

JOAN MIQUEL

DERECHO ROMANO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN DE LA PRESENTE EDICIÓN.....	19
PRÓLOGO DEL AUTOR.....	21

PRELIMINAR

EL DERECHO ROMANO EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA	25
---	----

PARTE PRIMERA

HISTORIA Y FUENTES DEL DERECHO ROMANO

EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO Y SU PERIODIFICACIÓN	31
TABLA CRONOLÓGICA.....	33

CAPÍTULO 1

ÉPOCA DEL ESTADO-CIUDAD: EL DERECHO ROMANO ARCAICO (HASTA EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO III A. C.)

TEMA 1. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS	39
1.1. Prehistoria y protohistoria de Italia	39
A) Condicionamientos geográficos	39
B) Prehistoria de Italia	40
C) Protohistoria de Italia.....	41
1.2. La Monarquía	41
1.3. La República.....	42
TEMA 2. LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL.....	43
2.1. Las magistraturas.....	43

	Pág.
2.2. El senado.....	45
2.3. Asambleas populares.....	46
TEMA 3. EL <i>IUS CIVILE</i> DEL ESTADO-CIUDAD	47
3.1. La tradición de las XII Tablas y su crítica	47
3.2. Contenido de las XII Tablas.....	49
A) Derecho Procesal.....	49
B) Derecho Penal	49
C) Derecho de familia y herencia.....	50
D) Derecho de cosas	50
E) Derecho de obligaciones.....	50
F) Derecho funerario	51
3.3. La evolución del derecho después de las XII Tablas	51

CAPÍTULO 2

ÉPOCA DEL IMPERIO UNIVERSAL: DERECHO PRECLÁSICO Y CLÁSICO (HASTA EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO III D. C.)

TEMA 4. EL APOGEO Y CRISIS DE LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA...	55
4.1. La ascensión de Roma a potencia universal.....	55
4.2. La administración del Imperio. Italia y las Provincias	56
Italia	56
Las Provincias.....	57
4.3. La crisis de la constitución republicana	58
TEMA 5. EL PRINCIPADO	59
5.1. Naturaleza del Principado	59
5.2. La sucesión en el Principado	62
5.3. La nueva administración estatal.....	65
5.4. Principado y cristianismo	66
TEMA 6. <i>IUS CIVILE, IUS GENTIUM, IUS HONORARIUM</i>	67
6.1. La contraposición <i>ius civile - ius gentium</i>	67
6.2. La contraposición <i>ius civile - ius honorarium</i>	68
6.3. La pluralidad de estratos jurídicos. El Derecho imperial	70
TEMA 7. LA JURISPRUDENCIA ROMANA	70
7.1. Los comienzos de la jurisprudencia romana	70
7.2. La jurisprudencia clásica. Etapas de desarrollo	71
TEMA 8. EL DERECHO IMPERIAL.....	74
8.1. Legislación popular y senatorial en el Principado	74
8.2. Las constituciones imperiales.....	75
8.3. Derechos indígenas y Derecho imperial.....	76

CAPÍTULO 3

EL ESTADO ROMANO TARDÍO Y EL DERECHO POSCLÁSICO (HASTA EL SEGUNDO TERCIO DEL SIGLO VI D. C.)

TEMA 9. LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL.....	77
--	-----------

	Pág.
9.1. La crisis del siglo III	77
9.2. La época de la monarquía absoluta	78
9.3. Cristianismo y Bajo Imperio.....	79
TEMA 10. LA EVOLUCIÓN JURÍDICA POSCLÁSICA	80
10.1. La corrupción de la literatura jurídica.....	81
10.2. El Derecho romano vulgar.....	81
10.3. Legislación imperial y colecciones de constituciones.....	82
10.4. Leyes de citas y codificaciones prejustinianas.....	83
10.5. Las escuelas orientales de Derecho	84
TEMA 11. LA COMPILACIÓN JUSTINIANA.....	85
11.1. La obra jurídica de Justiniano.....	85
11.2. El proceso de la codificación: Codex, Digesto e Instituciones.....	86
11.3. Especial consideración del Digesto	87
11.4. Novelas.....	89
11.5. La compilación y el Derecho bizantino.....	90

CAPÍTULO 4

LA TRADICIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ROMANO

TEMA 12. DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA	91
12.1. Glosadores y comentaristas	92
12.2. La recepción del Derecho romano en Europa.....	94
12.3. El Humanismo jurídico	94
12.4. La Escuela Histórica y la pandectística	95
12.5. La dirección neohumanística	96

