continúa siendo una costumbre habitual por parte de los padres, sobre todo cuando no contaban con recursos para su manutención, pero

getur. Si vero non habuerint, unde filium redimere possint, pro infantulo deserviat qui proiecit et in libertate permaneat propria, quem servabit pietas aliena. Hoc vero facinus cum fuerit ubicumque commissum iudicibus et accusare liceat et damnare. El origen de esta ley es C. Th. 5, 8, 1. 8. LRW C. Th. 5, 8, 1, *interpretatio: Si quis infantem a sanguine emerit et nutrierit, habendi eum etpossidendi liberam habeatpotestatem. Sane si nutritum dominus velpater recipere voluerit, aut eiusdem meriti mancipium nutritori dabit, aut pretium nutritor, quantum valuerit, qui nutritus est, consequatur*».

29. En el supuesto de que el hijo expósito tuviera la condición de esclavo, la *lex Visigothorum* no le concede ninguna protección a él, pero sí a su dueño en caso de que el abandono se hubiera llevado a cabo sin su conocimiento, ya que podía reclamarlo abonando a la persona que lo hubiera recogido la tercera parte de su precio. La reclamación no se reconocía al dueño cuando el siervo hubiera sido abandonado con su conocimiento: *Lex Visigothorum* IV, 4, 2. «*Si ancilla vel servus in fraude fortasse dominorum infantem exposuerint et ipsis insciis infantem proccerint, infans cum fuerito nutrius, tertiam partem pretii nutritor accipiat; ite ut iuret aut probet dominus, se quod servi sui infantem exposuerint ignorassse. Si vero consciis dominis infans probator fuisse iactatus in eius, qui nutrit, potestate permaneat*». El origen es C. Th. 7, 9, 1. *Vid.* SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., «La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 36, Valparaíso, 2014. También, *vid.* MONTANOS FERRÍN, E., *La familia en la Alta Edad Media española*, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1980, y OTERO VARELA, A., «La patria potestad en el derecho histórico español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 26, 1956, pp. 209 y ss. (= en *Estudios Histórico-Jurídicos*, 2, 2005 (Derecho privado), pp. 121 y ss.).

también cuando eran el fruto de alguna relación ilícita, ya que ese hijo era la prueba patente de la existencia de una relación que llevaba aparejada duras sanciones para sus progenitores que evidentemente estos querrían eludir.

Para intentar paliar el abandono de los recién nacidos, los fueros municipales establecen disposiciones penales contra las mujeres, imponiendo penas de flagelo y, sobre todo, obligando a la madre a criar a ese hijo.³⁰ La sanción más severa se encuentra en el Fuero de Brihuega, al imponer la pena de prisión para la «mugier que echare su fijo».³¹ Los padres no eran sancionados penalmente, aunque los fueros sí hacían recaer sobre ellos la obligación de abonar a las madres la manutención de los hijos hasta los tres años de edad en la mayoría de las regulaciones y sin que se hiciera distinción entre el origen legítimo o ilegítimo de los hijos. En el supuesto de que el padre no pagara estas cantidades medidas en sueldos, tanto el Fuero de Cuenca, como el de Teruel, Béjar o Zorita permitían a la madre abandonar al hijo, mientras que, en caso de que hubiera recibido el dinero por parte del padre, se castigaría a la mujer a la pena de azotes.

Por lo que respecta al *Fuero Real*, sí encontramos aquí la equiparación de la exposición al homicidio, castigando con la muerte al padre que abandonara a un hijo si éste finalmente fallecía.³² No obstante, en caso de que no muriera, lo único que se contemplaba era la privación de futuras reclamaciones –respecto del hijo o de sus bienes– y solo en el caso de que el padre hubiera consentido el abandono, porque, si no hubiera tenido conocimiento de la exposición, su derecho a reclamar permanecía intacto y solo debía pagar una indemnización a la persona que lo había criado por los gastos derivados de su manutención.

La regulación de *Partidas*, establece en la ley tercera del Título XX que, en un principio, quien hubiera recogido a un menor expuesto por sus padres no podría, ni retenerlo en servidumbre ni reclamarle los gastos que hubiera hecho en su crianza, salvo que desde un principio hubiera dejado claro que pretendía el resarcimiento de

30. *Vid.* Fuero de Cuenca, XI, 35; Fuero de Teruel, 372 y Fuero de Béjar, 331.

31. Fuero de Brihuega, 91.

32. Leyes I, II y III, Título XXII, del Libro IV del Fuero Real.

tales gastos, porque entonces sí, el expósito debería devolvérselos.³³ Solo si la exposición se hubiera producido sin consentimiento del padre, este podría reclamarlo y siempre abonando el dinero gastado en su crianza, salvo, como he dicho antes, que el que lo recogió lo hiciera por piedad, en cuyo caso el padre no debía satisfacer indemnización alguna. Asimismo, en caso de que el abandono del hijo se hacía en Iglesias u otros lugares, se impedía al padre que pudiera reclamarlos después de ser criados, por lo que perdía cualquier poder sobre ellos.

III. CONCLUSIONES

De la evolución que se ha expuesto con anterioridad se desprende que la exposición de los hijos, que comienza siendo un derecho comprendido en el ámbito de la potestad paterna, sufre una profunda revisión debido al influjo de los principios cristianos que impregnan la legislación a partir de Constantino. El Derecho justiniano, al equiparar claramente ya la exposición de los hijos con el homicidio, protege su condición y priva a los padres de la patria potestad y despoja, a los que los hubieran recogido, de cualquier derecho sobre su persona y bienes. La revisión y reinterpretación de esta materia, que constituirá el núcleo principal del *ius commune*, supondrá su adaptación a un mundo cultural distinto.

La Iglesia, al asumir en gran medida la *lex romana* como norma propia, contribuyó a su transformación, sentando las bases para que la legislación posterior castigue finalmente de forma casi unánime y cada vez con mayor rigor y dureza el abandono de niños recién nacidos, favoreciendo además a que, posteriormente, primero la Iglesia y después el propio Estado asuman la función tutelar de estos niños con la creación de instituciones específicas para ello.

En la actualidad, el abandono de los recién nacidos está castigado penalmente, como lo está el de un menor o el de una persona con discapacidad. Y, si con ese abandono se pone en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, la sanción como mínimo se agrava, si es que no se le impone la pena del delito superior que se cometa. Ello, por

33. P. 4, 20, 3 y 4.

supuesto, con privación de la patria potestad si son los padres los que llevan a cabo este hecho delictivo. Además, el Tribunal Supremo ha introducido en virtud de la sentencia de 25 de octubre de 2006 el concepto de «desamparo» para los supuestos en los que un menor queda privado de la necesaria asistencia moral y material a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de guarda o paterno-filiales.³⁴ Por lo tanto, esta materia continúa evolucionando en el sentido de otorgar una mayor protección a los menores, con sanciones más duras y con interpretaciones cada vez más extensas que incluyen dentro del abandono otras situaciones de desamparo que no se contemplaban con anterioridad.

34. El Tribunal Supremo, como se ha mencionado ya, establece la doctrina en relación con el abandono de menores en su sentencia 1016/2006, de 25 de octubre, ampliando el abandono a la situación de desamparo del menor por incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de sus padres o guardadores, añadiendo que, al tratarse de uno de los delitos denominados de peligro, el tipo penal se concreta la conducta activa u omisiva que priva al menor de la necesaria asistencia moral o material que incida en su supervivencia o desarrollo afectivo, social y/o cognitivo.

EL DEBATE EN TORNO A LA *GESTIO PROHIBENTE DOMINO* EN LAS *DISSENSIONES DOMINORUM*¹

*The debate around the
“gestio prohibente domino”
in the “Dissensiones dominorum”*

JUAN CARLOS PRADO RODRÍGUEZ
Universidad San Francisco de Quito

1. La presente comunicación hace parte de una investigación más extensa y publicada con el título «Supuestos de enriquecimiento injustificado en las Dissensiones dominorum: en torno a la admisión de la actio negotiorum gestorum utilis ex aequitate», *Cuadernos de Historia del Derecho*, 29, 2022, pp. 11-44.

Resumen: en este estudio se aborda la disputa referida en la colección del glosador Hugolinus (s. XIII), sobre la admisión del derecho de regreso en favor del tercero que gestionó útilmente un negocio ajeno, pero en contra de la prohibición del *dominus negotii*. Destaca la visión de Martinus Gosiae, dirigida a restablecer la *aequitas* patrimonial a través de la concesión de una *actio negotiorum gestorum (utilis)*.

Palabras clave: *Gestio prohibente domino. Dissensiones dominorum. Aequitas*. Enriquecimiento injustificado

Abstract: this study analyses the dispute referred to in the collection of the commentator Hugolinus (13th century), about the admission of the right of return in favor of a third party who usefully managed a foreign business, but acting against the prohibition of the *dominus negotii*. The vision of Martinus Gosiae stands out, aimed at restoring the patrimonial *aequitas* through the granting of an *actio negotiorum gestorum (utilis)*.

Keywords: *Gestio prohibente domino. Dissensiones dominorum. Aequitas. Unjustified enrichment*.

Como es sabido, la producción académica de los glosadores medievales en Italia se manifestó a través de diferentes géneros jurídico-literarios,² entre los que destacaban las *quaestiones*, que eran disputas

2. Ante ello SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medio evo*, II, Parte III, Firenze, 1844, pp. 331 s., relata el *iter* del enseñamiento llevado a cabo por el profesor, y en el que se aprecia el manejo de los distintos géneros utilizados: «[...] Il professore cominciava dal sunto del titolo intero (summa); pasando di poi alle varie leggi, leggeva il testo adottato da esso, indicava la specie della legge, risolveva le antinomie apparenti, sviluppava le regole generali del diritto (brocarda), e parlava dipoi dei processi reali o fittizi dei quali essa legge poteva dare la decisione (quaestiones, o se il tempo non lo permetteva, rimetteva questo esame alle repetitiones)». Véase también CALASSO, F., *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti del diritto (sec. V-XV)*, Milano, 1948, p. 297; PIANO MORTARI, V., s.v. *Glossatori, Enciclopedia del Diritto*, 29, Milano, 1970, pp. 626 y ss.

sobre casos controvertidos reales o ficticios³ y en las que el maestro planteaba las razones que fundamentaban cada una de sus posturas, para luego expresar una solución al caso⁴ sobre la base de las fuentes jurídicas romanas inherentes a la cuestión.⁵ Y sería en tal contexto que surgen aquellas colecciones con las controversias jurídicas que se presentaron entre los glosadores, comúnmente conocidas como *Dissensiones dominorum*.⁶

En efecto, entre las primeras generaciones de glosadores se formaron dos escuelas (*sectae*) con un razonamiento jurídico contrapuesto entre ellas: una interpretaba de forma estricta el Derecho (*ius strictum*), y la otra planteaba una interpretación más flexible y apegada a la *aequitas*.⁷

3. Cfr. SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medio evo, I* (trad. it. E. Bollati), vol. II, Torino, 1854-1857 (rest. anst. Roma 1972), p. 357.

4. Para ERRERA, A., *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo. Il ruolo della logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Milano, 2003, p. 77: «La soluzione della quaestio consisteva quindi nella più corretta utilizzazione di un meccanismo inferenziale che, a partire dalle diverse correlazioni proposte da opponens e respondens tra i passi delle fonti, inidcasse la necessità logica (o, al opposto, l'assoluta irrazionalità) dell'estensione della norma invocata al precipuo caso giudiziario da cui era nata la disputa». Véase en tal sentido PILII MEDICINENSIS, *Quaestiones Sabbatinae, en Corpus Glossatorum iuris civilis, IV*, ed. Romae, 1560 (rest. Torino, 1967).

5. Véase ROSSI, G., «Retorica e diritto nelle opere dei Glossatori civilisti: i proemi allegorici», *Historia et ius. Revista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 13, 2018, pp. 1-23, p. 5.

6. Observa CALASSO, F., *Lezioni di storia del diritto italiano...*, cit., p. 297: «[...] erano appunti sulle più celebri questioni giuridiche, intorno alle quali avevano espresso opinioni opposte e inconciliabili alcuni maestri». En materia véase SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medio evo, I...*, cit., pp. 361 y ss.; RIVALTA, V., *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna, 1895, pp. 2 y ss.

7. Afirma CORTESE, E., *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso medioevo*, Roma, 1995, p. 77: «Bulgaro sarebbe stato il difensore dell'interpretazione letterale e rigorosa della legge scritta, Martino invece, e la sua escuela "gosiana", sarebbero stati más elásticos, e avrebbero ocasionalmente preferito le maglie larghe dell'equità a quelle strette del dettato legislativo». Ahora bien, según PIANO MORTARI, V., s.v. *Glossatori...*, cit., p. 626: «Riappare l'importanza avuta nel Medioevo dal concepto de equità. Ius commune era pure il diritto canonico, una creación enteramente medieval formatasi alla luce della aequitas cristiana. Ora l'equità era il criterio imprescindible en qual tiempo per la valutazione intrínseca di tutto il diritto positivo. Il suo espíritu doveva permeare anche le regole e i principios del Corpus iuris e trasformarne eventualmente il significado originario». Véase también PIANO MORTARI, V., *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoli, 1979, pp. 62 y ss.; GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1997, p. 170 y ss.

Estas escuelas fueron llamadas, respectivamente, de los *Bulgaristae* y de los *Gosiani*, en virtud del antagonismo que se verificó entre sus fundadores, Bulgarus⁸ y Martinus Gosia,⁹ y sus seguidores,¹⁰ donde aquella de Bulgarus habría tenido mayor relevancia, tanto por el número de sus seguidores, como por su autoridad.¹¹

Estas controversias se ordenaron en colecciones, algunas de las cuales nos han llegado a través de la edición de Hänel de 1834,¹² y en las que encontramos algunos supuestos de enriquecimiento injustificado que, al determinar una cierta complejidad en el Derecho romano, llamaron la atención de los glosadores respecto a admitir o menos el derecho de regreso para quien sufrió un detrimento patrimonial en consecuencia del enriquecimiento verificado en la otra parte. Así, algunos maestros negaban tal derecho con base en el *rigor legis*, mientras que otros estaban de acuerdo en admitir una *actio utilis ex aequitate*, y dirigida a contrastar el enriquecimiento injustamente obtenido por una de las

8. Sobre Bulgarus véase SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medio evo, I...*, cit., pp. 50 y ss.; LANGE, H., *Römisches Recht im Mittelalter*, cit., pp. 162 y ss.; KANTOROWICZ, H., *Studies in the glossators of the roman law*, Cambridge, 1938, pp. 68 y ss.

9. Según SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medio evo, I...*, cit., pp. 74 y ss., Martinus habría nacido en Bolonia: «Martinus Gosianus, patria Bono». Falleció en el año de 1166, y habría sido sepultado en la Iglesia de San Procolo en Bolonia, de frente a Bulgarus. Véase CORTESE, E., *Il diritto nella storia medievale...*, cit., pp. 76 y ss.; PIANO MORTARI, V., *Aspetti del pensiero giuridico medievale...*, cit., pp. 62 y ss.; LANGE, H., *Römisches Recht im Mittelalter...*, cit., pp. 170 y ss.; KANTOROWICZ, H., *Studies in the glossators of the roman law...*, cit., pp. 86 y ss.

10. Y que tal vez nacieron de la analogía con las escuelas de los sabinianos y proculeyanos, al punto de ser paragonado Martinus a Labeón y Bulgarus a Capitón, en materia véase BAVIERA, G., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898 (rest. Roma, 1979); FALCHI, G. L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculeiani*, Milano, 1981.

11. En efecto, entre ellos estaban Ioannes Bassianus, Azonis y Acursius, véase SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medioevo, I...*, cit., p. 75. Sobre Ioannes Bassianus véase WALLINGA, T., «La Lectura Institutionum de Johannes Bassianus», *Glossae. European Journal of Legal History*, 13, 2016, pp. 655-669.

12. HÄNEL, G., *Dissensiones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Lipsiae, 1834. Véase SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medioevo, I...*, cit., pp. 360 y ss.

partes de la relación obligacional, y de esta forma restablecer la *aequitas* patrimonial quebrantada;¹³ esta sería la visión y postura de Martinus,¹⁴ llamado *copia legum* a causa de su amplio conocimiento del Derecho.¹⁵

Así pues, a través de la presente comunicación se abordará el debate que surgió entre los glosadores sobre la *gestio prohibente domino* en las *Dissensiones dominorum*, recabándose las diferentes posturas sobre la admisión del derecho de regreso para quien desembolsó una cantidad pecuniaria que le competía a otro desembolsar, y donde una parte de los glosadores se decantó por dar relevancia al *ius strictum* negando un tal derecho,¹⁶ mientras que otros admitieron una *actio utilis (negotiorum gestorum)* fundamentada en la *aequitas*.¹⁷

13. Que es el objetivo de la regla establecida en D. 50,17,206 (9 ex variis lect.) de Pomponio, y que prohíbe enriquecerse a daño ajeno, véase CORTESE, B., *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problema attuali*, Cedam, 2009, pp. 212 y ss.; CANNATA, C. A., «Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum. L'arricchimento ingiustificato nel diritto romano» en L. Vacca (coord.) *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003*, Torino, 2005, pp. 22 y ss.

14. En efecto, de Martinus exalta su declinación hacia la equidad de las leyes, en contraposición al rigor del Derecho civil; en este sentido, Hostiensis lo define «[...] *spiritualis homo fuit, et secundum tempus quod tunc currebat semper divinae legi adhaerebat contra rigorem iuris civilis [...] haec est aequitas capitanea, aequitas bursalis, martiniana*»; así, en SAVIGNY, F. K., *Storia del diritto romano nel medioevo, I...*, cit., p. 76 (h). A este respecto manifiesta MEIJERS, E. M., «Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs», en *Études d'Histoire du droit*, IV (Leyden, 1966), p. 143: «*L'équité qui apparaît ainsi sous formes est ainsi définie par Martinus dans son Exordium Institutionum: aequitas est rerum id est obligationum convenientiae quae in partibus causis, id est negotiis, paria iura desiderat. Si l'équité se reflète dans la volonté de l'homme on la nomme justice: si talis aequitas in voluntate hominis est perpetuo iusticia dicitur*».

15. Esto a pesar de las críticas de sus contemporáneos en su contra, como las de Ioannes Bassianus, discípulo de Bulgarus; Azonis, alumno de Bassianus y luego también Odofredus, véase CORTESE, E., *Il diritto nella storia medievale...*, cit., pp. 78 ss.

16. Manifiesta HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law, Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, ed. E. J. H. Schrage, Berlin, 1995, pp. 65 ss: «[...] such as Bulgarus de Bulgarinis (d. 1166), Johannes Bassianus (d. 1197), Azo Porcius (ca. 1150-1220) and Accursius (ca. 1182-1263) [...]. This does not imply the deny a general obligation to make restitution in case of unjust enrichment: they simply refuse to deduce in from the Roman text».

17. Afirma HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, cit., p. 66: «[...] Martinus Gosia (ca. 1120-1160) and others, are willing to apply the general

Esta *dissensio* lleva como título *An is, qui prohibente domino negotia gessit actionem per expensis habeat?*, y cuyo texto se transcribe a continuación:

«*Placentinus et Odericus, Bulgarus et Joannes Bassianus dicunt, quod, si quis post prohibitionem gessit negotium, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de inpensis, ut C. de negotiis gestis l. ult. et D. mandati l. si pro te et D. de negotiis gestis, l. ex duobus. Alii vero, ut Martinus ex aequitate utilem ei indulgent, ad instar illius qui animo depraedandi adcessit ad aliena negotia gerenda, ut D. de negotiis gestis, l. si pupillo § 3 et 4, et ad similitudinem illius, qui post prohibitionem heredis testatorem funeravit, ut D. de religiosis et sumptibus funerum, l. at si quis, §Labeo. Sed illud potest dici speciali favore funeraticiae. Similiter indulgent lex ei, qui bona fide aedificavit in alieno solo, cui Iacobus dicit tantum per retentionem consuli, ut D. de condictione indebiti, si in area, et D. de soli exceptione, Paulus. Sed dominus Azo distinguit, qualiter prohibuit: an irato animo, an etiam plana voluntate, ut in primo casu agat gestor, quia perinde est, ac si non esset prohibitus, cum calore iracundiae sit prohibitus, arg. D. de reg. iur. l. Quidquid (in) calore. “Sin autem plana voluntate prohibuit, non agit gestor”*».¹⁸

prohibition of enrichment much more generously and grant actions [...]]. Véase al respecto FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1, Requisiti delle acciones negotiorum gestorum*, Firenze, 2003, p. 14; MEIJERS, E. M., *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs...*, cit., p. 149.

18. Así el texto en HÄNEL, G., *Dissensiones dominorum...*, cit., Hugolinus §33, p. 275. Otra versión alternativa es: «*An is, qui prohibente domino negotia gessit, actionem negotiorum gestorum utilem pro expensis habeat? Aldericus et Plac. (Placentinus) et Ot. (Otto Papiensis) dicunt, quod, si post domini prohibitionem quis negotium gessit, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de inpensis, ut C. de Negotiis gestis (2, 19.) L. ult. et D. Mandati (17, 1, L.) Si pro te (40.) et D. Communi dividundo (10, 3, L.) In hoc iudicium (14, med. S. 1.). Alii vero ex aequitate utilem indulgent ad instar illius, qui animo depraedandi adcessit ad alienum negotium gerendum, ut D. eod. tit. (3, 5.) L. Si pupilli (6, 3. et 4.)*»; así, en HÄNEL, G., *Dissensiones dominorum...*, cit., Cod. Chis., §159, p. 241. Mientras que, en SCIALOJA, V., «Di una nuova collezione delle dissensiones dominorum con l'edizione della collezione stessa», en *IVS. Studi giuridici 2, Diritto romano* (1934), p. 385: «*Placentinus et Oto dicunt, quod, si post prohibitionem quis negotium gesserit et utiliter, nec directam, nec utilem habet actionem de inpensis; ut C. de negotiis gestis l. ult. [C. 2,19,24] et D. man. Si pro te [D. 17,1,40]. Alii vero ex aequitate utilem ei indulgent, ad istar illus, qui animo depraedandi accessit ad aliena negocia gerenda: ut D.*

Ahora bien, a la base de la referida *dissensio* se encuentra lo establecido por Justiniano en CJ. 2,18(19),24,¹⁹ donde el emperador se pronunció²⁰ sobre una disputa²¹ concerniente al derecho de regreso en favor de quien

de negotiis gestis. Si pupil. [D. 3,5,5,5]. Similiter indulget lex ei, qui bona fide aedificavit in solo alieno; cui Iacobus dicit, tantum per retentionem consuli; ut D. de conditione in. Si in area [D. 12,6,33] et D. de doli ex. Paulus [D. 44,4,14]». Sobre la referida *dissensio* véase SCIALOJA, V., «Della negotiorum gestio prohibente domino ed in ispecie dell'azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore», en *La Legge. Monitore giudiziario ed amministrativo*, 1889, II, pp. 532-540; RIVALTA, V., *Dispute celebri...*, cit., pp. 109 y ss.; CAVALLARO, R., (*a cura di*) *La gestione d'affari altrui prohibente domino nella tradizione romanistica*, Milano, 2001, p. 16; PRADO RODRÍGUEZ, J. C., «La cuestión prohibente domino en la corriente romanista del *ius commune* y su recepción en el contexto doctrinal europeo pre codificador: connotaciones de una problemática jurídica», *Revista General de Derecho Romano*, 14, 2010, pp. 3 y ss.

19. CJ. 2,18(19),24 *Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P. «Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur; si pro expensis, quae circa res facta sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iulianus sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, sicut post denuntiationem, quam ei dominus trasmiserit, non concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc dolosa assimulatione abita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? Quod nullo modo patimur; sed ex quo ea testatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem. Dat. XIV. Kal. Decemb. Constantinop. Lampadio et Oreste Cons»*. [530.]. Sobre la literatura jurídica inherente al texto imperial véase PRADO RODRÍGUEZ, J. C., «Reconstrucción de una disputa jurisprudencial sobre el derecho de regreso consiguiente a la gestio prohibente domino en el derecho romano», *Revista General de Derecho Romano*, 12, 2009, pp. 1 y ss.; Id., «La cuestión prohibente domino en la corriente romanista del *ius commune*...», cit., p. 1 y ss.

20. En una de sus *quinquaginta decisiones* del año 530 d. C., con las que intervino para resolver cuestiones que para los clásicos habían quedado sin resolverse, cfr. CENDERELLI, A., *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano*, Torino, 1997, pp. 195, nota. 139.

21. Al parecer, de una época anterior a la justiniana, y esto por la frase *apud magnos auctores dubitabatur*; a este respecto afirma FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio...*, cit., p. 569: «È stato anche ipotizzato che la controversia ricordata in C. 2,18(19),24 possa essere ricondotta alla disputa tra Sabiniani e Proculieiani circa l'eccesso di mandato [...]»; sobre este tema véase PRADO RODRÍGUEZ, J. C., «Una nueva

gestionó un negocio ajeno en contra de la prohibición del *dominus negotii*, y en la que negó toda acción, en conformidad con la opinión de Juliano.²² Sin embargo, al determinar esta decisión el verificarse de un enriquecimiento injustificado para el *dominus negotii*, la cuestión resurgió en el contexto del renacimiento jurídico boloñés,²³ donde algunos maestros siguieron la decisión justinianea; así, según el texto de la referida *dissensio*, Placentinus, Odericus, Oto, Bulgarus y Ioannes Bassianus, al considerar que aquel que gestionó útilmente un negocio ajeno en contra de la prohibición del *dominus negotii*, no tendrá el derecho de regreso de los gastos empleados, ni con la *actio directa* ni con la *utilis*, y esto con base a lo referido por algunos *prudentes*, como Modestino en D. 3,5,27(26) pr.,²⁴ Paulo en D. 17,1,40²⁵ y en el *responsum* de Justiniano en CJ. 2,18(19),24.²⁶

perspectiva en la determinación del derecho de regreso para el mandatario que excede el mandato en el derecho romano», *Revista general de Derecho Romano*, 13, 2009, pp. 1-22.

22. La postura de Juliano está en lo referido por Ulpiano en D. 3,5,7(8),3 (*10 ad Ed.*) *Julianus libro tertio tractat: «si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non, an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? Movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit. Sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuum pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. Et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat»*. Esto en simetría con lo referido por Paulo y Pomponio en D. 17,1,40.

23. Sobre el tema véase HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, cit., pp. 70 y ss.

24. D. 3,5,27(26) (2, *Resp.*): *«Ex duobus fratribus, uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, quum haberent communia praedia rustica, maior frater in saltu communi habenti habitationes paternas amplia aedificia aedificaverat; quumque eundem saltum cum fratre divideret, sumtus sibi, quasi re meliore ab eo facta, desiderabat fratre minore iam legitimae aetatis constituto; Herennius Modestinus respondit, ob sumtus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos eum, de quo quaeritur, actionem non habere»*.

