

EL PATRIMONIO EN DERECHO ROMANO

*Hugo Hanisch E. **

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Patrimonio, en el lenguaje usual de los romanos, eran los bienes pertenecientes al padre de familia denominado "res familiaris", o "familia pecuniaque". Significaba, por tanto, potestad y derecho sobre las cosas¹.

Teniendo el padre de familia un poder sobre todo lo que constituye el grupo familiar, tanto respecto de su mujer (manus) como de sus hijos (Patria Potestas), o de sus esclavos (Potestas dominicalis), en lo que se refiere a los bienes, dicho poder jurídico está representado por el Patrimonium.

En la época de Cicerón el término se ha cambiado en su contenido para significar los bienes que poseen los padres y Horacio lo usa para designar la riqueza y el haber del tesoro público².

El término patrimonio entra en el campo del derecho romano, en el sentido usual de que hemos hablado sin transformarse en una palabra técnica, ni hacerse exclusivo para designar la masa de bienes de una persona, sino que se emplea junto a otras para la designación de dicha masa o suma de bienes.

Debemos hacer presente, sin embargo, que en nuestro lenguaje usual actual y en los medios jurídicos, ha sido empleado siempre como un término exclusivo y de carácter técnico para señalar el conjunto de bienes de una persona.

La institución del patrimonio, como se la entiende actualmente en el derecho, evolucionó largamente en Roma y fue el resultado de una serie de luchas y transformaciones como las siguientes:

a) Cambio del sentido de la responsabilidad económica en la liberación de las deudas que pasó de la persona física a los bienes de que era dueño el deudor.

b) Actividad del Pretor dentro del campo jurisdiccional que llevó a las siguientes transformaciones:

* Profesor Titular, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ ALFRED ERNOUT, A. MEILLET; DICTIONNAIRE ETYMOLOGIQUE DE LA LANGUE LATIN. Voc. Pater.

² MIGUEL RAIMUNDO, DICCIONARIO ETIMOLÓGICO DE LA LENGUA LATINA.

1. Evitar la extinción del derecho sobre los bienes, en cuanto estos son seguridad para el pago de los acreedores y preservar los derechos económicos de la herencia;
2. Proceder a la venta de los bienes para el pago de las deudas, si esto no se realiza voluntariamente;
3. Transformar el sistema procesal dándole sentido jurídico económico;
4. Crear un régimen penal, cuyas sanciones recaen sobre el patrimonio produciendo una disminución efectiva de éste como castigo.

Esta evolución se produjo en los períodos antiguo y clásico de la historia jurídica romana (desde el comienzo de la república hasta el 257 de la era cristiana). Los autores que escribieron en ese período, si bien no sustentaron ninguna teoría, en cambio explicaron y manifestaron numerosas ideas y principios sobre la materia. Además, la práctica procesal nos muestra los métodos usados para que la masa de bienes, que todo ser reúne en su vida, sea adquirida, aumentada o disminuida en forma justa, tanto para el goce y aprovechamiento del titular, como en resguardo del interés de terceros, sean acreedores o sucesores del titular.

El análisis de estos elementos y su ordenación, de manera de dar a comprender la idea y la práctica de los romanos, es el fin del estudio que emprendemos, y que denominamos "Derecho del Patrimonio".

Max Kaser explica el concepto de patrimonio utilizando los términos "res", "patrimonium" y "bona", u "opera", como un todo, esto es, un conjunto de cosas que tienen un valor pecuniario³.

Raymond Monier interpreta así el término patrimonio en los diversos períodos del Derecho Romano, después de dar una idea básica del problema, llamándolo "activo bruto del patrimonio":

- 1) Bajo la república, conjunto de bienes pertenecientes a un jefe de familia y que constituye el activo bruto familiar;
- 2) En el Bajo Imperio, con la independencia progresivamente adquirida por los diferentes miembros de la familia: masa de bienes perteneciente a un hombre libre y unida en cierta forma a la persona de su titular. La existencia del patrimonio es, en adelante, independiente de las variaciones que soporta en su composición, pero desaparece a la muerte de su titular y los diversos elementos que lo componen se transmiten a sus herederos. La palabra patrimonio designa, en la época clásica, todos los derechos activos que pertenecen a una persona y que presentan un valor apreciable en dinero, sea que se trate de derechos de créditos, o derechos reales. Sin embargo, los jurisconsultos no han hecho entrar en la noción de patrimonio las deudas de la persona en referencia⁴.

³ KASER, DERECHO PRIVADO ROMANO III, 1, 18, 1, 1.

⁴ R. MONIER, VOCABULAIRE DE DROIT ROMAIN, 4^o Ed. 1949, pág. 232.

Aunque el significado de patrimonio sea diferente, en cuanto a la acepción que se le dé, en relación a la persona, o grupo de personas a que esté afecto, sin embargo, hay elementos comunes que permiten señalar ciertos rasgos fundamentales que los jurisconsultos explicaron de un modo más o menos similar.

El patrimonio es un conjunto de derechos, positivos o negativos económicamente, de los que es cabeza una persona actual o futura, y que son mantenidos en forma unida por una serie indefinida de intereses.

Las fuentes usan palabras descriptivas, muy variadas, como "universum ius", "bona", "res", "patrimonium", etc., sin que para esta materia fuera consagrado ningún vocablo especial.

El patrimonio, constituido como unidad orgánica, está determinado por la conversión de todos los elementos que lo componen, a una unidad común y proveniente de la posibilidad de expresarla en una sola cifra que revele un valor económico positivo, o negativo ⁵.

Como todo organismo, el patrimonio permanece idéntico, no obstante, los aumentos, pérdidas o cambios de los elementos que lo componen.

Ulpiano expresa en relación con los derechos patrimoniales: "Todo el derecho consiste en adquirir, conservar o disminuir los bienes, lo que se produce cuando algo pasa a ser de alguien, o cuando alguien conserva, enajena o pierde alguna cosa o algún derecho suyo ⁶."

En el campo de los derechos que pertenecen a alguien, toda acción produce una reacción que puede transformarse en un aumento o disminución patrimonial.

El patrimonio puede traspasarse de una persona a otra en su totalidad, lo que con constituye una sucesión universal. Lo que significa que el adquirente, en ciertos casos, ocupa el lugar del antecesor jurídicamente considerado, es decir, recibe el activo y pasivo: en cambio, en otros casos, sólo se le considera adquirente del activo, dándose por extinguidas las obligaciones que gravan la universalidad. Ello dio lugar a soluciones diferentes para conservar la justicia y la equidad en relación a terceros.

Dentro de cada patrimonio los derechos nacen, se desenvuelven o extinguen, se incorporan o perecen, según la individualidad propia de las cosas singulares sobre que recaen cada uno de ellos.

Los derechos o cosas pueden pasar de un patrimonio a otro.

Los bienes y los derechos pueden incorporarse al patrimonio (*pervenire in corpus patrimonii*), sea como elementos singulares existentes, como partes integrantes de otras cosas (*universitates rerum*), o como consecuencia de la unión de un patrimonio con otro patrimonio ⁷.

⁵ FERRINI, PANDETTE, pág. 122.

⁶ D. 1, 3, 4, 1.

⁷ ULPIANO, D. 4, 2, 2; D. 5, 3, 25, 16.

En Roma, el patrimonio era un hecho constituido por el conjunto de bienes de una persona, en un momento determinado.

Cada persona posee un solo patrimonio, de un modo exclusivo. Sin embargo, siendo esencial, en el patrimonio, su significado económico, es posible que alguien carezca de él en un momento determinado⁸.

El patrimonio tiene un sentido dinámico, por cuanto está en movimiento permanente, por el ingreso y salida de bienes, o por el aumento o disminución de las obligaciones activas o pasivas que pueden afectarlo.

También se consideran patrimoniales las acciones judiciales para el reconocimiento de algún derecho litigioso, o para reclamar algún bien que se encuentre, de hecho, fuera del poder del titular⁹.

Los romanos, en general, consideraron como principio fundamental, la libertad absoluta del titular en relación con los bienes que constituyen su patrimonio, permitiéndole actuar con plena arbitrariedad, en cuanto a la disposición de sus bienes y en cuanto a su soberana voluntad para endeudarse, gravando pasivamente su haber.

Ya en tiempos remotos, aún a los nexi, se les permitía vender sus bienes, como se cuenta de aquel ex soldado que se endeudó y vendió la finca de sus padres y abuelos antes de caer en la prisión de sus acreedores¹⁰.

Sin embargo, en la ley de las XII Tablas se encuentran limitaciones a esta libertad, con el fin de mantener la integridad de los bienes en favor de los herederos. Así, al demente, al pródigo y a la mujer se les prohíbe disponer de sus bienes, conservándolos para la herencia en favor de todos los familiares del difunto¹¹.

La ley Petelia Papiria (326 A.C.), al prohibir la prisión del deudor en caso de no pagar las obligaciones, estableció que las deudas afectan a los bienes del deudor y no a la persona de éste, lo que trajo como consecuencia un interés por la conservación de los bienes para asegurar el pago a los acreedores.

La herencia y los regímenes de la filiación adrogaticia y del matrimonio trajeron como consecuencia la necesidad de considerar los bienes de una persona como una unidad, no tanto desde el punto de vista material, sino como el efecto del reconocimiento de una relación de potestad y de sucesión en el lugar jurídico de un predecesor.

De estos antecedentes nacerán en el futuro situaciones que el pretor, dentro de la equidad y la justicia, se vio en la necesidad de proveer a fin de conservar los bienes, no como universalidad abstracta, sino como el ha-

⁸ JAVOLENUS, D. 50, 16, 83.

⁹ POMPONIUS, D. 50, 17, 204.

¹⁰ LIVIO, II, 23.

¹¹ TABULA, V, 7, 1, 12.

ber que representaba la solvencia del deudor ante los créditos de sus acreedores, o la integridad real de los derechos de una sucesión universal.

II. DERECHOS Y PATRIMONIO

En Roma, sólo las personas naturales, de acuerdo con determinados estatutos, como el padre de familia, la mujer sui juris, los libertos, o peregrinos son los verdaderos sujetos de derechos.

A ciertas entidades, que hoy llamamos personas jurídicas, se les otorgó capacidad para ser titulares de determinados derechos sobre bienes, cuyo número se fue ampliando con el transcurso del tiempo.

La facultad que toda persona tiene para adquirir derechos y ejercerlos constituye su capacidad de tener derechos.

Sin embargo, los romanos no reconocieron esta capacidad de un modo amplio, sino que la reglamentaron de un modo estricto subordinándola a la condición de las personas, según los estados de libertad, ciudadanía y familia ¹².

En cuanto al ejercicio de estos derechos, dieron normas sobre la adquisición y uso de los bienes y sobre las relaciones jurídicas entre los habitantes de Roma.

Dentro de una libertad amplia de actuar, solo reconocieron como derechos efectivos los que se encontraban protegidos por acciones, es decir, por la posibilidad de ser alegados y reconocidos en los juicios de acuerdo con las leyes del estado romano y la jurisdicción de sus funcionarios. Por este motivo Gayo dice que el derecho en uso se refiere a las personas, a las cosas y a las acciones ¹³.

Los derechos que tiene una persona son de finalidad múltiple, pues se refieren a ella misma como el honor, el nombre, su domicilio; a la familia de la que alguien es cabeza o forma parte; a las relaciones emanadas del matrimonio; a las cosas de que alguien es dueño, poseedor o beneficiario, a las obligaciones que contraiga activa o pasivamente, o a las acciones que alguien pueda intentar en resguardo de sus intereses.

Toda persona actúa singularmente para adquirir, ejercitar o perder sus derechos. Estos derechos pueden ejercerse respecto de bienes con o sin valor de intercambio económico. Son derechos sin significado económico los que emanan del matrimonio, de la paternidad, del honor, del mérito ciudadano. Otros tienen sentido del intercambio humano por su valor y pueden ser representados por una suma de dinero. A estos últimos se les da el nombre de derechos patrimoniales ¹⁴.

¹² VILLEY, pág. 188.

¹³ GAI, I, 8.

¹⁴ PAULO, D. 50, 16, 5.

Este sentido pecuniario de los derechos aparece claro en el procedimiento formulario: Todas las fórmulas que llevan una condena están concebidas de manera que lleven a una condena de estimación pecuniaria¹⁵.

Toda persona tiene capacidad para adquirir cualquier clase de bienes. Sin embargo, hay cosas que sólo pueden ser objeto de un patrimonio determinado. El usufructo sólo corresponde a quien para quien fue constituido, no pudiendo ser adquirido por otro o traspasado¹⁶. Las acciones penales sólo corresponden a quien la ley da la facultad de ejercerlas, normalmente la víctima¹⁷. El suelo provincial sólo pertenece al erario romano (*populus romanus*) o al César, al igual que los vectigales, impuestos o estipendios¹⁸; el derecho a cobrar tributos sólo es del pueblo romano o del fisco; la dote sólo corresponde a quien es marido de una mujer¹⁹.

El patrimonio es el resultado de la actividad de una persona y tiene su propia movilidad o energía²⁰. Esta movilidad es de la esencia del mismo y por esta razón, para no paralizar el patrimonio de los incapaces, estimaron que sus actos eran válidos cuando les favorecía e ineficaces cuando les perjudicaban²¹.

El patrimonio se encuentra unido de un modo permanente a la persona y mientras subsista el titular se desarrollará ligado a ella.

El patrimonio nace, vive y desaparece en relación constante con el estatuto legal del individuo y con su capacidad legal de actuar, de acuerdo con lo dispuesto en el sistema romano²².

Toda persona forma un patrimonio, pero no tiene derecho a un patrimonio determinado, por este motivo cuando se trata de él se dice que los bienes están en nuestro patrimonio o fuera de él, o sea el patrimonio es la suma de los bienes que tiene o adquiere una persona²³.

En Roma la constitución del patrimonio no está sometida a una legislación general, sino que cada individuo constituye su patrimonio en la forma como desarrolle y reciba el flujo de los bienes y derechos.

En la época republicana el patrimonio está ligado al pater familias, jefe del grupo familiar, y los bienes que lo forman son los que él tenga o adquiera y los que aporten por sus actividades todos los miembros de la familia, sea por modos onerosos o gratuitos. Todo lo que los miembros de la familia adquieran se radica en el dominio absoluto del pater, incluso

¹⁵ GAI, 4, 48; D. 40, 7, 92.

¹⁶ GAI, 2, 30.

¹⁷ GAI, 4, 178; GAI, D. 50, 17, 111, 1.

¹⁸ GAI, 2, 7, 21.

¹⁹ ULPIANO, D. 23, 3, 3.

²⁰ MARCIANO, D. 15, 1, 40.

²¹ GAI, 1, 83.

²² GAI, 1, 48.

²³ FLORENTINO, D. 15, 1, 31.

el precio obtenido por la venta de sus hijos²⁴, su entrega en mancipio a otra persona²⁵, los bienes dotales o las herencias o legados que reciba la mujer²⁶.

En la época clásica los peregrinos tienen patrimonios individuales, pues ellos no están sujetos a las normas del *ius civile*, que establece la patria potestad como atributo exclusivo de los ciudadanos romanos y de aquellos a los que se ha concedido el *ius connubii*²⁷.

El estatuto de los libertos junianos establece el retorno forzoso de los bienes del liberto a su muerte, en favor del patrono, y así el pater recibe el patrimonio formado por el liberto en el período de su libertad²⁸.

En el bajo imperio, cuando los vínculos de la familia se han deteriorado y existe la primacía del individualismo, el patrimonio se liga a la persona libre haciendo que cada uno forme, goce y use de sus bienes de un modo exclusivo e independiente de los grupos familiares.

El resultado de la actividad jurídica de una persona que crea una masa de bienes sometidos a derecho es el patrimonio, el cual representa un valor de solvencia por los actos que comprometan su responsabilidad.

El patrimonio no es un derecho; es el hecho de que una persona tenga un conjunto de bienes. De esta manera el patrimonio será mayor o menor, según sea la cantidad de bienes que tenga el titular.

La relación que existe entre capacidad y patrimonio es que aquélla es el derecho de adquirir bienes y contraer obligaciones, mientras que el patrimonio es el hecho de que alguien tenga bienes en dominio u otra forma, y sea acreedor de obligaciones determinadas válidamente contraídas y que representen un valor económico.

Los bienes de la mujer o el adrogado pasan al dominio del marido o adrogante; en cambio, las deudas que gravaren el patrimonio se extinguen por sobrevenir un estado de incapacidad del sujeto.

Los créditos los puede cobrar el marido o adrogante mediante una acción jurídica.

Las circunstancias que de acuerdo con la ley acarrearán incapacidades de hecho, como la demencia, la minoridad, la condición de mujer, la prodigalidad, no afectan al patrimonio mismo, sino sólo a las facultades de administración o enajenación de los bienes. Así el menor de edad no puede enajenar bienes; puede recibir dinero, pero no liberar al deudor de su obligación²⁹.

²⁴ XII Tablas-IV-2-b-Fira.

²⁵ GAI, 1, 140. GAI, 1, 117.

²⁶ GAI, 1, 86.

²⁷ GAI, 1, 56.

²⁸ GAI, 1, 23, 3, 56.

²⁹ GAI, 1, 84.

Los cambios de estado (status) llamados *capitis deminutio máxima* (pérdida de la libertad), *capitis deminutio media* (pérdida de la ciudadanía) y *capitis deminutio mínima* (alteración en las relaciones de familia) traen consecuencias en relación con el patrimonio.

La pérdida de la libertad extingue la capacidad del sujeto y el derecho de dominio respecto de los bienes, y en cuanto a las obligaciones, éstas pasan a ser obligaciones naturales.

La pérdida de la ciudadanía hace perder los derechos civiles propios del ciudadano romano y así su matrimonio se extingue; sus derechos desaparecen en los bienes y las obligaciones.

Los efectos en el estado de familia son diferentes según sea el vínculo que se rompe o que se establezca; la mujer que celebra "*conventio in manum*", es decir, entra al poder de su marido, pierde su derecho a los bienes, que pasan a poder del marido. Igual situación se produce en caso de adrogación (adopción de un *sui juris*); en cambio, si un hijo sufre *capitis deminutio* por emancipación, adquiere capacidad para empezar a formar su propio patrimonio.

Cada persona tiene un solo patrimonio y no se concibe una multiplicidad de patrimonios para un solo sujeto jurídico. Por excepción, el emperador tiene un patrimonio familiar (*res familiaris*) y un patrimonio como príncipe (*fiscus*).

La singularidad del patrimonio tiene como consecuencia su poder de absorción. Es decir, que si una persona llega a suceder a otra y recibe su patrimonio, éste se confunde de un modo inmediato y absoluto con el del sucesor de manera que constituyan un solo patrimonio, cuyo titular único es el sucesor. Así sucede en la "*conventio in manum*" y en la adrogación, de manera que los bienes de la mujer pasan a ser bienes del marido y los bienes del adrogado pasan a ser del adrogante. En la herencia el patrimonio del causante pasa a ser del heredero y las deudas que lo gravan pasan a ser de responsabilidad del heredero, quien puede ver disminuido su haber si las deudas hereditarias exceden la masa de bienes de la herencia. El heredero y la herencia, aunque se les llama en forma distinta, tienen la función de una sola persona³⁰.

Al morir una persona, su patrimonio puede en ciertas circunstancias conservar su unidad y jugar ciertos roles determinados para mantener los bienes en conjunto, en espera de la aceptación de la herencia y su absorción en el patrimonio del heredero.

Las sanciones penales por delitos que cometa el titular pueden afectar a su patrimonio, sea que éstas se apliquen al patrimonio mismo o que la pena contemple fuera de sanción corporal otras como disminución del ha-

³⁰ JAVOLENO, D. 41, 3, 22.

ber, su transferencia al Estado o la *publicatio*, es decir, la venta en pública subasta o la *ademptio*, que es la pérdida de la titularidad y su transferencia en sucesión a sus herederos o al Estado.