PARTE SEGUNDA

INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO

CAPÍTULO 1

SUJETOS DE DERECHO

TEMA 1. LA PERSONA FÍSICA	101
1.1. Conceptos fundamentales: capacidad jurídica, capacidad de obrar, <i>status</i> .	101
1.1.1. Derechos de la personalidad	102
1.2. Comienzo y extinción de la personalidad	103
1.3. Circunstancias modificativas de la capacidad de obrar	104
1.4. Los tres <i>status</i>	105
1.4.1. <i>Status libertatis</i>	105
Preliminar: condición social de los esclavos.....	105
Causas de la esclavitud.....	107
Extinción de la esclavitud	108
Restricciones de la libertad de manumitir.....	109
Los libertos y el patronato	109
Situaciones afines a la esclavitud	110
1.4.2. <i>Status civitatis</i>	110

	Pág.
1.4.3. <i>Status familiae</i>	112
TEMA 2. PERSONAS JURÍDICAS	114
2.1. Ideas generales	114
2.2. Corporaciones.....	115
A) El Estado romano	116
B) Municipios y colonias.....	116
C) <i>Collegia, corpora, sodalitates</i>	117
2.3. Fundaciones.....	117

CAPÍTULO 2

PROCESO CIVIL ROMANO

TEMA 3. IDEAS GENERALES SOBRE EL PROCESO CIVIL ROMANO.....	119
3.1. Nociones introductorias: autoayuda y protección jurídica del Estado	119
3.2. Épocas en la historia del proceso civil romano	121
TEMA 4. LAS ACCIONES DE LEY	123
4.1. Características generales.....	123
4.2. Las diversas acciones de Ley	123
A) <i>Legis actio sacramento</i>	123
B) <i>Legis actio per iudicis arbitrive postulationem</i>	124
C) <i>Legis actio per conductionem</i>	124
D) <i>Legis actio per manus iniunctionem</i>	124
E) <i>Legis actio per pignoris capionem</i>	125
TEMA 5. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO	125
5.1. Origen histórico.....	125
5.2. Estructura de la fórmula: <i>intentio, demonstratio, adiudicialio, condemnatio, exceptio, praescriptio</i>	126
5.3. Clases de acciones	128
5.4. Las fases del procedimiento formulario	130
5.4.1. La fase <i>in iure</i>	130
A) El inicio y desarrollo del procedimiento hasta la <i>litis contestatio</i>	130
B) La <i>litis contestatio</i>	131
5.4.2. La fase <i>apud iudicem</i>	133
A) Comparecencia.....	133
B) La prueba.....	133
C) La sentencia.....	134
Apéndice: Ejecución de la sentencia	134
TEMA 6. LOS COMPLEMENTOS EXTRAPROCESALES DE LA JURISDICCIÓN PRETORIA	135
6.1. Interdictos.....	135
6.2. <i>Missio in possessionem</i>	136
6.3. <i>Stipulationes praetoriae</i>	137
6.4. <i>In integrum restitutio</i>	137
TEMA 7. LA <i>COGNITIO EXTRA ORDINEM</i>	137
7.1. Características y antecedentes.....	137

	Pág.
7.2. El pleito hasta el período de la prueba.....	138
7.3. La prueba.....	139
7.4. Sentencia y recursos.....	139
7.5. Ejecución de la sentencia.....	139

CAPÍTULO 3

NEGOCIO JURÍDICO

TEMA 8. CONCEPTO PANDECTISTA DEL NEGOCIO JURÍDICO	141
8.1. Concepto	141
8.2. Clases de negocios jurídicos	143
8.3. Elementos del negocio jurídico: estudio especial de la condición, el término y el modo.....	144
A) Condición	144
B) Término o plazo.....	147
C) Modo.....	147
8.4. Interpretación de los negocios jurídicos.....	147
8.5. La representación.....	151
8.6. Invalidez del negocio jurídico.....	152
1. Concepto y clases.....	152
2. Vicios de la voluntad: error, dolo y violencia.....	153
A) Error.....	153
B) Dolo y violencia.....	154
3. Discordancia entre voluntad y declaración: reserva mental, simulación y error obstativo.....	154