25. D. 17,1,40 (9 *ad Ed.*): *«Si pro te praesente et vetante fideiusserum, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur»*. Sobre el texto está en PRADO RODRÍGUEZ, J. C., «Estudio sobre la *actio utilis* referida en D. 17,1,40 (Paulo. IX *ad edictum*): su alcance en el Código civil de Bello», *Revista Ius et Praxis*, 25 (1), 2019, pp. 251- 284.

26. Esta postura se enlaza con el no verificarse de los requisitos para configurar la *negotiorum gestio*, siendo la prohibición del *dominus negotii* el factor excluyente

Por el contrario (*ex adverso*), Martinus admitió una *actio utilis ex aequitate*, «*ad instar illius, qui depraedandi animo accessit ad aliena negotia gerenda*»;²⁷ de tal manera, basándose en la *aequitas*, el glosador boloñés fue favorable en conceder una *actio negotiorum gestororum utilis* en virtud de la analogía con el supuesto de quien se haya entrometido en los negocios ajenos *depraedandi causa*, con base en D. 3,5,5,5(6,3),²⁸ texto en el que Ulpiano refiere el pensamiento de Labeón sobre admitir una acción dirigida a contrastar el enriquecimiento ante la *gestio depraedandi causa*, ya que para Finazzi,²⁹ el jurisconsulto presuponía que la intención de lucrarse del patrimonio ajeno y, por ende, actuar en mala fe, se verificó en un momento en el que la gestión ya había iniciado; por tanto, se obligará el *dominus negotii* por aquello en que se hiciera más rico a través de la *actio negotiorum gestororum*.³⁰ Además, para darle mayor peso a su postura, Martinus observa la semejanza con el supuesto de quien, después de

de su configuración. Sobre los presupuestos subjetivos para la concesión de la *actio negotiorum gestororum* véase FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, cit., pp. 108 y ss.; PRADO RODRÍGUEZ, J. C., «La solutio del tercero “ignorante vel invito debitore” y sus vías de regreso contra el deudor», *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, 59, 2011, pp. 217 y ss.

27. A este respecto firma HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, cit., p. 71: «Martinus Gosia is said to have granted a remedy in spite of the principal's prohibition., viz. an *actio negotiorum gestororum utilis*». Sin embargo, observa FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, cit., p. 15, nota 31, que la acción concedida «pro taxata quantitate» puede ser solo para el tiempo anterior a la prohibición.

28. D. 3,5,5,5(6,3) (10 ad Ed.): «*Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo descripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet). Sed nihilo minus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abset, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem*». Sobre la reconstrucción del texto, véase RICCOBONO, S., «Tracce di diritto romano classico», *BIDR*, 18, 1906, p. 203 y ss. Mientras que, sobre el alcance en el derecho medieval de lo referido en el texto de Ulpiano, afirma HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, cit., p. 106: «Martinus Gosia had recourse to it in order to justify his solution for cases of enrichment caused by prohibited interference [...]».

29. FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, cit., p. 214.

30. Véase FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, cit., p. 207, nota 300.

la prohibición del heredero, realizó los funerales ajenos, según D. 11,7,14,13,³¹ donde Labeón considera que, a pesar de la prohibición del heredero, por razones de equidad se le debe conceder la acción funeraria al gestor de los funerales ajenos para el reembolso de los gastos funerarios, y esto por exigencias de utilidad pública.³²

De igual manera, la *dissensio* menciona el caso de quien edificó en buena fe en suelo ajeno,³³ el cual, según Iacobus, estaría protegido a

31. D. 11,7,14,13 (25 ad Ed.): «*Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? Huic contradici potest: 'ergo pietatis gratia funerasti'. sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari, et quid si testator quidam funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihil ominis funeravi? Nonne aequum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura iudulget*». Sobre el texto, véase SILLA, F. M., «Il rimborso delle spese funerarie in caso di prohibitio heredis. Ulp. 25 ad edictum D. 11,7,14,13», en D. Mantovani - A. Schiavone (coords.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano, Collegio di diritto romano 2005, Cedant, Pavia, 2007*, pp. 645 y ss. Con respecto a la actio funeraria en el ámbito de la cuestión prohibente domino en las *Dissensiones dominorum*, véase UNGER, O., *Actio funeraria. Prinzip und Fall der verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag*, Mohr Siebeck Tübingen, 2018, pp. 8 y ss.

32. Véase LUIG, K., «Il divieto d'arricchimento e la volontà dell'arricchito nel Usus modernus», en L. Vacca (coord.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. VI Convegno Internazionale ARISTEC, Padova-Verona-Padova, 25-26-27 settembre 2003*, Torino, 2005, pp. 63 y ss.; FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, cit., p. 121.

33. Buena fe que se entendería como el desconocimiento de construir en suelo ajeno, creyendo erróneamente de hacerlo en su terreno; en efecto para BARRASSI, L., *Diritti reali e possesso II, Il possesso*, Milano, 1952, p. 222, la buena fe se concibe desde el punto de vista psicológico, como el error acerca de una determinada circunstancia. Véase a tal respecto TALAMANCA, M., «La bona fides nei giuristi romani. Leerformel e valori dell'ordinamento», en L. Garofalo (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese. IV Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, Padova, 2003, p. 15; CARCATERA, A., *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1944, p. 214; GROSSO, G., «Buona fede (premesse romanistiche)», en *Scritti storico giuridici*, III, *Diritto Privato. Persone obbligazioni successioni*, Torino, 2001, p. 678. Y, sobre la relación entre la bona fides y la referida ignorantia, LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides*, Milano, 1961, pp. 221 y ss.

través de la *retentio*,³⁴ y esto con base en D. 12,6,33,³⁵ donde Juliano trata de la edificación en solar ajeno que fuere poseída por el dueño del terreno, excluyendo la *condictio* a causa de la inexistencia de algún negocio previo entre constructor y dueño del terreno.³⁶ Sin embargo, se admite, a modo de derecho de regreso, la *retentio*, ya que si alguno, juzgando que era heredero, hubiese reparado una casa de la herencia, no puede recobrar los gastos de ningún otro modo sino por la retención.³⁷

34. En materia véase NARDI, E., *Studi sulla ritenzione in diritto romano, II, Profilo storico*, Milano, 1957.

35. D. 12,6,33 (39 Dig.): «*Si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, qui nullum negotium inter nos contraheretur; nami s, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipsu aliquid negotii gerit, quum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, qui nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipat. Et ideo constat, si quis, quum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam flsisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servare posse*». Sobre el texto asevera HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, cit., pp. 68 ss.: «[...] These cases concern building with one's own material on the property of another person. The owner is considered to be enriched at the expense of the builder, because he becomes the owner of all that is attached to the ground by virtue accession». Por tanto, Martinus pone el texto a la base de su tesis, véase RIVALTA, V., *Dispute celebri...*, cit., pp. 109 y ss.; CAVALLARO, R., (a cura di) *La gestione d'affari altrui...*, cit., p. 16.

36. Ante ello manifiesta CANNATA, C. A., *Cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore...*, cit., p. 42: «La soluzione del problema pratico, concludeva Giuliano con un altro esempio, non può essere trovata nella condictio; il costruttore su suolo altrui non ha che un mezzo: non restituire al proprietario il possesso del fondo sul quale, mentre lo possedeva, ha costruito, attendere che il proprietario glielo rivendichi, ed opporre nella rei vindicatio, l'exceptio doli, la quale gli avrebbe permesso di pretendere, in sede processuale, il rimborso delle spese sostenute per la costruzione». Le sigue SACCOCCIO, A., *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianeae*, Milano, 2002, p. 279, al afirmar: «[...] Se Ego costruisce una casa sul terreno di Tu, il quale ne prende possesso, al primo non spetta la *condictio* per le spese e/o i material propri usati, perché, sostiene Giuliano, tra i due non è stato contratto alcun negotium [...] può ottenere il rimborso delle spese o dei material soltanto tramite ritenzione». De esta misma visión es HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, cit., p. 77 «The *condictio* is not available because the lack of negotium between parties».

37. En tal sentido, afirma FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1...*, cit., p. 160 «[...] in Iul. 39 dig. D. 12,6,33, dove non è ammesso a favore del costruttore su suolo altrui alcun mezzo al di fuori della *retentio* e l'inutilizzabilità della

En tal contexto, la *dissensio* cita también a D. 44,4,14,³⁸ donde Paulo respondió que el que en solar ajeno hubiere levantado un edificio, no podrá conseguir de otro modo los gastos sino mediante la excepción de dolo malo,³⁹ ante la reivindicación del *dominus*.⁴⁰

Al final de la *dissensio*, aparece también la opinión de Azonis, quien admitía el regreso cuando la prohibición fuese emanada *irato animo*, es decir, a causa de la ira del *dominus*,⁴¹ pero lo excluye si la prohibición se pronunció de forma razonada (*plana voluntate*).⁴² Por tanto, su postura aparece ambigua, pero coherente con los efectos con-
siguientes al modo en el que el *dominus negotii* se manifiesta ante la intervención de un tercero en sus negocios. Esta circunstancia aparece reflejada también en la solución que propone Pillius Medicinensis⁴³ sobre un supuesto concerniente a la *solutio prohibente debitore*⁴⁴ en un

condictio è giustificata sulla base dell'assenza del negotium, e dunque della datio, non costituisce necessariamente il riflesso dell'alterazione del passo di Africano».

38. D. 44,4,14 (3 Resp.): *Paulus respondit, eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumtus consequi posse, quam si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

39. Sobre el tema manifiesta ABBET, S., *De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit. Etude de droit romain et de droit suisse*, Genève-Zurich-Bâle, 2006, p. 94: «Cependant, le propriétaire du fonds ne peut le revendiquer sans offrir au constructeur de bonne foi de payer le prix des matériaux et le salaire des ouvriers; dans le cas contraire, le possesseur lui opposera l'exceptio doli».

40. Afirma FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, cit., p. 140, nota 121: «Il costruttore di un edificio su suolo altrui poteva opporre alla rivendicatio del proprietario l'exceptio doli ove questi non avesse provveduto a rifonderlo delle spese affrontate per la costruzione». Véase SCHRAGE, E. J., H. «Qui in fundo alieno aedificavit. Die actio negotiorum gestorum utilis als Vorstufe einer allgemeinen Bereicherungsklage», *RIDA*, 36, 1989, pp. 401 y ss.; CAVALLARO, R., (a cura di) *La gestione d'affari altrui...*, cit., p. 34.

41. Afirma al respecto HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, cit., p. 73: «Only in the question of Azo can the argument be found that the prohibition is void because nobody has so much pride that he would damage his own property, unless he were acting in a fit of temper. [...] Or he is angry and then the prohibition is considered void because a fit of temper rescinds the contract». Véase D. 50,17,48.

42. Cfr. LUIG, K., «Il divieto d'arricchimento...», cit., p. 58; FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, cit., p. 12, nota 22.

43. Sobre este glosador véase CORTESE, E., *Il diritto nella storia medievale. II*, cit., pp. 145-195.

44. Véase RIVALTA, V., *Dispute celebri...*, cit., pp. 114 y ss.

texto que conforma una de sus *Quaestiones Sabbatinae*,⁴⁵ y precisamente en la *Quaestio* VI del título *An solvens pro t(e) ne damnun pate-retur; possit solutum repetere et qua actione*, donde, después de un análisis sobre las argumentaciones en contra y a favor del derecho de regreso, el glosador también se decantó sobre el modo en el que se manifestó la prohibición,⁴⁶ para, con base en ello, admitir o menos dicho derecho de regreso.⁴⁷

Así pues, Martinus, al contrario de la mayoría de sus contemporáneos, admitía el derecho de regreso en favor del *gestor prohibente domino* y esto con base en la referida *aequitas*,⁴⁸ lo cual parece haber dependido, además de las fuentes romanas que mencionan la posibilidad de recurrir a una *actio utilis* (así D. 17,1,40 y CJ. 2,18(19)24), por la dificultad en admitir la integración del instituto de la *negotiorum gestio* en el ámbito del *strictum ius*, y esto en consecuencia de la prohibición del *dominus negotii*. En efecto, para Martinus iba en contra de la equidad no indemnizar al benéfico *gestor* y que el interesado del

45. Sobre esta obra véase BELLONI, A., «Le Collezioni delle “Questiones” di Pillio da Medicina. Storia del testo e tradizione manoscritta con l’ausilio del computer», *Ius Commune* 9, *Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, 1980), pp. 12 y ss.

46. Véase HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law...*, *cit.*, p. 73.

47. PILII MEDICINENSIS, *Quaestiones Sabbatinae...*, *cit.*, ff. 10 y ss.: «*Solutio: [...] gerentem negotium alienum non debere audiri agente(m) per l. ult. C(od). de neg. gest. t. quae sententiae vera est, porro in tali articulo dicerem gestorem admitti, quia potius ex iracundia et contumacia hoc, eum prohibere debet praesumi, q(ua)m ex certa scientia, ut arg. ff. de cond. instit. l. quidam, ff. de reg. iur. l. quidquid in calore: quia dilatio periculum erat allatura, ut ff. de oper. nunc. l. de pupillo §si quis rivos*». Véase RIVALTA, V. *Dispute celebri...*, *cit.*, 114 y ss.; R. Cavallaro, (a cura di) *La gestione d'affari altrui...*, *cit.*, pp. 37-44.

48. Afirma HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law... cit.*, p. 71: «On the basis of equity, though, an *actio utilis* should be granted after the example of the management in one’s own interest». Sin embargo, también otros glosadores no referidos en la *dissensio* habrían concedido una *actio negotiorum gestorum utilis ex aequitate* en casos de extrema gravedad, así como refiere FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio, II/1...*, *cit.*, p. 19, nota 41: «Pillio da Medicina, Pierre de Belleperche, Cino da Pistoia, Alberico de Rosate, Paolo di Castro ed Alessandro Tartagna ammettevano l’impiego dell’*actio negotiorum gestorum utilis concessa ex aequitate* malgrado la *prohibitio* in casi di notevole gravità, quali, ad esempio, il pagamento di un tributo onde evitare la demolizione dell’immobile del proibente [...]».

negocio se enriquezca a sus expensas.⁴⁹ Por tanto, la cuestión se relacionó con la prohibición de enriquecerse injustamente con el consiguiente quebrantamiento de la *aequitas*, donde Martinus basó su opinión en D. 3,5,5,5(6,3)⁵⁰ y D. 11,7,14,13.⁵¹

En conclusión, ha sido una constante en la historia jurídica occidental el presentar diferentes posturas a la hora de interpretar y aplicar el Derecho. Esto se constata también entre los glosadores medievales a través de las *Dissensiones dominorum*, en las que se evidencian las opuestas posturas de los Bulgaristae y de los Gosiani sobre diferentes problemáticas jurídicas, entre las que está la *gestio prohibente domino*, cual supuesto de enriquecimiento injustificado que genera un daño patrimonial para una de las partes de la relación obligacional. En tal contexto, los glosadores recibieron de la antigüedad clásica el principio de la *aequitas* desde la visión griega y romana, lo que determinará que, en el momento de pronunciarse sobre el supuesto analizado, Martinus se decante por dar relevancia al restablecimiento de la *aequitas* y sea partidario en admitir una *actio utilis* modelada en aquella *negotiorum gestorum*.

49. Véase RIVALTA, V., *Dispute celebri...*, cit., pp. 113 ss.

50. Según HALLEBEEK, J., *Developments in medieval roman law... cit.*, p. 72: «Among the arguments in favor of the granting of a remedy, reference is made to D. 3.5.5.5 [...]»

51. Sin embargo, véase las observaciones de LUIG, K., *Il divieto d'arricchimento...*, cit., p. 57.

**LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA NO TEXTO
JUSTINIANO COMO FUNDAMENTO
PARA O NEGÓCIO JURÍDICO NO BRASIL**

*Property leasing
in the Justinian text as a basis
for the juridical transaction in Brasil*

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), (Brasil)

Resumo: a análise histórica, tendo por base o *Digesto-Institutas* compendiado por Paulo, demonstra a existência do Título XXIV do Livro terceiro sobre arrendamento. Para a pesquisa destacam-se os parágrafos 5.º e 6.º (I., 3, 24, 5) dos quais se podem extrair regras ainda vigentes nos dias atuais na legislação do Brasil: como a perda da coisa em face de caso fortuito não implica o dever de reparar e a morte do arrendatário e a continuidade do negócio jurídico com os sucessores.

Palavras-chave: Locação imobiliária. Direito romano. Obrigação. Sucessão.

Abstract: based on the *Digesto-Institutas* compiled by Paulo, the historical analysis demonstrates the existence of Title XXIV of the Third book which is about lease. He also grants other rights and duties. For the research the paragraphs 5 and 6 (I., 3, 24, 5). This rules still in force today in Brazilian legislation: such as the loss of the thing in the face of an act of God does not imply the duty to repair and the death of the lessee and the continuity of the legal transaction with the successors.

Keywords: Property leasing. Roman law. Obligation. Succession.

SUMARIO: I. Introdução. II. Importância da locação urbana no Brasil do século XXI. III. Paralelo entre as regras básicas na locação imobiliária urbana no Brasil e nas *Institutas*. IV. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa, considerando-se as locações imobiliárias urbanas, é averiguar os regramentos romanos na Era Justiniano e sua atualidade, comparando-os com a legislação brasileira no século XX.

A importância desse tipo de negócio jurídico é facilmente observada em face da grande parcela da população brasileira que vive em imóvel alugado e a necessidade de se observar o aspecto evolutivo das regras, que buscam promover o equilíbrio na relação entre locador e locatário.

A análise histórica, tendo por base o *Digesto-Institutus* compendiado por Paulo, demonstra a existência do Título XXIV do Livro terceiro abordando o tema arrendamento. O texto reúne anotações e comentários acerca de regras de locação, fazendo a distinção entre esse instituto e a operação de compra e venda, que trata como negócio jurídico semelhante.

A matéria no século XXI encontra-se positivada na Lei n.º 8.245/91,¹ que completou em outubro de 2021 trinta anos e cuja longevidade se deve à sua boa técnica e à estabilidade da inflação vivenciada pela economia brasileira no período de 1994 a 2020. A pesquisa parte do estudo da evolução normativa da matéria locação imobiliária, considerando a coisa dada em locação e os direitos e deveres das partes envolvidas nessa espécie de negócio jurídico.

A importância do estudo constante dessa matéria pode ser observada em números, já que parcela significativa da população brasileira habita em imóveis alugados, devendo as normas expressarem não só segurança jurídica para as partes, mas principalmente um senso de justiça.

Ao longo do artigo serão citadas algumas legislações que mostram a evolução do regramento, fazendo sempre um paralelo com o Direito romano, especialmente o *Digesto*, destacando os preceitos desse direito que ainda vive no ordenamento brasileiro. Logo o problema a ser respondido pelo artigo consiste em analisar se os preceitos contidos no *Digesto* relativo à locação são fontes inspiradoras das normas atuais no Brasil e como estas influenciam um perfeito conhecimento de matérias relacionadas do direito civil, vigente atualmente.

No tocante aos aspectos metodológicos, a concretização desta pesquisa valeu-se de pesquisa bibliográfica na produção teórica, legislativa e

1. BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 22961, 21 out. 1991.

doutrinária sobre o assunto, registrada em suportes diversos, como livros, artigos científicos e diplomas legais, bem como em decisões judiciais. Com o emprego do método hipotético-dedutivo, procura-se resolver o problema referente a origem da legislação atual brasileira sobre locação imobiliária urbana.

O trabalho, que trata o termo locação como sinônimo de arrendamento, foi dividido em três partes: importância da locação urbana no Brasil do século XXI, responsável por introduzir o assunto e embasar o que será averiguado na segunda parte, concernente à análise do arrendamento/locação nas *Institutas* e no *Digesto* do *Corpus Iuris Civilis* e, por fim, paralelo entre as regras contidas no *Digesto* e as regras gerais contidas na Lei n.º 8.245/91,² que a levaram a uma longevidade de trinta anos no ordenamento brasileiro.

II. IMPORTÂNCIA DA LOCAÇÃO URBANA NO BRASIL DO SÉCULO XXI

O direito de locar o bem é uma das faculdades do direito de propriedade referente ao uso e gozo, já que o proprietário destina a posse direta do imóvel a outra pessoa, que passaria a tê-la mediante pagamento de retribuição mensal, o que constituiria exploração econômica do bem pelo proprietário, que extrairia frutos da coisa. O negócio jurídico que dá origem à locação é complexo, pois envolve a concessão da posse, que constitui um direito estudado no livro das coisas, embora o contrato estabeleça prestações de natureza pessoal aos locadores e locatários.

A locação de imóvel urbano sempre teve importância no Brasil em face de déficit habitacional³ (gráfico 1) nunca minorado substancialmente

2. BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 22961, 21 out. 1991.

3. Segundo a Fundação 1.º de Maio, «O Brasil não tem dados atualizados sobre seu déficit habitacional, pois o Censo Demográfico de 2020 não foi realizado em função da pandemia. Sendo assim, o texto traz as informações mais recentes disponíveis. De acordo com uma pesquisa da Fundação João Pinheiro, de 2019, o déficit habitacional em todo o Brasil foi de 5,8 milhões de moradias, das quais 79% concentraram-se em

pelas políticas sociais e econômicas do Estado, o que levou à atenção do legislador, ao longo das décadas, em regular a matéria fora do Código Civil, culminando na existência, só no século xx, de mais de uma dezena de legislações voltadas a essa finalidade. Essa intensa volatilidade legislativa decorre de constante instabilidade social e econômica e visa sempre assegurar maior proteção ao locatário.

Gráfico 1 – Déficit habitacional no Brasil – dados de 2019



Fonte: Fundação 1.º de Maio (2021).

Em um país cujo déficit habitacional⁴ é gigantesco, a segurança jurídica e o financiamento de moradias por particulares mediante a colocação

famílias de baixa renda. O estudo indica também que 87,7% do déficit habitacional quantitativo (moradias em falta, seja por habitação precária, coabitação familiar, pessoas demais por metro quadrado, ou custo alto de aluguel) está localizado nas áreas urbanas. Além disso, ele demonstra que o déficit habitacional absoluto no Brasil passou de 5,657 milhões em 2016 para 5,877 milhões em 2019. Essas moradias representam 8% dos domicílios do país». PRADO, CLÁUDIO. Déficit habitacional reflete a desigualdade do país, *Fundação 1.º de Maio*, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://www.fundacao1demaio.org.br/artigo/deficit-habitacional-reflete-a-desigualdade-do-pais/> (acesso em: 12 mar. 2022).

4. Em 2019, em matéria no site G1, apresentou-se reportagem atestando que o déficit habitacional em Fortaleza passava, segundo a Defensoria Pública do Estado do Ceará, de 130 mil moradias. FORTALEZA tem déficit habitacional de 130 mil moradias, aponta Defensoria Pública, *G1*, 7 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/>

no mercado de unidades residenciais para locação são essenciais para o enfrentamento da situação, decorrente da insuficiência de financiamento público para edificação de moradias em número suficiente para redução da demanda. Em síntese, é essencial um ordenamento jurídico que traga a segurança buscada e o desenvolvimento dessa atividade econômica, tão importante para sociedade.

Os imóveis alugados para fins habitacionais no Brasil representa 18,3% dos lares brasileiros.⁵ Tal número, considerando-se o crescente déficit habitacional, por si só demonstra a importância e atualidade do tema, também gerador de intensas demandas no Judiciário. Para ilustrar essa questão, a média mensal de ações de despejo no Estado de São Paulo, que em 2010⁶ reunia quase 22% da população brasileira, no período de janeiro a maio de 2021 foi de mais de duas mil ações.⁷

ceara/noticia/2019/09/07/fortaleza-tem-deficit-habitacional-de-130-mil-moradias-aponta-defensoria-publica.ghhtml (acesso em: 20 mar. 2022).

5. A agência Brasil em notícia vinculada atesta: «A maior parte dos brasileiros mora principalmente em casas e em imóveis próprios, já pagos, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad) Contínua 2019, divulgada hoje (6) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). As casas representam 85,6%, o equivalente a 62 milhões de moradias no país. A maior parte dos lares é própria e quitada, o equivalente a 66,4%, ou 48,1 milhões. Além das casas, são cerca de 10 milhões de apartamentos no país, o equivalente a 14,2%. Já as casas de cômodos, cortiços ou cabeça de porco são 126 mil, o equivalente a 0,2%. Entram nessa classificação, por exemplo, moradias onde as pessoas utilizam o mesmo ambiente para diversas funções como dormir, cozinhar e trabalhar. A maior parte desses imóveis é de algum dos moradores e já está quitada. Outros 6,1%, ou 4,4 milhões, são próprios, mas ainda estão sendo pagos. Os imóveis alugados representam 18,3% das moradias, o equivalente a 13,3 milhões, e os cedidos, 8,9%, ou 6,4 milhões». TOKARNIA, MARIANA. Maioria dos brasileiros mora em casa e é dona do imóvel, mostra IBGE, Agência Brasil, 6 maio 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-05/maioria-dos-brasileiros-mora-em-casa-e-e-dona-do-imovel-mostra-ibge> (acesso em: 15 maio 2002).

6. SÃO PAULO (ESTADO). Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados, Portal de Estatísticas do Estado de São Paulo, *Retratos de São Paulo*, São Paulo, Seade, 2010. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/retratosdesp/view/#:~:text=S%C3%A3o%20Paulo%20%C3%A9%20o%20Estado,%2C6%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira> (acesso em: 15 maio 2022).

7. Período da covid-19 (BECHARA, V., Sob pandemia, ações de despejo em SP aumentam 79% em 2021, *Uol*, 27 maio 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com>.

Retomando-se a questão histórica, observa-se, considerando-se apenas o período republicano, que o Código Civil de 1916 regulava 16 tipos de contratos, sendo o de locação de coisas orientado pelas regras dos artigos 1188 a 1215. Após a entrada em vigor desse Código, em 1917, destaca-se a publicação das seguintes legislações: Decreto n.º 4.403, de 22 de dezembro de 1921;⁸ Decreto n.º 4.624, de 28 de dezembro de 1922;⁹ Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934;¹⁰ e Lei n.º

br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/05/27/acoes-pedido-de-despejo-sp-aumentam.htm (acesso em: 15 maio 2022).

8. BRASIL. Decreto n.º 4.403/21: «Artículo 1.º Não havendo estipulação escripta que regule as relações, direitos e obrigações dos locadores e locatarios de predios urbanos, prevalecerão as disposições da presente lei. § 1.º O prazo da locação será de um anno, que se considera sempre prorogado por outro tanto tempo e nas mesmas condições do anterior, desde que não haja aviso em contrario, com tres mezes, pelo menos, de antecedencia. § 2.º O aviso far-se-ha por meio de petição dirigida ao juiz competente, sem recurso, e mandada entregar á parte quarenta e oito horas após á realização da diligencia dando-se contra-fê á parte contraria. § 3.º Antes desse prazo, cessará a locação, si o locatario, militar de terra e mar, ou funcionario publico, fôr removido para logar fóra da situação do predio e não quizer continuar a locação». BRASIL. Decreto n.º 4.403, de 22 de dezembro de 1921, Regula a locação dos predios urbanos e dá outras providencias, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 23221, 24 dez. 1921, grafia original.