Se puede decir, en resumen, que el patrimonio sigue la suerte del titular a que pertenece³¹.

El patrimonio, así como ha sido formado por su titular, puede ser destruido por él mediante la enajenación de los bienes que lo forman, o la renuncia a dichos bienes. Sin embargo, no le es posible traspasar su capacidad propia. La destrucción del patrimonio no se produce por un acto que afecte a la universidad, sino por destrucción o enajenación de cada uno de los bienes o derechos que lo constituyan.

III. CONTENIDO Y CONFORMACIÓN DEL PATRIMONIO

Las cosas se clasifican desde el punto de vista de su incorporación al patrimonio de las personas, en cosas que están fuera del patrimonio y cosas que están en el patrimonio³². Estas se denominan bienes (*bona*).

Las cosas que están en el patrimonio, a su vez, pueden estar bajo el poder actual de quien ostenta un derecho sobre ellas en su posesión o simple detentación.

Las cosas extrapatrimoniales están más definidas en su situación, pues constituyen una excepción a la regla de que todos los bienes pueden ser de los hombres, potencial o realmente.

Debe, por tanto, determinarse dentro de la doctrina de los jurisconsultos, cuáles son estos últimos bienes que están separados del resto por la imposibilidad de ser objeto de derecho de dominio de los particulares.

Heineccius resume así el pensamiento de los jurisconsultos: "Se llaman cosas (*res*) las que están en la naturaleza, de manera que puedan llegar a estar entre los bienes de alguien. Pecunia, por el contrario, es lo que en verdad y actualmente se encuentra en algún patrimonio"³³.

Están fuera de la posibilidad de formar parte de un patrimonio las cosas de derecho divino, que pueden clasificarse en cosas consagradas; es decir, solemnemente dedicadas a los dioses superiores, por la autoridad del pueblo romano, expresada en ley o Senado Consulto y permanecen en este estado mientras no sean desafectadas o desconsagradas³⁴; las cosas religiosas, que constituyen los lugares destinados a los sepulcros, o lugares en que se entierra un muerto, si se obtiene el permiso del dueño

³¹ R. SOHM, INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO. Traducción del alemán por W. Roces. Madrid 1928, pág. 144.

³² GAI, 2, 1.

³³ J. G. HEINECCIUS, ELEMENTA IURIS CIVILIS, pág. 112.

³⁴ GAI, 2, 4, 5. FESTUS DE VERBORUM SIG. SACERMONS, 1.424. LIV, 9, 46, 6, 7.

del terreno³⁵, si no hay una prohibición legal, y siempre que sea suelo romano³⁶, y finalmente, las cosas santas, que son lugares especialmente determinados y cuyo respeto o integridad se encuentra bajo la protección de los dioses, como las murallas de la ciudad o los deslindes de los predios (terminus)³⁷.

Estas cosas están excluidas de encontrarse en los bienes o patrimonio de alguien³⁸.

Las cosas que son de derecho humano pueden ser públicas o privadas³⁹.

Las cosas públicas tampoco pueden encontrarse entre los bienes de alguna persona particular, pues se consideran como de la colectividad (universitas)⁴⁰.

Ciertos bienes son comunes a todos los hombres por derecho natural, como el aire, el agua corriente, el mar, las costas del mar, y riberas de los ríos⁴¹.

Respecto de las costas y riberas existen limitaciones por el derecho de gentes, como es el uso que cualquiera puede hacer de los litorales, sea para construir un reducto donde refugiarse, secar las redes o salir del mar, pero está prohibido construir en ellos habitaciones, monumentos o edificios⁴².

Cosas públicas son los ríos, los puertos, la playa de mar hasta las mareas más altas de invierno⁴³.

Son de propiedad privada las riberas de los ríos, si bien su uso es público para los fines de la navegación⁴⁴. El pretor creó un interdicto sobre defensa de las riberas, prohibiendo el que se impidan dichas obras⁴⁵.

Son bienes de la comunidad y no de cada habitante, los teatros, estadios y otros⁴⁶.

Las cosas que no están comprendidas en las nociones anteriores pueden ser parte o ingresar a un patrimonio, y en tal sentido, los bienes privados pueden ser de nadie o estar incorporados jurídicamente o, de hecho, al patrimonio de alguna persona⁴⁷.

³⁵ MARCIANO, D. 1, 8, 6.

³⁶ GAI, 2, 4, 6, 7.

³⁷ GAI, 2, 8; MARCIANUS, D. 1, 8, 8.

³⁸ MARCIANUS, D. 1, 8, 6.

³⁹ GAI, 2, 10.

⁴⁰ GAI, 2, 11.

⁴¹ MARCIANUS, D. 1, 8, 2.

⁴² MARCIANO, D. 1, 8, 4; ULPIANO, D. 45, 2, 1.

⁴³ I., 2, 3, 4.

⁴⁴ GAI, D. 1, 8, 5.

⁴⁵ ULPIANO, D. 43, 15.

⁴⁶ MARCIANO, D. 1, 8, 6.

⁴⁷ GAI, 2, 9.

Las cosas pueden ser corporales o incorpóras 48.

Las corporales son las que se pueden tocar; incorpóras son las que no pueden tocarse, como los derechos, el usufructo y las obligaciones contraídas 49.

Las acciones, o sea la facultad de reclamar su juicio, los bienes corporales o incorpóras ajenos a nuestro patrimonio, también son considerados bienes.

El patrimonio, en consecuencia, está constituido por las siguientes cosas, clasificadas en el orden de privadas.

(a) Cosas corporales: que se perciben de un modo físico, como los fundos, casas, el dinero, el ganado.

(b) Cosas incorpóras: que no se pueden percibir y que consisten en derechos, como la herencia, el usufructo y las obligaciones que de cualquier modo se han contraído.

(c) Las acciones por las que reclamamos lo que nos corresponde de derecho, pero que no está incorporado a nuestro patrimonio.

Hay además, cosas que están de hecho en nuestro patrimonio, como las que poseemos de buena fe.

El patrimonio revela el conjunto de bienes que una persona tiene en sentido amplio.

"En nuestros bienes es necesario computar no sólo las cosas que están en nuestro dominio, sino además, las cosas que se poseen de buena fe, y además aquello por lo que podemos accionar, pedir o perseguir" 50.

Las cosas corporales pueden integrar el patrimonio 51 en cuanto puede existir una potestad absoluta sobre ellas excluyendo cualquier limitación en el ejercicio 52.

Cuando esta potestad emane del jus civile, y el titular es ciudadano romano constituye propiedad quiritaria y debe recaer sobre cosas mancipi, que son los fundos y los edificios existentes ambos en suelo itálico, los esclavos y aquellos animales que pueden dominarse por el cuello o el lomo, como los bueyes, caballos, mulas y asnos, y las servidumbres de los predios rústicos 53.

Los peregrinos tenían sólo un dominio que era absoluto sobre las cosas 54.

48 GAI, D. 1, 8, 1.

49 GAI, 2, 12, 13.

50 ULPiano, D. 50, 16, 49.

51 PAULUS, 50, 16, 188.

52 ULPiano, D. 50, 16, 90.

53 GAI, 2, 14 a.

54 GAI, 2, 40.

Sin embargo, la influencia del pretor presentó dos clases de dominio: uno que era el quiritario, para los ciudadanos "ex lege civile", y otro, "in bonis habere", sobre toda clase de objeto, incluyendo su ejercicio por peregrinos, la que el pretor amparaba según el edicto⁵⁵.

Las cosas incorporeales pueden consistir en derechos universales, reales en cosa ajena, y de obligaciones contraídas⁵⁶.

Entre los universales se encuentra la herencia considerada como un derecho independiente. Aunque existen derechos reales sobre los bienes que están comprendidos en la masa hereditaria, el derecho de sucesión en sí es incorporal⁵⁷.

Los derechos reales en cosa ajena también son incorporeales, como derecho de usufructo, y el derecho a las servidumbres urbanas, tales son no alzar las paredes, no tapiar las ventanas del vecino, impedir el escurrimiento de las aguas que se derraman en el campo o las goteras que caen del edificio del vecino; o las rústicas, entre las que se encuentran el tránsito, el paso de animales, o de camino amplio, el llevar el ganado a beber o sacar agua⁵⁸.

Son también cosas incorporeales las obligaciones contraídas por contrato o por delito⁵⁹, u otras figuras causales⁶⁰.

Por contrato las obligaciones pueden nacer por entrega o dación de la cosa, por palabras solemnes, mediante escritura formal, o por simple consentimiento de las partes⁶¹.

Por delito nacen las obligaciones, como en el hurto, daño, rapiña o injuria, pero todas tienen una misma causa, que es el delito; es decir, nacen de la transgresión de la norma jurídica que prohíbe un hecho⁶².

Si una cosa corporal o incorporal se encuentra fuera del patrimonio, mediante las acciones se puede obtener que se reconozca el derecho y se incorpore la cosa al haber, o se solvete la deuda.

La acción es, por tanto, una expresión del derecho, aunque no signifique estar en el señorío completo de lo que el actor cree que es suyo ni haber obtenido la *satisfatio* o *satisfactio* de lo que se debe, pudiendo legítimamente exigirse⁶³.

Es menos tener la acción que el derecho⁶⁴.

⁵⁵ GAI, 2, 40.

⁵⁶ GAI, 2, 14.

⁵⁷ GAI, 2, 14.

⁵⁸ GAI, 2, 14.

⁵⁹ GAI, 2, 14, 3, 88.

⁶⁰ GAI, D. 44, 7, 1.

⁶¹ GAI, D. 44, 7, 1; D. 44, 7, 52.

⁶² GAI, D. 44, 7, 4.

⁶³ MODESTINO, 50, 16, 108.

⁶⁴ POMPONIO, 50, 17, 204; ULPIANO, 50, 16, 143.

Las acciones según el derecho que amparan pueden ser reales y personales. Acción real es aquella por la que se intenta que una cosa corporal es del actor o que le compete por algún derecho, como el de gozar del usufructo o del uso, o de una servidumbre⁶⁵.

La acción es personal si se pretende de otro, que esté obligado por un contrato o un delito, que se establezca que debe dar, hacer o prestar en favor del actor⁶⁶.

Las acciones penales pueden tener por fin la recuperación de la cosa (reivindicatio), o su valor (condictio)⁶⁷ (acciones reipersecutorias), o la aplicación de la pena (acciones penales) que en la época clásica pasaron a ser de índole pecuniaria, y por ende, gravosas para el patrimonio⁶⁸, como en los casos de hurto o injuria.

Hay acciones penales que pueden servir a su vez para exigir conjuntamente el valor de la cosa y la pena, como sucede en la "infinitio", en que se exige el doble del valor de la cosa debida, como acontece en la actio iudicati, en las i xpensas, en la acción de daño de la ley Aquilia y en la de los legados "per damnationem"⁶⁹.

Si la acción resulta ineficaz porque la sentencia es desfavorable al actor, como consecuencia se extingue su permanencia en el activo del patrimonio. Lo que ha sido evicto no está en el patrimonio⁷⁰.

Las cosas que se encuentran dentro del patrimonio "in bonis" y las que se poseían de buena fe pasaban mediante la usucapion al patrimonio en dominio por el transcurso del tiempo, de un año si las cosas eran muebles, o de dos años si se trataba de tierras o edificios. Se exceptuaban las cosas hurtadas, poseídas por la fuerza y los predios provinciales⁷¹, los bienes de las mujeres bajo tutela, las cosas sagradas y religiosas y los hombres libres cuando se creían esclavos⁷².

IV. VALORIZACIÓN DE LOS BIENES

El patrimonio está constituido por cosas, derechos y acciones, pero restringido sólo a aquellas que tienen una apreciación económica.

"El término cosa es más amplio que pecunia, porque comprende también aquellas cosas que se encuentran fuera del cálculo de nuestro pa-

⁶⁵ GAI, 4, 3.

⁶⁶ GAI, 4, 2; ULPiano, D. 50, 16, 178.

⁶⁷ GAI, 4, 6, 8.

⁶⁸ GAI, 4, 8; GAI, 3, 189.

⁶⁹ GAI, 4, 10.

⁷⁰ CELSO, D. 50, 17, 190.

⁷¹ GAI, 2, 45.

⁷² GAI, 2, 47, 48, 49.

trimonio, mientras que pecunia significa aquellas cosas que se encuentran en nuestro patrimonio”⁷³.

El patrimonio, por tanto, lo constituyen aquellos derechos que son susceptibles de una valorización pecuniaria, o sea, que pueden ser representados por una suma de dinero.

Supone, en consecuencia, una proyección de las relaciones jurídicas al campo económico.

“La noción de cosa no queda limitada a la esfera patrimonial, es más amplia. La juridicidad es diferente del campo económico. Hay cosas jurídicas carentes de interés patrimonial, como el honor, el nombre, el domicilio, la libertad y todos los derechos de la personalidad”⁷⁴.

La valorización del patrimonio era un concepto aceptado y practicado por los romanos tanto en el orden público como en el privado. Cada cinco años, en la ceremonia del “lustrum”, los censores establecían el haber de cada ciudadano para las cargas tributarias y los clasificaban en “tribules” con bienes suficientes para concurrir con armas propias a la guerra, y “aerarii”, que no costeaban sus armas, pero pagaban ciertos impuestos⁷⁵.

En las XII Tablas aparece también una clara distinción de los ciudadanos basada en el valor de los bienes que poseían, pues se establece que el vindex de un asiduo (asiduus, que tiene doce mil quinientos ases) debe ser un asiduo, en cambio los proletarios pueden tener a cualquiera como vindex.

De la práctica del censo y de la disposición procesal de las XII Tablas se puede deducir que la valorización de los bienes fue una práctica que tuvo dos sentidos diferentes. El primero dice relación con la discriminación de las “classis” y el enrolamiento de los ciudadanos que hacían los censores y se aplicaba para establecer las cargas tributarias, militares, y permitir la determinación de los requisitos económicos para el “cursus honorum”; en cambio, el otro aspecto o sentido mira la valorización en relación a los bienes en el campo civil, lo que constituye en sí el patrimonio como la base de solvencia frente a las deudas que contrae un individuo (ley Petelia Papiria) y en el campo procesal en cuanto se preocupa de la posibilidad del cumplimiento de una sentencia judicial cuyo contenido sea una suma de dinero.

Al aspecto civil se refiere el jurisconsulto Paulo cuando dice: “el término ‘bona’ (bienes) es lo que una persona tiene deducidas las deudas”⁷⁶.

⁷³ PAULO, D. 50, 16, 5.

⁷⁴ BIONDO BIONDI, LOS BIENES, pág. 31.

⁷⁵ V. ARANGIO RUIZ, HISTORIA DEL DERECHO ROMANO, pág. 47.

⁷⁶ PAULO, D. 50, 16, 39, 1.

Igual sentido da Javoleno cuando dice que no pueden pertenecer al fisco los bienes de una persona a no ser lo que queda pagados los acreedores, pues se entiende por bienes de alguien lo que sobra del pago a los acreedores ⁷⁷.

En cambio, se da a los bienes un sentido de responsabilidad procesal cuando las XII Tablas se refieren al *vindex*, exigiendo al que desempeña esta función una determinada solvencia representada por su ubicación como asiduo en el censo, es decir, que tiene un patrimonio que llega a los doce mil quinientos ases. Igual alcance tienen las disposiciones de la *Lex Coloniae Genitivae Juliae*, que ordena a los *duumviri* juzgar la capacidad económica del *vindex* para admitirlo a actuar en un juicio en defensa del deudor con el objeto de asegurar su posibilidad de responder al fallo si le es adverso, y pagar la sanción de la *infinitio* que debía serle aplicada en este caso.

Por estas razones se entendía por rico (*locuples*) en el ámbito procesal a la persona que tenía bienes suficientes para responder de las resultas de la acción iniciada en su contra ⁷⁸.

Los jurisconsultos no miran el aspecto numérico en sí, sino la potencialidad de solvencia, de manera que los acreedores puedan obtener el pago de sus créditos, vale decir, que se satisfagan las obligaciones pasivas que gravan el patrimonio de un deudor.

La relación entre el valor de los bienes y el monto de las deudas en un patrimonio reviste el carácter de poder de solvencia, sin que importe la inmediata enajenación de los bienes o la exigibilidad actual de las deudas, sino que ello deberá realizarse en el transcurso del tiempo según la voluntad del titular, según los pactos o convenciones que le obliguen a satisfacer las obligaciones en una época determinada.

Esta situación aparece en las XII Tablas: a los confesos de dinero y a los sentenciados por una deuda, se les dieron treinta días, a fin de que buscaran dinero para pagar. A estos días los llamaron "justos" los *decenviros*, lo que fue como una interrupción y cesación del derecho, y en los días indicados no se pudo accionar contra los deudores ⁷⁹.

En este período los sentenciados venden bienes para obtener dinero ⁸⁰.

En relación con la dote, tratándose del pago de las impensas hechas por el marido en el fundo de su mujer existía el principio de que las impensas necesarias rebajaban la dote, pero sin que significara que las cosas dotales disminuyeran corporalmente, como sucedería con un fundo u otro bien, pues es absurdo hacer una disminución de una cosa corporal

⁷⁷ JAVOLENO, D. 49, 14, 11.

⁷⁸ GAI, D. 50, 16, 234.

⁷⁹ AULO GELIO, NOC. ATT. 20, 1, 42, 45.

⁸⁰ GAI, 3, 78.

en razón de una deuda de dinero; por lo demás, esta situación haría que dejara de existir el fundo dotal. En efecto, no se puede hacer disminución ipso jure de los cuerpos físicos, sino del monto de la dote. ¿En qué caso se admite hacer disminución ipso jure de la dote? Cuando no son bienes físicos, sino dinero ⁸¹.

Celso nos presenta una explicación muy precisa de la relación bienes-dinero, esencial en el concepto del patrimonio.

Solemos decir que alguno deja a otro tanto dinero como importan sus bienes y así decimos que tiene cien aureos el que tiene tanta cantidad de predios o cosas semejantes por ese valor. No se dice lo mismo cuando se lega un fundo ajeno, aunque éste se puede comprar con el dinero de la herencia, pues el que tiene alguna cantidad de dinero puede decirse que tiene todo lo que con él se puede comprar ⁸².

Pero para determinar el valor de los bienes no basta con establecer cuanto se tenga en dominio, posesión o crédito, sino que, además, hay que disminuir lo que debe a otras personas, pues esto significa rebajar el haber. Por este motivo decían los romanos que, bienes es lo que queda a alguna persona una vez deducidas sus deudas ⁸³.

Siendo el patrimonio el hecho de tener bienes, resulta clara la idea que no se puede decir que alguien sea titular de un patrimonio cuando existen más gravámenes que bienes ⁸⁴.

V. INTEGRACIÓN DEL PATRIMONIO

El patrimonio se integra jurídicamente. Es decir, los bienes y los créditos deben provenir de derechos válidamente adquiridos.

Gayo, en las institutas, después de explicar las cosas que pueden estar en nuestro patrimonio, señala los modos como entran en él y hace una distinción entre los bienes físicos y bienes intelectuales o de derecho.

El patrimonio, en consecuencia, está constituido por los bienes que pertenecen de un modo legal al sujeto; por tanto, los bienes que se posean o retengan de un modo material no corresponden al mismo.

Paulo ⁸⁵; "habere" se entiende de dos maneras, o tener el dominio sin reclamo lo que se compró.

Los bienes que se encuentran en posesión de alguien no se puede sostener que formen parte del patrimonio ⁸⁶.

⁸¹ ULPIANO, D. 25, 1, 5, pr.

⁸² CELSO, D. 50, 16, 88.