CAPÍTULO 4

DERECHOS REALES

TEMA 9. LAS COSAS Y SU CLASIFICACIÓN.....	157
9.1. Concepto de cosa.....	157
9.2. Clasificaciones de las cosas.....	158
TEMA 10. LOS DERECHOS REALES.....	163
10.1. Concepto, antítesis entre derechos reales y derechos de obligación y clasificación de los derechos reales.....	163
A) Concepto.....	163
B) Derechos reales y derechos de obligación.....	165
C) Clasificación de los derechos reales.....	166
TEMA 11. LA PROPIEDAD.....	167
11.1. Concepto y evolución histórica.....	167
11.2. Formas de propiedad	170
11.3. La copropiedad romana.....	171
11.4. Límites del derecho de propiedad.....	172
11.5. Protección de la propiedad.....	173
A) Protección de la propiedad civil.....	173
B) Protección de la propiedad pretoria	174

	Pág.
TEMA 12. ADQUISICIÓN DERIVATIVA DE LA PROPIEDAD: <i>MANCIPATIO</i> , <i>IN IURE CESSIO</i> Y <i>TRADITIO</i>	175
12.1. <i>Mancipatio</i>	175
12.2. <i>In iure cessio</i>	177
12.3. <i>Traditio</i>	177
TEMA 13. LA USUCAPIÓN.....	180
13.1. Derecho arcaico.....	180
13.2. Derecho clásico.....	180
13.3. Derechos posclásico y justiniano.....	183
TEMA 14. REFERENCIA A LA ADQUISICIÓN ORIGINARIA DE LA PROPIEDAD (OCUPACIÓN Y TESORO; ACESIÓN; ESPECIFICACIÓN; CONFUSIÓN Y CONMIXTIÓN; ADQUISICIÓN DE LOS FRUTOS)	184
TEMA 15. LA POSESIÓN	186
15.1. Concepto y clases.....	186
A) Derecho clásico	187
B) Derecho posclásico y justiniano.....	192
15.2. Adquisición y pérdida de la posesión.....	192
15.3. Tutela de la posesión.....	195
TEMA 16. DERECHOS REALES SOBRE COSA AJENA	196
16.1. Derechos reales de uso y disfrute	196
16.1.1. Servidumbres prediales	196
A) Concepto y principios generales	196
B) Tipos de servidumbres	198
C) Constitución, extinción y protección.....	200
16.1.2. Usufructo y figuras afines.....	201
16.1.3. Enfiteusis.....	205
16.1.4. Superficie.....	208
16.2. Derechos reales de garantía.....	210
16.2.1. Garantías reales y garantías personales	210
16.2.2. Fiducia.....	211
16.2.3. <i>Pignus/hypotheca</i>	212
A) Concepto	212
B) Protección	213
C) Objeto, constitución y extinción	214

CAPÍTULO 5

DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TEMA 17. LA OBLIGACIÓN.....	221
17.1. Concepto y origen histórico.....	221
17.2. Fuentes de las obligaciones: contratos y delitos.....	223
17.3. Contenido y requisitos de la prestación	225
17.4. Lugar y tiempo de la prestación	225
17.5. El principio de la vinculación exclusiva de los sujetos contratantes: estipulaciones a favor y a cargo de un tercero	226

	Pág.
TEMA 18. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES	226
18.1. Según el objeto	226
18.1.1. Obligaciones específicas, genéricas	226
18.1.2. Obligaciones alternativas y facultativas	227
18.1.3. Obligaciones divisibles e indivisibles.....	228
18.2. Según los sujetos	228
18.2.1. Obligaciones ambulatorias.....	228
18.2.2. Obligaciones parciarias, cumulativas y solidarias	228
18.3. Según el vínculo	231
18.3.1. Obligaciones civiles y honorarias	231
18.3.2. Obligaciones civiles y naturales	231
TEMA 19. GARANTÍA Y REFUERZO DE LAS OBLIGACIONES.....	232
19.1. Fianza y <i>mandatum pecuniae credendae</i>	232
19.2. Senadoconsulto Veleyano	234
19.3. Refuerzo de las obligaciones: arra, cláusula penal y juramento	235
TEMA 20. EXTINCIÓN Y TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES	235
20.1. Extinción de obligaciones.....	235
20.2. Transmisión de obligaciones	239
TEMA 21. EL SISTEMA ROMANO DE RESPONSABILIDAD CONTRAC- TUAL.....	240
21.1. Incumplimiento de las obligaciones: presupuestos y consecuencias.....	240
21.2. Mora.....	244
TEMA 22. EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.....	244
22.1. <i>Contractus y pacta</i>	244
<i>Pacta adiecta</i>	245
<i>Pacta praetoria</i>	245
<i>Pacta legitima</i>	246
22.2. Clasificaciones de los contratos.....	246
TEMA 23. CONTRATOS REALES	250
23.1. Mutuo	250
23.2. Comodato.....	252
23.3. Depósito	253
23.4. Prenda	254
23.5. Contratos innominados.....	255
TEMA 24. CONTRATOS FORMALES	256
24.1. Contratos verbales; la <i>stipulatio</i>	256
24.2. Referencia a los contratos literales	258
TEMA 25. CONTRATOS CONSENSUALES.....	260
25.1. La compraventa.....	260
25.1.1. Concepto y evolución histórica.....	260
25.1.2. Obligaciones del comprador y del vendedor.....	262
25.1.3. Los pactos en la compraventa.....	265
25.2. <i>Locatio-conductio</i> (arrendamientos)	265
25.3. Mandato.....	267
25.4. Sociedad.....	268