9. BRASIL. Decreto n.º 4.624/22: «Artículo 1.º Nos casos de locação verbal, não será processada, a contar da data desta lei, durante dezoito mezes, em qualquer juizo do Distrito Federal, acção de despejo que não tenha por fundamento os casos previstos nos artigos 6.º e 11 do decreto n. 4.403, de 22 de dezembro de 1921; nem será expedido mandado possessorio sobre predio urbano, si o réo, ouvido, no prazo de cinco dias, provar que é locatario ou sub-locatario do mesmo predio. Paragrapho unico. No Caso do artículo 11 do citado decreto, é permitido ao locatario a prova de que o senhorio não necessita da casa para sua propria residência. artículo 2.º O deposito judicial do aluguel devido pelo inquilino será feito mediante petição isenta de quaesquer taxas e impostos, podendo ser assignado pela propria parte sem della admittir-se recurso algum». BRASIL. Decreto n.º 4.624, de 28 de dezembro de 1922, Modifica o decreto legislativo n. 4.403, de 22 de dezembro de 1921, que trata de locação de predios urbanos, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 25057, 30 dez. 1922, grafia original.

10. BRASIL. Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934, Regula as condições e processo de renovamento dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 7866, 24 abr. 1934.

1.300, de 28 de dezembro de 1950,¹¹ com as consequentes modificações: Lei n.º 1.708, de 23 de outubro de 1952;¹² Lei n.º 2.699, de 28 de dezembro de 1955;¹³ Lei n.º 3.085, de 29 de dezembro de 1956;¹⁴ Lei n.º 3.336, de 10 de dezembro de 1957;¹⁵ Lei n.º 3.494, de 19 de dezembro de 1958;¹⁶ Lei n.º 3844, de 15 de dezembro de 1960;¹⁷ Lei n.º 3.912, de 3 de julho de 1961;¹⁸ Lei n.º 4.160, de 4 de dezembro de 1962;¹⁹ Lei n.º 4.240, de 28 de junho de 1963;²⁰ Lei n.º 4.292, de 12

11. BRASIL. Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950, Altera a Lei do Inquilinato, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 18555, 28 dez. 1950.

12. BRASIL. Lei n.º 1.708, de 23 de outubro de 1952, Prorroga até 31 de dezembro de 1954 a Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950 (Lei do Inquilinato), *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 16633, 27 out. 1952.

13. BRASIL. Lei n.º 2.699, de 28 de dezembro de 1955, Prorroga, até 31 de dezembro de 1956, com modificações, a Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro, e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 23773, 29 dez. 1955.

14. BRASIL. Lei n.º 3.085, de 29 de dezembro de 1956, Prorroga a Lei do Inquilinato, e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 24967, 31 dez. 1956.

15. BRASIL. Lei n.º 3.336, de 10 de dezembro de 1957, Prorroga até 31 de dezembro de 1958 a Lei n.º 1.300, de 28 de novembro de 1950, com as alterações mantidas na Lei n.º 3.085, de 29 de dezembro de 1956, e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 27583, 10 dez. 1957.

16. BRASIL. Lei n.º 3.494, de 19 de dezembro de 1958, Prorroga a vigência da Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950 (Lei do Inquilinato) e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 26945, 22 dez. 1958.

17. BRASIL. Lei n.º 3.844, de 15 de dezembro de 1960, Altera a Lei do Inquilinato, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 16013, 16 dez. 1960.

18. BRASIL. Lei n.º 3.912, de 3 de julho de 1961, Dispõe sobre a prorrogação da Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950 (Lei do Inquilinato) e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6049, 4 jul. 1961.

19. BRASIL. Lei n.º 4.160, de 4 de dezembro de 1962, Prorroga a vigência da Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950 (Lei do Inquilinato), e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 12605, 10 dez. 1962.

20. BRASIL. Lei n.º 4.240, de 28 de junho de 1963, Prorroga até 31 de dezembro de 1963, a vigência da Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950, e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 5602, 28 jun. 1963.

de dezembro de 1963;²¹ Lei n.º 4.346, de 26 de junho de 1964;²² e Lei n.º 4.416, de 29 de setembro de 1964,^{23 24} Após esse período citam-se as seguintes legislações: Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964;²⁵ Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979;²⁶ e Lei n.º 8.245, de 18 de outubro

21. BRASIL. Lei n.º 4.292, de 12 de dezembro de 1963, Prorroga, até 30 de junho de 1964, a vigência da Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950 com as alterações posteriores, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 10956, 27 dez. 1963.

22. BRASIL. Lei n.º 4.346, de 26 de junho de 1964, Prorroga até 30 de setembro de 1964, a vigência da Lei n.º 1300, de 28 de dezembro de 1950, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 5572, 26 jun. 1964.

23. BRASIL. Lei n.º 4.416, de 29 de setembro de 1964, Prorroga a vigência da Lei n.º 1.300, de 28 de dezembro de 1950 (Lei do Inquilinato), *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 8785, 30 set. 1964.

24. Ao tratar sobre o assunto, Rodrigues Junior expõe: «A locação de prédios, subespécie da locação de coisas, foi a primeira a ser decalcada do regime codificado, com a edição do Decreto 4.403, de 1922, do presidente Arthur Bernardes, que suspendeu as ações de despejo, em meio a uma grave crise habitacional do primeiro pós-guerra. O Código Civil recuperou plena vigência nessa seção quando a norma de 1922 foi revogada pelo Decreto n.º 5.617, de 1924. Em 20 de abril de 1934, o Decreto 24.150, do presidente Getúlio Vargas, passou a regular ‘as condições e processo de renovamento dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais’, tendo por mote, em seus *consideranda*, a necessidade de se impor ‘restrições à maneira de usar esse direito [*de propriedade*] em benefício de interesses ou conveniências gerais’, bem assim a ‘necessidade de regular as relações entre proprietários e inquilinos, por princípios uniformes e de equidade, se fez sentir universalmente, impondo como impôs aos povos da mais elevada educação jurídica a instituição de leis especializadas’.[2] Seguiram-se, desde então, a Lei 1.300/50, a Lei 4.494/64, a Lei 5.444/67, a Lei 6.649/79, que foi revogada pela atual Lei 8.245/91, com sucessivas alterações supervenientes. A dogmática atribui a cada uma dessas leis um perfil de natureza pendular, ora intervencionista, ora liberalizante. [3] Não é de se desconsiderar os momentos histórico-econômicos de cada uma dessas normas. A questão do inquilinato é extremamente sensível às oscilações do cenário econômico. Basta observar o que ocorre hoje na Europa e as medidas tomadas por alguns governos para suspender as ações de despejo». RODRIGUES JUNIOR, OTAVIO LUIZ. Análise comparativista dos contratos *built to suit*, *Consultor Jurídico*, 10 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-comparado-analise-comparativista-contratos-built-to-suit> (acesso em: 19 mar. 2022).

25. BRASIL. Lei n.º 4.494, de 25 de novembro de 1964, Regula a Locação de Prédios Urbanos, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 10874, 30 nov. 1964.

26. BRASIL. Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979, Regula a locação predial urbana e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 6841, 16 maio 1979.

de 1991,²⁷ atualmente em vigor e já com as seguintes alterações: a) Lei n.º 9.256, de 9 de janeiro de 1996,²⁸ que deu nova redação aos artigos 53 e 63, que tratam de prazo para despejo; b) Lei n.º 10.931, de 2 de agosto de 2004,²⁹ que alterou a redação do parágrafo único do artigo 32, que passou a excluir do direito de preferência do inquilino os imóveis que, porventura, estejam sujeitos a alienação fiduciária em garantia; c) Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005,³⁰ que deu nova redação ao in-

27. BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 22961, 21 out. 1991.

28. BRASIL. Lei n.º 9.256, de 9 de janeiro de 1996, Altera o caput do artigo 53 e o § 3.º do artigo 63 da Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 337, 10 jan. 1996.

29. BRASIL. Lei n.º 10.931, de 2 de agosto de 2004, Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n.º 911, de 1.º de outubro de 1969, as Leis n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, e n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 17, 3 ago. 2004.

30. BRASIL. Lei n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei n.º 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei n.º 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis n.ºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória n.º 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei n.º 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis n.ºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003,

ciso IV do artigo 37 e aos incisos VIII e IX do artigo 40, em face da inclusão da nova espécie de garantia: cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento tratada no inciso IV; d) Lei n.º 12.112, de 9 de dezembro de 2009,³¹ que acrescentou mais alterações em termos quantitativos na legislação trintenária, alterando os artigos 12, 39, 40, 59, 62, 63, 64, 68, 71 e 74; e e) Lei n.º 12.744, de 19 de dezembro de 2012,³² que aparentemente constituiu a última alteração direta à vigente Lei do Inquilinato e regulou a locação *built to suit*.

A análise das leis ao longo do século xx demonstra um grande intervencionismo do Estado brasileiro na relação locacional de imóveis residenciais representado pela falta de liberdade na fixação do aluguel, no congelamento desses ou na dificuldade em reaver o bem. As consequências são conhecidas, já que desencorajou os investidores, o que

10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 22 nov. 2005.

31. BRASIL. Lei n.º 12.112, de 9 de dezembro de 2009, Altera a Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, para aperfeiçoar as regras e procedimentos sobre locação de imóvel urbano, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 8, 10 dez. 2009.

32. BRASIL. Lei n.º 12.744/2012: «Artículo 2.º O caput do artigo 4.º da Lei n.º 8.245, de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Artículo 4.º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2.º do artigo 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.’ artigo 3.º A Lei n.º 8.245, de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 54-A: ‘Artículo 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei. § 1.º Poderá ser convenionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação. § 2.º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convenionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação. § 3.º (VETADO)».

BRASIL. Lei n.º 12.744, de 19 de dezembro de 2012, Altera o artigo 4.º e acrescenta artigo 54-A à Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, que «dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes», para dispor sobre a locação nos contratos de construção ajustada, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 20 dez. 2012.

levou à restrição dessa importante mola financiadora da edificação de residências e escritórios, úteis para diminuição do déficit habitacional.

Os números apresentados são indicativos fiéis da importância do tema, sendo possível uma maior abordagem, o que não se permite num artigo, haja vista o curto espaço de linhas. No entanto, o objetivo do presente trabalho não é o de esgotar um assunto, mas, sim, de lançar ideias, no aguardo de sua difusão entre os estudiosos e a possibilidade de antíteses e sínteses. Considerando-se o proposto, passa-se a ver a matéria arrendamento compilada no *Digesto*.

3 Locação de coisas nas *Institutas* e no *Digesto* (Livros III das *Institutas* e XIX do *Digesto*)

A pesquisa desenvolvida para este artigo foi iniciada para apresentação do tema arrendamento no *Digesto* no *XXIII Congreso Internacional y XXVI Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, que versou sobre «La reinterpretación del Derecho Romano en los textos», realizado pela Fundación Universitat Jaume I-Empresa, Castellón, Espanha, no período de 8 a 10 de junho de 2022.

O *Digesto*³³ possivelmente constitui a principal fonte do Direito romano sendo que os materiais de pesquisa serão condensados na análise das Pandectas (I., 3, 24) e (D., 19, 2, 30, 4), que tratam da locação de coisas. A importância deste estudo e especialmente do Direito romano está na possibilidade de empregá-lo para a melhor compreensão do direito brasileiro e das diferenças entre os ordenamentos jurídicos.³⁴

33. Sobre as características do *Digesto*, Moraes afirma: «O Digesto é o texto jurídico que compila a essência da produção dos mais importantes juristas da época clássica. Ou seja, compila a essência de uma das principais fontes do direito romano (segundo muitos, a mais importante): a jurisprudência clássica, que apresentava peculiaridades com relação às atividades de juristas em qualquer outra sociedade na antiguidade. Daí ser tido como a *definitiva elaboración del diritto romano*». MORAES, BERNARDO B. QUEIROZ DE., *Manual de introdução ao digesto*, São Paulo, YK Editora, 2017, p. 151, grifos do autor.

34. Ao dissertar sobre a importância do Direito romano para o mundo atual, Ihering conclui que não reside apenas no fato de haver sido fonte e origem do direito que segue a tradição romanística, mas «[...] sino en la transformación que imprimió a nuestro pensamiento jurídico y en haberse convertido, como el cristianismo, en elemento de la civilización moderna. Tal vez los dos períodos anteriores ofrecen un espectáculo más interesante, pero la difusión y predominio del Derecho romano en el mundo

Ainda sobre a essencialidade da análise do Direito romano cita-se Moraes:³⁵

Ora, o fato de o Direito romano ser a base dos sistemas jurídicos do Brasil e de uma parcela muito significativa de países do mundo (em especial aqueles com as quais mantemos relações culturais e comerciais) demonstra a conveniência do seu estudo como um facilitador da compreensão das diferenças e semelhanças entre o sistema jurídico brasileiro e muitos outros. Ou seja, estudar o Direito romano possibilita conhecer não só a base do nosso direito (o que, por óbvio, melhora a compreensão deste), mas também de muitos outros países. É isso facilita muito o entendimento das conexões jurídico-comerciais entre os países.

Logo, visando um melhor conhecimento das origens dos regramentos que formaram o arcabouço jurídico do assunto locação imobiliária no Brasil, passa-se a observar o assunto *locatio conductio rei* (locação de coisas) nas *Institutas* e no *Digesto*, tendo por base as passagens informadas.

Inicialmente, considerando-se o tema arrendamento imobiliário, observa-se que se trata de uma obrigação de dar, por meio da qual se concede o uso e gozo da coisa por um certo lapso de tempo, mediante retribuição ao arrendatário, além de outros direitos e deveres. Trata-se, portanto, de cessão temporária de uma coisa corpórea, objeto do arrendamento, cuja classificação, segundo Peixoto,³⁶ «Gaius transportou-a para as suas institutas, que distribuem as cousas corpóreas e incorpóreas e dizem que as primeiras são cousas tangíveis, ex. um terreno, um escravo, o ouro, a prata e as segundas as cousas intangíveis, consistentes em direitos, como a sucessão (*ius successionis*), o usufruto e as obrigações».

Desde já, importa mencionar que a pretensão deste item é apenas mostrar um limitado quadro acerca da coisa incorpórea e o ato jurídico

moderno es uno de los fenómenos más maravillosos de la historia y de los triunfos más extraordinarios de la fuerza intelectual». IHERING, R., *Abreviatura de el espíritu del derecho romano*. Tradução de Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947, p. 14.

35. MORAES, BERNARDO B. QUEIROZ DE., *Manual de introdução...*, cit., p. 145.

36. PEIXOTO, JOSÉ CARLOS DE MATOS., *Curso de direito romano*, 4.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 368.

arrendamento no Direito romano da época de Justiniano I, que governou o Império Romano do Oriente de 527 d. C. até sua morte, em 565 d. C., cabendo apontar, por pertinente, que, ao passar dos séculos, na civilização romana, a natureza da propriedade varia de coletiva a individual, e se convive desde cedo com limitações à propriedade e ao arrendamento, em observação aos direitos e deveres das partes envolvidas.

O *Corpus Iuris Civilis*, denominação conferida no século XVI, na verdade, era um conjunto de regras, composto de quatro partes: *Institutas* (manual escolar), *Digesto* (compilação dos *iura*)³⁷, *Código* (compilação das *leges*) e *Novelas* (reunião das constituições promulgadas).³⁸

Acerca do tema propriedade, expõe-se que romanistas como Santos Justo,³⁹ Alves⁴⁰ e Tabosa⁴¹ comentam que os romanos não apresentaram um conceito abstrato de propriedade, sendo que a análise dos

37. Por *iura* se entende o direito contido nas obras dos jurisconsultos clássicos, ou seja, a *jurisprudentia*.

38. O *Corpus Iuris Civilis* pode ser pesquisado no sítio: <http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/>

39. Segundo SANTOS JUSTO, A., «Os jurisconsultos romanos não elaboraram uma noção de propriedade, tarefa muito difícil por implicar a condensação, numa breve fórmula, de todas as actividades que o proprietário pode realizar na sua ‘res’». Mais adiante complementa: «A dificuldade aumenta, porque o conteúdo do direito de propriedade evolui, sobretudo devido às crescentes limitações impostas por exigências económicas e sociais». SANTOS JUSTO, A., *Direito privado romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, v. III, p. 15.

40. Segundo ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. «Os romanos não definiram o direito de propriedade. A partir da Idade Média é que os juristas, de textos que não se referiam à propriedade, procuraram extrair-lhe o conceito. Assim, com base num rescrito de Constantino (C. IV, 35,21), relativo à gestão de negócios, definiram o proprietário como ‘suae rei moderator et arbiter’ (regente e arbitro de sua coisa); de fragmento do digesto (V, 3, 25, 11), sobre o possuidor de boa-fé, deduziram que a propriedade seria ‘ius utendi et ubutendi re sua’ (direito de usar e de abusar da sua coisa); e de outra lei do Digesto (I, 5, pr.), em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a ‘naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur’ (faculdade natural de se fazer o que quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito)». ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. *Direito romano*, Rio de Janeiro, Forense, 2002, v. I, p. 282.

41. Analisando a questão da definição de propriedade, Tabosa, com propriedade, conclui que «Os juristas romanos não nos deixaram uma definição acabada de propriedade. O que existe, nesse sentido, é o resultado de trabalho dos glossadores». TABOSA, A., *Direito romano*, 3.^a ed., Fortaleza, Fa7, 2007, p. 227.

instrumentos que protegiam a propriedade é o elemento caracterizador da estrutura e denotador de direitos.⁴² Ainda sobre propriedade, o Direito romano apresenta distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*,⁴³ ambas cousas corpóreas e objeto de arrendamento.

O Livro III das *Institutas*, no item XXIV, trata do tema arrendamento, muito semelhante ao instituto da compra e venda, a julgar pela definição constante do texto, que prevê o estabelecimento de um preço, e por serem ambos regulados pelas mesmas regras de direito.⁴⁴ Destacam-se no item as seguintes normas extraídas dos parágrafos: a) necessidade de estabelecimento de aluguel para caracterização do arrendamento, sendo possível o arbitramento do aluguel por outrem (I., 3, 24, 1); b) o contrato de arrendamento envolve permuta de coisas e não é gratuito (I., 3, 24, 2); c) o arrendamento não se confunde com a enfiteuse, nem com o estabelecimento de uma pensão para quitar um crédito, por exemplo. Na enfiteuse, conforme a Lei Zenon, a perda total da coisa acarretará prejuízo ao dono (I., 3, 24, 3); d) a fixação de um valor pelo trabalho é que leva à diferenciação da locação de serviço de uma compra e venda. Isto é, para estar caracterizado o arrendamento, deve estar evidenciada a fixação do valor da mão de obra (I., 3, 24, 4); e) o contrato deve ser analisado conforme a lei do arrendamento e a lacuna

42. Contrapondo-se à tese de que os romanos não se preocupavam com definições, Ascensão atesta «que não foram os romanos juristas abstractos. Até o estudo descarnado de grandes categorias jurídicas pouco os interessou. Mas não foram também meros práticos do Direito, que solucionassem empiricamente os casos que surgiram, sem atendo ao conjunto» ASCENSÃO, JOSE DE OLIVEIRA. *O direito introdução e teoria geral uma perspectiva luso- Brasileira*, 11. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 127.

43. Referindo-se mais à distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, Peixoto escreve: «[...] essa distinção remonta aos tempos primitivos de Roma. ‘Res Mancipi’ eram os bens mais preciosos para a antiga organização social, fundada na agricultura: a) os edifícios e terrenos situados em solo itálico, isentos por essa razão de imposto territorial; b) os terrenos provinciais a que fosse concedido o ‘iu italicum’ consistente na dispensa do mesmo imposto; c) as servidões rústicas; d) os escravos; e e) os animais de carga e de tiro: bois, mulos, cavalos e asnos (*quae colo dorsove domari solent*). Esses bens, dada a sua importância econômica, somente podiam ser alienados por mancipação ou ‘in iure cesso’. Os outros bens, considerados menos importantes ao regime agrícola, eram as cousas ‘nec Mancipi’ e podiam ser alienados por tradição». PEIXOTO, JOSÉ CARLOS DE MATOS. *Curso de direito...*, cit., p. 377.

44. Vide. GARCÍA DEL CORRAL, I., (comp.). *Cuerpo del Derecho civil romano, Digesto, Primera Parte*, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889.

dessa implica no uso dos bons costumes e do equilíbrio (I., 3, 24, 5);⁴⁵ f) a perda da coisa por caso fortuito não implica no dever de reparar (I., 3, 24, 5); e g) a morte do arrendatário implica na continuidade do negócio jurídico com os sucessores (I., 3, 24, 6).

O *Digesto* em várias passagens traz o assunto arrendamento, sendo interessante, considerando-se a pesquisa ora desenvolvida, analisar a passagem contida no D., 19, 2, 30,⁴⁶ compendiado por Paulo tendo por base o Livro III. Destacam-se no item indicado as seguintes normas extraídas dos parágrafos: a) em caso de bem arrendado viciado e necessidade de demolição para uma melhor edificação, o locador deve reparar o arrendatário considerando o prazo de arrendamento e o tempo de impossibilidade de locação; b) O arrendatário que utiliza o bem (mulas levando carga acima do especificado para o animal) fora da especificação responde pelos danos ao arrendador (D., 19, 2, 30, 2); c) O arrendatário deverá restituir o bem sem dano, salvo em caso de força maior ou de velhice (desgaste natural advindo do tempo). Caso o dano seja causado por um «doméstico» do arrendatário sem excluyente de força maior, deve o seu senhorio reparar caso exista pacto (D., 19, 2, 30, 4).⁴⁷

45. «§ 5. «El arrendatario debe hacerlo todo según la ley del arrendamiento, y si algo se hubiere olvidado en la ley, debe hacerlo según lo bueno y lo equitativo. De aquel que ó dió ó prometió un estipendio por el uso ó de vestidos, ó de pata ó de una bestia de carga, se exige tal cuidado cual pone en sus cosas el más diligente padres de familia; y silo hubiere puesto y por caso fortuito hubiere perdido la cosa, no estará obligado á haber de restituirla». GARCÍA DEL CORRAL, I., [comp.]. *Cuerpo del Derecho civil...*, cit., p. 115).

46. *Digesto* compendiado por Paulo, Libro III. «El que por treinta habla tomado en arrendamiento una casa, subarrendó cada cenáculo de modo, que de todos se percibiesen cuarenta; el dueño de la casa, como dijese que el edificio contrata vicio, la habla demolido; se preguntó, ¿en cuánto se deberla estimar el litigio, si el que la habla tomado toda en arrendamiento ejercitase la acción de conducción? Respondió, que si por necesidad hubiese demolido el edificio viciado, se forma la cuenta á proporción de la cantidad en que el dueño de los predios los hubiese dado en arrendamiento, y del tiempo que no hubiesen podido habitarlos los habitantes, y en tanto se estima el litigio; mas que si no hubiese sido necesario demolerlo, pero lo hubiese hecho porque quisiera edificarlo mejor, debe ser condenado en tanto cuanto interesase al arrendatario que no se fuesen los habitantes». GARCÍA DEL CORRAL, I., [comp.]. *Cuerpo del Derecho civil...*, cit., p. 962.

47. «§ 4. Un colono había recibido la casa de campo con esta condición, que la devolviera sin deterioro, salvo el caso de fuerza, y el de vejez; un esclavo del colono

Interessante também acrescentar a anotação do *Digesto* (D.19.2.15),⁴⁸ que trata do prazo do arrendamento. Na oportunidade afirma-se que quem arrenda por certo prazo, continuará arrendatário depois de decorrido o lapso temporal, caso o locatário permaneça com o bem com consentimento do locador.

A análise destas passagens das *Institutas* e do *Digesto* demonstram a importância dada no *Corpus Iuris Civilis* à matéria arrendamento, embora muitas das regras citadas não digam respeito apenas à locação de coisas, mas também à locação de serviço, por exemplo. A atração dos romanos por esse assunto é explicável quando se avalia a grande gama de «negócios jurídicos» envolvendo arrendamento, situação mantida até os dias atuais, mesmo com a complexidade das transações jurídicas no século XXI, considerando-se as espécies de coisas corpóreas e incorpóreas e os meios eletrônicos de que se dispõe para firmar os contratos, o que dificulta a análise do agente e das formas prescritas e não defesas em lei.

Agora, em face do objetivo do presente artigo, passa-se a fazer um paralelo entre as regras romanas descritas neste artigo e a legislação atual de locação imobiliária na República Federativa do Brasil, lembrando, segundo o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988,⁴⁹ que apenas a União possui legitimidade para legislar sobre o assunto locação (Direito Civil).

incendió la casa no por caso fortuito; respondió, que no se consideraba exceptuando este caso de fuerza, y que no se pactó esto, que si algún doméstico la hubiese incendiado no sería aquél responsable de ello, sino que ambos quisieron exceptuar la fuerza extraña». GARCÍA DEL CORRAL, I., [comp.]. *Cuerpo del Derecho civil...*, cit., p. 962.

48. «El mismo; comentarios al edicto, libro LXXI. El que toma em arrendamiento hasta cierto tiempo, es colono aún Después de transcurrido el tempo; porque se entiende que el dueño, consintiendo que el colono permanezca em el fundo, lo dá nuevamente em arrendamiento; y semejantes contratos no requieren ciertamente ni palabras, ni escrituras, sino que se convalidan por el nudo consentimiento. Y por esto, si entretanto el dueño hubiere comenzado a enloquecer, o hubiere fallecido, dice Marcelo, que no puede hacerse que se renueve el arrendamiento; y esto es verdad». GARCÍA DEL CORRAL, I., [comp.]. *Cuerpo del Derecho civil...*, cit., p. 955).

49. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988.

III. PARALELO ENTRE AS REGRAS BÁSICAS NA LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA URBANA NO BRASIL E NAS «INSTITUTAS»

Não constitui objeto desta pesquisa fazer uma análise de todas as regras de arrendamento⁵⁰ constantes nas *Institutas* e no *Digesto* e transportá-las a uma análise comparativa com as regras atuais vigentes no Brasil, mas tão somente destacar certas cláusulas gerais existentes no *Corpus Iuris Civilis* e observar se essas se encontram positivadas no ordenamento jurídico locacional, especificamente as aplicáveis ao negócio jurídico: Contrato de locação imobiliário urbano.