⁸³ PAULO, D. 50, 16, 39, 1.

⁸⁴ JAVOLENO, D. 50, 16, 83.

⁸⁵ D. 50 16, 188.

⁸⁶ GAI, 1, 2, 41, 42, 33.

Sin embargo, la posesión de bienes de buena fe y en vías de usucapir tiene valor mientras no sean reivindicados ⁸⁷.

Sin embargo, aquellos cuya usucapición está prohibida, como las cosas furtivas, o las cosas poseídas por la fuerza, o los predios provinciales, no son legalmente del patrimonio.

Las acciones, peticiones y reipersecuciones forman parte del patrimonio ⁸⁸.

Hay hechos jurídicos que mantienen unido al patrimonio ciertos bienes de un modo legítimo o ilegítimo y que son capaces de producir cambios en la constitución de él.

La posesión de un bien no significa que éste se halle integrado al patrimonio, pero puede ser un potencial de aumento si opera el modo de adquirir llamado usucapición o prescripción. La misma posesión, si es de buena fe, puede hacer ingresar al patrimonio los frutos civiles o naturales que produzca la cosa.

Los delitos privados, en tanto cuando privan a una persona de un bien patrimonial, pueden producir efectos de aumento del mismo en virtud de la pena pecuniaria que se aplique al autor o autores, pero ésta ingresó a su haber.

Los recursos procesales usados temerariamente pueden producir aumento patrimonial si se aplica al reclamante la *infitiatio* (doble del valor de la acción).

Las acciones populares en cuanto favorecen al actor con la sanción que se aplique, aumentan el patrimonio.

1. *Enajenabilidad de los bienes*

Aunque en ninguna parte se afirma por textos claros, sólo constituyen patrimonio los bienes cuando son enajenables o transferibles ⁸⁹. Hay diferencias entre la posibilidad de enajenar a título singular o universal, *inter vivos* y *mortis causa*, o también según las personas y la calidad de los bienes.

El que un derecho no sea enajenable no significa que no tenga consecuencias en el orden patrimonial. Así el usufructo no es patrimonial, por cuanto es personal e intransferible, pero los efectos de este derecho, como es la adquisición de los frutos, acarrea efectos patrimoniales.

Los fundos *itálicos* no son enajenables por el marido, pero los frutos aumentan el patrimonio del marido.

⁸⁷ ULPIANO, D. 50, 16, 49.

⁸⁸ ULPIANO, D. 50, 16, 49.

⁸⁹ SOHM, 114.

En consecuencia, los bienes que integran el patrimonio deben ser esencialmente enajenables.

Sin embargo, el patrimonio en sí, no puede ser objeto de enajenación universal por acto voluntario intervivos, pero sí puede ser dispuesto por testamento o materia de enajenación forzada por la bonorum venditio. Sin embargo, la convensio in manum y la adrogación al someter a una persona a la potestas de la manus del marido, o a la patria potestad del adrogante, producen el efecto de la transferencia de patrimonios. Este concepto está expresado en la frase Res succedit in locum pretii, pretium succedit in Locumbrei.

2. Disponibilidad de los bienes del patrimonio

Los bienes que están en el patrimonio de alguien pueden normalmente ser enajenados por su titular.

Sin embargo, hay casos en que el titular no puede enajenar los bienes, v. gr. El marido que ha recibido fundos itálicos en la dote de su mujer, si bien adquirió el dominio por mancipatio, in jure cession o usucapio y es propietario ex jure quiritium; sin embargo la ley le prohíbe enajenarlos⁹⁰.

En cambio, hay casos en que una persona diferente del titular del patrimonio puede enajenar los bienes del mismo como lo señalan las XII Tablas respecto del agnado curador del furioso. Igual sucede con el procurador del ausente a quien se le encargó la administración de los bienes. Finalmente, el acreedor prendario puede enajenar el objeto dado en prenda en virtud del pactum de vendando aunque, en este último caso, se interprete que la voluntad del dueño está contenida en el pacto⁹¹.

Por el contrario, puede un bien entrar a manos del titular sin que se produzca cambio en el patrimonio, como es el caso del pago que se hace a un menor por una deuda pendiente⁹²; "Por consiguiente, si un deudor pagare dinero a un pupilo, éste adquiere el dinero, pero el deudor no queda liberado de la deuda, porque ninguna obligación del pupilo puede solventarse sin intervención del tutor".

El mismo principio regía para las mujeres sometidas a tutela perpetua si la extinción de la obligación provenía de un modo solemne, v. gr., la acceptilatio a la que debía concurrir el tutor⁹³.

⁹⁰ GAI, 2, 63.

⁹¹ GAI, 2, 64.

⁹² GAI, 2, 84.

⁹³ GAI, 2, 85.

Cuando una persona está prohibida de enajenar un bien determinado, ello no impide que puede traspasarse dentro de la universalidad del patrimonio ⁹⁴.

“Algunas cosas que no pueden enajenarse en forma separada se transfieren por universalidad, como pasa el fundo dotal al heredero; y la cosa respecto de la cual alguien no tiene el derecho de comerciar, si bien no puede serle legada; sin embargo; si es instituido heredero, adquiere su dominio.

¿Puede el heredero disponer de una herencia como patrimonio separado?

La herencia puede ser transferida mediante *in jure cessio* ⁹⁵.

Los párrafos de Gayo que se refieren a esta materia son los del libro 2, 34-37 y libro 3, 85-87 y han dado lugar a comentarios difíciles. Han sido considerados espureos, y se aprecian contradicciones entre ambos. Sin embargo, en nuestro estudio consideramos que interesa su análisis en cuanto se refiere a una forma de separación de los patrimonios del causante y del heredero.

Distingue Gayo si la cesión de la herencia de un heredero legítimo ab intestato (agnado más próximo) y la de un heredero testamentario.

El heredero legítimo puede ceder la herencia antes de que ésta sea deferida o después de su aceptación. Si se cede antes de la delación o aceptación el concesionario pasa a ocupar el lugar del heredero y actuará como si él mismo fuere el heredero. En cambio, si la cesión es después de la aceptación expresa, o tácita, de la herencia se aplica el principio de la irrevocabilidad de la adición y en consecuencia, la cesión sólo afecta a las cosas que pasan al cesionario como consideradas individualmente. El cesionario no queda afecto por las deudas que gravan al heredero, mientras que los créditos contra terceros se extinguen, con lo que hace una aplicación del principio de que los créditos no son cesibles ⁹⁶.

Si la herencia es testada, la cesión antes de la apertura de la sucesión, es decir, del día de la muerte del causante, es nula; si se efectúa después de la adición de la herencia se aplica la misma norma del caso anterior.

3. *El patrimonio como universalidad de bienes*

El patrimonio está unido al individuo y no se le considera en ninguna parte, por los autores, como una universalidad, o abstracción jurídico-económica, sino que es como el medio en el cual el sujeto ejercita su actividad jurídica, que se proyecta sobre el campo económico.

⁹⁴ PAULUS, D. 41, 1, 62

⁹⁵ GAI, 2, 34.

⁹⁶ GAI, 2, 38-39.

Sólo al desaparecer el titular, y principalmente por la actividad del pretor, en los casos de insolvencia o traspaso a otra persona se considera el patrimonio como una universalidad ⁹⁷.

Africano y Ulpiano ⁹⁸ sólo tratan del patrimonio como universalidad cuando se refieren a la herencia.

Gayo también lo considera como universalidad cuando trata de la bonorum emptio inter vivos, por causa de muerte, o de la sucesión hereditaria ⁹⁹.

Este conjunto de bienes es sólo aceptable como universalidad, por los jurisconsultos, en cuanto moría el sujeto, o cambiaba su capacidad por haber variado su status de libre, o sui juris.

En la época de Justiniano apareció una legislación expresa en que a un patrimonio "sine domino", y afecto a una "causa", se le concedió aptitud para ciertos actos jurídicos, como tener bienes, administrarlos o enajenarlos y obligarse en razón del fin que perseguían (fundaciones pias) ¹⁰⁰.

El patrimonio no es bien, ni derecho; es sólo una denominación complectiva para indicar la suma de relaciones jurídico-económicas que tiene un titular, el cual abarca derechos de dominio, de acreencia, y otros que recaen sobre cada bien. Sólo en caso de sucesión universal entre vivos o por causa de muerte se puede apreciar una universitas juris ¹⁰¹.

VI. EL MOVIMIENTO DEL PATRIMONIO Y SU EXPRESIÓN

El patrimonio tiene normalmente un constante movimiento expresado en la adquisición y enajenación del dinero y a través de él se produce la incorporación o salida de bienes materiales o incorpóreos.

La costumbre romana había introducido el llevar constancia de este flujo en libros en que se anotaban los ingresos y los egresos.

Todo romano ciudadano llevaba libros, y en algunos casos había obligación de tenerlos y exhibirlos. Cuando alguien estaba en la obligación de reddere rationem, rendir cuentas, debe entregar los volúmenes de las cuentas para su examen y discusión ¹⁰².

Tenían obligación de rendir cuentas, el negotiorum gestor, el procurador, el marido que administra bienes de la mujer fuera de los dotales, el tutor y el curador, el heredero fiduciario, el hereditatis possessor, el siervo que administra bienes de su señor y el argentario.

⁹⁷ GAI, 2, 98.

⁹⁸ D. 50, 16, 208; D. 36, 1, 15, 8.

⁹⁹ GAI, 3, 77-79.

¹⁰⁰ Esta materia la trataré en otra oportunidad.

¹⁰¹ JULIANUS, D. 50, 17, 62; POMPONIO, D. 29, 2, 37.

¹⁰² ULPIANO, D. 40, 7, 6, 7; CALLISTRATO, D. 35, 1, 82.

Estos libros, llamados volumina o codex corpora rationum, eran de diversa índole.

Los llamados adversaria eran borradores en que se anotaban las operaciones durante el mes¹⁰³ o períodos mayores¹⁰⁴, y de ahí se pasaban a otros libros definitivos, después de lo cual eran destruidos.

El arcarium servía para anotar las entregas de dinero efectivo que se extraían del arca o caja. Si la anotación indicaba el nombre de la persona a quien se había hecho entrega del dinero (datio) con el fin de devolvérseles designaba esta operación como "nomen arcarium". La obligación de devolver nacía de un modo real (re) y no de la inscripción en el libro, la que sólo presta un testimonio de la entrega del dinero¹⁰⁵. Los préstamos de dinero a peregrinos se podían anotar en este libro, pues la obligación de devolver está amparada por el derecho de gentes¹⁰⁶.

El Calendarium era usado para anotar los vencimientos de intereses que se producían en las Kalendas, es decir, el primer día de cada mes¹⁰⁷. Los documentos en que constaban los préstamos a interés se denominaban "instrumenta calendarii"¹⁰⁸. Estos intereses eran exigidos mediante la actio calendarium¹⁰⁹.

El Codex accepti et expensi era el libro en que todo jefe de familia consignaba los movimientos de fondos de su caja y las operaciones que los han motivado¹¹⁰. Su uso se remonta al siglo II A.C.¹¹¹.

Era probablemente llevado en dos columnas, una para los ingresos de dinero (accepta) y otra para los gastos (expensa)¹¹². Se usaban términos especiales como para señalar de quién se recibía y se usaban abreviaturas para señalar la relación entre la fecha de la anotación y la del negocio A(nte) P(ostea) F(actum) R(elatum), pues la norma era asentar el negocio el mismo día de su realización, con indicación de la persona que recibía o pagaba el dinero. Los dineros ingresados o salidos sin indicación de persona se llamaban "pecunia extraordinaria"¹¹³. Una operación podía ser inscrita aunque no se encontrara terminada¹¹⁴, lo que servía para que los herederos pudieran conocer su existencia.

¹⁰³ CIC., PRO ROSCIO, Com. 2

¹⁰⁴ PETTRONIO, 53.

¹⁰⁵ GAI, 3, 131.

¹⁰⁶ GAI, 3, 132 (Cic. Tópica, 3).

¹⁰⁷ SCAEVOLA, D. 33, 8, 23.

¹⁰⁸ SCAEVOLA, D. 33, 7, 3.

¹⁰⁹ PAULUS, D. 240, 26, 7, 39, 14.

¹¹⁰ CIC. PRO ROSCIO, COM. 3, 8.

¹¹¹ PLAUTO TRUC., I, 1, 52; IV, 2, 36 (Liv. XXIV, 18).

¹¹² PLINIO H. N., 2, 7, 22.

¹¹³ CIC. IN VERR. 2, 1, 39, 10.

¹¹⁴ CIC. PRO ROSC. COM. 1.

Las anotaciones en los libros las hacía el padre de familia; sin embargo, si se trataba de una operación efectuada por un menor o una viuda, el cuestor era llamado a hacer el asiento respectivo ¹¹⁵.

Los libros de cuentas se conservaban como cosas santas y a perpetuidad y eran transferidos a los hijos como prueba de la correcta administración del pater ¹¹⁶.

Las cuentas asentadas podían ser a plazo o bajo condición ¹¹⁷.

Para conocer el estado económico de una persona bastaba con comparar los accepta y expensa ¹¹⁸.

Las personas bajo un poder ajeno, como hijos o esclavos no llevaban libros de cuentas ¹¹⁹. Sin embargo, si eran procuradores debían llevar cuentas para justificar la administración ¹²⁰.

Cuando las personas tenían gran fortuna solían llevar varios libros de cuentas que recibían denominación según el negocio correspondiente. Así se llamaban rationes frumentaria (trigo), vinaria (vino), argentaria (banquero) ¹²¹. También se les conoció con el nombre de Codex rationum ¹²².

Las anotaciones en el Codex eran consideradas bajo la fe del ciudadano y una irregularidad en ellos era considerada como deshonesto y vergonzoso ¹²³.

Las cuentas de los argentarios o banqueros

El tráfico de dinero con la expansión económica en los siglos segundo y primero antes de Cristo hizo nacer profesiones especiales para su manejo.

En el año 403 A.C. los cónsules crearon los quinque viri mensarii, destinados a solventar por cuenta del Estado las deudas que oprimían al pueblo ¹²⁴.

Hacia el año 486 A.C. se introdujo en Roma la acuñación de monedas de plata para lo cual fueron creados los nummularii, contrastadores oficiales al servicio del erario público, los que como consecuencia de las frecuentes falsificaciones de moneda, fueron puesto al servicio de los particulares para realizar sus funciones en beneficio de los ciudadanos, aunque revestidos del carácter oficial u oficioso que su cargo llevaba consi-

¹¹⁵ CIC. PRO FONTEIO, 2, 23 y LIV. XXIV, 18.

¹¹⁶ CIC. PRO ROS. COM. (CIC. II VERR. 1, 23).

¹¹⁷ PAPIANO, VAT. FRAG. 23.

¹¹⁸ ULPIANO, D. 50, 16, 56 pr.

¹¹⁹ CIC. P. COELIO, 7, 17.

¹²⁰ GAI, K. D. 40, 7, 31. (SCAEVOLA, D. 40 5, 41, 5).

¹²¹ CELSO, D. 33, 10, 7, 2.

¹²² GAI, D. 2, 13, 10, 2.

¹²³ CUQ., pág. 422.

¹²⁴ LIV., VII, 21 y XL, 51.

go¹²⁵. Estos funcionarios con el desarrollo de su actividad invadieron el comercio y actividad bancaria sin perder sus características oficiales habiéndoseles excluido de la obligación de rendir cuentas, aunque según Pomponio dice que no es injusto exigirselas, dado que también llevan cuentas¹²⁶. Sus oficinas se denominaban "mensa nummularia"¹²⁷. En la época del imperio se encontraban bajo la tuición del Prefecto de la ciudad¹²⁸, en especial en depósitos, verificación y cambio de monedas.

El origen de la actividad bancaria no puede precisarse con la aproximación de las actividades anteriores, pues siendo una actividad de iniciativa privada comercial, las autoridades no se ocuparon de ellas como de un servicio a disposición de los ciudadanos. La actividad bancaria es anterior a la creación de la fórmula de dolo, según nos cuenta Cicerón, y ya tenía arraigo y amplitud de actividades, y era aceptada por los funcionarios de alto rango¹²⁹. Su desarrollo coincide con el auge económico de los siglos II y I A.C. Eran actividades de los banqueros, operaciones financieras, en especial cambio de monedas, comercio y venta de terrenos, préstamos a interés, hipotecas y otras semejantes. Podían usar *praepositum*, es decir, un funcionario a quien encomendaban realizar sus negocios¹³⁰, para el cobro podían usar *coactores argentarii*, al igual que para la comparecencia en los remates públicos para fijar los precios¹³¹. El local en que actuaban los banqueros se llamaba "mensa argentaria"¹³². Los banqueros usaban la *expensilatio* (contrato literal) que daba origen a una obligación literal entre el banquero y su cliente, o tomar a su cargo la deuda de un cliente¹³³. Esta operación se llamaba *nomina facere*¹³⁴. La cesión de créditos, mediante la *transcriptio a personam in personem*¹³⁵, debió sin duda ser aplicada principalmente por los banqueros, o quienes se dedicaban a préstamos de dinero, y de una aplicación maliciosa de ella nos habla Tito Livio al tratar de la evasión de las leyes limitativas de la usura¹³⁶. Las anotaciones en los libros de los banqueros, hechas entre

¹²⁵ ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO, LA PREVIA INFORMACIÓN DEL ADVERSARIO EN EL PROCESO PRIVADO ROMANO. Ediciones Universidad de Navarra S. A. Pamplona, 1969, pág. 198.

¹²⁶ PAULUS, D. 2, 13, 9, 2.

¹²⁷ SCAEVOLA, D. 14, 3, 20. En la época del imperio se encontraban bajo la tuición del Prefecto de ciudad. ULPIANO, D. 1, 12, 1, 9.

¹²⁸ ULPIANO, D. 1, 12, 1, 9.

¹²⁹ CIC. DE OFF. III, 14.

¹³⁰ D. 14, 3, 20.

¹³¹ D. 40, 7, 40, 8.

¹³² D. 2, 13, 4, pr.

¹³³ HOR. SAT. II, 3, 69.

¹³⁴ CIC. DE OFF. III, 14.

¹³⁵ GAI, 2, 38.

¹³⁶ LIV. XXXV, 7.

ellos, simultáneamente, constituían solidaridad en favor o en contra de ellos ¹³⁷.

La función de los banqueros fue de carácter de confianza y considerada semioficial ¹³⁸. El pretor incluyó en el edicto normas sobre las cuentas de los banqueros ¹³⁹. Bajo el Principado tuvieron su propia organización y formaban el Collegium Argentorium presidido por un Decanus, y sometido a la fiscalización del Prefecto de la ciudad (Suetonio, Galba, 9).

Hubo instituciones jurídicas especiales para los argentarios: a) Conocía de las causas en que tuviera injerencia el Prefecto de la ciudad según disposición del Emperador Adriano ¹⁴⁰; b) el pretor sancionó en el edicto el receptum arbitrii, pacto por el cual el argentario recibía dinero de alguien con cargo a pagar una obligación; c) podían facilitar so codex para constancia de operaciones de sus clientes ¹⁴¹; d) los banqueros debían aceptar la compensación ipso jure en las cobranzas a sus clientes ¹⁴²; e) los banqueros hacían fe sobre los negocios efectuados ante ellos ¹⁴³; las anotaciones de los negocios debían hacerse con indicación del día, del mes y del año del cónsul ¹⁴⁴; los banqueros estaban obligados a confeccionar diligentemente sus códigos de cuentas para comprobar los dineros que recibían o entregaban ¹⁴⁵. Finalmente estaban obligados a exhibir las cuentas en los litigios en su favor o en relación con sus clientes, pero limitados a la parte pertinente, o entregar copia de sus asientos ¹⁴⁶. Esta obligación emana del edicto del pretor ¹⁴⁷.