	Pág.
TEMA 26. EL LLAMADO CUASICONTRATO.....	270
26.1. <i>Negotiorum gestio</i>	270
26.2. Enriquecimiento injustificado	272
TEMA 27. OBLIGACIONES PROVENIENTES DE ACTOS ILÍCITOS.....	273
27.1. Delitos civiles: <i>furtum, rapina, iniuria, damnum iniuria datum (Lex Aquilia)</i>	273
27.2. Los llamados cuasidelitos	275

CAPÍTULO 6

DERECHO DE FAMILIA

TEMA 28. EL MATRIMONIO.....	277
28.1. Concepto del matrimonio	277
28.2. Requisitos e impedimentos matrimoniales	280
28.3. Esponsales	282
28.4. Celebración del matrimonio y adquisición de la <i>manus</i> sobre la mujer... ..	282
28.5. La legislación matrimonial de Augusto	283
28.6. El matrimonio posclásico	284
28.7. Disolución del matrimonio: referencia especial al divorcio	286
28.8. Concubinato	287
TEMA 29. RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO	288
29.1. Conceptos fundamentales.....	288
29.2. Régimen dotal.....	289
29.2.1. Concepto y clases de dote.....	289
29.2.2. Constitución de la dote.....	290
29.2.3. Restitución de la dote.....	290
29.3. Bienes parafernales	291
TEMA 30. LA <i>PATRIA POTESTAS</i>	292
30.1. Conceptos fundamentales.....	292
30.2. Situación patrimonial de los <i>filiifamilias</i>	294
30.3. Adquisición y extinción de la <i>patria potestas</i>	295
TEMA 31. LA TUTELA.....	296
31.1. La tutela de los impúberos.....	296
31.2. <i>Tutela mulierum</i>	297
31.3. Las curatelas.....	298

CAPÍTULO 7

DERECHOS DE SUCESIONES Y DONACIONES

TEMA 32. DERECHO DE SUCESIONES.....	299
32.1. Conceptos fundamentales: <i>successio; hereditas; bonorum possessio</i> ; delación de la herencia	299
32.2. Principios sucesorios romanos.....	301
32.3. Evolución histórica del Derecho sucesorio romano.....	303
TEMA 33. LA SUCESIÓN INTESTADA.....	307

	Pág.
33.1. La sucesión intestada según el Derecho civil (XII Tablas y <i>lex Voconia</i> ; senadoconsultos Tertuliano y Orficiano)	307
33.2. La sucesión intestada según el Derecho pretorio: <i>bonorum possessio intestati</i>	310
33.3. Reformas justinianeas: novelas 118 y 127	311
TEMA 34. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA	316
34.1. Concepto y formas del testamento	316
A) Concepto de testamento	316
34.2. Testamentos especiales	318
34.3. <i>Testamentifactio, capacitas, indignitas</i>	319
34.4. Institución de heredero; sustituciones hereditarias; desheredación	320
34.5. La voluntad testamentaria	322
34.6. Nulidad y revocación del testamento	323
34.7. Apertura y publicación del testamento	324
34.8. Los codicilos	324
TEMA 35. SUCESIÓN FORZOSA	324
35.1. Sucesión del <i>ius civile</i> por preterición de los <i>sui heredes</i>	324
35.2. <i>Bonorum possessio contra tabulas testamenti</i>	325
35.3. <i>Querela inofficiosi testamenti</i>	326
35.4. Derecho justiniano	326
TEMA 36. <i>HEREDITAS IACENS</i> Y ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA	327
36.1. <i>Hereditas iacens</i>	327
36.2. Adquisición de la herencia	327
TEMA 37. EL HEREDERO DESPUÉS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA	328
37.1. La comunidad hereditaria	328
37.2. El <i>ius adscrescendi</i> (Derecho de acrecer)	329
37.3. Colaciones	329
37.4. El heredero y el patrimonio heredado: responsabilidad por deudas de la herencia	331
37.5. Protección procesal del heredero	333
TEMA 38. LEGADOS Y FIDEICOMISOS	333
38.1. Concepto y formas de los legados	333
A) Concepto	333
B) Formas	334
38.2. Los sujetos y el objeto del legado	336
A) Sujetos	336
B) Objeto	336
38.3. El prelegado	336
38.4. La adquisición de los legados	336
38.5. Invalidez e ineficacia de los legados	337
38.6. Los fideicomisos	338
TEMA 39. DONACIONES	340
39.1. Concepto y evolución histórica de la donación	340
39.2. Clases de donaciones. La donación por causa de muerte	343
39.3. Revocación de donaciones	344