Apoiando-se nos ensinamentos de Alves,⁵¹ afirma-se que aproximadamente dois terços do Código Civil de 1916, vigente até 10 de janeiro de 2003, era composto de regras com origem no Direito romano. O Código de 2002, considerando-se inovações como livro de empresa e as modificações nos livros de família e sucessões, possui menos vinculação aos institutos romanos, embora seus livros das obrigações e das coisas guardem ainda imensa simetria, mesmo sistematizados, com institutos criados e já estudados em Roma.

O assunto locação imobiliária urbana no Brasil só é regulado subsidiariamente pelo Código Civil de 2002, que é utilizado como norma primária em alguns poucos tipos de arrendamento imobiliário, como locação de vaga de garagem em edifício para esse fim. A matéria é objeto

50. Sobre a questão vide Mota: «A *locatio conductio* era para os romanos um contrato unitário que abrangia o que hoje conhecemos por locação de coisas, prestação de serviço e empreitada, e esse seu caráter se mantinha apesar da variedade de relações que podiam constituir o seu conteúdo. Tal diversidade de relações se unificava exteriormente pelas vozes que a compendiam, *locare* e *conducere*, as quais estavam reproduzidas nas fórmulas *bonae fidei*. *Locator* é quem ‘coloca’ algo, quem concede a alguém um poder de disposição sobre alguma coisa. No aluguel se concede o uso e o gozo de uma coisa[1]. Na prestação de serviço se outorga o poder de disposição sobre a própria pessoa e trabalho (*se locare*). Na empreitada se entregam a outro coisas para que este as elabore de certo modo». MOTA, MAURÍCIO. As raízes históricas comuns romanas da locação de coisas e da prestação de serviços, *Empório do Direito*, 27 dez. 2017. Disponível em: <https://emporiado.direito.com.br/leitura/as-raizes-historicas-comuns-romanas-da-locacao-de-coisas-e-da-prestacao-de-servicos> (acesso em: 18 maio 2022).

51. ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. *Direito romano...*, cit., v. I,

de regramento pela Lei Federal n.º 8.245/91,⁵² que exclui, no entanto, por exemplo, as locações de bens públicos, de apart-hotéis, de vagas autônomas de garagem e de espaços destinados à publicidade.

As regras atinentes à locação imobiliária foram objeto de inúmeras leis, desde o Código Civil de 1916, conforme citações realizadas no primeiro tópico deste artigo, em sua maioria, de cunho intervencionista, ao inibir a livre fixação do aluguel ou até impedindo a sua revisão, sob a alegativa de proteger a moradia do locatário. Ocorre que tais regras levaram a um efeito inverso, afastando investidores desse tipo de negócio imobiliário. A chegada da Lei n.º 8.245/91, que possui natureza nitidamente menos intervencionista (livre fixação de aluguel e cláusula revisional geral), junto com a estabilidade da moeda ocorrida em 1994, acarretou uma sensação de liberdade e segurança, o que explica sua longevidade quando comparada com suas antecessoras.

O texto, conforme exposto, trouxe inovações importantes, destacando-se três pontos básicos como a livre iniciativa para fixação de aluguel; a possibilidade de revisão judicial de aluguéis, diminuindo o requisito temporal, isto é, transcorridos três anos da vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado é lícito às partes da relação locacional pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado (artigo 19 – antes o prazo era de cinco anos); e denúncia vazia para imóveis residenciais (artigos 46 e 47).

A Lei do Inquilinato brasileira de 1991 foi dividida em dois tópicos. A primeira parte, que vai do artigo 1.º ao 57, trata do direito substantivo ou civil e a segunda parte, do artigo 58 até as disposições

52. BRASIL. Lei n.º 8.245/91: «Artículo 1.º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei: Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em *apart-hotéis*, *hotéis-residência* ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades». BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 22961, 21 out. 1991.

transitórias que regulam matéria processual, constituindo um procedimento especial, estudado pelos processualistas.

Ao tratar de regras gerais, isto é, aplicáveis a qualquer tipo de arrendamento ou situação negocial contidas na Lei n.º 8.245/91, que completou trinta anos de vigência no Brasil, destacam-se, entre outros, os artigos 11, 17, 23, inciso III e 45.⁵³ No primeiro, há a regra que nas locações imobiliárias urbanas residenciais, por exemplo, em caso de morte do locatário, ficam sub-rogados o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e pessoas que vivem na dependência econômica do *de cuius*, desde que residam no imóvel. No segundo, há a regra de que é livre a fixação de aluguel no Brasil, sendo vedada sua fixação em moeda estrangeira. No terceiro há a determinação legal de que o locatário deve pagar o aluguel pactuado e se servir do bem em conformidade com o uso pactuado, embora não responda pelo desgaste natural da coisa locada durante a relação contratual. Por fim, expõem-se que são nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem elidir os objetivos da presente lei,

53. BRASIL. Lei n.º 8.245/91: «artículo 11. Morrendo o locatário, ficarão sub-rogados nos seus direitos e obrigações: I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cuius*, desde que residentes no imóvel; II - nas locações com finalidade não residencial, o espólio e, se for o caso, seu sucessor no negócio. [...] artigo 17. É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário-mínimo. Parágrafo único. Nas locações residenciais serão observadas [*sic*] os critérios de reajustes previstos na legislação específica. [...] artigo 23. O locatário é obrigado a: I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato; II - servir - se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu; III - restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal; [...] artigo 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proibam a prorrogação prevista no artigo 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do artigo 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto». BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 22961, 21 out. 1991.

notadamente as que proibam a prorrogação prevista no artigo 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do artigo 51.

O sentido buscado neste artigo, fruto da pesquisa desenvolvida, tem efeito comparativo, sendo de interesse histórico e jurídico o conhecimento de regras contidas nas *Institutas* e no *Digesto*, compendiado por vários doutos romanos. Após o destaque apresentado, passa-se a traçar um paralelo entre a legislação histórica e o regramento brasileiro atinente a locação, objetivando a obtenção de conclusão se as normas aceitas e praticadas naquele período ainda são servíveis para a manutenção da segurança jurídica no século XXI.

Em síntese, quando as *Institutas* tratam da sucessão no contrato de locação e diferenciam o arrendamento de outras figuras jurídicas ao afirmar que se trata de uma permuta de coisas, não sendo, portanto, gratuito, levam o pesquisador logo à análise dos artigos 11 e 17 da Lei n.º 8.245/91, como também a passagem contida no D., 19, 2, 30, 4, ao dispor que o arrendatário não responderá por caso fortuito ou fator velhice, leva o jurista à associação com a regra do artigo 23, que torna o locatário irresponsável por qualquer deterioração ocorrida com a coisa locada advinda de desgaste natural.

IV. CONCLUSÃO

O negócio jurídico que trata da locação imobiliária no Brasil constituiu no século XX e no início deste milênio importante fator para a economia nacional, já que mais de 18% das habitações brasileiras são objeto de algum tipo de arrendamento. Logo, a Lei n.º 8.245/91,⁵⁴ que completou trinta de vigência no ano de 2021, possui destaque para a sociedade brasileira, que necessita de regulamentação segura para um tipo de negócio tão sensível para seus integrantes.

Considerando-se as regras gerais para todos os tipos de locação reguladas pela legislação 8.245/1991, destacam-se os artigos 11 e 23. No primeiro, há a regra que nas locações imobiliárias urbanas residenciais,

54. BRASIL. Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 22961, 21 out. 1991.

por exemplo, em caso de morte do locatário, ficam sub-rogados o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente os herdeiros necessários e pessoas que vivem na dependência econômica do *de cujus*, desde que residam no imóvel. No segundo há a determinação legal de que o locatário deve pagar o aluguel pactuado e se servir do bem em conformidade com o uso pactuado, embora não responda pelo desgaste natural da coisa locada durante a relação contratual.

A análise das regras imputadas neste texto possivelmente tem origem nas *Institutas*, constituindo medida de justiça em face dos princípios gerais do direito e da necessidade de se buscar a equidade e segurança jurídica, ponto nodal de qualquer negócio jurídico. A pesquisa possibilitou a formulação das seguintes afirmações:

a) a regra do artigo 11 da Lei n.º 8.245/91, considerando-se o fato de que legislações passadas brasileiras, a exemplo do artigo 1.198 do Código Civil de 1916,⁵⁵ já tratavam da sucessão contratual, pode ter sua origem no I., 3, 24, 5, que afirmava que a morte do arrendatário implica na continuidade do negócio jurídico com os sucessores. É importante destacar, no entanto, o aspecto moderno da regra de 1991 ao conferir também o direito sucessório da locação aos companheiros e companheiras do locatário, sendo uma das primeiras normas que tratam de direitos advindos da união estável no Brasil.

b) a regra do artigo 23 da Lei n.º 8.245/91 estabelece importante preceitos, como a determinação de que o inquilino não responde pelo desgaste natural da coisa locada (fator tempo), sendo essa norma semelhante ao contido no *Digesto* (D., 19, 2, 30, 4), no qual a anotação de Paulo era no sentido de que o arrendatário deveria restituir o bem sem dano, salvo em caso de força maior ou de velhice (desgaste natural advindo do tempo). Caso o dano fosse causado por um «doméstico» do arrendatário sem excludente de força maior, deveria ser reparado pelo locatário caso existisse pacto.

55. BRASIL. Lei n.º 3.071/16. «Artículo 1.198. Morrendo o locador, ou locatário, transfere-se aos seus herdeiros a locação por tempo determinado». BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 133, 5 jan. 1916.

SOBRE LO VERÍDICO Y FICTICIO DE LA DUALIDAD ENTRE EL DERECHO ROMANO Y EL PATRIO

*On the truthful and fictitious aspects of the duality
between Roman Law and National Law*

CARLOS TORMO CAMALLONGA ¹

Universitat de València-Estudi General

1. Este trabajo ha sido elaborado dentro el marco del Programa PRO-METEO 2022 (CIPROM / 2021-028) subvencionado por la Generalitat Valenciana.

Resumen: la confluencia de los derechos real y romano ha sido interpretada a menudo, por los autores modernos y la historiografía, en clave de enfrentamiento. En este estudio se niega la existencia de contradicción entre ambos órdenes, planteando una coexistencia en la que cada uno goza de preferencia en según qué ámbito. El cuestionamiento de la supremacía del Derecho propio no tiene su origen solo en su escasa presencia en la universidad, sino en la práctica de la administración de justicia.

Palabras clave: Dualidad. Contradicción. *Ius commune*. *Ius proprium*. Doctrina. Legislación. Práctica forense. Jueces. Abogados. Alegaciones jurídicas. Sentencias.

Abstract: the confluence of royal and roman laws has often been interpreted in a confrontational manner by modern authors and historiography. In this study the existence of a contradiction between both orders is denied, proposing a coexistence in which each prevailed in its field. The questioning of the supremacy of own law does not have its origin only in its scarce presence in the university, but in a justice that did not pay it the attention that the laws used to demand.

Keywords: Duality. Contradiction. *Ius commune*. *Ius proprium*. Doctrine. Legislation. Forensic practice. Judges. Lawyers. Legal arguments. Sentences.

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. La doctrina. III. Juristas valencianos. IV. La formación universitaria o su relevancia al efecto. V. En los tribunales. V.1. Las alegaciones jurídicas. V.2. *Iura novit curia* e inmotivación de la sentencia. VI. Ensayo de conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es mucho lo que se ha escrito sobre un supuesto «enfrentamiento» en los ámbitos académico y forense entre el *ius proprium* y el *ius com-*

mune, en concreto y de manera destacada, entre los derechos real y romano. Estamos ante una confluencia de órdenes jurídicos no exenta de diferencias, ante un encuentro que tiene sus orígenes en los mismos inicios de lo que conocemos como «recepción», cuando, de una manera u otra, el Derecho romanocanónico pasa a formar parte de los ordenamientos jurídicos de las nuevas instituciones políticoterritoriales europeas. Asistiremos desde entonces a la existencia de una dualidad, en unas ocasiones complementaria y en otras conflictiva, que se prolongará en mayor o menor medida hasta la legislación liberal y la codificación. La obra de Mariano Peset Reig sigue siendo de referencia obligatoria para el estudio de esta cuestión, en cualquiera de sus apartados, y tanto por la profusión de los trabajos como por su rigor intelectual.² Por el contrario, muchas publicaciones de otros investigadores resultan una mera repetición de lo ya dicho, y poco aportan para una misma conclusión que, en demasiadas ocasiones, creemos que no termina de formularse convincentemente.

Hablar del Derecho romano es referirnos, sin lugar a dudas, a la parte fundamental del *ius commune*, dando por supuesto que este Derecho es, ante todo, un Derecho de autores en el que su producción científica se erige, básicamente, desde y a partir de los textos romanos clásicos, en su mayor parte en la versión de la compilación de Justiniano. De sobra es sabido que el Derecho romano y, por extensión, el común no estaban vigentes en los ordenamientos regnícolas, ni siquiera con carácter supletorio respecto al real; así lo fijaba la misma legislación y así era reconocido por todos los autores contemporáneos, por mucho que algunos de ellos lo admitieran solo a regañadientes. Esta consideración, no obstante, tiene sus muchos matices. Es válida, por ejemplo, respecto al ordenamiento jurídico castellano, que será el que aquí tomaremos como referencia fundamental, pero no respecto a otros, como los de la Corona de Aragón, en los que la situación no era exactamente la misma, en tanto que el *ius commune* podía incluirse dentro de lo que se

2. Como referencia de partida, puede verse PESET REIG, M., «Derecho romano y Derecho real en las universidades del siglo XVIII», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 45, 1975, pp. 273-340. Ante la prodigalidad bibliográfica con la que contamos, y para evitar listados interminables y en gran parte reincidentes en su contenido, nos remitimos a los autores y a las publicaciones contenidas en las obras que aquí iremos citando.

tenía por *bona raó* o *seny natural*. En el caso de Cataluña, además, el Derecho romano gozaba de expresa vigencia, eso sí, de manera subsidiaria respecto al propio.³ A raíz de los decretos de Nueva Planta de Felipe V, sin embargo, la práctica procesal castellana se extendió a todos los territorios de la corona aragonesa, como también lo hizo gran parte de su Derecho substantivo, lo que fue especialmente significativo en el reino de Valencia, cuya realidad jurídica, para el siglo XVIII, es la que tomaremos como referencia principal en este trabajo.⁴

El estudio sobre la vigencia y la aplicación, coincidentes o enfrentadas, entre el *ius commune* y el *ius proprium*, entre el Derecho romano y el real, se ha considerado siempre a modo de dualidad entre una «teoría» y una «práctica» en el Derecho. Cuando para el siglo XVIII hablamos de «teoría» y de autores teóricos, nos referimos al Derecho canónico y, muy especialmente, al Derecho romano justinianeo, así como a sus comentaristas, mientras que cuando hablamos de «práctica» y autores prácticos nos referimos a la obra de los juristas centrados en la forma, el contenido y la ordenación de los trámites del proceso judicial, muy lejos de la intención de dogmatizar sobre instituciones jurídicas, ni mucho menos privadas.⁵ En este punto, es lógico que en muchas ocasiones hablemos no tanto de juristas como de simples técnicos o escribanos. Pero, además, por Derecho práctico y sus autores también se hablaba entonces, y nos referimos igualmente en la actualidad, a las

3. Nuevamente, ante la ya considerable bibliografía sobre esta temática, me remito, a título de ejemplo y con toda la bibliografía que aquí se puede encontrar, a la revista *Ius Fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, en su número 17, años 2011-2014.

4. TORMO CAMALLONGA, C., «La explicitación de la norma jurídica en el proceso civil del Antiguo Régimen», *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Valencia, Universitat de València, 2009, pp. 897-906; «Pactisme i el seu vessant judicial al Regne de València», *El Compromiso de Caspe (1412). Cambios dinásticos y Constitucionalismo en la Corona de Aragón*, Zaragoza, Ibercaja: Diputación General de Aragón, 2013, pp. 855-862.

5. Aun así, no hay obra de Derecho procesal, por muy práctica o pragmática que se quiera, que se resista, en mayor o medida, a incluir referencias romanistas y doctrinales en apoyo de sus formulaciones, dado que todo autor sentía la necesidad de mostrar al lector una erudición que fuera más allá de la de un simple escribano. Buena muestra de ello la *Curia Filípica* de J. Hevia y Bolaños (puede verse, entre muchas otras, la edición de 1725 publicada en Madrid).

disposiciones substantivas patrias o reales, incluso a sus autores, en tanto que eran las normas e interpretaciones que se aportaban en los escritos del proceso y que, según entendemos, debían condicionar su desarrollo y resolución. Por consiguiente, y dado que la dualidad jurídica, supuestamente conflictiva o armónica, solo existiría, en su caso, respecto a las normas substantivas, que no respecto a las procesales, creemos que tanto jueces como abogados serán operadores jurídicos que podrán ser incluidos tanto en el grupo de autores «teóricos» como «prácticos», dentro incluso de una misma causa judicial, en tanto que participaban de un procedimiento judicial regido por el *ius proprium*, mientras que en algunos de sus escritos confeccionan un discurso substantivo en el que hacían un más que generoso acopio del Derecho civil romano y de su doctrina. De entrada, pues, no podemos dar por sentada esa desconexión que en tantas ocasiones se ha visto como absoluta entre lo que era la teoría y los teóricos, por una parte, y la práctica y los prácticos, por la otra.

En las siguientes páginas no vamos a negar semejante «veredicto» sustentado por tanta doctrina contemporánea y actual, ni siquiera a cuestionarlo —el enfrentamiento entre ambos órdenes—, pero sí quisiéramos invitar a la reflexión sobre si esta manida diferencia, divergencia o, incluso, como se ha dicho en algunos momentos, incompatibilidad entre el Derecho patrio y el romano era verdaderamente tal o si, más bien, deberíamos matizar estos calificativos para relativizarlos y acotarlos a según qué sentido y ámbito o manifestación jurídica.

Vaya por adelante, y esto es importante tenerlo en cuenta, que el enfoque usado en este trabajo no será el de un romanista sino el de un iushistoriador, por lo que la metodología tal vez tampoco sea la más ortodoxa para los cánones de la romanística. Lo que pretendo aquí es presentar un conjunto de observaciones propias del que lleva estudiando, desde hace ya años, la práctica procesal española en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberalismo. Serán unas observaciones que, si en algún momento pueden resultar poco categóricas o incluso inconexas, no harán más que reflejar una realidad con muchas aristas; una realidad que no va a permitir conclusiones definitivas ni mucho menos cerradas, y que siempre requerirán de puntualizaciones y salvedades. Las fuentes de las que nos vamos a valer, esencialmente judiciales y doctrinales, serán las propias de una larga etapa transicional en la que las discordan-

cias internas del sistema jurídico, cuando no abiertas contradicciones, serán conocidas e, incluso, asumidas por los propios operadores jurídicos. Y aunque estas palabras puedan parecer una advertencia a modo de autoexculpación ante las tachas que el lector pudiera encontrar en las siguientes páginas, no es menos cierto que es una consideración común entre todos los investigadores que se han acercado a esta materia; es una «vaguedad» del momento con la que el legalismo liberal quiso terminar.

Dicho de otra manera, lo que pretendemos aquí es que el lector se plantee otras interpretaciones ante una situación tan aparentemente insatisfactoria como irreformable para juristas y políticos de aquellos tiempos. No debemos limitarnos a repetir sin más ese supuesto y siempre equívoco desfase entre la «teoría» y la «práctica» del Derecho en el siglo XVIII.⁶ Y si la mayor parte de los estudios a este respecto se han centrado en lo dispuesto por la legislación, descuidando un tanto la vertiente doctrinal, la práctica forense ha sido desde siempre el ámbito más relegado, diríamos que incluso ignorado, tal vez por la mayor laboriosidad de su estudio o porque la diversidad de usos y prácticas procesales complica el llegar a conclusiones claras y aparentemente inequívocas y, por ende, más gratificantes para todo investigador. Sin embargo, es la parte a la que aquí le vamos a conceder una mayor atención, entre otras cosas, porque, si tenemos en cuenta que un estilo forense tan criticado a lo largo de tanto tiempo, por los autores teóricos y sobre todo prácticos del momento, seguía plenamente vigente hasta bien entrado el s. XIX,⁷

6. Sobre el sentido de los términos «teoría» y «práctica» y sus adjetivos, puede verse de manera muy concisa pero cierta, PESET REIG, M., «Gregorio Mayans y la práctica jurídica: su intervención en el pleito de sucesión del ducado de Gandía», *Mayans y la Ilustración. Simposio Internacional en el Bicentenario de la muerte de Gregorio Mayans*, 2 vols, València, Ayuntamiento de Oliva, 1981, II, pp. 539-571.

7. No resulta nada sencillo concretar el ritmo de esta sustitución de estilos forenses más allá de los efectos de las muy relevantes leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y del Poder Judicial de 1870, que sí resultan verdaderos puntos de inflexión, aunque tampoco necesariamente de efectos prácticos automáticos. Paralelamente, los manuales universitarios, que ya circulaban desde décadas atrás, resultaron decisivos en este cambio para el ámbito universitario, que no necesariamente para el judicial. Ahora sí, resultaban verdaderamente nacionales, más allá del de Juan Sala y el de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel Rodríguez, que todavía muestran una cierta sumisión intelectual ante el Derecho romano. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, Madrid, 1771, y SALA

tal vez fuera por algún motivo de peso en particular y, en concreto y bien probablemente, porque podía resultar efectivamente provechoso tanto para los ciudadanos que reclamaban sus derechos ante las sedes judiciales, como también para unos operadores jurídicos plenamente insertos y que respondían al sistema del momento. Así pues, debemos cuestionarnos si esa manida contradicción entre la «teoría» y la «práctica», que la bibliografía actual apenas cuestiona, tal vez no era tal o, al menos, no se vivía por los contemporáneos tal como nosotros creemos.

II. LA DOCTRINA

Nos ubicamos en los tiempos previos al «triumfo» de los derechos propios sobre el Derecho común y, por consiguiente, al momento en el que, teóricamente y de manera definitiva, se supera ese supuesto conflicto entre el Derecho romano y el patrio a favor de este último, cuestión que tanto había preocupado y ocupado a juristas y políticos, además de al mismo monarca. En verdad, son muchos los autores que en el siglo XVIII escribieron sobre la conveniencia y la utilidad del estudio y el aprendizaje de cada uno de estos derechos, sobre la vigencia y la aplicabilidad, directa o subsidiaria, de cada uno de ellos, y sobre el contenido del Derecho real en relación con el romano. Haciendo un extraordinario, aunque simplista ejercicio de reducción, y con una finalidad meramente ejemplificativa, Pablo de Mora y Jaraba y Sancho de Llamas y Molina podrían representar, a nuestros efectos y respectivamente, la postura más moderna o en mayor medida antiromanista, y la más clásica o en mayor medida romanista.

Mora y Jaraba, que más tarde llegó a ser ministro del Consejo Real de Castilla, escribía en 1745 su obra más conocida y referencia básica para los interesados en esta cuestión, *Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, donde dejaba bien sentado que las leyes romanas no tenían valor ni aun siquiera con carácter subsidiario respecto a las reales. Se trataba del Derecho de «una Monarquía diversa

BAÑULS, J. *El derecho civil español con las correspondencias del romano. Tomadas de los códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano*, Valencia, 1803.

de la nuestra en Política y Religión», por lo que muchas de sus leyes, dictámenes y opiniones no tenían viso alguno de vigencia o aplicación práctica en suelo patrio. Más allá de instituciones tan evidentes como pusiera ser la esclavitud, muchas otras de los derechos matrimonial y sucesorio, por ejemplo, no tenían cabida en el ordenamiento jurídico castellano. Por el contrario, en este teníamos la tan importante institución, ausente en Roma, del mayorazgo. Mora y Jaraba se nos muestra como un radical antirromanista, llegando a calificar a sus «contrarios» como «sectarios idólatras», y a verter afirmaciones, ciertamente desquiciadas, como que «las leyes de Justiniano trageron a Europa la peste de tantos pleytos, hallándose antes libre de este contagio». Sin embargo, contrariamente a todo lo dicho hasta el momento, Mora y Jaraba no dejaba de reconocer la utilidad del estudio del Derecho romano en el aprendizaje de la ciencia jurídica contemporánea. Según palabras propias, «no se debe deferir a las doctrinas de los autores prácticos, sin examinar primero los textos y leyes romanas en que se fundan», lo que resultaba totalmente desacorde respecto a tantas otras de sus afirmaciones al respecto.⁸ También es cierto que, más allá de su ejercicio en el foro, era evidente la ambición de este autor por entrar y desarrollar una carrera profesional en la alta Administración real, aspiración compartida con tantos otros juristas de la época, lo que, sin duda, exigía como

8. «Bueno es que se sepa y estudie la historia del Derecho antiguo, mas esto debe ser con método propio. Un historiador, siendo su thema principal referir los hechos antiguos, se contenta con registrarlos simplemente [...] con sobriedad, sin fingir cuestiones, ni excitar dudas, ni detenerse a satisfacer los reparos que aquellas resoluciones pudieran padecer [...] La primera regla que debe preponerse cualquier profesor en el estudio y uso del Derecho romano, es no dar fuerza ni carácter de Ley a sus textos. Ni aun subsidiariamente tiene fuerza de Ley el Derecho Romano en nuestra Monarquía [...] En el Derecho romano no se tratan, como probé arriba y saben todos, las materias más principales y frecuentes de la Jurisprudencia práctica»; MORA Y JARABA, P. de, *Los errores del Derecho civil y abusos de los jurisperitos*, Madrid, 1745, pp. 179, 212-224. Recuérdense que por auto acordado de 29 de mayo de 1741 (*Autos Acordados* de 1845, 2, 1, 3) Felipe V establecía la lectura del derecho real en las universidades en cátedras propias que debían establecerse. Puede verse un buen contexto del autor y su obra en PESET REIG, M., «Una propuesta de código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, 2 vols., València, Ediciones Universidad de València, 1974, II, pp. 217-260.

carta de presentación el buen conocimiento y reconocimiento en favor del Derecho más culto y original.

Medio siglo más tarde, en 1798, el por aquel entonces regente de la Real Audiencia de Valencia, Sancho de Llamas y Molina, publicaba el discurso de apertura del tribunal bajo el título *Sobre las obligaciones de los abogados*, donde defendía la necesaria formación del estudiante en el Derecho romano, así como, y esto es más relevante, su completa traslación al patrio. No obstante, guardaba completo silencio sobre la vigencia o, mejor dicho, sobre la falta de vigencia de aquel dentro de este, siendo que no había autor, por muy romanista que fuese, que cuestionase la preferente cuando no exclusiva vigencia y necesaria aplicación de este último. Sancho de Llamas decía que para cada caso había una «inmensa multitud de especies que comprende el derecho Civil, Real y Canónico», otorgando idéntico rango a los tres órdenes. Este supuesto desliz u olvido de Llamas resulta especialmente llamativo en tanto que argumentaba que era «indispensable que el Abogado reconozca las Leyes que gobiernan en el asunto», como si él no supiera que estas leyes solo podían ser las propias. Es más, si por una parte auspiciaba la necesaria búsqueda y consulta de los mejores autores prácticos, por otra llegaba a preferir a los tratadistas antes que a los que escribían sobre causas particulares, ensalzando decisiones, consejos y alegaciones, como si no fuese suficiente con las leyes reales. Opiniones todas ellas que muestran una gran reticencia a una prelación normativa que no dejaba lugar a dudas desde, al menos, el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348. La fecha tan avanzada en que se emiten las palabras de Llamas y Molina nos muestra que los ríos de tinta vertidos por tantos autores, en favor del derecho real, no terminaban de hacer mella en la vitalidad del clasicismo jurídico y jurisprudencial secular de base romanista.