Exhibición de instrumentos y libros

El edicto del pretor ordenaba que cuando alguna persona deseaba intentar una acción en juicio, debía manifestarla: porque parece de toda equidad que el que va a accionar expresa cuál es la acción, para que tome conocimiento de ella el reus y pueda decidir si debe aceptarla o seguir el pleito ¹⁴⁸.

¹³⁷ PAULUS, D. 4, 8, 34.

¹³⁸ GAI, 2, 13, 10, 1.

¹³⁹ ULPIANO, D. XXX, 2, 13, 4.

¹⁴⁰ PAULUS, D. 1, 12, 2.

¹⁴¹ ULPIANO, citando a JULIANO, D. 13, 6, 5, 8.

¹⁴² GAI, 4, 64.

¹⁴³ PAULUS, D. 2, 13, 9, 2.

¹⁴⁴ ULPIANO, D. 2, 13, 2.

¹⁴⁵ GAI, D. 2, 13, 10, 1. PAULUS, D. 2, 13, 9, 2.

¹⁴⁶ GAI, D. 2, 10, 2.

¹⁴⁷ ULPIANO, D. 2, 13, 4.

¹⁴⁸ ULPIANO, D. 2, 13, 1 pr.

Labeón decía que la forma de manifestar la acción se hacía llevando al adversario al álbum del pretor mostrándole la que va a exponer, o bien, diciéndole cuál habrá de usar.

Era fácil emplear este sistema, pues el album del pretor contenía en sus tablas blancas exhibidas en público, toda variedad de fórmulas en palabras establecidas (*verbis conceptis*) que se adaptaban a los casos de juicios privados ¹⁴⁹.

Junto con exponer la acción debían mostrarse todos los instrumentos, si el actor los consideraba necesarios para justificar su acción ¹⁵⁰, a fin de que el reus viniera preparado para su defensa conociendo la acción que se le iba a iniciar y los medios probatorios instrumentales de que iba a hacer uso ¹⁵¹. Sólo había obligación de presentar los instrumentos del juicio ¹⁵² o de la causa ¹⁵³.

La presentación de los documentos podía hacerse en copia y de acuerdo con la forma reglamentada ¹⁵⁴.

En caso de incumplimiento de esta obligación el pretor daba una acción *in factum* basada en la circunstancia de no haberse exhibido los instrumentos ¹⁵⁵.

La exhibición de libros era designada bajo los términos de "*editio rationum*".

Los romanos consideraron dos situaciones diferentes en relación con las cuentas. "*Edere rationes*", era mostrar las cuentas de un negocio o ejercicio de potestad, aunque no se procediera a solventar los saldos resultantes de ellas ¹⁵⁶.

En cambio, cuando se obliga a "*reddere rationes*" (rendir cuentas) hay que justificar el movimiento de las cuentas y además realizar las operaciones necesarias para obtener que el saldo resultante de las mismas sea traspasado a quien corresponda ¹⁵⁷. En este caso mostrar las cuentas, solamente, no es dar cumplimiento a la obligación de rendir cuentas ¹⁵⁸. Por tanto, quien ha de rendir cuentas debe justificarlas y transferir el saldo que corresponda ¹⁵⁹. Así, el tutor debe llevar cuentas de su administración, exhibirlas para su justificación y en seguida rendirlas, lo que significa

¹⁴⁹ CIC, PRO RESCIO COMOEDO, 8, 24.

¹⁵⁰ ULPIANO, D. 2, 13, 1, 3.

¹⁵¹ ULPIANO, D. 2, 13, 1, pr.

¹⁵² PAULO, D. 48, 19, 38, 8; GALLISTRATO, D. 5, 1, 36, pr.

¹⁵³ ULPIANO, D. 17, 1, 8, pr.

¹⁵⁴ ULPIANO, D. 2, 13, 12 y D. 29, 3, 2, 6; MODESTINO, D. 13, 11.

¹⁵⁵ ALEJANDRINO FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 109.

¹⁵⁶ POMPONIO, D. 50, 16, 89, 2.

¹⁵⁷ D. 32, 100, pr.

¹⁵⁸ POMPONIO, D. 34, 3, 8, 5.

¹⁵⁹ ULPIANO, D. 40, 7, 6, 7; GALLISTRATO, D. 35, 1, 82.

que debe hacer llegar al pupilo los bienes que le corresponden, y si no cumple con cualquiera de las dos obligaciones queda sometido a la *actio tutelae* ¹⁶⁰.

Para los banqueros (*argentarii*) el pretor creó una obligación especial mediante el *decretum editionis*, cuya infracción llevaba aparejada una sanción penal.

Las cuentas de los banqueros están rigurosamente descritas por Labeón, en su comentario al edicto del pretor urbano ¹⁶¹.

El *codex rationum argentariorum* era diferente al *codex accepti et expensi* del mismo banquero; el primero, de origen griego, estaba incorporado al derecho romano en virtud del edicto del pretor, mientras el segundo, de origen latino, era aplicable a los ciudadanos romanos en virtud de la ley civil ¹⁶².

La exhibición del *codex* del *argentario* o banquero se hacía previo juramento de que no se pedía por causa de calumnia, es decir, que la presentación del *codex* tenía por finalidad vejar al banquero ¹⁶³.

El que pedía la exhibición debía tener interés en contra del banquero, y el pretor la concedía con conocimiento de causa (*causa cognita*) ¹⁶⁴.

El pretor debía dictar un decreto disponiendo la *editio rationum* ¹⁶⁵.

Se puede ordenar la exhibición de las cuentas del banquero, sea que el juicio sea con relación a él o a un tercero ¹⁶⁶, siempre que se preste el juramento de calumnia que ya se ha indicado ¹⁶⁷.

Cuando el banquero no exhibe las cuentas y por esta razón alguien pierde un litigio, cabe iniciar una acción legal contra el banquero si éste ha procedido con dolo ¹⁶⁸. La condena en este juicio ascenderá a cuanto haya perdido quien resultare perjudicado por la actitud del banquero ¹⁶⁹.

La destrucción de documentos o su inutilización era sancionada por la ley *Aquilia de damno* ¹⁷⁰.

Finalmente si alguna persona cobraba una suma que no era debida, era sancionada por el delito de injuria.

¹⁶⁰ ULPIANO, 27, 3, 1, 3.

¹⁶¹ ULPIANO, D. 2, 13, 6, 3; ULPIANO, D. 50, 16, 19.

¹⁶² ALEJANDRINO FERNÁNDEZ, op. cit. pág. 161.

¹⁶³ D. 2, 13, 6, 2.

¹⁶⁴ D. 2, 13, 6-10 y 7, pr.; D. 50, 17, 105.

¹⁶⁵ D. 2, 13, 6, 8.

¹⁶⁶ D. 2, 13, 10, pr.

¹⁶⁷ D. 2, 13, 9, 3.

¹⁶⁸ D. 2, 13, 8, pr.

¹⁶⁹ GAI, D. 2, 13, 10, 3.

¹⁷⁰ D. 47, 2, 27, 3; D. 9, 2, 40.

VII. EL STATUS DE LA PERSONA Y EL PATRIMONIO

Hemos señalado que sólo las personas y ciertos cuerpos jurídicos son capaces de servir como base de sustentación a un patrimonio.

Toda persona, como sujeto de derechos, los adquiere, ejercita o pierde de un modo singular. Estos derechos son de finalidad múltiple, pues se refieren a la persona misma como el honor, nombre o domicilio; a la familia de que alguien es cabeza o forma parte, a las relaciones sean emanadas del matrimonio, a los bienes de que alguien es dueño, poseedor o beneficiario, y a las obligaciones que contraiga activa o pasivamente.

En la adquisición y goce de los derechos el sentido económico de los mismos carece de importancia, pues el individuo, al vivir, adquiere, usa o destruye cosas, sin que para él tenga trascendencia el valor económico de los mismos.

En el derecho clásico romano toma importancia el aspecto económico desde el punto de vista jurídico en las obligaciones contractuales o delictuales, en el sistema procesal, y en la herencia.

Todo derecho tiene un sentido o valor económico o se resuelve en una *taxatio* que transforma la acción en una suma de dinero ¹⁷¹.

Pascuale Voci dice, acertadamente, que el derecho de obligaciones es de sentido absolutamente económico ¹⁷².

Por su parte las penas de los delitos privados representan sanciones consistentes en sumas de dinero, determinadas en relación al valor usual de los bienes en el mercado, y según tasación del juez.

Las sanciones penales del hurto, el daño de la ley *Aquillia* y la injuria son cantidades de dinero a pagar, reglamentadas cuidadosamente en relación a la situación del autor o de la víctima.

El conjunto de bienes valorizables en dinero, se encuentra unido de un modo permanente a la persona y mientras subsiste el titular del patrimonio el desarrollo del mismo está esencialmente ligado a ella.

El patrimonio nace, vive y desaparece en relación permanente al titular y a su capacidad determinada por el estatuto legal impuesto por el sistema romano.

En la época republicana el patrimonio está ligado al pater familias, jefe del grupo familiar, y el conjunto bruto de bienes está constituido por los que tenga y por el aporte que recibe de todos los miembros de la familia, o sus esclavos, sea por modos onerosos, o gratuitos, considerados como unidad. Todo lo que los miembros de la familia adquieran se radica en dominio absoluto en el pater, incluso el precio obtenido por la venta de los hijos, o su entrega en mancipio a otra persona.

¹⁷¹ D. 40, 7, 92; GAI, 4, 51.

¹⁷² LA OBLIGATION ROMANA. PASCUALE VOCI-MILANO-GIUFFRÉ, 1960, pág. 11.

El derecho pretoriano al establecer el orden sucesorio unde liberi, determina por la collatio bonorum, la unión del patrimonio de los hijos emancipados con el de la sucesión del pater cuando ellos pidan en su favor la bonorum possessio.

En la época clásica, los peregrinos tienen patrimonios individuales, pues ellos no están sujetos a las normas del jus civile que establece la patria potestad, como atributo exclusivo de los romanos y de aquellos a los que se ha concedido el jus connubii ¹⁷³.

El estatuto de los libertos junianos, al establecer la herencia forzosa del liberto en favor del patrono y su incapacidad de testar, hace volver al patrimonio del pater, al patrimonio formado por el liberto en el período de su libertad ¹⁷⁴.

En el Bajo Imperio, cuando los vínculos absolutos de la familia se han deteriorado y existe una primacía del individualismo, determinada de un modo más abierto en el campo económico, el patrimonio se liga a la persona libre, haciendo que cada uno, forme, use y goce de sus bienes de un modo individual e independiente de sus grupos familiares.

Al morir la persona el patrimonio quedará ligado al heredero, determinado por el testamento o la ley, y si no hay heredero, se conserva como unidad, sin titular, capaz de juzgar ciertos roles determinados, para mantener la unidad de la masa de los bienes en espera de su absorción al patrimonio de quien acepte la herencia. Si la herencia es de un romano y no hay herederos, los bienes son res nullius, y procede su venta ¹⁷⁵. Si de un latino a quien falta su patrono, pasan a ser bienes vacantes del pueblo romano ¹⁷⁶.

El patrimonio es, en consecuencia, el resultado de la actividad jurídica de una persona que crea una masa de cosas sometidas a su derecho, que representa un valor de solvencia frente a los derechos ajenos que afecten su responsabilidad, estimable en una suma de dinero en sentido potencial, y que se hará efectiva, en el momento de dar cumplimiento a sus obligaciones, en el campo procesal. De aquí, que, a juicio de Javoleno no parece llamarse patrimonio cuando existen más deudas que bienes ¹⁷⁷.

Singularidad del patrimonio

Cada persona tiene sólo un patrimonio, y no se concibe la multiplicidad de patrimonios para un sujeto jurídico.

¹⁷³ GAI, 1, 56.

¹⁷⁴ GAI, 3, 55, ss.

¹⁷⁵ GAI, 2, 154.

¹⁷⁶ GAI, 3, 62.

¹⁷⁷ JAVOLENUS, D. 50, 16, 83.

Este principio lleva consigo una consecuencia que es la capacidad de absorción que tiene. En efecto, si una universalidad de bienes, como la herencia, o la *conversio in manum*, o la adrogación agregan al patrimonio otro patrimonio ajeno, de inmediato se confunde en el sujeto adquirente, de modo que éste tiene un patrimonio aumentado con el nuevo haber y puede ser obligado por las deudas que lo graven, aun con desmedro económico de sus propios bienes.

Javolenus dice¹⁷⁸: "El heredero y la herencia, aunque se les llame en forma distinta, tienen la función de una sola persona".

El patrimonio no es un derecho, es el hecho de tener un conjunto de bienes y acreencias de que es titular. De esta manera el patrimonio será mayor o menor, según sea la cantidad de bienes que tenga el titular. La relación que existe entre capacidad jurídica y patrimonio es que aquella es el derecho de adquirir bienes y obligaciones activas o pasivas, y patrimonio es el hecho de tener bienes y obligaciones según un volumen determinado y con una estimación pecuniaria.

Toda persona tiene un solo patrimonio, determinado por el total de lo que tengan y no tiene facultad de disponer o desprenderse de él como un solo conjunto. Puede destruirlo o dilapidarlo por la destrucción o enajenación de cada uno de los bienes, o por remisión de cada una de las acreencias de que sea titular.

El patrimonio está de tal modo afecto a la persona, que sigue las variaciones de su estado, dentro de la capacidad o protesta jurídica, según el estado que corresponda al titular (libertad, ciudadanía y familia).

La incapacidad de hecho no afecta al patrimonio mismo, sino sólo a las facultades de enajenación o administración. Ciertas leyes especiales como las *caducarias*, la prohibición de vender los fundos *itálicos* contenidos en la dote, introdujeron limitaciones en la adquisición de bienes o patrimonios y en la facultad de disponer de ellos.

La existencia del patrimonio sigue la suerte del titular a que pertenece¹⁷⁹.

VIII. LA SOLVENCIA Y LA INSOLVENCIA EN EL PATRIMONIO

El patrimonio tiene entre los romanos dos puntos de vista fundamentales.

El patrimonio es, por una parte, el hecho de tener bienes de un modo jurídico, es decir, con derecho a ellos, y en este sentido Gayo dice que las cosas pueden estar en nuestro patrimonio o encontrarse fuera de nuestro patrimonio (*res in patrimonio nostro, res extra patrimonium nostrum*).

¹⁷⁸ D. 41, 3, 22.

¹⁷⁹ SOHM, 144.

Por otra parte, el patrimonio es un concepto relativo, proveniente de que toda persona tiene bienes y deudas, de manera que, si bien, de un modo absoluto debieran considerarse ambos aspectos, separadamente reducido a éllo, a dinero, se crea una relación en que se compensan los bienes y las deudas en cuanto los primeros constituyen la responsabilidad de los segundos, y por tanto en el orden comercial, en el orden jurídico procesal y en el campo fiscal, es necesario mantener siempre en vista esta relación compensatoria de la que puede resultar que lo que tiene una persona sea positivo a la idea de patrimonio si exceden los bienes, o negativo si exceden las deudas.

Estas ideas se presentan con bastante claridad en los autores clásicos, sin definirse por una teoría o doctrina, sino mirando el aspecto práctico de valorización de la fortuna real de un individuo.

Así dice Hermogeniano: "En el nombre de dinero (pecunia) no sólo se considera el dinero contado, sino todas las cosas, sea el suelo, como las cosas muebles, y en él se contiene no sólo las cosas corporales, sino también las incorpóreas" (entre giones interpolado) ¹⁸⁰.

Ulpiano, tratando de los fideicomisos, se expresa en términos semejantes. "Pero si alguien es requerido de restituir los bienes (bona) no lo es sólo de la herencia o el dinero, sino de la universalidad de mi haber" ¹⁸¹. La referencia más antigua a la relación patrimonial se encuentra en las XII Tablas, cuando se dispone que el vindex de una persona rica (assiduus) sea un rico, en cambio para un proletario cualquiera puede ser vindex ¹⁸². Festus interpreta el término indicado en la forma expuesta ¹⁸³. Varron da el mismo sentido ¹⁸⁴.

En la lex Coloniae de Genitiva Juliae, se expresa que la condición de rico, pedida al vindex, debía ser determinada por el arbitrio de los duumviri jure dicundo ¹⁸⁵. La idea de la relación que existe entre los bienes y las deudas en el concepto de patrimonio aparece clara del texto de Paulo y "Se entiende por bienes de alguien, lo que queda una vez deducidas las deudas" ¹⁸⁶.

Javoleno, de un modo más claro, da a entender que el patrimonio consiste en la existencia real de un haber efectivo, cuando expone "propia-mente no puede llamarse patrimonio, cuando existen más deudas que bienes" ¹⁸⁷.

¹⁸⁰ HERMOGENIANO, D. 36, 1, 15, 8.

¹⁸¹ ULPIANO, D. 36, 1, 15, 8.

¹⁸² TAB. 1, 4.

¹⁸³ FESTUS, 9.

¹⁸⁴ VARRON, DE VITA, p. R. lib. 1.

¹⁸⁵ FIRA LECES, pág. 179.

¹⁸⁶ PAULO, D. 50, 16, 19, 1.

¹⁸⁷ JAVOLENO, D. 50, 16, 83.

En el campo procesal reviste interés el aspecto patrimonial. En los sistemas procesales romanos, tanto en la época de la legis acciones como en la época formularia, los juicios privados tenían una evaluación pecuniaria, por regla general.

Hemos señalado que la Tabla 1,4 (Ley de las XII Tablas) distingue para los efectos del vindex entre assidui y proletarii. Esos últimos, según el censo, eran los que tenían menos de los 1.500 ases. Sin embargo, esta relación absoluta no era suficiente en el aspecto de la responsabilidad frente a las acciones procesales, y por ello los duumviri debían declarar cuando una persona tenía bienes suficientes, en el lenguaje romano ser rico (locuples). Ahora bien, Gayo explica el sentido de la norma de las XII Tablas, diciendo: Es rico (locuples) el que tiene suficientes bienes para pagar a su acreedor ¹⁸⁸.

Javoleno se refiere a la adquisición de un patrimonio por el Fisco, y al respecto expone: No pueden pertenecer al Fisco, sino los bienes que sobran después de pagar a los acreedores: porque se entiende que son bienes de algúno, lo que sobra, pagadas las deudas ¹⁸⁹.

¿En qué momento debe establecerse de un modo definitivo esta relación?

Debemos considerar por una parte, que el patrimonio al igual que los peculios nacen, crecen y mueren, según decía Papirio Fronto, al igual que los hombres ¹⁹⁰. Pero en esta curva de desarrollo existe una mutación permanente según el proceso de la actividad y movimiento de los negocios del titular. De aquí la necesidad de determinar en qué momento debemos considerar un patrimonio insolvente, de modo que realmente produzca consecuencias en el campo jurídico.

Los romanos, en general, consideraron que la solvencia o insolvencia se podría establecer cuando se vendían (venditio bonorum) o traspasaban los bienes, y ello aparece con claridad en los recursos establecidos en la bonorum venditio, cuando el patrimonio no era suficiente para el pago de las obligaciones. En este caso, el curator podía iniciar la acción de restitutio in Integrum o el Interdicto fraudulentario para obtener la revocación de los negocios fraudulentos que habían acarreado la insolvencia o lo habría agravado.

Por excepción Ulpiano, tratando de la dote, permite cargar los gastos efectuados por el marido en los bienes dotales, cuando la masa dotal está constituida por dinero líquido ¹⁹¹.

¹⁸⁸ GAI, D. 50, 16, 234.

¹⁸⁹ JAVOLENO, D. 49, 14, 11.

¹⁹⁰ MARCIANUS, D. 15, 1, 40.

¹⁹¹ ULPIANO, D. 25, 1, 5.