PRESENTACIÓN DE LA PRESENTE EDICIÓN

La obra *Derecho romano* constituye una refundición debidamente concordada y actualizada de dos obras de Juan MIQUEL (1933-2008), *Historia del Derecho Romano* y *Derecho privado romano* sobradamente conocidas por los romanistas y por varias generaciones de estudiantes.

La idea que impulsa este proyecto es poner a disposición de los estudiantes de Derecho romano, tanto los que cursan el grado de Derecho como los de otras titulaciones, un único texto que contenga de manera unitaria las exigencias de los programas de la asignatura.

Por razones de coherencia sistemática interna y de respetar las referencias cruzadas se mantiene una numeración separada para la primera parte (Historia y Fuentes) y la segunda (Instituciones).

Los destinatarios de esta obra son por encima de todo los estudiantes, como lo han sido en las versiones anteriores, pero me consta que es una obra que goza del aprecio de muchos juristas ya formados. La claridad en la exposición sistemática, la precisión en los conceptos y la profundidad de las ideas hacen que este Derecho romano mantenga en 2016 el vigor y la fuerza que tenía desde que en los inicios de la década de los ochenta del siglo pasado vieran la luz las anteriores versiones.

Debo agradecer a Marcial Pons su impulso y decisión a la hora de sacar este proyecto adelante.

También a los discípulos de mi padre por su ayuda a la hora de realizar esta refundición.

Jorge MIQUEL
Barcelona, julio de 2016

PRÓLOGO DEL AUTOR*

Es el momento de abordar algunos problemas que plantea la enseñanza del Derecho romano. En efecto, los nuevos planes de estudios de la carrera de Derecho plantean la necesidad de reducir, concentrar e, incluso, en la medida de lo posible, actualizar los contenidos. Explicar una materia tan extensa como el Derecho romano en un lapso de tiempo tan breve como es un cuatrimestre supone la necesidad de realizar una modificación importante. Para ello varios caminos se ofrecen como posibles:

a) En primer lugar, la actualización, la modernización de la materia «Derecho romano» pudiera llevar a la idea de explicar un «Derecho de Pandectas». Es decir, el razonamiento, realmente simplista, pudiera ser el siguiente: si hoy no hay ni esclavitud, ni esclavos, ni libertos, para qué vamos a explicar estas materias. Se las puede suprimir tranquilamente del programa, tal como habían hecho ya los pandectistas del siglo pasado, que enraizando con la vertiente dogmática de SAVIGNY aspiraban a construir un «Derecho romano actual». Sin perjuicio de la legitimidad de explicar un «Derecho de Pandectas» como lo hiciera a principios de nuestro siglo, después de la entrada en vigor del Código Civil alemán, un jurista de tanta sensibilidad histórica como MITTEIS, nosotros estamos decididamente en contra de este planteamiento. Y estamos en contra ya que ello supone no respetar la historicidad del objeto de nuestro estudio. El estudiante debe de comprender ya desde el primer año de su estudio que el Derecho es producto histórico y que, por tanto, está dentro de unas coordenadas espaciales y temporales, es decir, anclado en las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales de una época determinada. Y ahí estriba precisamente el valor del estudio del Derecho romano. A la inversa, prescindir del marco histórico concreto pudiera llevar a una tergiversación muy tosca, por constituir una desnaturalización del objeto de estudio. Creo que ni siquiera se lograría la finalidad de

* Prólogo redactado por Joan MIQUEL para la última edición del *Derecho Privado Romano* que revisó personalmente; está fechado en Barcelona el 24 de junio de 1992. Se mantiene en la presente edición puesto que sus consideraciones siguen siendo de actualidad.

constituir una mera introducción al estudio del Derecho civil. De ahí que pocos serán los juristas que piensen en esta posibilidad y, de entre ellos, prácticamente ningún romanista.