Insistimos en la idea de que en Llamas y Molina no encontramos referencia alguna al extrañamiento en el ordenamiento jurídico español de las leyes romanas, máxime si nos atenemos a que, por su cargo judicial, Molina debía ser plenamente conocedor de la referida prelación de derechos y de la incuestionable preferencia del patrio.⁹

9. Desde la ley I del título XXVIII del Ordenamiento de Alcalá de 1348, el orden a seguir era, primeramente, la legislación real, a que la seguían los derechos municipi-

Pero su admiración hacia la romanística le compelió a rehuir de una cuestión –la exclusiva vigencia del derecho real– a la que no parece conceder la misma relevancia que otros autores.¹⁰ Es precisamente su carácter de operador jurídico práctico y resolutorio, en su cargo de magistrado, lo que, entendemos, explica una actitud aparentemente contradictoria, pero que no era tal, en tanto que era bien conocedor de los modos en que la dicha jerarquía normativa fijada por ley se modulaba o directamente se alteraba en los pleitos, para dar amplia cabida al Derecho común. La suya no es más que una posición plenamente coherente con lo que nos revela la práctica curial al uso, y muy especialmente la propia de los abogados, aunque también la de unos jueces que seguían teniendo como norte en su actuación las clásicas atribuciones que debían reunir como mejor garantía de justicia.¹¹ Llamas y Molina, que, como decimos, no escatimaba reparo alguno en estimular

pales y después las *Partidas*. En caso de ausencia de norma o duda en su interpretación, cabía acudir, en última instancia, a la consulta del monarca. En ningún caso, como vemos, se habla de vigencia alguna de leyes romanas, canónicas ni mucho menos de literatura jurídica. OTERO VALERA, A., «Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá en el cambio del ordenamiento medieval», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 451-547.

10. «No se me oculta que en el día algunos de los que hacen profesión de Le-trados miran con desprecio las Leyes del derecho Romano, como inconducentes para el conocimiento e inteligencia de nuestras Leyes Patrias, y aun se desdeñan consultar los expositores del derecho Real, pretendiendo que las Leyes nacionales no se han de estudiar sino en las mismas Leyes; pero los que así hablan, o viven engañados o intentan engañar a los incautos, creyendo que por este medio, ahorrándose del penoso trabajo del estudio, han de conseguir que los tengan por sabios y por genios superiores a los demás; porque bien mirado, ¡a qué estrecheces no quedaría reducido nuestro Derecho Real, sino se hiciese uso del Romano! [...] Por algunas alteraciones o correcciones que ha sufrido el Derecho romano en nuestras leyes en ciertos puntos, se han conservado sin comparación muchas más sin variación»; LLAMAS Y MOLINA, S. de, *Sobre las obligaciones de los abogados. Discurso que en la abertura del tribunal dixo el día 2 de enero de 1798 D. Sancho de Llamas y Molina, doctor en Sagrados Cánones de la Universidad de Alcalá, colegial en el mayor de San Ildefonso, del Consejo de S. M. y regente de la Real Audiencia de Valencia, Valencia, 1798*, pp. 23-25.

11. AZNAR I GARCIA, R., «La bondad del juez: la mejor garantía de justicia. Un discurso de Sancho de Llamas y Molina (1797)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 80, 2010, pp. 547-586, o «La integridad del magistrado y el buen orden político (Alocución de un regente a su Audiencia)», *Facultades y Grados*, 2 vols., València, Universitat de València, 2010, II, pp. 217-237.

entre los abogados la consulta de la doctrina, tanto de tratadistas como de comentaristas o decisionistas, tuvo que leer muchas alegaciones o informes jurídicos, y tuvo que resolver muchos pleitos en los que estos se hubieran presentado, por lo que creemos que, independientemente de su cualidad como teórico, es una voz especialmente autorizada en este trabajo como espejo de la realidad práctica más palpable.¹²

En paralelo a estos dos posicionamientos sobre los derechos romano y real, el de Mora y Jaraba y el de Llamas y Molina, sobra decir que, por muy diferentes y opuestos que pudieran parecer entre sí, los hemos expuestos de manera prototípica, en tanto que no vamos a encontrar ninguna de estas posiciones en estado puro. De hecho, como hemos expuesto, los autores prácticos compartían con los teóricos una profunda admiración hacia un Derecho, el romano, para el que siempre defendían, en mayor o menor medida, su estudio en las universidades. Y lo hacían, entre otras cosas, por considerarlo la materialización de los derechos natural y de gentes. En algo, pues, no estaban tan alejados ambos posicionamientos. Y en este sentido, la gran identificación de las normas reales con las romanas, lo que era una máxima prácticamente incuestionable,¹³ llevaba a que muchos juristas incurriesen en su ejercicio práctico en estas actitudes paradójicas, cuando no contradictorias.

En cualquier caso, para estos momentos se estaba vislumbrando un cambio como inevitable, que no quiere decir que necesariamente aplaudido por todos y en cada una de sus facetas. La codificación, primeramente ilustrada, se estaba abriendo paso por toda Europa y, por mucho que estuviese fracasando en España, llegaría el momento en

12. En defecto de la doctrina Molina aconsejaba recurrir «a los que han escrito Consejos y Alegaciones, leyéndolas con cautela y diligencia, por la desconfianza con que deben mirarse estos escritos: examinando las razones y fundamentos en que apoyan su dictamen, para abrazar no aquella opinión que sigan mayor número de Autores, sino la que se halla comprobada con más sólidos y eficaces fundamentos»; LLAMAS Y MOLINA, S. DE, *Sobre las obligaciones de los abogados...*, cit., pp. 23 y ss.

13. Y decimos «prácticamente» en tanto que algunos autores, como el mismo de Mora y Jaraba, llegaban a argumentar extensamente sobre la idea de que «en el Derecho Civil sobra la mayor parte de sus Leyes, y falta lo más precioso de la Jurisprudencia»; MORA Y JARABA, P. de, *Los errores del Derecho civil...*, cit., pp. 156 y ss. En el análisis de las instituciones jurídicas existentes en el Derecho romano y no en el real, caso de la esclavitud, o al contrario, caso del mayorazgo, Mora y Jaraba teje un discurso exageradamente parcial además de partidista.

que se alcanzaría. Y el porqué precisamente de este fracaso es una cuestión que indefectiblemente hay que tener en cuenta a la hora de abordar nuestro estudio, pero a la que, por su extraordinaria amplitud, nos remitimos a lo ya publicado por otros investigadores. Valga retener como idea fundamental el solo moderado alcance de toda propuesta codificadora ilustrada en España, que más que pretender una verdadera y decidida reestructuración del sistema normativo desde nuevas bases, se limitaba a poco más que a una actualización más o menos superficial o profunda. Era el peso de la tradición frente a los avances del racionalismo.¹⁴

III. JURISTAS VALENCIANOS

Para el mejor entendimiento de esta cuestión resulta muy esclarecedora la correspondencia cruzada entre los valencianos Gregorio Mayans y Siscar, José Nebot y Sanz, y José Berní y Catalá, además de que nos recuerda la relevancia del género epistolar en la comprensión del Derecho histórico.¹⁵ El porqué aportamos estos autores y no otros no es baladí. La doctrina valenciana es especialmente relevante en el siglo XVIII, destacadamente respecto al Derecho privado, y muy en concreto sobre algunas materias determinadas, como era el régimen económico matrimonial, los mayorazgos y el Derecho sucesorio en general. Tras la supresión del ordenamiento jurídico propio y su substitución por el castellano con el decreto de Nueva Planta de Felipe V de 29 de junio de 1707, los juristas valencianos se acercaron al Derecho castellano con

14. Sin ánimo de exhaustividad, pero sí remitiéndonos a la bibliografía contenida en este artículo, puede verse BERMEJO CASTRILLO, M., «Primeras luces de codificación. El Código como concepto y temprana memoria de su advenimiento en España», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 83, 2013, pp. 9-63.

15. Sobre las numerosas e interesantes consideraciones a todo este respecto de estos autores, puede verse *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario IV. Mayans y Nebot (1735-1742). Un jurista teórico y un práctico, Transcripción, notas y estudio preliminar de Mariano Peset*, Valencia, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, 1975, y *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario XXIII. Mayans y Nebot / 2 (1742-1744). Teórica humanista y práctica en el foro. Estudio preliminar de Mariano Peset. Transcripción y notas de Mariano Peset y otros*, València, Publicaciones del Ayuntamiento de Oliva, 2008.

una mirada sin duda novedosa, naciendo en ellos unos interrogantes tal vez superados por los autores castellanos, que ya debían moverse por una tradición y una inercia seculares, ajenas mayormente a la doctrina y práctica valencianas. Los conflictos originados con la discutida alegación y vigencia de uno u otro Derecho, el castellano y el valenciano, para según qué procesos judiciales, hacía que en multitud de pleitos estuviese presente el análisis comparativo entre ambos y desde sus orígenes romanos comunes.

Para Mayans y Síscar, el más teórico y romanista de estos tres autores y, sin duda, el de mayor erudición clásica, el Derecho romano, como compendio precisamente de los derechos natural y de gentes, obligaba a todo el género humano, aunque no se hubiera convertido en leyes nacionales. Pero también Mayans se debatía entre sus deleites romanistas y una nueva realidad jurídica patria, mucho más pragmática, que sabía que terminaría y debía terminar por imponerse. Su propuesta de reforma del ordenamiento jurídico pasaba por la codificación; sin embargo, la suya es una propuesta que podemos calificar de nulo arrojito, en tanto que la fórmula y propone, en nuestra opinión, desde un dudoso convencimiento personal, quién sabe si a modo de globo sonda. Era una propuesta, en cualquier caso, sin visos de materializarse. Es más, no resulta sencillo saber si Mayans era plenamente consciente de la difícil, cuando no imposible, compatibilidad en la ejecución de sus mismas proposiciones.

Por su parte, Nebot y Sanz, con inquietudes eminentemente forenses, es plenamente consciente de que, al margen de las disquisiciones teóricas, el éxito de un pleito pasaba, en cuanto a las alegaciones jurídicas, por su más tradicional configuración. Y hablamos de alegaciones jurídicas y no de otro trámite procesal, en tanto que la máxima del *iura novit curia* impedía a los letrados aportar al pleito disquisiciones jurídicas por escrito hasta este trámite final.¹⁶ Lo bien cierto es

16. Para toda esta cuestión pueden verse los diferentes estudios publicados en el tema monográfico dedicado a las alegaciones jurídicas de la revista *Ius Fugit, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Corona de Aragón*, volumen 17, años 2011-2014. Puede verse también TORMO CAMALLONGA, C., «El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII», *Saitabi*, 50, 2000, pp. 277-317; o «El abogado en el proceso y la argumentación en los informes jurídicos del XVIII», *Ius Fugit*, 10-11, 2001-2002, pp. 1079-1131.

que Nebot y Sanz, de manera semejante a cualquier otro jurista práctico, y en este punto también a Sancho de Llamas y Molina, argumentaba sobre las cuestiones debatidas en el pleito –por ejemplo, los requisitos que debía reunir el «miedo justo» para poder rescindir el contrato–, tal cual venían tratadas «por Derecho civil, canónico y por ley del Reyno», citando, en este orden, *Digesto, Decretales y Partidas*.¹⁷ O, en otra alegación sobre la diferencia entre fideicomiso familiar perpetuo o mayorazgo, Nebot y Sanz hablaba de las pruebas «propias de los derechos común y municipal, por los que se debe gobernar este pleyto»; como después hablaba de «los antiguos Fueros de este Reyno, por los que debe gobernar esta disposición», o que las disposiciones de los hombres debían entenderse literalmente «según la ley de Partida, municipal y común». ¹⁸ Son ejemplos, entre tantísimos otros, que muestran que Nebot y Sanz, como todos los abogados, eran profesionales acomodaticios que hablaban interesadamente para cada caso, de la vigencia y aplicación bien del Derecho propio bien del común, del real y del romano, alegando preceptos jurídicos de uno u otro, sin más criterio en su jerarquía que su servicio al mero interés privativo de su causa. Porque, como bien se refleja en las alegaciones jurídicas de finales del XVIII, la doctrina y los preceptos romanos no habían perdido ni un ápice de su vigor en la práctica procesal; al menos en sede de la audiencia.

Con parecidas posiciones pragmáticas a las de Nebot y Sanz, encontramos al también valenciano Tomás Fernández de Mesa. Como teórico-práctico que él decía ser, lo ubicamos ante idéntica dualidad

17. NEBOT Y SANZ, J., «Alegación por el Dor. Juan Cabrera, presbítero, en el pleito que en su nombre sigue Alexandro Ripoll, en grado de apelación, con Josepha María Cabrera, su hermana, mujer legítima de Carlos Benet, y en su nombre Joseph Royo, sobre la validez de la escritura que a favor del dicho Dr. Juan Cabrera otorgó su hermana», Valencia, 1738, Biblioteca Universitaria de València (en adelante, BUV), R-2/362, n.º 39, punto 20.

18. NEBOT Y SANZ, J., *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Alegación del derecho que assiste a Da. Antonio Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Gaspar Prima, Sanz y Cebrián, Doña Vicenta Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Juan Berenguer, y demás que hazen parte en el pleito que siguen contra Don Francisco Agulló y Don Antonio Cebrián, su curador, sobre si se debe juzgar por fideicomiso familiar o mayorazgo la disposición de Don Felipe Guitart*, València, 1748, BUV, R-2/360, n.º 22, pp. 5 o 7.

especulativa y pragmática.¹⁹ Fernández de Mesa, con aceptables conocimientos teóricos, adoptaba la tradicional actitud oportunista ante la administración de justicia, de ahí que el discurso jurídico de sus alegaciones en nada se diferenciara del de los abogados mayormente romanistas o sin inquietudes conocidas respecto a esta cuestión.²⁰

Frente a los autores anteriores, Josep Berní y Catalá se nos muestra como una simbiosis teórico-práctica más avanzada, lo que es decir más favorable a esta segunda orientación. Es, sin lugar a dudas, el más consecuentemente realista de los tres, defendiendo de manera vehemente y decidida el cambio de la realidad jurídica en pro del definitivo y absoluto imperio en los tribunales del Derecho patrio. Y utilizamos la expresión «realidad jurídica», porque somos de la opinión que no podemos hablar de la substitución de un Derecho por el otro, como si estuviésemos ante dos órdenes diferentes, ni mucho menos escindidos, separados o enfrentados, sino que más bien deberíamos hablar de una comunicación cruzada en la que, según el ámbito, primaban unas u otras normas, así como una metodología u otra, sin que ello conllevara la exclusión de la otra u otras. Podemos convenir en la escisión de escenarios o foros de discusión de cada Derecho, como escindidos también solían estar los individuos que escribían al respecto, en unos casos verdaderos jurisperitos y en otros más simples leguleyos; pero, aun así, no

19. FERNÁNDEZ DE MESSA, T. M., *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano en España, y de interpretar aquel por este y por el propio origen*. Dos tratados utilísimos, así para los teóricos como para los prácticos, València, 1747. Pueden verse sus dos alegaciones: *Jesús, María y Joseph, San Joaquín y San Felipe Neri. Alegación jurídica por D. Joaquín Villaraza, antes Descals, en el pleyto de propiedad con el conde de Faura sobre la successión del mayrazgo fundado por Don Lorenzo Villaraza*, BUV, *Varios* 240, n.º 26; y *Jesús, María, Joseph y San Felipe Neri. Alegación por don Pedro Císcar, marido de doña Rosa Císcar, en los autos con don Andrés Císcar, sobre la revocación y nulidad pretendida por éste del laudo dado por el doctor Bautista Monseny, y possession tomada en su virtud de ciertos bienes sitios en la ciudad de Denia*, BUV, *R-2/361*, n.º 9.

20. De Tomás Fernández de Mesa es la publicación que lleva por un título tan poco sospechoso de romanista como *Oración que exorta a estudiar las leyes de España por ellas mismas. En la oficina de Joseph Thomás Lucas*, Valencia, 1752. Aun así resulta curioso, cuando no jocoso, que el mismo autor opte por defender su posicionamiento contra la alegación de doctrina, apoyándose, precisamente, en los múltiples autores que, según él y según referenciaba, defendían su misma postura (p. 16).

había autor en estado puro. Y recordamos esto porque el mismo Berní y Catalá, tan resolutivo como era a propósito del valor de la doctrina y el Derecho romano en relación con las leyes reales, reconocía que, a pesar de todo, «si alguna vez he temido a hablar con menos acierto, es esta». ²¹ Porque Berní y Catalá –insistimos en que era el más realista de los autores que estamos viendo–, también era muy consciente de que el interés de todo abogado pasaba, como no podía ser de otra manera, por su éxito en el pleito, lo que le exigía, como hemos visto en Nebot y Sanz, hacer acopio de ese *mos italicus* procesal tan tardío y supuestamente desfasado como, a pesar de todo, rentable. Está claro que la *rentabilidad* era una de las claves de todo este asunto. ²²

IV. LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA O SU RELEVANCIA AL EFECTO

Todo lo visto hasta ahora pasa por conocer la formación en Derecho de los estudiantes universitarios, de los futuros juristas y operadores jurídicos. Si nos atenemos a la simple letra de las constituciones de cada estudio general hispánico, los escolares de Leyes y Cánones se instruían desde el mismo nacimiento de las universidades hasta las reformas ilustradas de Carlos III, exclusivamente en los derechos romano y canónico, con una ausencia absoluta del Derecho patrio, de las leyes reales y de lo que hoy entenderíamos como Derecho eclesiástico, en tanto que legislación real sobre la Iglesia. De esta consideración se ha derivado la creencia, ya clásica y en nuestra opinión excesivamente manoseada, de la falta de preparación para el foro de los egresados universitarios. Porque son dos las objeciones que hacemos a este viejo dictamen.

21. BERNÍ Y CATALÁ, J., *El abogado instruido en la práctica civil de España*, Valencia, 1763, p. 28. Algo similar podemos ver en otros autores; DE CASTRO, J. F., *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, 3 vols., Madrid, 1765-1770, I, p. 141.

22. Véase de Berní, por ejemplo, la alegación *Jesús, María, Joseph, San Joaquín y San Felipe Neri. Alegación jurídica por D. Joaquín Villaraza, antes Descals, en el pleito de propiedad con el Conde de Faura, sobre la successión del mayorazgo fundado por Don Lorenzo Villaraza*, València, 1748; *BUV, Var. 240/26*.

Por una parte, ya son numerosas las investigaciones que desde hace años vienen demostrando que, al margen de lo dispuesto en las constituciones y de lo que en tantas ocasiones se ha señalado, los estudiantes también se formaban en el *ius proprium*, cosa que se hacía en lengua vulgar y no solo a través de meras concordancias, puntuales, con el Derecho romano, sino también a través de su estudio directo. Como bien exponen Mariano Peset y Paz Alonso, tres fueron las vías a través de las cuales, y a lo largo del siglo XVIII, se introdujo o reintrodujo progresivamente en las aulas el aprendizaje de las leyes propias para terminar con el exclusivismo romanista: las referidas concordancias, el estudio directo de la legislación y los manuales.²³ Además, el estudio del *ius singulare* no solo era propio del grado menor, el de bachiller, que era el que habilitaba para el ejercicio profesional, sino también del de licencia, que tenía unos enfoques más eruditos. Y es importante recordar que el estudio del Derecho propio se incrementaba más si cabe durante la pasantía, y ya no la propiamente universitaria como la llevada a cabo en el despacho de un abogado recibido y en ejercicio, pres-tándose en este último caso una especial atención a las prácticas forenses.²⁴ De las tres anteriores vías, la de los manuales, que fue la

23. PESET, M. Y ALONSO ROMERO, M.^a P., «Las Facultades de Leyes», *Historia de la Universidad de Salamanca. III. 1. Saberes y confluencias*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 21-73. GREGORIO MAYANS Y SISCAR. *Epistolario IV...*, cit., p. XLIX. ALONSO ROMERO, M.^a P. «Del “amor” a las leyes patrias y su “verdadera inteligencia”: a propósito del trato con el Derecho regio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67 (I), 1977, pp. 529-549, pp. 537 y ss., y «*Theoria y praxis* en la enseñanza del Derecho: tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 61, 1991, pp. 451-548. Ciertos que no todas las universidades tenían porqué seguir el mismo patrón docente. Si los estudios de estos autores se basan, fundamentalmente, en la de Salamanca, los que se han hecho para la de Valladolid, por ejemplo, reflejan, hasta lo que se sabe, una absoluta disociación entre los derechos teórico y práctico, lo que tampoco quiere decir que no se estudiara el real. Así, en esta ciudad se aprendía fundamentalmente en gimnasios universitarios y academias de jurisprudencia –además de en la pasantía–. TORREMOCHA HERNÁNDEZ, M., «La Formación de los Letrados en el Antiguo Régimen», *Arqueologia do Estado. Ias. Jornadas sobre formas de organização e exercicio dos poderes na Europa do Sul, séc. XVIII-XVIII*, Lisboa, História & Crítica, 1988, pp. 509-536.

24. Para la pasantía universitaria puede verse BECK VARELA, L., *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; para la

más tardía, será la que terminará por generalizarse y consolidarse a lo largo de los numerosos planes de estudios que se fueron aprobando durante el s. XIX; unos planes en los que primaba una metodología netamente positivista y memorística, muy alejada de los seculares esquemas escolásticos.²⁵

Punto de partida legislativo a nuestros efectos podría ser la carta orden del Consejo de Castilla de 29 de noviembre de 1713, dirigida a las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares, en la que, en relación con los planes de estudios de las facultades de Leyes, decía que «se enquentran los libros y papeles más llenos de zitas de las leyes civiles que de las de nuestra propia patria». Sabemos que así era y con una gran diferencia, porque, como igualmente daba a entender la carta orden, «los catedráticos y profesores pasan la flor de la vida en el estudio del derecho de los romanos, mirando nuestras patrias leyes con desdén y aún con desprecio, capacitándose así de salir de las Universidades y Colegios a regentar empleos de jueces de las Chancillerías, Audiencias y Tribunales donde precisamente deben sentenciar las leyes del Reino con cierta noticia y conocimiento dellas». ²⁶ Quedaba claro

privada, ALONSO ROMERO, M.^a P. Y GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, Publicaciones Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

25. Sobre estos planes puede verse, en una secuencia mayormente temporal, TORMO CAMALLONGA, C., «Vigencia y aplicación del plan Blasco en Valencia», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 2, 1999, pp. 185-216; «L'advocacia durant la vigencia del pla d'estudis de 1824», *Aulas y Saberes*, València, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2 vols., 2003, II, pp. 511-520; «Implantación de los estudios de Jurisprudencia en el Arreglo Provisional de 1836: el caso de la Universidad de Valencia», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 6, 2003, pp. 221-254; «Los estudios y los estudiantes de Jurisprudencia y Teología tras la unificación de las facultades de Leyes y Cánones», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 8, 2005, pp. 359-437. Para la segunda mitad del siglo XIX véase BLASCO GIL, Y., *La Facultad de Derecho de Valencia durante la Restauración (1875-1900)*, València, Servei de Publicacions de la Universitat de València, 2000.

26. ALONSO ROMERO, M.^a P. «Del "amor" a las leyes patrias...», *cit.*, p. 531, y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, R. M.^a, «Abogados de la Real Chancillería y Catedráticos en Valladolid. Permanencias y cambios en las élites de poder (S. XVIII)», *Investigaciones Históricas: Época moderna y contemporánea*, 20, 2000, pp. 11-38, p. 17. Fueron repetidas las manifestaciones del monarca en este sentido. En 1718 Felipe V recordó que

que en España el Derecho real no era capaz por sí mismo de generar su propia y sólida jurisprudencia, si no era a través y como individuales materializaciones del romano. El simple conocimiento del Derecho propio para su consiguiente aplicación –que es lo que se pretendía con las reformas universitarias y pretendían tantos autores–, no favorecía la doctrina de unos doctores que solo tenían ojos para el *ius commune*, culto y erudito por excelencia y compartido por todos los países civilizados.²⁷ La crítica a la ausencia y deficiencia en el aprendizaje del Derecho real contenida en la carta orden de 1713 respondía, además de al interés directo del propio monarca, a la posición de unos individuos –el fiscal Macanaz a la cabeza– que procedían en su mayor parte de los sectores profesionales directamente implicados en el proceso judicial. Tal vez entendían los estudios universitarios como un mero proceso instructivo para su oficio, circunscribiendo el debate jurídico a los estrechos márgenes de una destreza forense estrictamente práctica y no tanto científica; el Derecho como simple técnica de mediación de intereses y de resolución de conflictos.²⁸

Y es aquí donde entra en juego nuestra segunda objeción a la máxima de la falta de preparación de los egresados universitarios para el ejercicio de las profesiones jurídicas, en tanto que creemos que entender

debían aplicarse en España sus leyes y recopilaciones, pues el Derecho romano y canónico dominaban la escena jurídica. Intentó establecer cátedras de Derecho Real o Patrio, a imitación de su abuelo Luis XIV. Las tres universidades mayores, Salamanca, Valladolid y Alcalá le contestaron que ya lo estudiaban, unido con el Derecho común, y que si la Corona las quería que las dotase. Hubo que esperar al reinado de Carlos III para que apareciesen las cátedras de Derecho Español o Patrio en las facultades de leyes. Esta vez no hubo dificultad, tras la expulsión de los jesuitas y la reforma de los colegios mayores. PESET REIG, M., «Derecho romano y Derecho real en las universidades...», *cit.*, «Derecho común y Derecho real», en M. PESET REIG (coord.), *Historia de la Universidad de Valencia*, 3 vols., Valencia, Publicacions de la Universitat de València, 2000, II, pp. 251-272; o «Formación y saberes de los abogados en los siglos XVIII y XIX», en S. MUÑOZ MACHADO (director), *Historia de la abogacía española*, 2 vols., Madrid, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, II, pp. 1131-1165.