IX. CONFORMACIÓN DEL PATRIMONIO DEL PATER FAMILIAS Y EVOLUCIÓN HACIA EL PATRIMONIO INDIVIDUAL

La organización de la familia romana se basaba en la potestad de padre sobre el grupo que la constituía.

Esta potestad era triple y recibía nombres y atribuciones distintas.

(a) *Patria Potestad*, que era el poder del padre sobre sus hijos en el aspecto personal como en el aspecto patrimonial. El hijo carecía, en este último aspecto, de capacidad jurídica, lo que le impedía adquirir bienes para sí, o sea, carecía de capacidad en el ámbito de los derechos reales o de crédito. En cambio, se le reconocía desde la pubertad, capacidad de obrar, y derechos políticos, y por tanto, acceso a la carrera militar, antecedentes del *cursum honorum* político. Dentro de su capacidad de obrar podía realizar actos que importaran adquisición de bienes o créditos, los que ingresaban al patrimonio del pater en función de la potestad. Así, el botín de guerra y su sueldo militar eran para el pater. Si realizaba cualquier actividad lucrativa en el comercio, también el padre hacía suyo lo adquirido. Sin embargo, desde estos aspectos, surgió la base de la disgregación del patrimonio familiar.

1. Porque el padre deseando aprovechar la habilidad del hijo, le confirió bienes (*peculios*) para su administración.

2. Porque al fin de la República y comienzos del Imperio se reconoció al hijo la capacidad para disponer por testamento, de lo adquirido en la guerra y porque se le reconoció un patrimonio propio, del que podía ser titular exclusivo, consistente en el botín de guerra y en el sueldo militar.

3. Porque los pretores concedieron acciones contra el padre, por actos del hijo, en los que habían intervenido por orden, o por encargo de actuar, como prepósito de un negocio, o como magister de una nave, o por haber recibido bienes que correspondían a la responsabilidad económica de los actos del hijo (*actio in rem verso*).

(b) *Manus*, era la potestad del marido sobre la mujer, tanto en su persona como en los bienes que le correspondiera adquirir, o se le entregaran.

La potestad del marido hacía que todo valor patrimonial de la mujer le perteneciera, al igual que los hijos.

Propendieron a la independencia patrimonial de la mujer:

1. El uso de la *trinoctii usurpatio* por el que la mujer no caía en la potestas del marido, lo que hacía retener su haber propio, si era *sui juris*, o quedar ligada a su padre, si era *alieni juris*.

2. La decadencia, al término de la república, de las formas solemnes de adquirir la manus, prevaleciendo el matrimonio meramente consensual o de hecho que no afectaba el estatuto de la mujer ¹⁹².

3. La institución de la dote, que partiendo de la entrega de bienes al marido en dominio exclusivo, fue siendo limitada por los jurisconsultos que admitieron que servía más para subvenir a las necesidades de la mujer y la familia, después de terminado el matrimonio, que un beneficio del marido. La dote profecticia, la actio extipulatu, y finalmente, la actio rei uxoria, más las prohibiciones legales de la venta de los fundos itálicos, y más adelante, de todos los bienes, configuraron un patrimonio, aunque no propio de la mujer, en que el marido tenía propiedad nominal, agravada con una serie de normas que le hicieron duramente responsable de la conservación y administración de los bienes.

(c) La *Potestad dominical*, que es el derecho de dominio, contra natura, admitido por el derecho de gentes, fue más difícil de limitar, pero también, en cierta medida, fue disgregando la unidad del patrimonio a través del peculio del esclavo y de las acciones concedidas por el pretor de un modo semejante a las creadas para los hijos de familia.

La liberación de los esclavos que pasaron al estado de libertos creó, en general, de por vida, patrimonios independientes que debían retornar en todo, o en parte, al antiguo dueño por vía del testamento, del trabajo en favor del amo (obsequium), de servicios o entrega de bienes en vida liberto (opera), y finalmente a través de una sucesión testada o intestada forzosa, en beneficio del patrono, limitada sólo por la concurrencia de los hijos herederos del liberto.

Los latinos junianos se ciñeron a una norma por demás dura, pues al morir se les consideraba esclavos, y sus bienes retornaban al poder del dominus por la vía de la potestad y no por herencia ¹⁹³.

El pretor creó las primeras acciones para mantener la unidad patrimonial, frente al derecho de terceros, basado en la defensa de la integridad del patrimonio liberto, en beneficio del amo.

Sistema de los peculios

Los romanos consideraron el patrimonio como el hecho de que una persona tenga bienes, y de un modo similar, miraron los peculios como pequeños patrimonios, de una estructura y condición semejantes al patrimonio de un individuo.

A pesar de este trato, era terminante la idea que el patrimonio es del padre u hombre libre, de manera que nadie que no lo sea puede tener

¹⁹² GAI, 1, 110 y ss.

¹⁹³ GAI, 3, 56.

patrimonio, en cambio el peculio es propio del que carece de patrimonio y sólo tiene bienes en un modo reducido y limitado, según su status.

El padre de familia no puede tener peculio, del mismo modo que el siervo no puede tener patrimonio¹⁹⁴.

La potestad dominical y la patria potestad cubren y abarcan, de un modo absoluto, la persona y actividad de los esclavos y los hijos de familia, de tal manera que toda actuación o adquisición de ellos, corresponde en exclusivo derecho al padre o amo. Estos poderes eran tan absolutos, que toda adquisición entra de inmediato al patrimonio del padre o del amo.

Sin embargo, tienen ellos capacidad de actuar o poder personal, de manera que pueden obligarse fuera del jus civile y ser pasibles de una acción en su contra. La condena que recaiga sobre ellos sólo podrá hacerse efectiva cuando adquirieren su libertad o la calidad de ciudadanos sui juris, según procediere¹⁹⁵.

Si el acto del hijo o esclavo redundare en beneficio del padre y éste incorporare un bien a su patrimonio, ése será responsable hasta concurrencia del beneficio que hubiere recibido. Sin embargo, el padre o amo pueden usar de la capacidad de obrar propia del hijo o del esclavo, para realizar actos o adquisiciones en su provecho.

No cabe representación, pues los romanos no la conocieron en la época clásica. Ni los hijos o esclavos podían contraer relaciones obligatorias jurídicamente con sus amos o padres. La solución es la "potestas" o "poder" que es la facultad de operar por orden o instrucción de otros (Lenel).

Peculio profecticio (Peculium paganum)

Este peculio que ha sido el ejemplar del sistema fue creado por la práctica comercial y por las acciones que el pretor concedió en las diferentes etapas de su desarrollo.

Los Jurisconsultos del Alto Imperio reconocieron al hijo de familia capacidad para obligarse, tanto por sus contratos como por sus delitos¹⁹⁶.

Esta capacidad tuvo una limitación establecida por el Senado consulto macedoniano (años 69 y 79), dictado en la época de Vespasiano, prohibiendo prestar dinero a los hijos de familia, del cual el pretor creó la excepción del senado consulto macedoniano contra el acreedor de un préstamo de dinero, que pretendiere cobrar en contravención a la norma indicada.

¹⁹⁴ ULPIANO, D. 50, 16, 182.

¹⁹⁵ ULPIANO, D. 46, 4, Pr. 8, 4.

¹⁹⁶ ULPIANO, D. 46, 4, 8, 4; GAI, D. 44, 7, 39.

La mujer in manu y la hija de familia, no tienen esta facultad en razón de su incapacidad¹⁹⁷.

Las deudas personales contraídas por el hijo de familia, en virtud de su capacidad, no producían efectos prácticos mientras viviere el padre, pues como carece de patrimonio, no se podía exigir el pago, sino cuando el hijo pasare a ser sui juris y adquiriere bienes propios a la muerte de su padre. Es probable que la manus injectio no se aplicara al hijo de familia.

Los bienes que el hijo de familia adquiere son del patrimonio del padre y la capacidad de accionar en juicios, sólo corresponde a éste. El hijo sólo podía actuar en caso de injuria¹⁹⁸ y en el caso del interdicto vi aut clam. Se permitió al hijo actuar en juicio, en ciertas causas in factum, si se encontraba impedido el padre¹⁹⁹.

El pretor, a fines de la república, permitió a los padres de familia aprovechar de un modo más completo la actividad de los hijos o esclavos, adaptándola a las condiciones nuevas de la vida económica y social.

En todo caso, los actos de adquisición de bienes engrosan el patrimonio del padre, conozca o no el hecho, y las deudas gravan al hijo sin que el padre tome responsabilidad en ellas.

La innovación del pretor consistió en permitir accionar, contra el padre bajo determinados supuestos, por actos efectuados por el hijo. Estas acciones se llamaron por los comentaristas *adjectitiae qualitatis*, porque además de la acción contra el hijo existían otras acciones por las que se podía proceder contra quien detente la patria potestad o la potestad dominical. Esta responsabilidad no es por representación, sino agregada, pues hay dos responsabilidades, una del *alienis juris*, y la otra del que tiene la potestad²⁰⁰.

Los supuestos señalados por el pretor y que dieron lugar a acciones, fueron:

(a) orden del padre al hijo para que realice algún negocio jurídico (*Quod Jussu*).

(b) designación hecha por el padre, para que el hijo actúe frente a un establecimiento, como ejecutor de un negocio de venta, posada, establo (*praepositus*).

(c) designación del hijo para que actúe al mando de un barco (*magister navis*).

En todos estos casos, los actos del hijo, además de la acción en contra de él, generaron acciones *adjectitias* en contra del padre.

¹⁹⁷ GAI, 3, 104.

¹⁹⁸ ULPIANO, D. 47, 10, 17, 10.

¹⁹⁹ D. 43, 24, 131 y 19; JULIANO, D. 44, 7, 9; D. 16, 3, 19; D. 12, 1, 17.

²⁰⁰ KASER, 11, 11, 2.

Los padres de familia, en la necesidad de atender sus bienes situados lejos de Roma, entregaron a los hijos de familia ciertos bienes para que los administrasen con independencia. Parece que esta costumbre se originó en la necesidad de mantener la independencia para el manejo de negocios ubicados en provincia, a los que raramente llegaba el padre, y de ahí el nombre de *peculius paganus*.

Para que el *peculio* existiera era necesario un consentimiento expreso del padre, pues la sustracción de bienes no constituía *peculio* aunque la falta fuera perdonada. Estos bienes debían ser entregados al hijo, a título de *peculio* y con carácter revocable, para su administración separada.

También se pudo formar con las sumas pequeñas que ahorrara el esclavo o utilidades de pequeños negocios.

El *peculio* constituye un patrimonio de hecho, pues de derecho era parte de los bienes del padre, quien dio cierta independencia social y económica al hijo y, al mismo tiempo, permitió que el padre se beneficiara con las habilidades comerciales del hijo.

Aunque el *peculio* esencialmente es de propiedad del padre, sin embargo, se fue uniendo de un modo definitivo a la persona del hijo, o del esclavo, de manera que en el trato usual se le considerase como un bien propio que daba al hijo independencia económica, de manera que los usos sociales y las costumbres reprobaran una revocación caprichosa²⁰¹.

Respecto de los esclavos, cuando eran manumitidos, fue usual dejarles el *peculio* que administraban. Del mismo modo, si un esclavo era vendido podía incluirse en el precio el *peculio*, de modo que éste podía ser reclamado si el esclavo era entregado sin él. De igual modo, en los testamentos podía incluirse como legado el *peculio* en favor de quien lo administraba²⁰².

La acción de *peculio* es la que nos presenta un concepto más claro sobre el manejo de una masa de bienes, considerada unitariamente como un valor económico, y según, un trato contable, en términos técnicos modernos.

Esta acción supone que el padre de familia ha entregado a un *alienis juris* un *peculio* para que lo administre con independencia.

La tenencia de este *peculio* permite al *alienis juris*, que lo posee, una responsabilidad por las deudas que hubiere contraído, sea en relación con el giro del *peculio*, como de aquellas que contraiga personalmente, aunque no tengan relación alguna con el *peculio* entregado, sin otra limi-

²⁰¹ KASER, 60, 11, 3, e.

²⁰² D. 33, 7.

tación que el monto económico a que ascienden los bienes (dumtaxat de peculio) ²⁰³.

Como los alienis juris sólo tienen responsabilidad postergada no susceptible de acción, o una obligación natural si tienen peculios, adquieren una responsabilidad adicional propia del peculio cualitativamente limitada al valor de esos bienes en el momento de solventarse la obligación en cumplimiento de una *judicatum*.

En el ejercicio de la acción de peculio es necesario calcular el valor de éste, para lo cual se requiere partir del monto efectivo del peculio al momento de su constitución, agregar todo aumento de su activo, sumar lo que dolosamente hubiere sustraído para perjudicar a los acreedores ²⁰⁴, lo que debiere el pater al peculio y descontar contra el peculio, lo que a él se debiera. Este cálculo supone una valoración unitaria de la masa peculiar (vale decir, una unidad económica expresada en números), a la cual se puede sumar o restar las cantidades que representan los créditos y los débitos.

La acción de peculio corresponde a cada acreedor, contra el peculio por el monto de su crédito. Los créditos serán pagados según el orden en que se hagan valer, mediante la acción respectiva. Una vez que se agote el peculio, los acreedores impagos nada perciben. Pueden, sin embargo, cobrar los saldos cuando el hijo de familia llegue a ser *sui juris*.

El procedimiento establecido en conformidad a los textos de Gayo ²⁰⁵ y Ulpiano ²⁰⁶, es una comprobación clara del trato que en Roma se dio al patrimonio, considerado como una unidad de hecho, valorizable y en consecuencia expresable en dinero, según unidades monetarias y susceptibles de ser aumentadas o disminuidas de acuerdo con las adquisiciones o las deudas que afecten al titular.

Junto a la responsabilidad jurídica de derecho, cuya causa es la capacidad y las actuaciones jurídicas de adquisición de bienes o endeudamiento, existe una unidad de hecho del patrimonio, determinante en un momento dado de la responsabilidad económica de una persona. La acción de peculio se basa, esencialmente, en la consideración de estos dos elementos.

La acción de peculio puede producir un estado de injusticia, pues los acreedores podrán hacer efectivo el pago de sus créditos en el orden en que inicien sus acciones contra el deudor.

Sin embargo, puede ser necesario considerar una igualdad entre los acreedores, si todos asumieran un riesgo semejante respecto de la solven-

²⁰³ ULPIANO, D. 15, 1, 1, pr.; GAI, 4, 72, 74.

²⁰⁴ ULPIANO, D. 15, 1, 21, pr.

²⁰⁵ GAI, 4, 72-74.

²⁰⁶ ULPIANO, D. 15, 1, 21, pr.

cia del deudor, o si la situación que le acarreó el gravamen excesivo en deudas del peculio se debió a un hecho que comprometiera, en común, a todos los acreedores.

La acción para este efecto es la tributaria, cuyas condiciones son precisas. Si alguien sometido a poder ajeno emplea su peculio o parte de él ²⁰⁷ en crear una empresa mercantil o industrial y el patrimonio o haber de esta empresa (*merx peculiaris*), está sobrecargado de deudas, puede el pretor ordenar que el patrimonio sea distribuido proporcionalmente entre los acreedores ²⁰⁸. Puede designar, el pretor que realice el concurso privado, al propio titular del peculio, quien puede hacer valer su propio crédito contra la empresa, pero sólo como obligación natural. Si en el reparto algún acreedor recibe, a sabiendas de quien hace la distribución, una suma menor y en su perjuicio podrá, por la acción tributaria, obtener la diferencia que falta para una correcta distribución ²⁰⁹.

Peculio castrense

El concepto original que Gayo considera peculiar ²¹⁰ de la patria potestad, nunca fue suprimido del sistema romano, lo que acarreaba la consecuencia de que todos los bienes adquiridos fueren del padre en razón de poder; sin embargo, en el derecho posclásico vulgar se consideró el peculio entregado al hijo de familia como propio de él ²¹¹.

El peculio en el derecho clásico y en especial en el posclásico reconoció, aunque de un modo muy lento, una capacidad patrimonial limitada al hijo de familia.

Augusto y los emperadores posteriores otorgaron a los hijos de familia militares, el derecho a disponer pos testamento del patrimonio adquirido en el ejercicio de las armas, como sueldo o botín. Esta situación recibió el nombre de peculio ²¹² castrense. El emperador Adriano y los juristas ampliaron este derecho a los veteranos y a todas las demás adquisiciones de los soldados.

Pero el divino Augusto estableció: que el hijo de familia militar podía hacer testamento de aquel peculio que adquirió en los campamentos ²¹³. Este peculio puede ser dispuesto por los hijos por acto inter vivos, y es tan diferente de el del padre que los acreedores de éste no pueden

²⁰⁷ GAI, D. XIV, 4, 11; ULPIANO, D. 14, 4, 5, 4; G. 11.

²⁰⁸ ULPIANO, D. 14, 4, 5, 19.

²⁰⁹ PAULUS, D. 14, 4, 6.

²¹⁰ GAI, 1, 55, ss.

²¹¹ KASER, 60, 11, 3 c.

²¹² MACER, D. 49, 17, 11.

²¹³ ULPIANO, EPITONE, 20, 10; INST., 20, 9 y 10.

venderlo, ni puede ser tomado por éste, ni es común con los bienes heredados con sus hermanos ²¹⁴.

Sin embargo, si el hijo muere intestado se aplica la norma general de que todos los bienes de los hijos son del padre y en consecuencia él los asume no como heredero, sino en virtud de su potestad paterna.

“Si el hijo de familia militar muriese intestado, los bienes de él pertenecen al padre, no como la herencia, sino como peculio” ²¹⁵.

Peculio quasi castrense

En el derecho posclásico se extendió este derecho singular a los funcionarios civiles de la corte y a los sacerdotes, en orden a que los bienes patrimoniales de ellos y las donaciones hechas por el emperador o la emperatriz pudieran ser materia de disposiciones testamentarias en un principio por la mitad, y después por todo el haber. Sin embargo, en estos casos se aceptó, respecto de ellos, las normas de la sucesión intestada.

A estos bienes los llamó Justiniano, peculio quasi castrense ²¹⁶.

Efectos patrimoniales del matrimonio

Para comprender la real situación del matrimonio en el Derecho clásico y sus consecuencias en el patrimonio, es necesario situarse en un plano de revisión de nuestra mentalidad y esquema sobre la materia.

Para los romanos el matrimonio es un hecho de índole social y familiar, en que la voluntad de los cónyuges estaba convenida en un sentido ético y mantenido por la voluntad de permanecer en una unidad conyugal.

El matrimonio romano no constituye en la época antigua y clásica un acto jurídico y menos un contrato, sino una convivencia sostenida por la voluntad de los cónyuges y el hecho de aceptar la vida común compartida. Los romanos no reglamentaron esta unión, sino que todas las normas se basan en aplicaciones de reglas del Derecho común sobre la adquisición de bienes.

Ello resulta explicable porque las normas clásicas se refieren al poder del marido sobre su mujer y posteriormente sobre sus hijos, y la forma como se adquiere.

De este hecho fluyen múltiples consecuencias de derecho, con los hijos, con los bienes, y con el uso de los recursos económicos en común.

Sólo en el período posclásico se expresa de un modo no muy preciso el consentimiento jurídico en base al matrimonio.

²¹⁴ INST., 2, 12, Pr.

²¹⁵ ULPIANO, D. 49, 17, 2.

²¹⁶ C. 3, 28, 37.

El concepto de un vínculo jurídico convencional, para dar origen al matrimonio, es un concepto de la época medieval y proveniente de la influencia de la Iglesia.

Gayo indica que "si el ciudadano tomara como cónyuge a una romana o a una latina o peregrina con quien tenga connubio, se produce, en virtud del connubio, que los hijos procreados en la justa nupcia sigan la condición del padre y se hacen ciudadanos romanos y quedan bajo la potestad del padre".