b) Otra posibilidad, en principio mucho más atractiva dada la limitación del tiempo, es ceñirse a un tema concreto que tenga interés para el jurista actual. Se podría argumentar aquí con la necesaria conexión que debe existir entre la investigación y docencia. En vez de extenderse, cada profesor profundizaría en un tema muy concreto que cumpliera el doble objetivo de constituir la materia de sus investigaciones y ser de interés para la formación del jurista en ciernes. Uno de estos temas —y se trata únicamente de un ejemplo— lo podría constituir «La lógica de los juristas romanos». Así, arrancando de una lógica puramente formal, se podría decir que las técnicas del razonamiento son trasplantables de una época a otra, en tanto que cambian profundamente las premisas de las que arranca un razonamiento. Luego, de paso, incidentalmente tan sólo, se podría hablar del Derecho romano como Derecho de juristas, de la personalidad de los juristas más relevantes (y de la manera en que puede influir en su modo de razonar) y, finalmente, del entorno político, económico, social y cultural que les envolvía.

Esta posible solución al problema es sugestiva y cuenta a su favor el escaso tiempo del que se va a disponer para explicar «Derecho romano». No obstante, creo que debe de ser rechazada, ya que cae en la arbitrariedad de no distinguir entre lo que son materias troncales y optativas. Efectivamente, a muchos les parecerá acertado que figure en un plan de estudios de Derecho, como optativa, una materia como «Lógica para juristas», con referencias, si se quiere, al modo de razonar de los juristas romanos (yo mismo he explicado, a lo largo de un semestre, «Lógica para juristas» en Universidades como Múnich, Fráncfort o Bielefeld y he dictado lecciones con el mismo título en Universidades como la de Córdoba, la Universidad Autónoma y Carlos III en Madrid, la Universidad de Colonia, la de Chuo en Tokio, la de Kyushu en Fukuoka). Creo, en definitiva, que hay que respetar la distinción entre lo que son materias troncales y materias optativas. La razón de respetar esta distinción no es puramente formal: se trata de respetar las garantías del estudiante en el cumplimiento de los planes de estudio. La opción que ahora discutimos no se atiene al título de nuestra asignatura «El Derecho romano y su recepción en Europa» y, al depender de las preferencias de cada profesor, fácilmente puede llevar a la arbitrariedad, dejando en situación de indefensión al estudiante.

c) Los colegas bienintencionados y que dan consejos tienen otra solución: la síntesis. Se trata, *verbi gratia*, de reducir a cien páginas lo que antes se explicaba en cuatrocientas. Pero aquí hay que matizar, ya que la reducción también tiene sus límites (por mucha prisa que se tenga), de modo que la síntesis «genial» puede resultar, a la postre, un resumen mal hecho; e, incluso, la síntesis mejor hecha suele ser de más difícil comprensión que el original del que se partió. Todos nosotros recordamos una obra tan espléndida como el *Derecho civil de España* de Federico DE CASTRO y la síntesis tan acabada de esta obra, que hizo el propio don Federico, pero que resultaba al estudiante mucho más difícil que la obra extensa. Al final, las síntesis dejan múltiples lagunas, que son las que provocan las continuas dudas en el estudiante. Vol-

viendo a nuestro Derecho romano, puede ser interesante suprimir todo lo referente a las causas de la esclavitud, causas de extinción de tal situación, etc., pero va a ser inevitable que el estudiante se pregunte por un fenómeno de tan enorme trascendencia social y económica en el mundo antiguo y por su regulación jurídica.

d) Finalmente, existe la posibilidad de centrar el foco de luz en aquellas instituciones que, por haber constituido la base de los modernos Ordenamientos jurídicos (sobre todo del Derecho privado), todavía hoy pueden tener interés para el jurista actual. En este sentido, un dato precioso, que confirma nuestra interpretación y orienta en la necesaria adaptación a los nuevos planes de estudio, lo suministra el nombre de nuestra asignatura. Ahora se llama «Derecho romano y su recepción en Europa». Esta es la posibilidad por la que nos hemos decidido. Los dos tipos distintos de letra pretenden servir de orientación a la hora de separar lo que tiene un valor meramente histórico, de las instituciones que, por haber pasado a Ordenamientos jurídicos modernos, conservan un valor ejemplar.