27. ALONSO ROMERO, M.^a P. «Del ‘amor’ a las leyes patrias...», pp. 533 y ss.

28. En realidad, la universidad, en sus orígenes más remotos, no era más que un centro de formación de técnicos, en nuestro caso de jurisperitos. Con el tiempo, sin embargo, se fue abriendo paso una faceta mayormente especulativa y no tan directamente pragmática.

la conformación de los estudios universitarios pasa por conocer, en gran medida, la realidad de la práctica forense. Y para ello podemos permitírnos la licencia de establecer un paralelismo con las situaciones universitarias y procesales actuales. Aunque pueda ser una mirada poco ortodoxa para lo que se entiende que debe ser la investigación iushistórica, creemos que resulta muy elocuente y útil en nuestro análisis. En este sentido, son muchas las voces que en la actualidad repiten hasta la saciedad que los planes de estudios de nuestras facultades de Derecho no preparan para la vida del egresado en el foro, dado, como siempre se dice, el gran desfase entre la teoría universitaria y la práctica real en su acepción forense más material o pragmática. Pues bien, creemos que se trata del mismo planteamiento de tantos autores del XVIII, y que nunca ha dejado de estar presente en el mundo académico-profesional desde entonces. Y entendemos que la explicación a este supuesto desfase no puede ser muy diferente en cada momento, debiendo pasar por la identificación del objetivo que se pretende conseguir con los estudios universitarios: si la formación de lo que entendemos por juristas en el sentido amplio y científico del término, o la de simples leguleyos, por no llamarles burócratas u operarios judiciales. Además, por otra parte, tampoco podemos restringir esta discusión al estricto mundo de la abogacía.²⁹

En cualquier caso, centrándonos en el oficio de la abogacía, que, ciertamente, es el principal destinatario de toda esta literatura jurídico-práctica dieciochesca que estamos consultando, podemos apuntar e incluso afirmar, que no es que el espacio universitario no preparara para la práctica judicial, sino que era precisamente esta práctica la que continuaba demandando una formación universitaria tal cual estaba formulada. Para que tuviera sentido cambiar los planes de estudios debía cambiar la manera de interactuar de los operadores jurídicos en el foro. Por mucho que se insistiera en el aprendizaje de las leyes nacionales, mientras la legislación no se actualizase y, especialmente es esto lo que queremos destacar, mientras los magistrados no cambiasen su proceder en los pleitos, obligados por la ley, la formación jurídica de los estudiantes y la ciencia jurídica en sí perfectamente podían seguir

29. SOLLA, M.^a J. «Justicia bajo Administración (1834-1868)», *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Centro de documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 291-324.

por idénticos derroteros, dado que los abogados se veían obligados a transitar por los caminos de siempre, los que marcaba una justicia que en nada había ni estaba cambiando.³⁰ No se trataba de cambiar la Universidad para que cambiara la administración de justicia, sino precisamente, al contrario.

V. EN LOS TRIBUNALES

V.1. Las alegaciones jurídicas

Partimos del presupuesto con el que hemos terminado el epígrafe anterior: una administración de justicia anclada en unos usos curiales inamovibles que, según entendían los prácticos del XVIII, era necesario no tanto actualizar –el problema no era el Derecho procesal en sí– como depurar y mejorar en la aplicación del Derecho sustantivo que se discutía en los procesos. Y ello pasaba, ante todo, por respetar al extremo la jerarquía normativa establecida desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348: Derecho real, Derecho municipal, *Partidas* y súplica al monarca, con absoluta proscripción de la doctrina, punto este último en el que tanto insistían las leyes cuanto los operadores jurídicos incumplían.³¹ Porque es en el proceso judicial en donde la dialéctica teoría-práctica se presenta en su más depurada manifestación.

Dijimos en su momento que, cuando hablamos de la relación entre los derechos romano y patrio, la mayoría de los estudiosos actuales lo hacen desde un punto de vista esencialmente legal y académico, pero no tanto desde la perspectiva judicial.³² Se ha investigado sobre la secuencia de la legislación, sobre la docencia y el aprendizaje en las universidades,

30. TORMO CAMALLONGA, C., «Entre pedagogía y evasivas. A propósito de la motivación civil en la Ley de Enjuiciamiento de 1855», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 84, 2014, pp. 377-408.

31. JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., «El Ordenamiento de Leyes que Don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho», Madrid, 1754.

32. Como bien critica Mariano Peset, «en general, en España los historiadores juristas no atienden en grado suficiente a la doctrina de los autores –tampoco la jurisprudencia de los jueces–: limitados por el positivismo se centran en las leyes y des-

también respecto a lo que escribían los doctores sobre esta cuestión, pero no se ha hablado tanto sobre el modo de proceder de los abogados ante los juzgados y tribunales, sobre el Derecho que alegaban y en el que respaldaban sus posicionamientos, como no se ha hablado tanto sobre el Derecho que estos mismos jueces y magistrados decididamente tenían en cuenta a la hora de fallar el pleito. Este análisis procesal resulta, sin duda, mucho más complejo y menos agradecido para las divagaciones a las que tan aficionados somos en tantas ocasiones, dado que el secreto al que quedaban obligados los magistrados a la hora de votar la sentencia nos impide conocer la norma jurídica que, finalmente, terminaba por decidir el pleito, con exclusión del resto. De manera que en este estudio nos centramos en la presencia o ausencia del Derecho romano, del real, y de la doctrina en el quehacer de los letrados.³³

Sabemos que en los pleitos menores las partes, salvo en contadísimas ocasiones, no alegaban explícitamente en Derecho, no citaban disposición concreta ninguna; es en estos pleitos en donde mayor sentido cobraba la máxima de que «el derecho es la justicia de los hechos». Es decir, más allá del orden procesal básico, no son las disquisiciones dogmáticas, sino las fácticas, los resultados probatorios y el mismo convencimiento interno del juez, lo que condicionaba las resoluciones judiciales.³⁴ Es aquí en donde vemos que el Derecho es, sin más, esa técnica, destreza y maestría de resolución de conflictos a la que ya nos hemos referido en alguna ocasión. Pero no era en estos pleitos en los que estaban pensando los autores teórico-prácticos de que hablamos

cuidan otras fuentes del derecho»; véase en *Gregorio Mayans y Siscar. Epistolario XXIII...*, *cit.*, p. VII.

33. Aunque un análisis meramente cuantitativo de las citas no puede resultar concluyente en ningún sentido, no deja de indicarnos por dónde iban las preferencias de los abogados. En algunos estudios que tengo hechos a estos efectos para pleitos de Derecho privado, sobre cuestiones sucesorias en concreto, las citas de leyes romanas se aproximan al 15%, quedando las de Derecho patrio en poco más que el 4%, con una clara hegemonía de las citas doctrinales, con casi el 80%; TORMO CAMALLONGA, C., «El Derecho en las alegaciones jurídicas...», *cit.*, o «El abogado en el proceso y la argumentación...», *cit.*

34. TORMO CAMALLONGA, C., «El derecho es la justicia de los hechos; a propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81, 2011, pp. 873-920; «Un modelo en transición: práctica forense y legalismo decimonónico», *Revista de Derecho UNED*, 8 2011, pp. 477-512.

aquí, sino en los mayores, en los más relevantes, los que se resolvían en las más altas instancias judiciales, en las audiencias reales. Paradigmáticos son aquellos en los que se presentaban alegaciones jurídicas, en las que los letrados ya podían ilustrar por escrito sus razonamientos jurídicos —ahora sí, pero no antes—, y donde podían alardear de su destreza ante la magistratura y ante sus propios clientes, y de bien seguro ganarse futuros.³⁵ Es, en cierto modo, una ostentación. Y es en estos escritos, antes que en ningún otro, donde mejor se evidencia la dialéctica Derecho común *versus* Derecho propio. Es en ellos donde mejor visualizamos la observancia o el incumplimiento de la normativa real sobre la prelación de derechos, porque es aquí en donde, más que en ningún otro lugar, se fuerza el significado de las palabras, de los hechos y del supuesto sentido de cada norma, de cualquier procedencia, todo ello con el único objetivo de conseguir el éxito en la defensa de la causa. Nada que nos pueda sorprender.

Vaya por delante que, dejando al margen la parca regulación legal sobre estos informes en derecho o alegaciones jurídicas, cualquier estudio que al respecto hagamos no puede ser más que parcial; la imposibilidad de consultar más allá de una simple muestra de estos escritos dificulta el concluir de manera definitiva. A lo más que podemos llegar es a hablar de pautas más o menos generales, y en las que también habrá que tener en cuenta el estilo de la audiencia en concreto, en cada momento, y todo ello con las contradicciones doctrinales a que hacemos referencia.

No pueden ser más ilustrativas las palabras del referido, furibundamente antirromanista, Pablo de Mora y Jaraba. Entre otras muchas diatribas decía que «los mismos autores que conocen y defienden que el Derecho civil no tiene entre nosotros más representación que las opiniones fundadas en razón, en llegando a una cuestión práctica

35. Estrictamente hablando, las alegaciones jurídicas no forman parte del pleito, por lo que las prohibiciones de aportar y discutir disposiciones jurídicas no les debían afectar, en principio. Sin embargo, la legislación sí establecía un máximo en su extensión, tanto en la primera presentación como en la segunda, aunque tampoco se cumplían estos límites. De nuevo, nos encontramos ante la idea ya expuesta de la relativa aplicación del Derecho en el Antiguo Régimen. TORMO CAMALLONGA, C., «El fin del *ius commune*: las alegaciones jurídicas en el juicio civil de la primera mitad del XIX», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 71, 2001, pp. 473-500.

solo aspiran a encontrar un texto civil para declararse abiertamente en su defensa», para continuar diciendo «¿puede ser más notoria la inconsecuencia de nuestros autores prácticos?». Así era. No hace falta más que echar una ojeada a cualquier alegación jurídica de estos momentos, para terminar concluyendo, como el mismo Mora y Jaraba decía amargamente, que en estos escritos «se citan las leyes romanas con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio». ³⁶ No obstante, esta amargura realista o patriótica no era vista como tal por todos sus congéneres. El abogado Nebot y Sanz, práctico y pragmático por igual, corregía al ya de por sí gran romanista Gregorio Mayans, en cuanto al recurso a la filosofía moral y a las leyes romanas para interpretar las leyes reales: «Vmd. se equivoca en lo que piensa que estas questiones no aprovechan nada para la práctica. No aprovechan para valerse de ellas, pero aprovechan i mucho para quando algunos theoriquillos en los papeles de derecho se valen de semejantes argumentos y textos». ³⁷ Nebot y Sanz hablaba desde su sólida y reconocida trayectoria letrada.

Es obvio que la argumentación jurídica del abogado discurría en estos pleitos por los cauces del clasicismo romanista –compilación de Justiniano y doctrina–, con el objetivo de convencer al juez de que la

36. MORA Y JARABA, P. de, *Los errores del Derecho civil...*, cit., pp. 219 y ss.

37. *Gregorio Mayans y Sisear. Epistolario XXIII...*, cit., p. 216. Las alegaciones jurídicas de Nebot y Sanz son las propias del momento, o sea, de todo letrado que quisiera tener éxito ante los tribunales. Véanse, por ejemplo, *Alegación por el Dor. Juan Cabrera, presbítero, en el pleito que en su nombre sigue Alexandro Ripoll, en grado de apelación, con Josepha María Cabrera, su hermana, mujer legítima de Carlos Benet, y en su nombre Joseph Royo, sobre la validez de la escritura que a favor del dicho Dr. Juan Cabrera otorgó su hermana*, València, 1738, BUV, R-2/362, n.º 39; *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Apuntamiento legal del derecho que assiste a Rosendo Sanchis, ciudadano, en la causa que este sigue en grado de apelación en esta Real Audiencia, contra María Inés Franch, como tutora y curadora de Domingo Thadeo Sánchez*, València, 1744, BUV, R-2/361, n.º 33; *Jesús, María, Joseph y S. Francisco de Paula. Alegación del derecho que assiste a Da. Antonio Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Gaspar Prima, Sanz y Cebrián, Doña Vicenta Agulló y Cebrián, legítima consorte de D. Juan Berenguer, y demás que hazen parte en el pleito que siguen contra Don Francisco Agulló y Don Antonio Cebrián, su curador, sobre si se debe juzgar por fideicomiso familiar o mayorazgo la disposición de Don Felipe Guitart*, València, 1748, BUV, R-2/360, n.º 22.

solución que se proponía era la que venía avalada por la mayor parte de las opiniones; es el probabilismo del *mos italicus*. Y aunque semejante acaparamiento solía acompañarse de algunas citas del Derecho real y de autores nacionales –nunca abundantes–, desconocemos hasta qué punto estas eran relevantes. Si el *ius commune* y los *iura propria* iban de la mano a partir del bajomedievo, fue precisamente gracias a la doctrina de unos juristas que, desde los textos del Derecho romano clásico construían las legislaciones que conforman los reinos y los posteriores estados modernos y contemporáneos.

Tal vez los autores que con mayor ahínco criticaban la presencia de disposiciones romanas, como Berní y Catalá, no las alegaban con tanta frecuencia, pero no renunciaban a hacerlo, como tampoco renunciaban a la doctrina, esencialmente romanista, aunque fuera a modo de apoyo. Es como un subterfugio para legitimar el Derecho real a través de su identificación con el romano, además de intentar justificar los honorarios ante los clientes y de obtener reconocimiento entre sus iguales. Como bien diría José María Manresa Navarro, a mediados del XIX, «más bien que la obra del abogado, es la obra del jurisconsulto».³⁸

Lo que tal vez no sabían la mayoría de autores antirromanistas –eso sí, con la advertencia de los más despiertos– es que ellos mismos estaban iniciando un proceso de autoanulación en el que terminarían por cavarse su propia tumba.³⁹ Pero no corramos tanto, porque en el siglo XVIII seguimos en un Derecho de casos y en una práctica también casuística, en donde la analogía y el criterio de la probabilidad se tienen como máximas a respetar, y a tales efectos la doctrina se imponía con toda lógica y sentido.

Detengámonos de nuevo, aunque sea brevemente, en la actitud del referido Berní y Catalá, por ser, según creemos, una de las más lúcidas en el juego del *ser* y el *deber ser* de la práctica forense. A pesar de su marcadísimo realismo, para este autor también era valioso contar con la doctrina, con el relevante matiz restrictivo de que lo era

38. MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a, *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, 6 vols., Madrid, 1856-69, IV, p. 142.

39. PÉREZ COLLADOS, J. M.^a, «El concepto de jurista y su deconstrucción durante el proceso histórico de formación del Estado», *e-SLegal History Review*, 18, 2014, pp. 1-24

solo para interpretar el Derecho romano, que no el real, ni el substantivo ni el propiamente forense. Dos motivos aportaba para despreciar la doctrina nacional; porque seguir la interpretación de estos autores suponía cuestionar la única soberanía existente, y porque las normas reales, claras como deben ser o se presupone que son, no deben necesitarla y para ello estaba, en su caso, el monarca. Pero, a pesar de todo, el de Berní es un posicionamiento a modo de declaración de intenciones. Si las leyes reales eran tan «recogidas y puestas en orden» como incansablemente defendía, no había ningún motivo para que él mismo se preocupara tanto de comentarlas e incluso de depurarlas. Y si él mismo reconocía que las leyes posteriores podían modificar las anteriores, caso de las mismas *Partidas*, estas habría que entenderlas según su adaptación a los nuevos tiempos, cosa que no podía venir sino de la mano de los autores, de esa doctrina que tanto detestaba, pero de la que él usaba y formaba parte. Es más, el mismo Berní hacía acopio de doctrina en las alegaciones jurídicas que presentaba ante los tribunales, tanto de comentaristas de la legislación romana como de la real, eso sí y debemos destacarlo, en mucha menor medida con que lo hacían el resto de abogados.

Por otra parte, Berní reconocía la fuerza del Derecho común cuando iba junto con el real o este era ausente o insuficiente para la materia debatida en cuestión, lo que venía a ser todo un reconocimiento al valor de las leyes romanas y de la doctrina como Derecho alegable y aplicable, por mucho que fuera en su carácter de subsidiario. Obviamente, esto era así en el caso de que los abogados entendiesen que la causa que defendían se encontraba en esta situación, sintiéndose entonces legitimados para alegar doctrina y legislación romana; como podemos comprender, este era el caso generalizado. Es más, y esto es relevante, para Berní y Catalá, y centrándose en el caso de los mayrazgos, existían muchas maneras de formarse en su doctrina, teniendo como más sólidas las obras de «Torre, Molina, Mieres, Roxas, Águila y Paz», como también podía ser recomendable acudir a «papeles en derecho de aquellos abogados de más fama». Esto último era todo un reconocimiento, estrictamente pragmático si se quiere, a la práctica procesal que tanto criticaba. Ni qué decir tiene el título de su propia obra, referente en este apartado, *Instituta civil y real, en donde con la mayor brevedad se explican los §§ de Justiniano, y en su seguida los*

casos prácticos, según leyes reales de España, donde antepone el Derecho teórico al práctico.⁴⁰

A modo de descargo en favor de todos estos «incoherentes» autores, se podría interpretar que el auto acordado 2, 1, 1, de 4 de diciembre de 1713, venía a legitimar esta práctica, desde el momento en que primaba los autores patrios sobre los foráneos.⁴¹ Es decir, los autores del momento perfectamente podían interpretar que este auto limitaba, pero no prohibía, ni los unos ni los otros. Y con esta disposición, con la misma ambigüedad de siempre, se mantenía abierta la puerta a la interpretación del Derecho real desde los cánones romanistas. El mismo Berní defendía *Partidas* como Derecho aplicable en primer término, y no subsidiariamente como fijaba el Ordenamiento de Alcalá, en tanto que, a su entender, el referido auto de 1713 las incluía en el mismo nivel que el resto de legislación real.⁴²

Queda claro que hasta principios del siglo XIX los abogados muestran una gran querencia por las leyes romanas y su doctrina, por mucho que supieran que solo podían tenerse presente, en su caso, ante la falta de leyes del reino, con carácter subsidiario o incluso alegar. Pero también es cierto que con el nuevo siglo empezamos a observar un cambio en el discurso jurídico, como cierto es que asistimos a la aprobación de la nueva legislación liberal. Es un cambio que nos permitirá decir que, poco a poco, iremos asistiendo al fin del *mos italicus*: las citas romanas y doctrinales irán reduciéndose a las estrictamente oportunas, mientras que lo que más abundará ahora será, además de las recientes leyes reales y constitucionales, *Novísima Recopilación* y *Partidas*. En verdad, quisiéramos decir que se trata de un cambio concluyente, pero debemos reconocer que lo tenemos que reducir a la mera observación extraída de las alegaciones jurídicas consultadas, entre las cientos que puedan existir. Es un

40. BERNÍ Y CATALÁ, J., *Instituta civil y real, en donde con la mayor brevedad se explican los §§ de Justiniano, y en su seguida los casos prácticos, según leyes reales de España, muy útil, y provechoso a los que desean el bien común*, València, tercera impresión, 1775. Para las citas referidas véase p. 163.

41. *Nueva Recopilación* 2,1,1; véase en *Los códigos españoles, concordados y anotados*, t. XII, Madrid, 1851, p. 23.

42. TORMO CAMALLONGA, C., «Berní y Catalá, el Derecho común y las Universidades», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 3, 2000, pp. 279-316.

cambio que podría obedecer a la preocupación de los legisladores liberales desde las Cortes de Cádiz porque la ley fuera expresa, clara y terminante, así como a esta misma legislación que se va aprobando en cascada desde 1810.⁴³ Por otra parte, si bien conocemos la práctica forense anterior y la posterior a este cambio, resulta muy difícil determinar el momento en que esta transformación tiene lugar de manera más o menos decisiva. Sería interesante contar con alegaciones que nos mostrasen una práctica que pudiéramos llamar «transicional», si es que se dio, para ver en qué medida se va materializando, de manera más o menos lenta o rápida, el nuevo estilo forense.

V.2. *lura novit curia* e inmotivación de la sentencia

La motivación de las resoluciones judiciales, o más bien su ausencia, es una cuestión cardinal en este estudio. Sin embargo, sorprende que los autores del s. XVIII apenas la trataran, como tampoco la historiografía jurídica posterior le ha dado la relevancia que creemos merece. Es cierto que el ya visto Mora y Jaraba sí propuso que las sentencias

43. *Adición por Luis Insa, escribano residente en la villa de Lorca, a la alegación en Derecho escrita para el juicio de vista por parte de Josef Insa, en el pleyto que contra este siguieron los conventos [...] sobre declaración de nulidad del testamento que otorgó mosén Christóval Insa..., Valencia, 1803, Archivo del Ilustre Colegio de Abogados de València (en adelante, AICAV), 1-2755 (2). Defensa legal por la validez del testamento de doña Teresa Soler, natural de la Villa de Elche, contra la nulidad y sucesión abintestato que pretende D. Gaspar María Soler. Valencia, en la imprenta de José Esteban, 1811, AICAV, I-2759, n.º 8. Caso extremo, que no creemos representativo pero sí muestra inequívoca del cambio de paradigma –solo se alegan Leyes de Toro y Novísima Recopilación–, es la alegación *Razones con que don Rafael de Pinedo excluye la instancia de don Antonio Saavedra, sobre que se declare nulo el contrato de venta de la casa plaza de Santo Domingo y tres anexas, otorgada por Don Miguel Saavedra con escritura de 9 de mayo de 1798, Valencia, en la imprenta de Oliveres, antes de Estevan, 1820, AICAV, I-2766, n.º 8. El hecho de que todas las alegaciones consultadas en este trabajo fueran presentadas ante la misma Audiencia, la de València, siguiendo un mismo estilo curial, nos permite sortear la objeción de que posibles diferencias pudieran responder a diferentes usos procesales de cada tribunal. Sobre los caracteres de la legislación puede verse MARTÍNEZ PÉREZ, F., «‘Ley expresa, clara y terminante’. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español», *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, 3, junio 2002, pp. 1-22.**

fueran motivadas, pero este no fue más que un caso aislado, como tampoco sabemos hasta qué punto era consciente de la relevancia que esta cuestión podría tener para terminar con el romanismo y ese *mos italicus* tardío que tanto detestaba. Y decimos esto en tanto que el mismo Jaraba también defendía que el juez debía inclinarse por la opinión más probable, lo que, por el principio del *iura novit curia*, suponía una tolerancia, muy generosa. Llegado el caso, ante la alegación de opiniones doctorales y leyes múltiples y de diversa procedencia.⁴⁴ En cualquier caso, nos ha parecido irrefutable en este punto Fernández de Mesa, cuando le aconseja al monarca «Mandad segunda vez, que se enseñen las Leyes de España en las Escuelas; que las registren los Letrados, y las usen, y obedezcan los Juezes», porque mucho se hablaba y cuestionaba a estudiantes y abogados, pero poca cosa se decía de jueces y magistrados, cargos, claro está, de designación real.⁴⁵

Con la casi completa unificación jurídica de la monarquía hispánica a raíz de los decretos de Nueva Planta, quedó proscrita en todos los territorios cualquier argumentación y razonamiento, fáctico y jurídico, de las resoluciones judiciales de los juzgados y tribunales reales. Con mayor o menor celeridad, desaparecía la práctica propia de los territorios de la Corona de Aragón, en donde, a diferencia de Castilla, sí se habían motivado las sentencias hasta entonces. De la misma manera que para toda decisión interlocutoria, la sentencia definitiva quedará en Valencia restringida a la identificación del pleito y de sus partes, a lo que se añadía el oportuno y siempre lacónico fallo.⁴⁶ Siendo este un tema tan vasto, tendremos que elegir y partir de alguna consideración concreta que resulte especialmente significativa a nuestros efectos. Y creemos que podría ser el nombramiento de la magistratura en el Antiguo Régimen, en la medida en que no dependía

44. PESET REIG, M., «Una propuesta de código romano-hispano...», *cit.*, p. 251.

45. FERNÁNDEZ DE MESA, T. *Oración que exorta a estudiar las leyes de España por ellas mismas. En la oficina de Joseph Thomás Lucas*, València, 1792, p. 17.

46. TORMO CAMALLONGA, C., «Una aproximación als ‘visso’ i als ‘atento’ en la sentència civil de la València foral», *Los valencianos y el legado foral: historia, sociedad, derecho*, 2018, pp. 53-70; «L’Audiència de Barcelona i la pràctica jurídica catalana arran de la Nova Planta», en Dantí i Riu, Gil Pujol i Mauro (coords), *Catalunya entre la guerra y la pau, 1713-1813*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 866-887.

tanto de su capacitación demostrada en pruebas objetivas –todavía tardaría mucho en llegar el sistema de oposiciones estatales–, como de su fidelidad al monarca o, incluso durante gran parte del s. XIX, del Gobierno liberal de turno.⁴⁷ Dicho de otra manera, la calidad de la magistratura, al menos en sus escalafones inferiores, no podía ser su nota más destacada desde una perspectiva estrictamente juricodotécnica y menos todavía científica. Cierto es que todas las justicias contaban con asesores graduados y sus dictámenes les dejaban expedito el camino, pero estos tampoco debían razonar o legitimar positivamente la resolución, al menos por escrito. Y sin embargo de lo dicho, la ya clásica explicación y justificación de la inmotivación de la sentencia por parte de la historiografía y de los operadores jurídicos contemporáneos pasa, en muy gran parte, por aludir a la falta de códigos, muy en concreto del civil por ser el Derecho privado el gran adalid del liberalismo; textos que aclararían de manera concluyente –esa era una de sus intenciones– las normas vigentes y aplicables. Sin embargo, creemos que la ausencia de códigos no explica por completo la defensa de la inmotivación.

No es difícil imaginar que la prescripción de las sentencias no merecería grandes aplausos por parte de la judicatura afectada. La Audiencia de Barcelona calificaba la motivación introducida por la Instrucción del Marqués de Gerona de 1853, como un verdadero «manantial de discordias en los tribunales», aludiendo, entre otras muchas razones, no solo a la falta de concreción de la norma, sino de la misma jerarquía normativa, que en este caso se quería definitivamente actualizada y concretada en su confluencia con el Derecho castellano. Porque si con la legislación liberal la jerarquía normativa se vuelve más compleja y más necesitada de una más clara y definitiva concreción, el problema era más grave para los pleitos tramitados en los territorios de Derecho no castellano.⁴⁸

Aun así, la defensa de la inmotivación de la sentencia por la audiencia catalana construida sobre este argumento, no nos resulta suficiente

47. PESET REIG, M., «Estudios de derecho y profesiones jurídicas (siglos XIX y XX)», en J. M. Scholz (coord.), *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1992, pp. 349-380.