Sólo las mujeres pueden estar sometidas a la manus. Antiguamente entraba en la manus la mujer por tres modos: por el uso, por la *confarreatio* y por la *coemptio*. La mujer llega por el uso a estar in manu cuando permanecía como casada durante un año porque era usucapida por la posesión de un año.

Entra la mujer a la manus del varón por una especie de sacrificio que se hace a Júpiter *Farreo*, al cual se presenta un pan de trigo, de lo cual viene el nombre de *confarreatio*.

Se llega a la manus por *coemptio* cuando se celebra una especie de mancipación ante cinco testigos y un *libripens*, en que el varón compra de un modo ficticio a la mujer, que debe quedar bajo su poder in manu.

La relación del marido con la mujer era semejante a la de una hija, y actuaba como tal (*filia loco*).

Si el marido o la mujer no son romanos, el hijo sigue la suerte de la madre respecto a la ciudadanía y no se produce la patria potestad respecto del padre, sin perjuicio que la pueda tener el padre de la madre, por su derecho sobre ésta ²¹⁷.

Efectos patrimoniales

Si la mujer no entra a la manus del marido no se produce ningún cambio en el patrimonio de ella. Si era *alieni juris*, o sea, sometida a la patria potestad del padre, no hay alteración, pues carecía de patrimonio. Si fuera *sui juris*, el patrimonio no se altera, y sigue sometida a la tutela perpetua. Las leyes Julias permitieron a la mujer con tres hijos o más, pedir exención de la tutela al Emperador ²¹⁸.

En cambio, si la mujer entra in manu del marido, todos sus bienes los adquiere el marido por sucesión universal, a excepción de aquellos que se extinguen por pérdida de capacidad (*Capitis diminutio*), como el usufructo, las obligaciones de obras de los libertos que se contrajeron por juramento, y de la *litis contestatio* en juicio legítimo.

²¹⁷ GAI, I, 87.

²¹⁸ FIRA III, NEGOTIA, pág. 72.

En lo que se refiere a las deudas que gravan el patrimonio de la mujer, hay que hacer una distinción. Si las deudas provienen de una herencia deferida a la mujer, como el marido pasa a ser heredero por la adquisición de los bienes de la mujer queda obligado al pago de ellas por el derecho hereditario que adquirió; en cambio, las deudas directas de la mujer no gravan al marido, pues ellas se extinguieron por la pérdida de capacidad de la mujer al pasar a la manus. El pretor, sin embargo, creó una acción útil ²¹⁹, para el caso en que fuere rescindida la disminución de cabeza, y si no hubiere defensa de esta acción, por la cual el pretor permitió a los acreedores la totalidad de los bienes que habrían sido de ellos (adrogado o mujer in manu) si no se hubiesen sometido a su poder ajeno.

En caso de filiación adoptiva por adrogación de un sui juris se aplican las mismas normas que para la conventio in manu de la mujer.

La dote

El matrimonio no producía efecto alguno en el orden patrimonial, ni tampoco la conventio in manus acarreaba consecuencia alguna, salvo que la mujer fuese sui juris y tuviese bienes, porque éstos pasaban al marido.

Sin embargo, en los casos de matrimonio de una mujer filia familiae, es decir, sometida a la potestad de su pater, se introdujo desde muy antiguo la costumbre de dar una cantidad de valores patrimoniales que recibieron el nombre de bienes matrimoniales o dote (dos).

Estos valores eran entregados al marido por el padre, quien los adquiría en dominio, y ello involucraba la obligación de mantener la mujer y hacerla participe del rango y nivel de la vida propia del marido, o llevarla al matrimonio con el compromiso de conservar el rango o nivel propio de la mujer en su familia.

Mientras estaba vigente el matrimonio, dichos bienes servían para sobrellevar la carga económica del mismo (onera matrimonii) ²²⁰.

Sin embargo, al término de la República se introdujo otro concepto, que fue considerar que dichos bienes tenían un fin protector en favor de la mujer al término del matrimonio, lo que trajo como consecuencia que las leyes y los juristas fueran limitando las facultades del marido sobre los bienes dotales, aunque se mantuviera el concepto de que dichos bienes eran propiedad del marido.

Finalmente, Justiniano, bajo la influencia del Derecho helenístico, reconoció al marido sólo un derecho de propiedad formal, cuyo contenido se asemejaba al usufructo ²²¹. Podía constituir la dote el pater familia o cual-

²¹⁹ GAI, 3, 84.

²²⁰ PAULUS, D. 23, 6, 56, 1.

²²¹ C. 5, 12, 30.

quiera otra persona ascendiente paterno o materno, incluso un extraño, o la misma mujer si era sui juris. En la época clásica era un deber moral que quien tuviere una hija bajo su poder, la dotara, pero sólo Justiniano establece una obligación jurídica sobre el padre y, excepcionalmente, sobre la madre ²²².

La dote se puede constituir por contrato verbal (*dotis dictio*) ²²³, por entrega real (*datio dotis*) o por el pacto legítimo (*promissio dotis*).

Supone siempre un matrimonio válido.

Puede la dote consistir en cualquier clase de bienes con valor patrimonial, como cosas corporales, derechos reales, créditos, etc.

La dote que inicialmente era de propiedad exclusiva del marido, sufre transformaciones con el cambio de sentido final de que se ha hablado. De aquí que los emperadores fueron restringiendo los poderes de los maridos sobre los bienes dotales. Una ley Julia de Augusto prohíbe al marido la enajenación de los fundos itálicos sin el consentimiento de la mujer ²²⁴. Después se extendió la prohibición a todos los inmuebles y, finalmente, Justiniano prohibió gravarlos con hipotecas ²²⁵.

El beneficio de ineficacia de la venta sólo podía ser invocado por la mujer.

Desde la República el pretor otorga a la mujer una *rei uxoria* para reclamar del marido o sus herederos la devolución de los bienes dotales, dando al juez amplia facultad para fijar el alcance de la prestación y los fundamentos de la acción iniciada (*quod melius aequius erit*). Esta acción era concebida de buena fe.

En caso de muerte de la mujer la dote corresponde al marido, pero si fuera profecticia, el constituyente puede pedir por la *actio rei uxoriae* su devolución, pudiendo el marido detener un quinto de ella por cada hijo ²²⁶.

Los bienes dotales son devueltos en tres cuotas anuales, pero si son fundos o especies o cuerpos ciertos, la devolución se hace de inmediato.

El marido debe cuidar los bienes dotales con gran responsabilidad, sin dolo ni culpa, pero se le permitía estimar la dote para pagarla según el valor de tasación al término del matrimonio.

Justiniano dispone que la propiedad de la dote, una vez muerta la mujer, pase a los hijos, correspondiendo al padre sólo el usufructo.

Si la mujer cometió adulterio, o abandona al marido, pierde todo derecho sobre la dote.

²²² C. 5, 11, 7.

²²³ GAI, 3, 95.

²²⁴ GAI, 2, 63; D. 23, 5.

²²⁵ C. 5, 19, 1, 15 b.

²²⁶ ULPiano, epit. 6, 4.

Ulpiano presenta un interesante texto sobre la situación de los bienes dotales en relación con las deudas que los gravan y en que se aprecia el concepto que tiene sobre el dinamismo del matrimonio.

X. EVOLUCIÓN DE LA ABSORCIÓN DE UN PATRIMONIO CON EL PATRIMONIO DEL ADQUIRENTE

Cuando una persona recibe un patrimonio ajeno, de inmediato se confunde el patrimonio propio con el que adquiere.

La adquisición del patrimonio puede provenir de la potestad que tiene, o nace en el adquirente²²⁷ sobre el titular del patrimonio que se adquiere, como sucede en la adrogación y conventio in manus. El efecto que produce la potestad es doble: a) produce un capitis deminutio (incapacidad de derecho) en el sometido, y b) se adquiere el patrimonio como una masa de bienes, pero no se reconocen las deudas que lo gravan, pues éstas no extinguen por una incapacidad sobreviviente²²⁸.

En los efectos que son admitidos por derecho de consentimiento tácito la adquisición de los bienes no es jure successionis, sino que es la adquisición de todas las cosas corporales e incorporales existentes al tiempo de la pérdida de la capacidad. Ello es consecuencia de que el antecesor ha pasado a ser incapaz y ha perdido su calidad de sujeto de derecho²²⁹.

La contraposición entre los dos aspectos de adquisición está explicada claramente cuando trata de las deudas del capite minutus y de las deudas de una herencia contenida en el patrimonio de éste²³⁰.

En el caso de los libertos latino junianos, los bienes que adquieren son, en vida, propiedad absoluta de éstos, pero al morir revive la potestad dominical del amo y adquiere los bienes no en razón de una sucesión hereditaria, sino jure patroni, es decir, por la potestad del antiguo amo sobre él²³¹.

Se puede adquirir un patrimonio por sucesión que puede provenir de causa de muerte o entre vivos.

La sucesión por causa de muerte puede tener su origen en el Derecho Civil o en el derecho del pretor. La primera se denomina hereditas; la segunda, bonorum possessio.

La sucesión entre vivos procede del Derecho pretoriano y se aplica en los casos de bonorum emptio. La bonorum emptio puede ser del patrimonio de personas vivas o difuntas²³².

²²⁷ GAI, 2, 86.

²²⁸ GAI, 3, 82, ss.

²²⁹ GAI, 3, 83.

²³⁰ GAI, 3, 83.

²³¹ GAI, 3, 72; GAI, 1, 35.

²³² GAI, 3, 77, 78.

Se aplica la *bonorum emptio* de los vivos en los casos de ocultación fraudulenta de los bienes, o a los ausentes que no han tenido defensa; a los que han hecho cesión de bienes, en conformidad a la ley Julia y, finalmente, a los que han sido condenados en juicio una vez vencido el plazo para pagar lo que se debe, plazo que les ha sido concedido parte por las XII Tablas y parte por el edicto del pretor.

Existe, sin embargo, una diferencia entre la sucesión redivaria y la sucesión pretoriana, pues mientras en la primera se adquiere el patrimonio *ipso jure* ²³³, en las segundas (*bonorum possessio* y *bonorum venditio*) no adquieren el patrimonio *ipso jure*, sino que sólo adquieren la propiedad bonitaria de él, la que podrá transformarse en dominio quirritario si se reúnen los requisitos para que opere la usucapión ²³⁴.

En consecuencia, mientras el heredero civil actúa en lugar del causante para cobrar los créditos y pagar las deudas, en las formas pretorianas se puede perseguir a los adquirentes por las deudas, o cobrar por estos a los deudores, en virtud de acciones útiles creadas por el pretor y en que se acciona como si fuera el causante de la sucesión (*fórmulas Rutiliana y Serviana*) ²³⁵.

Consecuencia de esas sucesiones es que el patrimonio adquirido se identifica y confunde con el del sucesor o adquirente, de manera que no existe diferencia entre el dominio de los bienes existentes con los adquiridos, ni hay distinción de las deudas del causante con las del sucesor y que la unidad de todo el patrimonio en poder del sucesor responde de todas las acreencias, tanto la del sucesor como las que provengan de su causante ²³⁶.

El derecho de sucesión es un derecho diferente de los bienes que integran el as hereditario. Gayo expresa de un modo claro esta diferencia al contraponer las cosas corporales como un fundo, un esclavo o el dinero, con las cosas incorpóreas, entre las que se incluye el derecho de sucesión (*Nam ipsum jus successionis . . . incorporale est*) ²³⁷. Además, el derecho de sucesión es un derecho universal ²³⁸.

La absorción del patrimonio adquirido y su unificación con el adquirente tiene consecuencias patrimoniales de importancia que pueden lesionar sea el causante, sea el sucesor o a los terceros que tienen interés en la conservación, o la solvencia, de los patrimonios en su individualidad antes de la unión.

²³³ GAI, 4, 34.

²³⁴ GAI, 3, 81.

²³⁵ GAI, 3, 81; D. 4, 34, 35.

²³⁶ GAI, 2, 98.

²³⁷ GAI, 2, 14.

²³⁸ GAI, 2, 97, 98.

El causante puede verse lesionado si en el futuro el acto de fusión resultare inválido y tuviere que recuperar sus bienes o los que habría adquirido en el transcurso de su incapacidad. En este caso bastan medidas preventivas y garantías que la ley o las partes pueden establecer. Justiniano en las institutas analiza el problema y da soluciones diversas²³⁹.

El segundo problema que se plantea es respecto del sucesor que puede recibir un patrimonio inexistente desde el aspecto de su haber y en cambio deba soportar por las deudas que lo graven una disminución de su propio patrimonio.

El tercer problema afecta a los acreedores del causante que pueden ver perderse la solvencia de su deudor por la fusión de su patrimonio con el del sucesor.

Los problemas segundo y tercero afectan sólo a los casos en que el sucesor entra en posesión de la masa, en virtud de un *ius successionis*, lo que significa que debe actuar en nombre del causante, y en calidad de heredero o sucesor ocupa jurídicamente el lugar de aquél.

En los casos admitidos por el derecho de "consentimiento tácito" (*adrogación* y *conventio in manus*, la adquisición de los bienes no se hace por un derecho de sucesión y en consecuencia el adquirente no ocupa el lugar jurídico de su antecesor.

Igual puede decirse del *bonorum emptor* y *bonorum poseesor* que adquieren los bienes inventariados y pagan las deudas reconocidas, pero no entran a ocupar el lugar jurídico del fallido, ni del difunto. Las acciones que el pretor crea para cobrar los créditos u obligar al pago de las deudas son excepcionales y no modifican en ninguna manera la posición ya indicada de adquirente, pues no suceden de un modo legítimo (*in locum defuncti*)²⁴⁰.

A su vez el *bonorum emptor* "*ficto se herede agit*" actúa como un heredero ficticio²⁴¹.

En consecuencia, sólo se pudo considerar la situación del que sucedía *ipso jure* y actuaba en la adquisición universal de un patrimonio²⁴², lo que estrictamente sólo se aplica en la sucesión legítima por causa de muerte.

Los herederos romanos se encontraban definidos en tres grupos, considerando su relación de potestad con el difunto y su libertad para aceptar o repudiar la herencia. Pueden ser necesarios, suyos y necesarios, y extraños²⁴³.

²³⁹ I, 3, 1, 14.

²⁴⁰ GAI, 4, 34.

²⁴¹ GAI, 4, 35.

²⁴² GAI, 2, 97.

²⁴³ GAI, 2, 152.

El heredero necesario es el siervo, instituido heredero junto con otorgársele la libertad y llamado así, quiéralo o no, debe después de la muerte del testador recibir la herencia, pues de inmediato se ha hecho libre y heredero ²⁴⁴.

Esa especie de heredero se instituyó como una forma de librar al causante de la sanción de ignominia que recaía sobre él si su herencia no era aceptada, razón por la cual debía procederse a la bonorum venditio.

Si los bienes del causante eran inferiores a sus deudas, es decir, de hecho carecía de patrimonio (*facultates suas suspectas habet*) ²⁴⁵, al designar a un esclavo como heredero dándole la libertad, su herencia no pasaba a ser cosa de nadie ²⁴⁶ y la bonorum venditio debía efectuarse por cuenta del esclavo y en él recaía la infamia ²⁴⁷. Según Pufidio, al jurisconsulto Sabino no le parecía ajustada esta solución, pues la venta de los bienes se hacía por necesidad y no por culpa del heredero liberto ²⁴⁸.

Aparece, por tanto, que en el caso del heredero necesario, éste ocupa el lugar del difunto ipso jure y el patrimonio se incorpora de tal modo al heredero que sus consecuencias perniciosas recaen de un modo inapelable sobre él.

Para paliar esta injusticia se dispuso el beneficio de separación, estableciendo que lo que el liberto adquiriera después de la muerte del amo, sea antes o después de la bonorum venditio, fueran en su exclusivo beneficio. Sólo pueden ser vendidos por las deudas de la herencia los bienes que el liberto adquirió provenientes de la misma herencia ²⁴⁹.

De acuerdo con lo expuesto existió una separación en el patrimonio del "libertus oroinus"; a) el patrimonio hereditario, y b) el patrimonio adquirido al margen de la herencia (*res eius qui sibi adquisierit*).

Los herederos suyos y necesarios son los hijos, hijas, nietos o nietas que estaban bajo potestad del causante y pasaron a ser sui juris a la muerte de éste.

Son herederos necesarios, porque, quiéralo o no, sea la herencia testada o intestada, por ley pasan a ser herederos.

La mujer in manu, y la persona in mancipio que es liberada junto con la institución de heredero, se encuentran en una posición igual que la de los hijos ²⁵⁰.

²⁴⁴ GAI, 2, 153.

²⁴⁵ GAI, 2, 154.

²⁴⁶ GAI, D. 1, 8, 1, pr.

²⁴⁷ GAI, 3, 78 y 79.

²⁴⁸ GAI, 2, 154.

²⁴⁹ GAI, 2, 155; I. 2, 19, 1.

²⁵⁰ GAI, 2, 160.

Si la herencia se encuentra tan cargada de deudas, el pretor permitió a estos herederos abstenerse de la herencia con el fin de que los bienes fueran vendidos por cuenta del padre o del causante²⁵¹.

Los herederos extraños requieren un acto voluntario expreso o tácito por el cual manifiesten que adquieren la herencia.

A éstos el pretor concedió un tiempo para deliberar si les convenía o no aceptar o repudiar, de manera que los actos que realizaron durante este lapso no pudieran ser interpretados como una aceptación tácita.

En todos estos casos, sin embargo, el inmiscuirse en los bienes de la herencia o realizar actos que sólo pudieran justificarse como aceptación de la herencia, hacía que se extinguiera la posibilidad de pedir el beneficio de abstención.

La aceptación de la herencia producía el efecto de la unión definitiva de los patrimonios que sólo podía revocarse en favor del menor de 25 años, si ésta le había sido perjudicial y del mayor de 25 años, por gracia del emperador, cuando después de la adición, aparecieran deudas ingentes que eran desconocidas cuando se pronunció por la aceptación de la herencia²⁵², según disposición del Emperador Adriano y para los militares del Emperador Gordiano²⁵³.

El beneficio de Inventario fue establecido por Justiniano²⁵⁴.

El tercer problema es el referente a la insolvencia sobreviviente por la adición de una herencia por un heredero gravado personalmente de deudas, lo que exigió la necesidad de una solución de justicia que los pretores obviaron creando acciones para proteger los intereses constituidos en un patrimonio inicialmente solvente y amagados por la adición de una herencia por un heredero gravado ultra vires.

La herencia obliga al heredero a pagar las cargas que graven la masa hereditaria sin permitírsele considerar la solvencia real del patrimonio recibido (*hereditas . . . obligat nosa eri alieno, etian si non sit solvendo*)²⁵⁵. Resulta que la fusión de los patrimonios, como consecuencia de la condición absorbente del patrimonio de una persona viva que es el heredero, puede lesionar gravemente los intereses de los acreedores del causante.

Veamos cuáles fueron los remedios ideados por el pretor y la jurisprudencia.

a) Edictum de suspecto herede que significaba que los acreedores podían pedir garantías (*Satisdatio*) para asegurar el pago de sus créditos.

²⁵¹ GAI, 2, 158.

²⁵² GAI, 2, 163.

²⁵³ I. 2, 19, 6.

²⁵⁴ I. 2, 19, 6.

²⁵⁵ D. 29, 2, 8, pr.

Esto significaba que el heredero insolvente si no había dado garantías podía quedar sometido a la *missio in possessionem bonorum* y aun correr el riesgo de la venta de todos sus bienes, o que también el pretor concediera acciones en su contra como heredero sospechoso ²⁵⁶.

Pero la solución justa y definitiva sobrevino con la separación de patrimonios (*separatio bonorum*).