PRELIMINAR

EL DERECHO ROMANO EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA

El plan de estudios del grado en Derecho reúne en un curso la enseñanza de la historia del Derecho romano y la de sus instituciones, que se presentan también conjuntamente en este manual. Así, la Parte primera está dedicada a la historia y fuentes del Derecho romano y la Parte segunda se centra en las Instituciones de Derecho privado romano. Ahora bien, como la asignatura «Derecho romano» tiene, entre nosotros, una función fundamentalmente propedeútica (servir de introducción a los conceptos básicos del Derecho privado), la concentración en las instituciones hace que el tiempo dedicado a la historia sea mínimo. A esto hay que añadir que la explicación se realiza en el primer mes de curso, momento especialmente delicado en que se está iniciando aún la necesaria compenetración entre el profesor y unos alumnos que acaban de entrar en la Universidad.

En la moderna ciencia del Derecho se suelen seguir dos sistemas para clasificar las instituciones de Derecho civil: el plan de Gayo, llamado también romano-francés, y el plan de SAVIGNY.

Dice Gayo en sus Instituciones (1, 8): «*Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*» (Todo el Derecho que utilizamos atañe o a las personas o a las cosas o a las acciones). Personas, cosas y acciones es, pues, el criterio de clasificación que sirve de base a Gayo y a Justiniano y que luego, con modificaciones, pasa, a través del *Code civil* francés, a otros Códigos, como el Código Civil español.

En cambio, en la sistemática de SAVIGNY, que seguirán, casi concordemente, la Pandectística, el Código Civil alemán (BGB) y las modernas exposiciones de Derecho civil, las instituciones aparecen precedidas de una parte general, donde se estudian conceptos abstractos comunes a las instituciones de la parte especial, y agrupadas según el siguiente orden: A) Parte gene-

ral. B) Derechos reales. C) Derecho de obligaciones. D) Derecho de familia. E) Derecho de sucesiones.

La presente exposición sigue este último criterio, por ser el que el estudiante va a encontrar en la mayoría de los manuales y tratados de Derecho romano y que después se va a seguir en la asignatura «Derecho civil» a lo largo de la carrera de Derecho. En la parte general se encuentran atisbos de la sistemática gayana.

¿En qué sentido y dentro de qué límites es el Derecho romano útil para la formación del jurista moderno? El maestro KUNKEL tuvo ocasión de ocuparse de este punto en su coloquio con los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna en diciembre de 1969. Las consideraciones que siguen se inspiran en aquella memorable explicación, tratando, además, de completarla en lo necesario:

1. Lo fundamental en el estudio del Derecho romano es que ayuda a comprender que el Derecho es primordialmente producto histórico. Como subraya también ALBANESE: «El Derecho es esencialmente historia, en cuanto fenómeno humano en el tiempo, en cuanto fenómeno social. Con mentalidad meramente lógica no se capta sino un aspecto —y, ciertamente, el menos importante— del Derecho. De ahí la necesidad de ver la dimensión histórica, yo diría, el movimiento de cualquier cuestión jurídica actual». Como reitera PUGLIESE: «Considerar el Derecho en su devenir histórico es el único modo de conocerlo completamente; se adquiere el sentido de su relatividad y se aprende, por otra parte, cuanto haya en él de instancias y medios técnicos permanentes, superando la impresión de arbitrariedad y de artificio que procura el examen estático de un Derecho vigente».

2. El Derecho romano es la base de los Ordenamientos jurídicos de la Europa continental. Por eso es imprescindible su estudio para un cabal conocimiento de cualquiera de ellos.

Esta afirmación es especialmente válida en Cataluña, donde hasta la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña de 1960, el Derecho romano (en su forma de Derecho común) jugó un papel clave como Derecho supletorio. En los últimos tiempos, el Código Civil de Cataluña muestra una marcada impronta romanística en muchas de sus instituciones, a las que puntualmente nos referiremos. Más adelante tendremos, además, ocasión de ilustrar también la influencia del Derecho romano sobre el Código Civil español.

3. Al ser el Derecho romano la base, el sustrato común de los Derechos europeos continentales, constituye el necesario punto de partida para el estudio del Derecho comparado y para la proyectada elaboración de un Código Civil europeo. No es casualidad que el fundador de la moderna ciencia del Derecho comparado fuera un romanista de vocación, Ernst RABEL, y que a él se deba también el proyecto de ley uniforme sobre la compraventa de mercancías, cuyos trabajos preliminares se remontan ya a 1935.

4. El Derecho romano es la base de la terminología jurídica. De ahí su importancia como propedéutica jurídica (es decir, como preparación al estudio del Derecho). Y algo más, el Derecho romano es la lengua franca de los juristas europeos, es decir, una terminología jurídica común a los juristas que es capaz de traspasar las más diversas barreras lingüísticas.