48. TORMO CAMALLONGA, C., «El derecho es la justicia de los hechos...», *cit.*, pp. 891 y ss.

para entender esta negativa. Por mucho que la concreción jurídica o la ausencia de normas actualizadas fuera el argumento más persistente en boca de jueces y magistrados para respaldar la inmotivación, no creemos que la justificase en toda su extensión. Al menos, podemos ensayar otras explicaciones. Y en este punto, no estaría de más barajar la posibilidad de que nos encontrásemos ante un simple pretexto para ocultar, como hemos apuntado, la falta de destreza del juzgador y la inseguridad en que quedaría el estamento judicial y, por extensión, el nuevo orden jurídicopolítico. La confianza en el juez debía ser absoluta y no era oportuno dejar constancia por escrito de una posible impericia. Como historiadores del Derecho, sabemos que cualquier cambio pasa, más allá de su oportunidad objetiva, por los intereses más particulares de los individuos implicados y afectados. Tal vez fuera lo que apuntaba Mora y Jaraba cuando, a propósito de la cita de las leyes romanas «con tal satisfacción como si fuesen preceptos del Evangelio», concluía que «este abuso pudieran los jueces reformarlo fácilmente, obligando a los abogados a que diessen juntamente la razón de los textos que citan, que yo asseguro no se citarían tantos en los informes y papeles».⁴⁹

En este sentido, la respuesta de los colegios de abogados ante la propuesta de motivación fue justo la contraria. Para los abogados, la motivación de las resoluciones judiciales era uno de los puntales de la seguridad jurídica y, a nuestros efectos, mientras no se motivase la sentencia iba a resultar muy difícil el cambio en las prácticas procesales. Sin embargo, la normativa española rompió con la tradición secular de no permitir alegar por escrito a los abogados con anterioridad a la fijación de la exigencia de motivación. Como cierto es que a los abogados se les había exigido desde siglos atrás un grado académico en Leyes o Cánones del que no necesariamente debían disponer los jueces. Es la diferencia entre el súbdito y la autoridad soberana. En época de soberanía nacional había que avanzar hacia una judicatura completamente letrada y demostrablemente consecuente con la ley positiva, pero ello llevaba su tiempo.

Independientemente de la atención o justificación que se aportaba para legitimar la no motivación de la sentencia, no parece que se fuera consciente de la importancia que tenía para la definitiva determinación

49. MORA Y JARABA, P. de, *Los errores del Derecho civil...*, cit., p. 221.

de la normativa vigente y aplicable y, paralelamente, para dar por terminado un método secular que se sustentaba, en gran parte, en el desconocimiento por abogados y clientes de la disposición concreta tenida en cuenta en la resolución.

Eso sí, la motivación exigía una actividad creativa, que el liberalismo negaba al juez, al que no quería más allá de un simple burócrata, en tanto que la tarea creadora quedaba reservada en exclusividad al legislador. La ley no debía ser interpretada, pues eso ya suponía «crear», sino solo aplicada, lo que, en principio, tampoco requería motivación alguna. Y en este punto entraríamos en la función legitimadora extraprocesal y endoprocesal de la motivación: hacia el legislador, con la justificación de la sujeción del funcionario a los procedimientos y trámites fijados, y hacia las partes y la comunidad, demostrando que se ha concedido una justicia netamente legal y objetiva.⁵⁰ No deja de ser paradójico que en el estado jurisdiccional del Antiguo Régimen los jueces «crearan» pero no motivaran, mientras que en el liberalismo debían motivar pero bajo ningún concepto siquiera interpretar. La ingenuidad de este segundo posicionamiento pronto tendrá que ser salvado; piénsese, por ejemplo, en el recurso de casación.⁵¹

VI. ENSAYO DE CONCLUSIONES

Queda claro que debemos relativizar una historiografía, muy cabal en sus orígenes, pero reproducida sin originalidad hasta la saciedad, que nos ha insistido en un supuesto desfase entre el Derecho romano, y común por extensión, y el Derecho real, patrio o propio. Lejos de nuestra intención es cuestionar la existencia de dualidad y diferencias, pero sí negamos ese figurado estado de contradicción y conflicto per-

50. ÁLVAREZ ALONSO, C., «La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c. a.)» (I) y (II), *Historia Constitucional*, 4, 2003, pp. 1-43, y 5, 2004, pp. 1-39, respectivamente.

51. Mucho se ha escrito sobre justicia y administración en los inicios del liberalismo, por lo que nos limitamos a referenciar una obra como punto de partida: GARRIGA ACOSTA, C. A. y LORENTE SARIÑENA, M., «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 1997, pp. 97-144.

manente, porque entendemos que, aunque hablamos, efectivamente, de dos órdenes jurídicos distintos, la realidad es que, más allá del punto sobre su vigencia, ambos órdenes resultaban perfectamente válidos en sus propios registros, y tanto en ámbito de la Academia como en el de la justicia, en la *iurisprudentia* y en la *iurisdictio*. En ambos ámbitos la presencia del Derecho común seguía siendo incuestionable e imbatible en toda Europa en los inicios del XVIII, como incuestionable era su prestigio. Más allá de la vigencia exclusiva del derecho propio, el romano –también la doctrina– se mantenía en los planes de estudios y en los escritos del proceso judicial. Todo ello, tal vez, por inercia, tradición y rutina, pero también y sin duda, por su utilidad y eficacia práctica.

También es cierto que en ambos ámbitos cada vez era más sentida por gran parte de la doctrina y del propio aparato real la necesidad de una renovación, en la búsqueda, ciertamente, de una mayor presencia real, pero creemos que al servicio, sobre todo, de una mayor seguridad y economicidad procesal. Es decir, el dominio del Derecho real no solo era un objetivo en sí, sino también y destacadamente el camino para conseguir otros fines. Hasta la legislación liberal, aunque es obvio que el monarca tenía sus propios intereses, en ningún caso se vio atacado en sus prerrogativas por la universidad ni mucho menos por los tribunales, de ahí que sus intentos de renovación no tuvieran nunca el carácter de urgentes. La universidad, por muy romanista y rígida que fuese, cuando no reaccionaria y vaga ante las prescripciones reales, en ningún momento cuestionará sus prerrogativas, antes al contrario. Por su parte, a los jueces y magistrados, y aunque aplicaran el Derecho del rey sin ambages en materia pública, entiéndase hacienda, les seguía cautivando como siempre el Derecho común para las cuestiones privadas; en este pozo sin fondo, así como en el secreto de las votaciones y en la inmotivación de las sentencias, podía reposar la sacralidad del oficio y podían refugiarse de su responsabilidad técnica y científica. Poca objeción a todo ello por parte del monarca y de la propia judicatura.

Ante este estado de cosas dual, que no contradictorio, la historiografía española ha atendido mayormente al estado de una ciencia y de una codificación que, en verdad, se hallaban atrasadas en España respecto a otros países. Sin embargo, no parece que haya prestado la misma atención a la reforma de la administración de justicia, si es que los contemporáneos la tenían por tan necesaria, o, cuanto menos, al proceder de

sus operadores jurídicos. Se ha dicho que, mientras las universidades no cambiasen los contenidos en sus enseñanzas, no sería posible un verdadero cambio en y del Derecho español, entendiendo este cambio como el fortalecimiento y la preponderancia del Derecho propio frente al común y en concreto al romano. En este trabajo, sin embargo, hemos apuntado la idea de que el motor de este cambio tal vez no tendría que venir tanto de la mano de los planes de estudio de la Universidad, como de la reforma de la administración de justicia. En el momento en que esta se decidiese a implantar un nuevo estilo curial y a aplicar de manera irrefutable el derecho propio, real o nacional, desplazando decididamente el común –no necesariamente ignorándolo–, los planes de estudios se verían abocados a seguir los mismos pasos.

La legislación liberal nos deparará otra realidad, si bien es imposible abarcar en este estudio todos los ámbitos, matices y salvedades que requiere esta afirmación. Porque en España el cambio jurídico-procesal solo se impondrá, definitivamente –no conocemos todavía su ritmo– bajo el nuevo orden constitucional, empezando, eso sí, por la Universidad, para continuar con la justicia. Sin duda, y aunque el orden que hemos propuesto sea el contrario, el que se dio resultaba más sencillo y también más útil para otros objetivos, como el de crear una masa de graduados operadores jurídicos defensores del nuevo orden y estado burgueses. Pero esto no quiere decir que fuera exigencia ineludible para el cambio de la administración de justicia.

Y si los planes de estudio se estaban actualizando ya desde Carlos III, con reformas más profundas y decididas en el nuevo siglo, la ciencia jurídica no mejorará al mismo ritmo; al menos, no en el marco universitario. Se habla de «mediocridad» como calificativo que mejor describe a las facultades de derecho para todo el Diecinueve. Si hasta los cambios de que hablamos podemos hablar de un *mos italicus* repetitivo, de un escolasticismo aburrido, si se quiere abusivo, el nuevo siglo nos conducirá a un simple y pobre positivismo; es un cambio de contenidos, sí, pero también y muy destacadamente de método. Y si la ciencia se adentraba en el manualismo, la justicia lo hará en el estricto legalismo positivista, sin más cuestionamientos que los meramente fácticos.⁵²

52. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., «Sátira contra la predilección del Derecho Romano: una crítica decimonónica a un orden jurídico todavía no fenecido», *Cuadernos*

Efectivamente, uno de los objetivos claros del nuevo orden liberal era la estatalización del Derecho, lo que vendría fundamentalmente a través de la ley, y no tanto en cuanto se sancionaba, como en cuanto se ejecutaba. Era la Administración y, en caso de conflicto, la judicial, la que cumplía con este cometido, con la idea de no salir del ámbito administrativo. En ningún caso la justicia iba a crear Derecho, sino simplemente a reconocerlo y conceder el ya creado por la ley –los códigos cuando se publicasen–, resolviendo la diferencia a través, en última instancia, del recurso de casación. La justicia quedaba relegada a una función meramente administrativa, burocrática. Si el estado jurisdiccional tenía a los jueces por creadores autónomos en paralelo a la ley real, esto no lo iba a consentir el estado liberal. A los tribunales se les vaciaba de toda actividad jurídicamente creadora.

Los liberales concedían las libertades en cuanto políticos, en tanto que las sustraían en cuanto jurisconsultos.⁵³ La construcción del estado positivista supuso la muerte del jurista como *iurisprudente* tal y como se había entendido hasta entonces. La justicia dejará de ir de la mano de la ciencia para pasar a ser una parte de la Administración, para la que lo más importante era la creación legislativa y su aplicación gubernativa. Clara muestra a nuestros efectos, entre muchas otras publicaciones, es el éxito de la *Librería de jueces, abogados y escribanos* de José Febrero.

de Historia del Derecho, 12 2005, pp. 179-228. En el intermedio, a principios de la centuria, es cuando precisamente más se citan *Partidas* y *Recopilación* en las alegaciones jurídicas, que no eran normas legales precisamente contemporáneas, pero que por su carácter real anunciaban el cambio.

53. SOLLA, M.^a J. «Justicia bajo Administración (1834-1868)», *De justicia...*, *cit.*, pp. 320 y ss.

**COVID-19. LA LEGISLACIÓN ITALIANA
SOBRE LA EMERGENCIA SANITARIA
A LA LUZ DE LA DEFINICIÓN CELSINA
DEL DERECHO**

*Covid-19. Italian legislation on the health
emergency in the light of celsina definition of Law*

ANDREA TRISCIUOGGIO

Università di Torino

Resumen: la definición del Derecho de Celso (*ius est ars boni et aequi*) nos indica criterios generales para la producción, interpretación y aplicación del Derecho. ¿Se han respetado en la legislación italiana sobre la reciente emergencia pandémica?

Palabras clave: *Ars. Bonum. Aequum.* Celso el hijo.

Abstract: Celsus' definition of law (*ius est ars boni et aequi*) indicates general criteria for the production, interpretation and application of law. Have they been respected in the Italian legislation on the recent pandemic emergency?

Keywords: *Ars. Bonum. Aequum.* Celsus the son.

La única definición de Derecho (por género próximo y diferencia específica) que encontramos en las fuentes romanas, al comienzo del *Digesto* de Justiniano, se remonta a Celso-hijo (siglo II d. C.),¹ quien consideraba el Derecho como un «arte» que crea una solución óptima (la más razonable) para el caso concreto según un criterio de igualdad proporcional en los diversos aspectos de la actividad jurídica: producción, interpretación, aplicación del Derecho. En otras palabras, toda la actividad jurídica según Celso-hijo es la búsqueda del *bonum et aequum*. Filippo Gallo, mi maestro, ha escrito páginas fundamentales sobre este planteamiento dinámico (no pasivo) de Celso útil para la refundación de la ciencia jurídica moderna,² elaborando una teoría general del Derecho que contempla también la posibilidad de inaplicar el Derecho establecido de antemano por la autoridad. No te-

1. Cfr. D.1.1.1.pr.: ... *nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. Sobre el pensamiento jurídico de Celso en general cfr. CASCIONE, C., «Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore “malgré soi” della “legum permutatio” giustiniana», en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 153-166.

2. Me limito a la cita de GALLO, F., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 23 y ss.; libro reseñado por TORRENT, A., «Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica», *Index* 40, 2012, pp. 537-557. Para una brillante síntesis del pensamiento de Gallo, ver LANTELLA, L., «Ars boni et aequi. Ricordo di Filippo Gallo», *Roma e America. Diritto romano comune* 40, 2019, pp. 481-489.

nemos que olvidar que el sistema romano de la época clásica preveía esta posibilidad en el ejercicio de la *iurisdictio*, si en el caso concreto una regla hubiera estado en conflicto con el *bonum et aequum*.³ Esta interpretación «galliana» de la definición celsina es en verdad muy diferente de la lectura propuesta por los glosadores, que se basa en la derivación del *ius* de la *iustitia* dejando espacio para un componente moral subjetivo inherente al *bonum*, a veces identificado diferentemente con lo *utile* (o sea la *utilitas publica*).⁴ En cambio, hace hincapié sobre un legado perdido⁵ del Derecho romano descuidado en el *ius commune* y hasta nuestros días. En efecto, según la lectura «galliana», estamos muy lejos de una mentalidad positivista: en la época del Derecho romano clásico había un hombre (magistrado, jurista) que evaluando caso por caso y compartiendo un sistema de conocimientos y valores, decidía si y cómo aplicar una regla establecida anteriormente.⁶ Esta actitud flexible hacia la norma ya fue abandonada con Justiniano, quien, con su *doctrina legum*, adopta una visión positivista.⁷

3. Cfr. *praecipue* GALLO, F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 104; GALLO, F., «Valore perdurante dei criteri del “bonum et aequum”», en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto cit.*, pp. 249-272, p. 269. Ver además CUENA BOY, F., «Teorización de la artificialidad del derecho: “ius est ars boni et aequi”», *ibidem*, pp. 63-129, pp. 98 y ss.

4. Cfr. CORTESE, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico II*, Milano, Giuffrè, 1995 (reimpr. ed. 1964), p. 245 y ss.; ZENDRI, Chr. *Banniti nostri temporis. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2016, p. 82; sobre la relación entre *iustitia* y *aequitas* en la glosa de Irnerio cfr. CALASSO, F., *Medio Evo del diritto I. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 477. Además, CARDILLI, R., «Ius a iustitia appellatum est. Considerazioni critiche sul c.d. “diritto puro” attraverso il diritto romano», en Ch. Buzzacchi, I. Fagnoli (a cura di), *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 19-71, p. 40, nt. 34.

5. Sobre la expresión «eredità perduta» usada varias veces por Gallo y su sentido, ver GARBARINO, P., «L'eredità perduta del diritto romano. Il pensiero giuridico di Filippo Gallo (1924-2019)», *Diritto@Storia* 17, 2019.

6. Ver al respecto GIUFFRÈ, V., «La diagnosi differenziale dei casi giuridici nell'esperienza romana», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*. Atti del Seminario Internazionale di Studio, Padova 27-28 gennaio 1999, Padova, Cedam, 2000, pp. 45-55, pp. 54 y ss.

7. Sobre la *legum permutatio* justiniana cfr. MIGLIETTA, M., «Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la ‘legum permutatio’ giustiniana», en L. Garofalo (a cura di), *Celso teorico del diritto cit.*, pp. 3-61. Sobre el positivismo de Justiniano *vid.* también TORRENT, A., «La fractura justiniana en la producción del derecho.

La medicina, como el derecho, es un arte (*ars*) según Aulo Cornelio Celso (que también vivió en el siglo II d. C.),⁸ un saber teórico-práctico que no puede desligarse de una evaluación cuidadosa y diferenciada de los casos clínicos. La cercanía entre la ciencia médica y la ciencia jurídica se encuentra en la expresión «clínica del diritto (derecho clínico)» con la que Francesco Carnelutti,⁹ y, antes de él, Rudolf von Jhering,¹⁰ propusieron un replanteamiento de la formación jurídica universitaria más centrada en los casos prácticos.

Y llegamos a nuestros días y al manejo legal de la pandemia de covid-19 que ha ofrecido muchos elementos de reflexión también a los romanistas¹¹ y a los historiadores del Derecho.¹² Mis observaciones se

La prohibición de comentar el Digesto, y su ideología positivista», *SDHI* 79, 2013, pp. 191-219, espec. pp. 212 y ss.

8. Cfr. BURDESE, A., «Saluto del Preside di Giurisprudenza», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica cit.*, p. 8.

9. Cfr. CARNELUTTI, F., «Clínica del diritto», *Rivista di diritto processuale* 1935, I, pp. 169-175.

10. Cfr. al respecto VINCENTI, U., «Sull'argomento naturalistico», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica cit.*, pp. 179-186, p. 179 y ss.

11. LÁZARO GUILLAMÓN, C., «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno siglo XXI», *RGDR* 35, 2020 pp. 1-34; SCIANDRELLO, E., CHERCHI, A., «Formalismo negoziale e deroghe emergenziali: il cd. testamentum tempore pestis conditum», en *Le categorie generali nell'emergenza sanitaria. Webinar - Cagliari 23 e 24 settembre 2021*, Napoli, ESI, 2021, pp. 145-161. Además, los artículos que se encuentran en el volumen: R. Marini (a cura di) *Pandemia e diritto delle persone (Pandemia y derecho de las personas)*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2021; PETRUCCI, A., «Brevi riflessioni su alcune normative privatistiche in tempi di pestilenze ed epidemie nell'esperienza giuridica romana» (pp. 153-174); GUERRERO LEBRÓN, M., «Pandemia y ritos funerarios: una aproximación jurídica a propósito de la "peste antonina" y la Covid-19» (pp. 175-199); VINCI, M., «Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture atualizzanti» (pp. 201-235); CASSARINO, A., «Diritto di famiglia e pandemia: riflessioni sulle spoglie del deceduto» (pp. 237-259); MARINI, R., «Persona e centralità dell'uomo. Alcune riflessioni di diritto romano attuale (durante la pandemia)» (pp. 475-494). Adde PEZZATO, E., «Il morbo di Giustiniano e la legislazione imperiale», *TSDP* 14, 2021, pp. 1-26.

12. Cfr. por ejemplo ASCHERI, M., *Rimedi contro le epidemie. I consigli di diritto europeo dei giuristi (Secoli XIV-XVI)*, Canterano (RM), Aracne, 2020; LANDI, A., «Deus ex orationibus placatur, et propterea pestilentias remittit. Percezioni proto-moderne dell'epidemia», *Roma e America. Diritto romano comune* 41, 2020, pp. 475-483; GORIA, F. A., «La politica del diritto nella gestione di un'epidemia, fra incertezze scientifiche e

refieren de manera privilegiada a las medidas legislativas adoptadas en Italia que en muchos aspectos pueden ser criticadas, y no solamente desde el punto de vista del Derecho constitucional (pero no voy a detenerme sobre este punto).¹³ Voy a utilizar el Derecho romano (clásico) como instrumento para la crítica del derecho positivo (con lo cual comparto la línea «ideológica» de investigación de Armando Torrent).¹⁴

La evaluación prudente, según la ciencia y la conciencia, de la situación «individual» de los ciudadanos a vacunar –quiere subrayar, en una fase avanzada de la pandemia cuando el covid-19 era un virus más conocido por la comunidad científica médica– fue indebidamente obstaculizada en particular con dos medios convergentes que han quitado «humanidad» a la medicina, limitando mucho el ámbito de la responsabilidad del médico.¹⁵ Por humanidad entiendo la aptitud para identificarse con otra persona, en particular cuando la misma manifiesta un estado de necesidad, en nuestro caso la necesidad de salud amenazada en diversos grados por una enfermedad

bilanciamento di interessi. Prime indagini sulla fillossera della vite in Francia, 1863-1878», *Rivista di storia del diritto italiano* 94.2 (2021), pp. 95-174.

13. A propósito de las numerosas violaciones de la constitución italiana con motivo de la emergencia pandémica, cfr. BURATTI, A., «Emergenza sanitaria e Costituzione. Dall'esperienza italiana al panorama comparativo», en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone cit.*, pp. 115-128, espec. pp. 123 y ss.

14. Ver al respecto TORRENT, A., «El derecho romano como instrumento para la crítica del derecho positivo», en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 753-764; TORRENT, A., «Derecho romano, derecho comparado y unificación jurídica europea», *SDHI* 76, 2010, pp. 593-670, p. 621.

15. El médico debería siempre relacionarse con el paciente «more humano» y hacer un balance *ad personam* de los riesgos y beneficios. Comparto lo que escribe PALERMO FABRIS, E., «Rischio e responsabilità penale nella valutazione del caso clinico», en U. Vincenti (a cura di), *Diritto e clinica cit.*, pp. 121-134, a p. 123: «*Di fronte al singolo caso clinico, il medico si trova sempre a dover affrontare due compiti: quello di interpretare la malattia "more scientifico" e quello di comprendere il malato "more humano". Anche per la clinica, dunque, vale quanto affermato dal diritto e precisamente che scopo essenziale delle acquisizioni scientifiche, nel momento in cui vengono applicate, è la tutela del singolo essere umano che si ha di fronte: la regola scientificamente corretta da applicare al caso clinico è quella richiesta dall'adattamento al caso concreto*» y a p. 132: «*...il medico deve valutare il rischio probabile...attenendosi a criteri di ragionevolezza che consentano di condividere con il paziente le scelte, attraverso un adeguato rapporto rischi benefici, valevole non in astratto ma in concreto, in riferimento a quel soggetto, singola persona fisica, che non è mero portatore di una patologia, ma è soggetto malato da considerare nella sua individualità*».

previamente desconocida.¹⁶ Este concepto corresponde a una de las numerosas acepciones de *humanitas* que emerge en las fuentes jurídicas romanas como principio que orienta soluciones para casos concretos.¹⁷

1) En primer lugar, la adopción de protocolos estándar que casi hacían superflua la anamnesis (o sea la recopilación detallada de información sobre el paciente) caso por caso de los ciudadanos y los riesgos individuales de contraer la infección por covid-19. El médico (no todos afortunadamente, pero algunos han soportado severas sanciones hasta la suspensión del trabajo) tuvo que fijarse en el protocolo, más que en el caso clínico, es decir el hombre que tenía delante, para identificar –lo que indicó Celso– el *bonum* (mejor solución para el caso considerado en todos sus aspectos específicos) y el *aequum* (que es igualdad, sí, pero proporcional, es decir, diferenciada). El simple cumplimiento del protocolo eximía de responsabilidad¹⁸ y abría el camino a una «deshumanización», amparada legalmente, de la relación médico-ciudadano.

2) En segundo lugar, la exención «inhumana» de responsabilidad fue garantizada aún más por un decreto-ley, luego convertido en ley en septiembre de 2020,¹⁹ donde el legislador limitó aún más, en comparación con la legislación anterior, los casos en los que se llama al funcionario público para responder ante el Tribunal de Cuentas: hasta el 31 de diciembre de 2021, el daño causado por una acción (*facere*) acompañada de negligencia grave, de culpa grave (y no de dolo) –en nuestro caso se trata del daño causado por la vacunación– ya no es resarcible; o sea el

16. Esta actitud psicológica solidaria empuja a ayudar a los otros en la satisfacción de las necesidades básicas. Cfr., a propósito de *humanitas*, Isid., *Etym.* 10. H.116: *Unde et humanitas dicta est qua nos invicem tuemur.*

17. Cfr. recientemente TRISCIUOGGIO, A., «Protección de la humanitas, no de los derechos humanos: la experiencia romana» en P. Villaruel (cur.), *Solidaridad pública y protección de los derechos humanos. Un diálogo entre Argentina e Italia, Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* 11.27, 2021, pp. 150-156.

18. No es necesario, creo, recordar que la adquisición del consentimiento informado durante la pandemia en la mayoría de los casos fue un acto de carácter ficticio, puramente burocrático; sobre el consentimiento informado en Italia cfr., *ex multis*, GIUNTA, F., «Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche», *Annali dell'Università di Ferrara. Sc. Giuridiche* 13, 1999, pp. 1-34.

19. Se trata del Dl. n. 76 ('Semplificazioni'), aprobado por el Consejo de Ministros, el 6 de julio de 2020 y convertido en ley el 10 de septiembre de 2020.

médico no es responsable en caso de injustificables violaciones, mediante actividades, de los deberes profesionales básicos, según lo que entiende la jurisprudencia italiana por culpa grave, pero sí que permanece su responsabilidad por culpa grave en caso de daños derivados de la omisión o inacción (*non facere*, no hacer) del mismo.²⁰

El resultado ha sido una alteración de la relación fiduciaria médico-ciudadano, relación que se vio privada de un sustrato de humanidad marcado por la aptitud para la identificación entre seres humanos.

De iure condendo, en mi opinión, se trata ahora de recuperar ese «arte» –término aplicado, como hemos visto, tanto a la ciencia jurídica como a la ciencia médica en la experiencia romana– de lo bueno (*bonum*) y de lo justo (*aequum*), abandonando toda rigidez burocrática marcada por los protocolos para defender después de todo al ser humano, que, como nos recuerda el jurista Hermogeniano en tiempos del emperador Diocleciano, debería estar en el centro del fenómeno jurídico en todos sus aspectos.²¹ El requisito previo es, por supuesto, una alta preparación técnico-humanística de quienes se desempeñan en los campos jurídico y médico. El regreso a Celso el hijo y a su definición del *ius*, al fin y al cabo, representa una importante herramienta ideológica en contra del antihumanismo actual²² y nos invita a considerar más el Derecho romano clásico (no positivista) que el Derecho justinianeo y la tradición del *ius commune* para la mejora del Derecho actual.²³

20. Cfr. al respecto TRISCIUOGLIO, A., «Oltre la colpa grave per il magistratus rei publicae. Spunti storico-comparatistici sulla responsabilità dell'amministratore pubblico (dal diritto romano al diritto italiano attuale)», *Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 71 (3-4), 2020, pp. 775-789, pp. 775 y ss.

21. Cfr. D.1.5.2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*; sobre este famoso texto ver recientemente CARDILLI, R., «Archetipi romanistici del "diritto delle persone"», en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone cit.*, pp. 9-54, p. 52 ss. (allí otra lit.).

22. Cfr. CATALANO, P., «Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D.1.1,12», en *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. II, Napoli, Jovene, 2001, pp. 97-117, p. 117; PORCELLI, S., «Il soggetto di diritto nel codice civile della RPC. Riflessioni (preliminari) dalla prospettiva romanistica al tempo del Covid-19», en R. Marini (a cura di), *Pandemia e diritto delle persone, cit.*, pp. 341-374, p. 373 y ss.