Los acreedores hereditarios del difunto, sea la herencia testada o intestada, podían pedir al magistrado dentro de un término de cinco años, siempre que no hubieren aceptado relaciones jurídicas con el heredero, separación de patrimonios de manera que quedaran individualizados los haberes del causante y los del heredero, la cual era concedida por el pretor, *cognita causa*, por decreto, y como consecuencia de ellos se concedía la *bonorum venditio* de los bienes del causante en provecho sólo de los acreedores hereditarios. Esta venta se hacía a nombre del heredero ²⁵⁷.

Finalmente, sucede que el *bonorum possessor* puede afrontar un grave problema si en razón de que los créditos en favor del difunto no pueden ser cobrados por él, pues el decreto del pretor que le da la posesión de los bienes no le concede la condición jurídica de heredero según se ha explicado.

El pretor en estos casos concede acciones útiles, según las cuales se puede accionar en juicio en el cobro de los créditos como si fuere heredero ²⁵⁸. En el libro IV de Gayo ²⁵⁹ se explica este género de acciones cuya fórmula expone del modo siguiente, fingiendo el *bonorum possessor* es realmente heredero del causante: "si resultare que A.A. fuere heredero de L. Titio, en consecuencia el fundo de que se trata, por derecho *quiritario* sería de él, o el dinero que se le debe . . . o si resultare que N.N. A.A. diez mil sextercios conviene que se le dé ²⁶⁰.

XI. DEFENSA DE LA INTEGRIDAD DEL PATRIMONIO

Hemos hecho presente que existe libertad absoluta para adquirir bienes, contraer deudas o enajenar los objetos que componen el patrimonio.

Sin embargo, los pretores cuidaron de sancionar los casos en que se disminuyera el haber en perjuicio de terceros.

Esta disminución pudo hacerse en dos casos generales y en algunos casos especiales:

²⁵⁶ D. 41, 4, 7, 5; D. 42, 5, 31; GAI, 4, 101, 102.

²⁵⁷ D. 42, 6, 1, 13; Interp. al final; D. 42, 6, 1, pr. 14.

²⁵⁸ GAI, 3, 80.

²⁵⁹ GAI, 4, 34.

²⁶⁰ GAI, 4, 34.

Los casos generales son:

(a) disminución indebida del patrimonio por acto entre vivos en perjuicio de los acreedores,

(b) disminución del patrimonio o masa hereditaria en perjuicio de los herederos.

Disminución injusta del patrimonio en fraude de los acreedores

La disminución del número de los esclavos mediante la manumisión aparecía como una situación humana y también liberal cuando una persona, debido a la pérdida de sus bienes, no podía mantenerlos de un modo conveniente a su servicio. Sin embargo esta acción significaba la pérdida de valores comerciales del patrimonio.

Por esta razón, la ley a Aelia Sentia prohibió otorgar la libertad de los esclavos cuando ello significaba un fraude a los acreedores²⁶¹.

Esta norma se aplicó no sólo a los romanos sino también a los peregrinos²⁶².

Inicialmente la ley Aelia Sentia sólo prohibió la manumisión por acto mortis, causa con lo que repetía la norma de la antigua ley Fufia Caninia. Sin embargo, Gayo trata de la materia de un modo general²⁶³. Estas leyes sólo permitieron la liberación de un solo esclavo que debía ser instituido heredero testamentario. Las demás manumisiones eran ineficaces al tenor de las expresadas disposiciones.

La manumisión por acto entre vivos quedó también prohibida si nos atenemos a las normas de carácter general de que dejan constancia los jurisconsultos Gayo²⁶⁴ y Pomponio²⁶⁵.

El fraude se entendía que se había producido cuando el deudor tenía conciencia de que el tiempo de la muerte perjudicaba a sus herederos o si al de la manumisión no estaba en condiciones de pagar a sus acreedores.

Para que se admitiera el fraude era necesario establecer el "concilium fraudis", es decir, el conocimiento de la insolvencia, y "eventus damni", o sea, el hecho de que los acreedores quedaran impagos.

Los medios procesales clásicos para atacar los actos hechos en fraude de los acreedores fueron el "Interdictum fraudatorium" y la "restitutio in integrum fraudis"²⁶⁶.

Estos recursos procesales destinados a evitar el fraude de los acreedores fueron según los comentaristas modernos anteriores a la ley de Augusto

²⁶¹ GAI, 1, 37.

²⁶² GAI, 1, 37.

²⁶³ GAI, 1, 37.

²⁶⁴ D. 40, 9, 10; GAI, 1, 37.

²⁶⁵ D. 40, 9, 23; GAI, 1, 47 y D. 40, 9, 27.

²⁶⁶ D. 42, 8, 1, pr. ULPIANO, D. 42, 8, 10, pr.

denominada Ley Aelia Sentia. ¿Por qué motivo, entonces, se dictó la expresada ley? La razón es que los pretores aceptaron por estos recursos atacar cualquier acto hecho en fraude de los acreedores y que para prohibir las manumisiones fue necesario.

No era posible, por esta vía obtener la devolución del pago de una obligación exigible, hecho antes de la *missio in possessionem bonorum* ²⁶⁷.

El pretor además, protegía al adquirente de los bienes contra las acciones intentadas por los acreedores de deudas contraídas de un modo fraudulento por el insolvente, mediante una *exceptio fraudis*. También podía en estos casos, negar lugar a la acción.

El interdicto *fraudatorum*, creado con posterioridad a la *restitutio in integrum* tenía una esfera de aplicación más amplia, pues no sólo se podía atacar con él los actos realizados, sino además, todo acto o abstención que tuviera por efecto disminuir el patrimonio. Así se podía revocar por él los actos unilaterales como el abandono de una cosa.

La reconstitución del interdicto *fraudatorio* según Lenel, es el siguiente:

Dice el Pretor: Los actos que hizo Lucio Ticio, con ánimo de defraudar, con conocimiento tuyo en los bienes de que se trate, estos actos, en beneficio de aquél en cuyo nombre se reclama, es necesario que tenga o le corresponda una acción según mi edicto, si no ha transcurrido más de un año, debes restituirla según la potestad que tienes, siempre que se trate de la cosa por la que se acciona. Esto si hay conocimiento de causa, si no hubiere conocimiento permitiré una acción *in factum* ²⁶⁸.

El interdicto sólo era concedido contra el que se beneficiaba con el fraude, con conocimiento del estado de insolvencia, pero además, el pretor daba un interdicto útil contra los terceros de buena fe que se habrían favorecido con un acto de liberalidad.

También se concedía el interdicto a los acreedores que lo hubieren recibido en la *venditio bonorum*, una proporción de sus créditos, a fin de que con la revocación fuere posible el pago del saldo no cubierto. En estos casos, sólo procedía cuando no era aplicable la *restitutio in integrum* o cuando el *curator* no la hubiere solicitado ²⁶⁹.

El interdicto consistía en una orden de devolución del bien, o los bienes. Si la persona contra quien se daba el interdicto se negaba a cumplir, se seguía un juicio en que debatía si los actos reunían las condiciones para que fuera dictada la orden. En este juicio se insertaba la cláusula arbitraria y la sentencia era una condena pecuniaria, salvo que el mismo reus se aviniera a la devolución del bien, a ceder las acciones

²⁶⁷ D. 42, 8, 6, 7.

²⁶⁸ LENEL DAS EDICTUM, págs. 495 y 496.

²⁶⁹ D. 42, 8, 10, 18.

que le correspondiera, o a consentir en el restablecimiento de una deuda extinguida por aceptación o remisión.

Este interdicto estaba en uso en el siglo III²⁷⁰. Justiniano hizo desaparecer la *restitutio in integrum* ya explicada y reemplazó el interdicto fraudatorio por una acción *in factum*, a la que una glosa dio el nombre de acción Pauliana. Esta acción tenía por objeto la revocación de las enajenaciones y los actos realizados que signifiquen un fraude para los acreedores.

Esta acción era un incidente en el procedimiento colectivo de liquidación de los bienes del insolvente. En el procedimiento de Justiniano, el curador tenía por misión administrar los bienes del insolvente y liquidar el activo mediante la venta individual de los bienes (*distractio bonorum*). Si una vez vendido todos los bienes los acreedores no son pagados íntegramente, se inicia el procedimiento de revocación de los actos fraudulentos. Podía un acreedor reconocido por el magistrado, proceder también a la revocación en favor de todos los acreedores²⁷¹.

Para el ejercicio de la acción se exigían los siguientes requisitos:

(a) que el acto fuera esencialmente revocable; no lo eran la liberación de los esclavos, ni la adición de la herencia.

(b) que se hubiere empobrecido el deudor, lo que podría resultar de un acto positivo o de una abstención, como enajenación de bienes sin contra prestación equivalente, pérdida de un derecho por negligencia, como el no uso de una servidumbre, pagos de una deuda, constitución de una prenda de un modo fraudulento.

(c) Perjuicio de los acreedores (*eventus damni*), lo que se establecía cuando el producto de la venta de todos los bienes del deudor no alcanzaba a cubrir todas las deudas.

(d) *Concillium fraudis*, es decir, conocimiento del deudor de que el acto realizado aumentaba su estado de insolvencia, y respecto del tercero adquirente o favorecido era necesario que fuera consciente del fraude, es decir, que conociera la situación financiera del insolvente. Contra el que había realizado un acto oneroso, se requería que actuara de mala fe, en cambio si el acto era gratuito, prosperaba la acción aun contra el tercero de buena fe.

Esta acción tenía un año útil de plazo para intentarla por el total de la reparación del daño causado, pero transcurrido el año se podía reclamar en la medida del enriquecimiento de los terceros²⁷².

²⁷⁰ C. VII, 75.

²⁷¹ D. 47, 8, 1, pr.

²⁷² D. 42, 8, 6, 14; FR. 10, 18 y 24.

Perjuicio de los herederos por actos que disminuyen el patrimonio del causante. Limitación de la liberalidad

Hemos explicado ya que una persona es libre de disponer de los bienes que constituyen su patrimonio. Sin embargo, existió una preocupación en orden a limitar o impedir ciertos actos que de un modo injustificado disminuían el haber en perjuicio de los herederos.

Los actos más usuales fueron la liberación de los esclavos y las donaciones por acto entre vivos.

Para impedir la disminución del patrimonio por liberación de esclavos, se conocen dos leyes. La primera denominada *Fulia Caninia* (año 2 A.C.), que limitó la liberación de los esclavos por testamento, de manera que quien tiene dos esclavos, pueda dar a ambos la libertad, de dos a diez, sólo la mitad; de diez a treinta, un tercio; de treinta a cien, la cuarta parte; de cien a quinientos, hasta un máximo de cien ²⁷³.

La segunda ley llamada *Aelia Sentia* (año 4) estableció un estatuto para las manumisiones de esclavos, y dispuso la prohibición al liberto de manumitir esclavos en perjuicio de los derechos hereditarios de su patrono ²⁷⁴.

A fin de disminuir las donaciones excesivas que favorecían a terceros, extraños a la familia, y empobrecían al donante se dictó el año 204 A.C. la ley *Cinciae*, que a más de prohibir a los abogados recibir dinero o donaciones por sus defensas, limita bajo prohibición las donaciones que excedan de un monto que se desconoce. Se eximían de esta prohibición los padres y los esposos. La ley sancionaba con nulidad el exceso de la donación más allá del límite permitido.

El pretor estableció una excepción *Legis Cinciae*, a fin de impedir el cobro de las donaciones aún no cumplidas más allá del máximo legal ²⁷⁵. Si la donación se hubiere revestido de una estipulación, la acción respectiva era enervada por la excepción indicada. Esta ley no podía ser invocada por los herederos para obtener la devolución del exceso donado, pues se entendía que la muerte hacía irrevocable la voluntad del donante ²⁷⁶.

Aumento injusto del patrimonio

Puede un patrimonio aumentarse de un modo injusto, es decir, contrario a las normas de derecho.

No existe una norma general que establezca un sistema sobre la mantención o integración legítima del patrimonio. Sin embargo, el pretor, con-

²⁷³ GAI, I, 42, 46.

²⁷⁴ GAI, I, 36.

²⁷⁵ TITULI EX CORPORE ULPIANO, I.

²⁷⁶ FR. VATICANO, 3, 11.

siderando ciertos hechos o prácticas, ofreció acciones en su edicto para sancionar situaciones que aparecieran como ilegítimas.

El criterio del pretor no fue sancionar actos determinados, pues es esencial para que haya un aumento injusto que el acto jurídico de que emana sea si ilícito, ya que de lo contrario, habría un vicio inicial, capaz de destruir el acto en su nacimiento, y en sus efectos. Los casos que contempla el pretor son por tanto ajustados a la legitimidad, pero que por vía secundaria van a producir un aumento indebido en el patrimonio.

Dos fueron las vías establecidas por el pretor, *actio in rem verso*, y por la ley las *legis actio per conditiones*.

La actio in rem verso

La encontramos en Gayo, libro IV, 72^a.

El presupuesto necesario es un negocio jurídico, efectuado por un hijo de familia o un esclavo, sin consentimiento del amo o del padre o sin conocimiento de ellos, de manera que lo que se obtenga de este negocio sea incorporado en el patrimonio del padre o del amo. En contra de este aumento del patrimonio del padre y en razón de que existe un bien incorporado en él se procede por el pretor a otorgar la acción.

Si el hijo o esclavo han recibido un peculio profecticio, y ningún beneficio obtenido dentro de él ha sido traspasado al padre, la acción que concederá el pretor es sólo la de peculio. En cambio, si se hubieren traspasado parte del beneficio o del ingreso al patrimonio del padre, en ese caso, procederá la *actio in rem verso* de acuerdo con el ingreso real recibido por el padre.

Si, por ej., de diez sextercios que tu siervo recibió de mí en mutuo, gastó 5 en cosas necesarias, como alimentos para ti, y los otros 5 los gastó de cualquier modo, debería ser condenado por 5 en virtud de la *actio in rem verso*; y por los otros 5 sólo se podrá accionar por la acción de peculio.

El caso planteado por Gayo no deja lugar a dudas de que la situación importa un traspaso sin causa jurídica, de un bien al patrimonio del amo o padre; de ello resulta justo considerar que se ha aumentado el patrimonio sin un acto legal, lo que significa la necesidad de devolver el dinero o bien recibido.

Esta acción, en consecuencia, tiene por finalidad perseguir lo que sin causa se traspasó en beneficio del padre. La *actio in rem verso* supone que hay un aumento de patrimonio como cuando el *alieni juris* invierte el dinero recibido, por ejemplo en mutuo, en comprar vestidos para su padre, o en adquirir para él productos alimenticios o simplemente pagarle una deuda²⁷⁷.

²⁷⁷ ULPIANO, D. 15, 3, 3, 7 y 10.

El enriquecimiento se determina por el juez según lo que la cosa recibida valga al tiempo de cumplirse la sentencia (*quod ea res erit*)²⁷⁸.

Esta acción es incompatible con las acciones de *peculio* y de *dolo*²⁷⁹.

Condictiones

Sabino demostró la opinión permanente de los antiguos que estimaron que lo que por causa injusta se encontraba en el patrimonio de alguien, podía ser reclamado mediante la *condictio*²⁸⁰.

La aplicación de este principio ha dado lugar a una típica situación creada por los romanos y que se base en que un bien se encuentre en el patrimonio ajeno sin causa jurídicamente admisible.

Este valor patrimonial no se persigue en razón del enriquecimiento que se produce en el patrimonio ajeno, sino en razón de haberse recibido una suma de dinero que debe restituirse, o haberse traspasado un derecho real sobre un bien (*datio*) o en la retención de una prestación de valor incierto.

La razón que justifica el sistema romano es el hecho de recibir el objeto o incorporarlo al patrimonio, usando los términos de Gayo, en razón de haberse creado un vínculo jurídico "re" lo que significa el traspaso material y en dominio de un bien a otra persona²⁸¹. La reincorporación de estos valores patrimoniales al haber de quien los entregó y que se considera con derecho a la devolución, se reclama en Roma mediante el sistema procesal de la *condictio*.

La *condictio* es una acción personal, de derecho estricto para reclamar una cosa cierta. La intentio en esta acción es abstracta, es decir, no se expresa la causa o fuente de la obligación. La *condictio* es concebida en todos los casos en que existe una deuda de orden civil, consistente en "dar una cosa cierta" (*certum dare*), como sucede en el mutuo, en el contrato literal, en la estipulación o en el caso de un hurto, que si bien proviene de una *datio*, sin embargo, la acción se extendió a este delito por repulsión a su manifiesta injusticia²⁸².

La *condictio* podía ser "certa pecunia" o "certa res" aunque en este último caso sea incierto el valor en dinero que se indicará en la *condematio* de la sentencia.

La *condictio* supone, para que proceda, ciertos hechos que constituyen retención injusta:

²⁷⁸ GAI, 4, 72.

²⁷⁹ ULPIANO, D. 15, 3, 1, 1.

²⁸⁰ D. 12, 5, 6.

²⁸¹ GAI, 3, 91.

²⁸² GAI, 4, 4.

a) se requiere que el objeto retenido haya integrado al patrimonio ajeno en virtud de una *datio*, es decir, que se haya transferido el dominio.

b) que la persona en cuyo patrimonio ingresó el bien, lo retenga sin causa jurídica que lo justifique.

c) que la atribución que alegue quien retenga el bien se encuentre apoyada en un *negotium contractum*, esto es, una voluntad negocial jurídicamente válida, y

d) que el acuerdo o consentimiento del negocio no sea eficaz, o no corresponda a prestaciones efectuadas, de manera que la persona que la recibió no pueda retenerla justamente como contrapartida.

La ilegitimidad de la retención puede ser originaria al tiempo de efectuarse la prestación, o porque posteriormente se produjo un hecho que la ilegítima, por ej. sentencia adversa, o evento de una condición, o por haberse extinguido la causa que le dio origen.

La *condictio* procede cuando la causa basta para justificar la adquisición de bienes pero no la retención, v. gr.: causa torpe, por un modo abstracto, *mancipatio*, *in jure cessio*, consumo del dinero o confusión con el propio, pago de no debido, *mutuo*.

La evolución y la transformación de la *condictio* es muy difícil de establecer y desde la época en que aparecieron las leyes Sila y Calpurnia, los jurisconsultos fueron dando nuevas aplicaciones y el pretor creó nuevas formas para presentar y adecuar situaciones o reclamos de los afectados.

La *condictio* suponía esencialmente una *datio* como fundamento de la acción, o sea, el traspaso en dominio de una cosa determinada (*condictio certa*) *Lex Sila*.

Cuando la ley Calpurnia la extendió a otras cosas determinadas, incluso especificadas en cuyo caso la fórmula referida es a cuanto valga la cosa (*quanti ea res est*), hace que el juez fije el valor de ella, no según lo que valía al tiempo del acto inicial (*fruit*), sino a cuanto valga al tiempo de la *litia contestatio*, o sea *quanti ea res est*.

La obligación crediticia nicial, sancionada por la *condictio* a un *dare oportere*, suponía necesariamente, que el que recibió la cosa se había hecho dueño y que en virtud de la acción debía devolverla retransfiriendo el dominio de ella al actor o demandante, a fin de hacerle de nuevo propietario del bien.

La *condictio* de acuerdo con lo que disponía la ley Calpurnia reemplaza a la *reivindicatio* cuando la cosa ha desaparecido y se ha hecho imposible usar esta acción real.

En el caso de hurto sucede algo semejante, pues la acción reivindicatoria sirve para reclamar la cosa hurtada, y la *actio furti*, para pedir la pena. Cuando la cosa hurtada está destruida o se ha hecho imposible su ubica-

ción, la *condictio furtiva* permite obtener cuanto vale la cosa materia del hurto²⁸³.