5. El estudio del Derecho romano sirve eficazmente para el adiestramiento del jurista moderno en la técnica de la resolución del caso concreto. En efecto, el Derecho romano —al igual que el moderno Derecho angloamericano— es un Derecho eminentemente casuístico. Todo ello constituye un formidable antídoto contra el positivismo legalista y contra el leguleyismo, imperante en nuestros días y que prácticamente reducen la producción del Derecho a la ley.

6. El Derecho romano clásico es un modelo inigualable en la técnica del razonamiento jurídico. Por tanto, constituye una formación muy interesante para el jurista moderno.

7. El estudio del Derecho romano es una buena escuela para el aprendizaje de la exégesis de los textos. En efecto, el jurista se enfrenta continuamente con la interpretación de textos, sean éstos legales o negociales (por ejemplo, contratos o testamentos) y un buen adiestramiento para la interpretación de los mismos lo constituye el análisis de las fuentes romanas donde se encuentra un espléndido repertorio de refinados casos jurídicos.

PARTE PRIMERA
**HISTORIA Y FUENTES
DEL DERECHO ROMANO**

EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ROMANO Y SU PERIODIFICACIÓN

La enseñanza de la historia del Derecho romano no sólo debe de suministrar el marco para la comprensión de las instituciones, sino también llevar a la fundamental idea de que el Derecho es producto histórico. De ahí la utilidad de suministrar unos esquemas de trabajo, que ayuden al estudiante a superar el montón de datos y que le indiquen el centro de gravedad de las cuestiones.

Aunque los fenómenos se gestan nacen y desarrollan con poderosa lentitud siempre hay acontecimientos más salientes que, a modo de hitos, permiten la separación por épocas. La periodificación resulta imprescindible aunque lleve inherente una limitación fundamental: la división en períodos produce la impresión de un corte brusco, de que el cambio se produjo repentinamente, cuando en la realidad histórica el tránsito de una época a otra es fluido, sin solución de continuidad.

Hecha esta advertencia podemos separar tres períodos en la historia del Derecho romano:

- 1) Época del Estado-ciudad: el Derecho romano arcaico.
(hasta el primer tercio del siglo III a. C.)
- 2) Época del imperio universal: derecho preclásico y clásico.
(hasta el primer tercio del siglo III d. C.)
- 3) El estado romano tardío y el derecho posclásico.
(hasta el segundo tercio del siglo VI d. C.)

La razón de haber elegido esas dos cesuras (265 a. C.: primer tercio del siglo III a. C. y 235: primer tercio del siglo III d. C.) puede encontrarse al principio de los temas 4 y 9, respectivamente.

Dos grandes cuestiones presiden el estudio de cada una de las épocas: la organización del Estado (temas 2, 4, 5 y 9) y las fuentes del Derecho (temas 3, 6, 7, 8, 10 y 11). Simplificando mucho podríamos hacer gravitar estas cuestiones en torno a dos ideas fundamentales: 1) La organización del Esta-

do romano refleja una evolución en que Roma pasa de ser un Estado-ciudad a ser un Estado territorial. 2) El ordenamiento jurídico romano está formado en una época ya avanzada por una pluralidad de estratos (*ius civile*, *ius honorarium*, Derecho imperial) que han ido surgiendo sucesivamente, para superponerse unos a otros.

TABLA CRONOLÓGICA

	<i>Estado</i>	<i>Derecho</i>
1. ÉPOCA DEL ESTADO CIUDAD: EL DERECHO ROMANO ARCAICO		
A. C.	a) La Monarquía	
753	Fecha tradicional de la fundación de Roma.	
753-510	Monarquía romana; reyes latinos y etruscos.	
510	Expulsión del último Tarquino.	
b) La República arcaica		
509	Comienzo del régimen consular (según tradición).	
451-449	Decemvirato legislativo.	
449		Promulgación de la Ley de las XII Tablas.
445		<i>Lex Canuleia</i> : cesa la prohibición de matrimonios entre patricios y plebeyos.
396	Conquista de la ciudad etrusca Veyes.	
387	Los galos incendian y saquean Roma.	
367	Fin de las luchas entre patricios y plebeyos; admisión de los plebeyos al consulado; creación del <i>praetor com collega minor</i> de los cónsules.	Leyes Licinas Sextias.
326		<i>Lex Poetelia Papiria de nexis</i> .
304		El liberto Gneo Flavio publica los formularios secretos de los pontífices.
286		<i>Lex Hortensia</i> : equiparación de leyes y plebiscitos. <i>Lex Aquilia de damno</i> .
280-275	Guerra contra Pirro, rey del Epiro.	