23. Cfr. la advertencia (que me parece ajustarse muy bien al derecho romano clásico) de VENTURA, M., «Il giurista e la medicina», en *Studi in onore di Remo Martini*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 873-890, p. 887: «Davanti al rischio di un'alleanza tra diritto e scienza in nome dell'astrattezza e della generalità solo il costante riferimento alla realtà del caso e dei casi garantisce interpretazioni ed interventi appropriati».

LOS GLOSADORES Y LA DOBLE VENTA Y ENTREGA

*The Glossators and the double
sale and delivery*

TAMMO WALLINGA

Universidad Erasmus de Rotterdam/Universidad de Amberes

Resumen: este artículo estudia un caso que se encuentra en tres textos distintos del *Digesto* e investiga si los glosadores lo resolvieron según las mismas líneas que los juristas romanos clásicos. Resulta que por lo menos la *Glosa Acursiana* prefería una solución en términos de derechos, mientras que los juristas romanos optaron por una solución a través del Derecho procesal.

Palabras clave: Venta de fundo ajeno. Segunda venta del fundo heredado. Protección del primer comprador.

Abstract: this article studies a case that occurs in three separate Digest passages and investigates whether the Glossators resolved it along the same lines as the classical Roman jurists. It turns out that at least the Accursian Gloss was more inclined to look for a solution in terms of rights, whereas the Roman jurists chose a purely procedural approach.

Keywords: Sale of another's land. Second sale of the inherited land. Protection of the first buyer.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los textos del *Digesto*. III. La *Glosa Acursiana*. IV. Resumiendo.

I. INTRODUCCIÓN

La herencia más importante que nos han dejado los romanos, sin duda alguna, es su Derecho. El emperador Justiniano lo resumió en los libros su *Corpus Iuris Civilis*, convirtiendo una gran masa de textos dispersos en una colección manejable. Gracias a su reconquista de Italia y la introducción allí de su codificación como derecho vigente en el año 554, los textos del *Corpus Iuris* viajaron al oeste, y aunque durmieron durante más de cinco siglos, llegaron a formar la base de la ciencia jurídica actual.

La recepción temprana del Derecho romano en la universidad de Bolonia es un tema particularmente interesante, sobre el que he estado trabajando durante años.¹ Para este artículo he tomado como punto de partida tres textos del *Digesto* que me han ido fascinando desde hace tiempo, para ver qué pasa con ellos en la Edad Media. Esto se puede convertir en una historia muy larga y no he podido invertir mucho tiempo todavía, así que lo que presento aquí son cosas que necesitan más profunda investigación. En realidad, se trata en parte de un plan de investigación y, en parte, de unas impresiones y resultados preliminares.

II. LOS TEXTOS DEL *DIGESTO*

Los textos que he escogido son bastante conocidos. Son tres textos del *Digesto* que se refieren a una misma situación: D.6,1,72; D.21,3,2 y D.44,4,4,32. Los presento aquí con la traducción de D'Ors, y he subrayado las palabras a las que se refieren las glosas que vamos a tratar:

D. 6,1 (De rei vindicatione),72 (Ulp. 16 Ed.). «Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extitit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris».

Traducción: Si hubieses comprado a Ticio un fundo de Sempronio y te lo entregó después de pagar tú el precio, si luego Ticio hubiera resultado heredero de Sempronio, y lo hubiera vendido y entregado a otra persona, es más justo que prevalezcas tú, porque si el mismo vendedor te reclamase aquella cosa, tu podrías rechazarlo mediante una excepción. Pero si él poseyera la cosa y tú la reclamaras, emplearás la réplica contra la excepción de propiedad civil.

1. Por dar algún ejemplo: WALLINGA T., *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano*. [Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 182]. Frankfurt am Main, 2005; WALLINGA T., «Die Lectura Institutionum des Johannes Bassianus – ein Editionsprojekt», en: Susanne Lepsius (editor), *Juristische Glossierungstechniken als Mittel rechtswissenschaftlicher Rationalisierungen. Erfahrungen aus dem europäischen Mittelalter – vor und neben den großen, Glossae ordinariae*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2022, pp. 47-61.

D. 21,3 (*De exceptione rei venditae et traditae*), 2 (*Pomp. 2 ex Plautio*). «*Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres exstiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summo veretur et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres*».

Traducción: Si hubieras comprado a Ticio un fundo propiedad de Sempronio, y te hubiese sido entregado, pero una vez pagado el precio, Ticio hubiese llegado a ser heredero de Sempronio y hubiese vendido y entregado el mismo fundo a Mevio, dice Juliano que es más justo que tú seas protegido el primero, porque incluso si el mismo Ticio te reclamara el fundo sería rechazado con la excepción; y si el mismo Ticio poseyese el fundo, se lo reclamarás con la acción Publiciana.

D. 44,4 (*De doli mali et metus exceptione*), 4 (*Ulp. 76 Ed.*), 32. «*Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summo veretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem «si non suus esset» replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet*».

Traducción: Si hubieras comprado a Ticio un fundo que era de Sempronio; te lo hubieran entregado, una vez pagado el precio; luego Ticio hubiera heredado de Sempronio y hubiera vendido y entregado ese mismo fundo a Mevio, dice Juliano que es lo más justo que el pretor te defienda «con una excepción de dolo»,² pues, si el mismo Ticio te reclamara ese fundo, sería rechazado mediante una excepción redactada por el hecho o la de dolo malo, y si, poseyendo el fundo Ticio, se lo reclamaras con la «acción» Publiciana, podrás servirte de una réplica contra la excepción de «a no ser que sea propio del demandado», de suerte que se entiende que había vuelto a vender un fundo que ya no tenía en su patrimonio.

2. Las palabras entre corchetes puntiagudos son adiciones de D'Ors.

Ticio me vende y entrega un fundo que pertenece a Sempronio; yo le pago el precio. Luego Ticio se convierte en heredero de Sempronio y vuelve a vender y entregar el mismo fundo a un tercero, Mevio. A la hora de la segunda venta y entrega, Ticio es propietario del fundo y por ende puede convertir a Mevio en propietario. Sin embargo, los textos dicen que yo como primer comprador estaré protegido por el pretor.

Una cosa a destacar es que en ninguno de los textos la solución se da en términos de derechos, sino en el Derecho procesal. Esto es conforme al Derecho romano clásico, que no parte de los derechos, sino que mira las posibilidades procesales. Esta manera de proceder se resume en la frase *ubi remedium ibi ius*: donde hay remedio hay derecho. En los textos se argumenta que el primer comprador ganaría un pleito contra Ticio, y dado que Mevio deriva su posición de Ticio, él también perdería su pleito contra el primer comprador: no puede tener más de lo que tenía Ticio (*nemo plus*). El primer comprador tan solo perdería un pleito contra el propietario original, Sempronio. Según el Derecho romano clásico, después de la venta y entrega empieza una usucapión de dos años, que Sempronio puede interrumpir ejercitando su *reivindicatio*. Como heredero, Ticio en principio puede hacer todo lo que podía hacer Sempronio, y de hecho, puede ejercitar la *reivindicatio* contra el primer comprador –pero este tiene una defensa contra él que no tenía contra Sempronio: le puede oponer que él mismo le vendió y entregó el fundo–. Ejercitar la *reivindicatio*, por ende, sería un ejemplo de *venire contra factum proprium* por parte de Ticio, y pierde el pleito porque el comprador le opone –con éxito– una *exceptio*.³

Estos tres textos ya son una combinación interesante para estudiar dentro del contexto del Derecho romano clásico. Margarita Fuenteseca, por ejemplo, recientemente ha tratado la cuestión de por qué este *casus* se encuentra tres veces en el *Digesto*, aunque los compiladores en principio tenían instrucciones para evitar las repeticiones.⁴ Aparte de esta

3. Voy a dejar de lado la cuestión de qué *exceptio* es precisamente. D.44,4,4,32 habla de una *exceptio in factum comparata vel doli mali*, mientras que la ubicación del texto D.21,3,2 dentro del título *De exceptione rei venditae et traditae* parece implicar que se trate de esta *exceptio*, aunque permanece anónima en el texto mismo.

4. FUENTESECA DEGENEFTE M., «Dos excepciones procesales con una única finalidad», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [sección Derecho romano] XII, 2020, pp. 129-143 (con bibliografía).

cuestión, hay varias diferencias entre los textos que son interesantes. Yo los he seleccionado porque esperaba que hubiera preguntas sobre ellos durante la recepción del Derecho romano en la Edad Media. Por ejemplo:

— ¿Qué se puede decir del término *traditio* en estos textos –estaría o no estaría interpolado–?

— ¿Se conectan estos textos entre sí, y en el caso afirmativo, desde cuándo?

— ¿Los glosadores comparten la solución procesal de los juristas clásicos, o no?

— ¿Cómo interpretan las medidas mencionadas en los textos (la *actio Publiciana*, las excepciones y las réplicas)?

Uno de los primeros pasos que he tomado fue consultar las *Dissensiones Dominorum*, el inventario de las diferencias de opinión entre los glosadores durante el siglo XII.⁵ Allí no se menciona ninguno de los tres textos. Al parecer, todavía no habían provocado ninguna diferencia de opinión. Si los textos ya habían sido conectados entre sí en el siglo XII es otra pregunta, a la que no encontramos respuesta en las *Dissensiones*. Habría que buscar en manuscritos de las obras de los primeros glosadores, y no tuve tiempo para ir a consultar la colección de microfilms del Max Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie en Frankfurt am Main. Sin embargo, esa consulta será imprescindible para que este proyecto llegue a resultados suficientemente pormenorizados.

Lo que sí he consultado es la *Glosa Accursiana*, que nos lleva al final de la época de los glosadores. La edición que he podido utilizar es una reimpresión de la edición de Venecia 1487-1488.⁶ Eso significa que han pasado más de dos siglos entre la finalización de la *Glosa* (ca. 1260) y la edición. Por ende, tenemos que tener en cuenta la posibilidad de adiciones posteriores que han sido incorporadas a la edición. Sería

5. HAENEL, G. F., *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*. [reimpresión de la edición Lipsiae, Hinrichs, 1834] Aalen, Scientia Verlag, 1964.

6. *Accursii Glossa in Digestum Vetus* [Corpus glossatorum juris civilis, 7], [Ristampa anastatica ed. Venetiis, Baptista de Tortis 1488], Augustae Taurinorum, Ex officina Erasmiana, 1969; *Accursii Glossa in Digestum Novum* [Corpus glossatorum juris civilis, 9], [Ristampa anastatica ed. Venetiis, Baptista de Tortis 1487], Augustae Taurinorum, Ex officina Erasmiana, 1968.

posible controlarlo contrastando la edición con un manuscrito temprano de la *Glosa*, pero no he tenido ocasión para hacerlo —otro aspecto del proyecto que se tiene que mejorar más adelante. Sin embargo, de momento, lo más importante es darnos cuenta de esta posibilidad y no imaginarnos sin más que la edición nos presente únicamente material de Acurcio.

Abajo he puesto el texto de las glosas a los tres textos en escritura moderna. El original, con su letra gótica y sus muchas abreviaturas no es tan fácil de leer. Lo que he añadido son las soluciones de la *allegations*: los textos a los que se refiere el autor están indicados con la numeración moderna. Donde se refiere a uno de los tres textos básica he subrayado la referencia.

III. LA GLOSA ACURSIANA

Accursii Glossa in Digestum Vetus, Venetiis, Baptista de Tortis 1488.

D.6,1,72.

e. Si a Ticio. non domino.

Traducción: Si... a Ticio. Que no es el propietario.

f. Precio soluto. maxime, ut infra ti. i. l. De precio. (D.6,2,8) Vel dic speciale quia contra dominum datur sicut et quando directam in rem intenderet, ut C. e. l. Quotiens. (C.3,32,15) Vel ideo quia loco pignoris et cet., ut infra de act. emp. Jul. § Offerri (D.19,1,13,8) uel ideo quia res uendite et cet. ut §Vendite Insti. de re. diui. (Inst.2,1,41) et sic propter uenditorem.

Traducción: Después de pagar... el precio. Sobre todo, como abajo en D.6,2,8. O bien diga que es algo especial porque se da contra el propietario, también si ejercitara una acción real directa, como en C.3,32,15. O bien en vez de una prenda etcétera, como abajo en D.19,1,13,8; o bien porque las cosas vendidas etcétera, como en Inst.2,1,41 y así por motivo del vendedor.

g. Vt tu potior, scilicet prior emptor.

Traducción: Que prevalezcas tú. Es decir, el primer comprador.

h. Peteres. per Publicianam, ut infra de excep. rei uen. l. pe. (D.21,3,2) et infra de excep. do. l. Apud Celsum § Si a Ticio. (D.44,4,4,32) et sic no(ta) ex superueniente dominio confirmari alienationem, ut hic, et infra de usuca. l. Cum uir (D.41,3,42) et in auten. de non eli. § Hoc quoque prospeximus. (Coll. I,2,1) Item pignus ut infra qui po. in pig. ha. l. Creditor § Cum ex causa. (D.20,4,3,1) Sed argu. contra iu. sol. l. Si ante. (D.46,7,7).

Traducción: Tú la reclamaras. Con la Publiciana, como abajo en D.21,3,2 y abajo en D.44,4,4,32. Y así nota que la enajenación es confirmada por la propiedad sobrevenida, como aquí, y abajo en D.41,3,42 y en el Auténticum, Coll. I,2,1. Lo mismo en cuanto a la prenda, como abajo en D.20,4,3,1. Pero hay un argumento contrario en D.46,7,7.

i. Replicatione. scilicet rei uen. et sic poteris eum cogere ut in te transferat dominium. Non enim dico quod etiam si tu possideas quod efficiaris statim dominus cum uenditor factus est dominus nisi iterum tradat postea pos(sessionem), arg. infra de act. emp. l. Si quis alienam. (D.19,1,46) Licet sit arg. contra infra si cer. pe. Proinde et cet. (D.12,1,8) et C. de se. nup. aut. Sed et si quis. (4 post C.5,9,3) Et hoc quod non transeat dominium dico maxime ea ratione, quia dominus in hoc non consenserit, neque dominium transferre uoluit. Et nota quod hic est casus in quo Publiciana datur contra dominum.

Traducción: La réplica. Es decir, la de la cosa vendida, y así le puedes obligar a transferirte la propiedad. Porque no digo que incluso si tú poseyeras que te convertirías directamente en propietario cuando el vendedor se hace propietario, a no ser que después vuelva a transferir la posesión, tal y como se argumenta en D.19,1,46. Aunque hay un argumento contrario abajo en D.12,1,8 y en la auténtica 4 post C.5,9,3. Y esto que no se transfiere la propiedad, lo digo especialmente por este motivo, que el propietario no estaba de acuerdo y no quería transferir la propiedad. Y date cuenta de que este es un caso en el que la Publiciana se da contra el propietario.

D.21,3,2.

c. Si a Ticio. tradiderit, cum primus a possessione cecidit, uel de facto, ut infra de fundo do. l. Si fundum. (D.23,5,16).

Traducción: Si a Ticio ... te hubiese sido entregado. Cuando el primero ha perdido la posesión, o de hecho, como en D.23,5,16.

d. *Summoueretur; ut supra ti. i. l. Vendicantem. (D.21,2,17) et dixi de hac materia supra de rei uen. l. Si a Ticio. (D.6,1,72).*

Traducción: Sería rechazado. Como arriba en D.21,2,17. Y he hablado de esta materia arriba en «mi comentario a» D.6,1,72.

e. *Peteres. speciale, ut Publiciana detur contra dominum.*

Traducción: Reclamaras. Es algo especial, que la Publiciana se dé contra el propietario.

Accursii Glossa in Digestum Novum, Venetiis, Baptista de Tortis 1487.

D.44,4,4,32.

d. *Si a Ticio. soluto maxime, ut supra de Publiciana l. De precio, (D.6,2,8) uel dic ut supra de rei uendicatione l. Si a Titio. (D.6,1,72) Acc.*

Traducción: Si a Ticio. Después de pagar. Especialmente, como arriba en D.6,2,8; o diga como arriba en D.6,1,72. Ac(ursio).

e. *Tueri. petendo et defendendo, quia et cet. et est bona ratio: ut infra de regulis iuris l. Nemo plus iuris et cet. (D.50,17,54) Ac.*

Traducción: Te defienda. Al reclamar y al defenderte, porque etcétera. Y es un buen razonamiento, como abajo en D.50,17,54. Ac(ursio).

f. *Suus. uerba exceptionis. Ac.*

Traducción: Propio. Palabras de la excepción.

g. *Intelligeretur. presumptione iuris: cum in ea causa sit: ut possit auocari a Ticio: qui factus est dominus: sic enim dominium habet ut non sibi sed alii prodesse: conseruarique debeat ab ipso. argumentum C. communia de le. l. fi. § Sed quia. (C. 6,43,3,2) et facit de uerbo ad uerbum: supra de rei uend. l. Si a Ticio (D.6,1,72) et plene expone ut ibi. Item facit supra de exceptio. rei uend. l. Si a Ticio. (D.21,3,2) Sed contra supra de acti. empti. Si ea res § fi. contra. (D.19,1,31,2) Sed ibi a diuersis emimus: unus a domino alius a non domino. hic autem ambo ab uno: prius a non domino: postea a domino. Item est hic casus: ubi Pub. datur contra dominum: sunt et alii quos dic; ut no(tavi) supra de Pub. l. penul. (D.6,2,16) et l. fi. (D.6,2,17) Ac.*

Traducción: Se entiende. Por una presunción, dado que está en la situación de que pueda serle quitado a Ticio, que se ha hecho propietario; porque tiene la propiedad de manera que debe servirle no a él, sino a otro, y ser conservada por él. Un argumento «se encuentra» en C.6,43,3,2 y procede de palabra a palabra: arriba en D.6,1,72; y explícalo completamente como allí. Lo mismo lo hace arriba en D.21,3,2; pero lo contrario en D.19,1,31,2. Sin embargo, allí hemos comprado de personas distintas: uno del propietario y el otro de quien no lo era; pero aquí los dos compramos del mismo: primero cuando no era propietario, luego cuando lo era. También este es un caso en el que se da la *Publiciana* contra el propietario. Hay además otros que menciono, como he apuntado arriba en D.6,2,16 y D.6,2,17. Ac(ursio).

Lo que llama la atención es que los tres textos han sido relacionados entre sí. Por ejemplo: en la glosa *h.* a D.6,1,72 se mencionan los otros dos. No por casualidad el primer texto tiene glosas más amplias; las glosas de los otros textos en parte se refieren a ellas. En la glosa *h.* a D.6,1,72 los dos otros textos se mencionan para demostrar que se trata de la *actio Publiciana* con la que el primer vendedor reclama el fundo cuando ha perdido la posesión.

En cuanto a otra de las preguntas que he hecho arriba: no debe sorprendernos que no haya ninguna mención de interpolaciones. Ellas son un tema que no les interesaba a los glosadores, quienes interpretaban el *Corpus Iuris Civilis* como una unidad, que Justiniano había creado como legislación coherente sin antinomias. La diferencia entre el Derecho romano clásico y el Derecho justiniano fue un tema de estudio para el humanismo jurídico de los siglos XVI y XVII, no tanto para los glosadores.

Vamos a repasar las glosas más importantes a los tres textos, sobre todo las del texto D.6,1,72. A este texto hay cinco glosas, referenciadas con las letras *e*, *f*, *g*, *h*, *i*. Las primeras tres no tienen demasiada importancia: *e*. y *g*. son explicaciones breves y muy sencillas, y la glosa *f*. da unas referencias a textos que subrayan que el pago del precio no es un elemento esencial en este caso. En la glosa *h.*, sin embargo, encontramos un contenido más interesante. En primer lugar, podemos ver que los tres textos del *Digesto* se relacionan entre sí: la glosa da referencias a los textos D.21,3,2 y D.44,4,4,32, para dejar claro que la acción que ejercita «tú» –el primer comprador– contra Ticio cuando éste ha llegado

a tener la posesión del fundo es la *actio Publiciana*. La glosa no especifica que esta acción en sí no es suficiente, dado que a la Publiciana Ticio va a responder con la *exceptio iusti dominio*, y «tú» va a necesitar una *replicatio* para ganar el pleito.

Más interesante es el siguiente pasaje. Contrario a los textos básicos que solo dan una solución por vía procesal, la glosa *h.* se pregunta qué es exactamente el efecto del hecho de que Ticio herede el fundo de Sempronio y se convierta en propietario sobre lo enajenado a «tú», el primer comprador. Este efecto es que se confirma la enajenación: *confirmari alienationem*, lo que parece sugerir que «tú» se convierte en propietario. Esta sugerencia es reforzada por una *allegatio* al texto D.41,3,42: en este texto, un marido vende un *praedium dotale* a un tercero. Es una venta prohibida, dado que se trata de un inmueble perteneciente a la dote de su esposa. Sin embargo, si la mujer fallece durante el matrimonio y toda la dote termina en manos del marido, otra vez hay una confirmación (*confirmari*) –por cierto, de la *venditio*, no de la *alienatio*–. Hay una segunda *allegatio* al texto Coll. I,2,1 del *Authenticum*, pero tengo que confesar que no he podido determinar qué argumento debería aportar.

Luego viene un caso parecido en la *allegatio* D.20,4,3,1. Alguien establece dos derechos de prenda sobre la misma cosa; la primera vez todavía no la tiene en propiedad. Aquí también es el primer acreedor quien tiene la posición más fuerte –aunque en este texto no se encuentra la misma argumentación elaborada por vía procesal–. Pero se añade un argumento contrario basado sobre D.46,7,7: allí hay un *procurator in litem* que se convierte en heredero del demandante, y resulta que gracias a este cambio de estatus los *fideiussores* ya no responden por la *cautio iudicatum solvi*. Es decir, que la sucesión en este caso no confirma nada, sino que más bien resuelve la responsabilidad existente.

La glosa *i.* contradice hasta cierto punto la glosa *h.*, porque en ella se dice que Ticio –después de heredar de Sempronio– puede transferir la propiedad del fundo a «tú» mediante una segunda *traditio*; «tú» no se hace *statim dominus*. Esto encuentra confirmación en la *allegatio* D.19,1,46: es también un caso de un vendedor de cosa ajena que luego se convierte en heredero del propietario, y por ende *coetur implere venditionem*, lo que parece referirse a la entrega y consiguiente transmisión de la propiedad. El hecho de que el vendedor herede la cosa no es

suficiente para satisfacer al comprador; se necesita algo más. Un argumento contrario se encuentra en la *allegatio* D.12,1,8 donde la propiedad de las monedas entregadas en función de un contrato de mutuo con condición suspensiva pasa directamente al deudor cuando se cumple la condición. Y en la *allegatio* de la auténtica 4 *post* C.5,9,3 encontramos otro caso en el que *confirmatur alienatio* de cosa ajena cuando el enajenante se convierte en heredero del propietario.

Finalmente, unas palabras sobre la glosa g. al texto D.44,4,4,32. No la voy a comentar entera; la parte más interesante me parece la frase *sic enim dominium habet ut non sibi sed alii prodesse conseruarique debeat ab ipso*. Se refiere a la posición de Ticio después de la muerte de Sempronio. La propiedad del fundo pasa de Sempronio a Ticio al fallecer el primero, pero dado que Ticio ya lo vendió a «tú» no obtiene una propiedad plena, porque no tiene el fundo *in bonis*: no lo tiene para sí mismo sino para el comprador y lo tiene que conservar para este. Es una manera de buscar la solución del caso mediante el derecho de la propiedad, no tanto por la vía procesal.

IV. RESUMIENDO

La *Glosa Acursiana* nos enseña que un siglo y medio después del inicio de la recepción del Derecho romano en Bolonia, los glosadores han percursado el *Corpus Iuris Civilis* entero. Han relacionado entre sí estos tres textos que se ubican al inicio, en el medio y al final del *Digesto*. Les han añadido glosas con un buen número de *allegationes* a textos del *Digesto*, pero también de la *Institutiones*, del *Codex* y de las *Novelas* que los glosadores conocían: el *Authenticum*. Se nota que, gracias a sus trabajos, el *Corpus Iuris* se hizo más asequible y manejable: para la interpretación de los textos, las *allegationes* indican textos paralelos (*similia*) y contrarios (*contraria*), y así la *Glosa Acursiana* hacía posible encontrar varios argumentos en otros lugares del *Corpus Iuris* con facilidad. De esta manera, los glosadores establecieron la base para el trabajo posterior de los comentaristas, quienes podían soltarse más del texto del *Corpus Iuris* por un lado, y por otro, darle un papel en la práctica, porque gracias a la obra de los glosadores, les fue posible encontrar argumentos tanto a favor como en contra de ciertas opiniones.

Lo que llama la atención también es que en el caso de la doble venta y entrega no se limitan a explicar el caso tal y como se presenta en los textos; van más allá y buscan la solución por otra vía. Mientras que en los textos del *Digesto* la solución se encuentra únicamente por vía procesal –¿quién gana el pleito contra quién?– la *Glosa Acursiana* estudia qué pasa con la propiedad del fundo de Sempronio. Es decir, que la solución se busca más bien en términos de derechos y no tanto por la vía procesal. Es un cambio interesante de aproximación al problema de estos textos, el inicio de la transición del *ubi remedium ibi ius* del derecho romano clásico al *ubi ius ibi remedium* que sigue siendo nuestra manera de ver la relación entre Derecho material y procesal.

Así tenemos respuestas a las primeras tres preguntas que hemos formulado arriba. La cuarta se merece un estudio propio en otro momento y otro lugar.

El Corpus Iuris Civilis y las fuentes jurídicas romanas en general, fueron y son determinantes en la formación del Derecho de muchos Estados actuales, es sobradamente conocida su influencia en los ordenamientos jurídicos de la casi totalidad de países europeos, prácticamente en todos los países Latinoamericanos, así como en otros muchos: Japón, Sudáfrica o la India. Es más, fuera de ser considerado un mero Derecho histórico, el Derecho Romano tiene vigencia aún en los principios jurídicos de la Europa actual, como lo reiteran las más recientes novedades entre las que destaca el código de obligaciones europeo o el ámbito del Derecho de sucesiones.

Por ello, la investigación romanística, tal y como es entendida desde la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), incorpora una visión europeísta e integradora de la ciencia jurídica universal necesaria en el contexto formativo, investigador y de divulgación científica y transferencia de conocimiento, tanto de juristas como de otros profesionales.

El Derecho Romano es parte esencial de la cultura jurídica occidental, de suerte que ha sido nuestro Derecho Común desde el siglo XII hasta el siglo XXI, y como tal, está integrado en las bases jurídicas que ayudarán al desarrollo jurídico con la mirada puesta en el futuro, en tanto que expresa y recoge lo que une a ordenamientos jurídicos de los diferentes países a pesar de las diferentes circunstancias de su trayectoria histórica.

ISBN 978-84-19647-59-7



9 788419 647597