La *condictio* aparece inicialmente como una de las *legis actiones* y su estructura procesal era: "Aio mihi sestertiorum X millia dare oportere: is postulo aias an neges" (Digo que estás en la necesidad de darme diez mil sextercios o pido que esto lo digas o lo niegues)²⁸⁴.

El pretor estableció esta fórmula para la "*condictio certae creditae pecuniae*" creada el año 204 A.C., en el tenor siguiente:

Si paret Nm. Nm. X Millia sestertiorum (vel hominem Stichum) Ao. Ao. dare oportere, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. X millia sestertiorum (vel quinti ea rest est) c. S. N. P. A.²⁸⁵.

Si resulta que N. N. debe dar a A. A. 10.000 sextercios (o el esclavo Sticho) condena, juez, a N. N. en favor de A. A. por 10.000 sextercios (o por cuanto la cosa vale) S. n. p. a.

La extensión se hizo de un modo casuista y los autores le dieron aplicación para casos concretos, pero sin que hubiere entre ellos acuerdo, y a menudo hay discrepancias y oposiciones.

El objeto de la *condictio* no es el enriquecimiento o aumento del patrimonio actualmente existente, sino el dinero o cosas cierta recibidas. De manera que el juez condenaría a la suma de dinero que valga la cosa. Si la *condictio* es *furtiva*, serán el mayor valor de la cosa²⁸⁶.

Si una persona retiene una cosa que sólo puede ser reclamada por un *incertum*, el pretor concedía acciones *in factum*, según el modelo de las condiciones²⁸⁷.

Los jurisconsultos clásicos reconocieron ciertos hechos que dieron lugar a condiciones.

(a) *Solutio indebiti* (pago de lo no debido)²⁸⁸.

(b) *Condictio furtiva*, que compartía el dueño²⁸⁹ contra quien hurtó un bien, o retiene una cosa que debe devolver, o cuando ésta ha sido destruida²⁹⁰. Esta acción es compatible con la acción *furti* para la aplicación

²⁸³ ALVARO D'ORS, DERECHO PRIVADO ROMANO, 2ª Ed. 1073, Pamplona, págs. 394 y 395.

²⁸⁴ GAI, 4, 17 b.

²⁸⁵ FRANCISCO SAMPER, DERECHO ROMANO, Grafinasa, Pamplona, 1974, pág. 285.

²⁸⁶ ULPIANO, D. 13, 1, 80.

²⁸⁷ KASER, DAS RÖMISCHE PRIVATRECHT, Beck, München, 1955, págs. 139, 270; DAS RÖMISCHE Z. P. R., 1966, págs. 16 y 47.

²⁸⁸ GAI, 3, 91.

²⁸⁹ D. 13, 1, 1.

²⁹⁰ D. 18, 1, 1.

de la pena, pero no puede intentarse si el dueño pierde su derecho al bien voluntariamente, o si obtiene la reivindicación del bien ²⁹¹.

(c) *Condictio ob rem dati*. Si se ha dado un bien para que se realice otra dación o prestación, y quien recibió no cumple lo prometido, procede en su contra la *condictio*, por cuanto vale la cosa entregada. Si te diere diez áureos para que aceptes una herencia o legado y después tú repudieses la asignación, puedo iniciar una *condictio* en tu contra, para que devuelvas los diez áureos.

(d) Si una persona recibe en dominio, mediante tradición un bien para su consumo y debe restituirlo, podrá iniciarse en su contra una *condictio* para la devolución de su valor.

Francisco Samper agrupa en cuatro categorías las daciones que pueden dar origen a créditos que se encuentren protegidos por una *condictio*: *Datio mutui*, o préstamo de géneros; *datio ob rem*, o dación de contra-prestación, como sucedería en una permuta cumplida por una de las partes; *datio ob causam* o dación cuya causa falla, como sería una tradición cuyo título resulta posteriormente ineficaz, o se declara su nulidad; *condictio ex eventu* cuando el enriquecimiento injusto proviene de que otro perdió la posibilidad de usar la acción reivindicatoria ²⁹².

Defensa del patrimonio lesionado por abuso del derecho

El abuso de un derecho usando la vía procesal, y que como consecuencia lesionará el patrimonio del deudor, tenía en el régimen romano sanciones penales de índole patrimonial. El pretor proveía en el curso del proceso, mediante estipulaciones exigidas a las partes a respetar las normas, no dilatar la causa ni usar vías o recursos reprobables.

En el ejercicio de todo derecho, se exigía en Roma una rectitud de parte del actor o del acreedor.

El pretor, en sus interdictos posesorios, siempre usó los términos de que la vía procesal era concedida si no existía dolo o fuerza.

En los juicios era exigida la ausencia de dolo y el concepto de buena fe era la expresión del proceder según la palabra empeñada (*Fides*) y siguiendo el modelo de los hombres honestos (*boni viri*) ²⁹³.

Estas normas que prevenían al actor proceder correctamente, fueron acompañadas de sanciones específicas en caso de contravención.

En el juicio ejecutivo, según la ley *Colonia Genetivae Juliae* (44 A.C.), se exigía que la *manus injectio*, durísima vía de ejecución, fuera ejercida "sine fraude".

²⁹¹ D. 13, 1, 8 y 12.

²⁹² C.I.C. DE OFF. 3, 17, 70.

²⁹³ C.I.C. DE OFF. 111, 16, 66.

La ley de las XII Tablas, expresamente eximía de fraude a los acreedores que cortaran con algún margen de error el cuerpo del deudor.

Si alguien persiguiera judicialmente los bienes de un deudor, sabiendo que nada le debe, comete injuria ²⁹⁴.

Sanciona, en consecuencia, el abuso al vender los bienes de quien nada debe al acreedor, por una supuesta deuda.

El hecho de tratar a alguien como deudor no siéndolo, constituía ya de por sí injuria.

“Si alguien llamase a quien no es deudor como deudor con el motivo de causarle injuria” ²⁹⁵.

El que exigiera a los fiadores el pago de una deuda para producir daño, comete injuria.

“Comete injuria quien requiriere en perjuicio mío mis fiadores, cuando estoy dispuesto a pagar la deuda” ²⁹⁶.

Por su parte si alguien, comprometido a pagar una obligación (de un modo fraudulento) usaba recursos para eludirla y era sancionado con la pena del doble del valor de la deuda por las XII Tablas ²⁹⁷.

XII. ASPECTOS PATRIMONIALES EN EL SISTEMA PROCESAL ROMANO

En el desarrollo histórico del sistema procesal romano se encuentra una marcada tendencia económica y patrimonial en el sentido que los bienes tienden por lo general a expresarse en sumas de dinero, o deben ser tasados para considerar su situación en el litigio.

En el sistema de la *Legis Actio Sacramenti*, acción general y por ella se ventilaba cualquier situación jurídica no amparada por otra forma de procedimiento, era peligrosa para el litigante convencido de falsedad, pues para el vencido, la suma dada en “sacramentum” era adquirida por el erario como pena de su temeridad ²⁹⁸.

La *condictio certae creditae pecuniae* presentaba peligrosidad en razón de la promesa hecha y la reestipulación que por vía de pena beneficiaba al adversario que había triunfado ²⁹⁹.

En la época de Gayo, las garantías exigidas por el pretor se entregaban en ganancia al adversario que venciera en el juicio.

Para determinar la pena de la *Legis Actio Sacramenti* existían dos tramos diferentes, establecidos en las XII Tablas. Si la cosa valía más de mil ases de bronce, se depositaban 500 ases; y si menos, 50 ases. En los

²⁹⁴ GAI, 3, 220.

²⁹⁵ ULPIANO, D. 47, 10, 15.

²⁹⁶ ULPIANO, D. 47, 10, 33.

²⁹⁷ CIC. DE OFF. 3, 16.

²⁹⁸ GAI, 4, 13.

²⁹⁹ GAI, 4, 13.

juicios sobre libertad de una persona, siempre debían depositarse 50 ases, sumas apreciables si se considera que la ley Aternia Tarpeia fijaba en 10 libras de bronce el valor de un cordero; y 100, el de un buey (año 454 A.C.).

La entrega provisoria del bien litigio se encontraba subordinada a la "cautio pro praedes litis et vindiciarum", que cubría el valor de la cosa y de los frutos, la que pasaba al erario en caso de pérdida del litigio ³⁰⁰.

Para determinar, en consecuencia, el sacramentum era necesario considerar la tasación de los bienes.

La Legis Actio Judicis postulatio, según las XII Tablas, se usaba para los casos de "dare oportere" (obligación de dar) en una deuda nacida por estipulación, si bien no imponía un depósito inicial ³⁰¹.

La antigua "condictio", era la denuncia de una deuda, estimada en dinero, que no provenía de una acción personal, sino de la retención de una cosa transferida por una datio. Esta acción fue constituida por la ley Silia, para sumas ciertas de dinero y por la ley Calpurnia, para cosas ciertas, las que debían ser tasadas para la ejecución de la sentencia.

El procedimiento de "manus iniectio" se basa esencialmente en una deuda de dinero, como aparece del texto empleado como ejemplo por Gayo, cuando se refiere a una cosa juzgada (indicatus), o una condena (damnatus).

Los casos de pro iudicato, es decir: la ley Publilia, que la autorizaba en favor del sponsor (fiador) que había pagado una deuda ajena; la ley Furia, para el caso que alguien hubiese obtenido un pago de un cofiador excediendo su cuota (virilem partem); los casos de manus iniectio pura de la ley Furia testamentaria, para el caso de quien recibiere un legado de más de mil ases, por el exceso recibido, y la ley Martia, por el exceso en el cobro de intereses, revelan un contenido absolutamente pecuniario.

La "pignoris capio" aplicada por el no pago del dinero del estipendio militar; del dinero para adquirir caballos, o cebada necesaria para la caballería del ejército. En el campo del culto se usaba, de acuerdo con las XII Tablas, por la deuda del precio de la víctima para el sacrificio. En el campo de los tributos, contra aquellos que no pagaran el vectigal.

La sanción contra el vindex que defediera a un ejecutado por manus iniectio si perdía el juicio, era el duplo del valor de la cosa lo que suponía su tasación en dinero.

En el procedimiento formulario, el sentido económico de la condena es esencial y toda pretensión del actor debe transformarse en una suma a pagar ³⁰².

³⁰⁰ GAI, 4, 11.

³⁰¹ GAI, 4, 11.

³⁰² GAI, 4, 48.

Todos los juicios formularios, que extrañan una condena, están concebidos de modo que la condena esté constituida por una tasación pecuniaria. Por consiguiente, si pedimos una cosa corporal, como un fundo, un esclavo, un vestido, oro, o plata, el juez no condena a la misma cosa, sobre la cual se ha accionado, como solía hacerse en otro tiempo, sino que tasada la cosa, lo condena en una suma de dinero ³⁰³.

Los conceptos de acción, cierta o incierta, se determina según que aparezca ciertamente del sólo enunciado "que, cual y cuanto valga la cosa" ³⁰⁴.

Los procedimientos ejecutivos de la manus injectio y de la bonorum venditio exigen una acreencia de dinero cierta y determinada a la que se ha llegado por la vía de la sentencia.

La expresión procesal del enriquecimiento injusto es en la época clásica la *condictio*; y cuando se admitió la *condictio incerti* se pudo considerar que se admitió una acción con este fin ³⁰⁵.

La configuración de la "Ultra petita" en el procedimiento formulario de las *actionis stricti juris*, se basa esencialmente, en la suma de dinero que se fija en la acción ³⁰⁶. Si el juez tasa la cosa en un valor superior o inferior, cae en delito ³⁰⁷.

El monto de la suma que el reus debe pagar, varía según el tipo de obligación. Si la obligación es de dar, se pagará lo que vale la cosa (*Pretium rei*).

Si la obligación es de hacer, la condena será lo que interesa al actor ³⁰⁸. En consecuencia en la obligación de dar no habrá correspondencia entre el daño y la indemnización, pues no se pagará la utilidad que pudo producirse en el período de mora.

Las acciones reciben en el derecho clasificaciones de acuerdo con su incidencia, mayor o menor, en el patrimonio del deudor.

Así son *in simplum* (simple valor de la cosa), *mutuo*, *compraventa*, *estipulación*.

Doble valor de la cosa (*in duplum*), hurto no manifiesto, daño injusto de la ley *Aquilia*, algunos casos de depósito. Triple valor de la cosa (*in triplum*), cuando se cobra en exceso en la demanda, como en la causa de los viatores o ejecutores del juicio, cuando se exige mayor suma por costas.

Cuádruple valor de la cosa (*in quadruplum*), hurto manifiesto, *metus causa*, etc.

³⁰³ GAI, 4, 48.

³⁰⁴ GAI, D. 45, 1, 74; ULPiano, 75, 6; GAI, 4, 50-51.

³⁰⁵ P. VOCI, op. cit. 49.

³⁰⁶ GAI, 4, 52.

³⁰⁷ GAI, 4, 52.

³⁰⁸ P. VOCI, op. cit. 59.

El procedimiento ejecutivo como expresión del concepto patrimonial de la sentencia

En el desarrollo progresivo del derecho, la función del patrimonio adquiere relieve a medida que la persona física del deudor se desliga de la influencia en las deudas y éstas se adscriben a los bienes que puede tener una persona.

En el sistema del nexum, la garantía de pago se basa en la retención física del deudor en poder del acreedor hasta el pago, y de ello aparece que el grupo familiar, social, de amistad y aun, los sentimientos humanos de conmiseración, son la garantía que se ofrece al acreedor.

La liberatio de la deuda en el nexum, somete al deudor al Mancipium del acreedor, o sea, a una nueva restricción de su libertad en favor del acreedor.

El sistema procesal de la manus injectio, si bien mercantilizó al deudor sometiéndolo a su posible venta como esclavo, en un caso extremo, el pago por un tercero, recibe la calidad de un nuevo crédito exigible, en un plazo de seis meses, con la posibilidad de un nuevo sometimiento a la ejecución por manus injectio.

El derecho pretorio, apoyándose en la ley Petelia Papiria, que adscribe los bienes como garantía del pago de las deudas, crea un procedimiento nuevo de liquidación universal de los bienes enajenables en favor de los acreedores, y progresa a un nuevo concepto de la riqueza, en un sentido jurídico, al establecer una relación entre el activo y el pasivo de un sujeto patrimonial, y al considerar (locuples, rico), a quien presenta una tendencia favorable, activa en su patrimonio.

El juramento de solvencia que confiere un plazo al deudor reconoce el problema de la liquidez del haber, que supone necesariamente, un tiempo para transformar en dinero, mediante su enajenación, que lo exige un lapso que permita la comercialización.

El plazo de 30 días, para cumplir con el judicatum, es un favor que obedece al mismo principio; establecido en las XII Tablas, para que el deudor busque dinero para el pago, días que eran justos, es decir, no permitían iniciar juicio de ejecución ³⁰⁹.

La interesante ley, a que hace referencia Julio César, que permitió entregar bienes, tasados al valor que tenían antes de la guerra civil, en pago de las deudas, es un paso nuevo que trata de defender la condición del activo, creando una situación de mercado económicamente estable, aunque ficticia, para evitar ante una deuda, un desmejoramiento patrimonial, por la caída de los precios en un mercado deflacionario ³¹⁰.

³⁰⁹ A. GELL, N. A. 20, 1.

³¹⁰ JULIO CÉSAR, DE BELLO CIVILI, 3, 1, 2, 3.

Estos principios revelan que los romanos, si bien no tuvieron noción de una economía teórica, comprendieron y buscaron soluciones empíricas de un evidente contenido realista para solucionar las crisis producidas por factores adversos.

La ejecución por deudas en el derecho del erario o fiscal, da un nuevo avance en el sistema de la relación entre las deudas y el patrimonio de los sujetos.

La *bonorum venditio* pretoriana constituía una sucesión universal inter vivos, en que el *bonorum emptor* pasaba a ocupar el lugar del deudor, blema de estimación que por error de sus funcionarios podía resultarle de los bienes que forman su haber en el momento de su ejecución. En el fondo, prima el concepto de *liberatio* de las deudas sobre el concepto patrimonial de la relación bienes dinero, fundamental en un sistema patrimonial puro y avanzado.

Para el Fisco una absorción patrimonial no solucionaba el problema de los deudores, ya que al Fisco o erario no le interesaban los bienes en especies, sino el dinero que debía ingresar a sus cajas por la vía tributaria; de aquí que se libere del régimen sucesorial para interesarse sólo en el precio de venta de los bienes que da dinero líquido y no presenta el problema de estimación que por error de sus funcionarios podía resultarle adversa.

La *pignoris capio* ofrecía una buena solución, aunque incompleta, por la retención simple de bienes específicos. No olvidemos que los rastros que aún quedan de ella se refieren al sistema sacral de las víctimas entregadas a crédito, y al incumplimiento de los suministros militares y cobranzas de los publicanos.

La venta de los bienes retenidos permitió el avance hacia un nuevo sistema de ejecución, que llevaba a una *expedita* transformación en dinero de bienes hasta la concurrencia efectiva del crédito cobrado.

Este sistema aplicado por el pretor a las ejecuciones de los incapaces, buscando una mayor justicia en la defensa de sus intereses patrimoniales, constituye una mejor comprensión del concepto de patrimonio y una más exacta aplicación de la conversión de los bienes a dinero.

Ninguna duda ofrece la influencia que el sistema procesal formulario (cuya esencia es la transformación de todo derecho en dinero, a través de la *taxatio*) ejerció en el desarrollo jurídico del patrimonio.

Para los romanos todo litigio privado (*judicia privata*), sea en el orden de los derechos reales, de las obligaciones o de los delitos, constituyen específicamente materias patrimoniales y como tales, estimables en dinero. El sistema formulario y su principio fundamental expresado por Gayo³¹¹

³¹¹ GAYO, 4, 84.

de que todo derecho o bien, materia de un litigio, se transforma en la *litis contestatio* en una suma de dinero, corresponde en una idea total al concepto de que los derechos privados obedecen a un sistema que es el patrimonio.

El privilegio concedido por Augusto en la *bonorum sectio* a los senadores, al igual que la *bonorum cessio*, constituye un nuevo paso de complementación de la separación entre personas y deuda, y una confirmación de la relación bienes-deuda, que es la esencia del patrimonio.

Finalmente, nace un nuevo avance basado en las relaciones personales entre deudores en que la persona del deudor no sólo queda ajena a toda vinculación con la ejecución por las deudas, sino que la subsistencia y el honor priman sobre las deudas y el acreedor debe ceder la exigencia de su crédito, dentro del patrimonio del deudor, para permitirle conservar bienes para su subsistencia durante un año.

Se puede concluir que en esta lucha de siglos se realiza la idea de Cicerón en "*de Officiis*" en que afirma que la prudencia del pretor permitió solucionar el problema de que los acreedores no fueran tan exigentes, ni que los deudores se enriquecieran a costa de los acreedores.

Gayo afirma que el pretor es más inclinado a ayudar al deudor que el acreedor.

Wenger, en su tratado de procedimiento civil romano, afirma que el desarrollo del Derecho se ha producido a través de la defensa del deudor ante los acreedores.

Solvencia e insolvencia en el procedimiento judicial

Cuando analizamos la situación de la relación de las deudas con los haberes de un deudor señalamos que los romanos tuvieron un concepto claro de la dificultad que se presentaba de que en un momento determinado se pudiese saber en qué instante el deudor debía ser considerado insolvente. Además, hemos visto en capítulo precedente que la mentalidad romana había otorgado a los deudores un lapso de treinta días para que pudieran reunir dinero líquido con que poder pagar sus deudas.

El único instante en que puede determinar la solvencia o insolvencia del patrimonio es el momento en que ya no existen bienes y hay deudas definitivamente impagas.

Desde el momento en que la ley *Petelia Papiria* dispuso: "*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*"³¹², los bienes están afectos a las deudas y no al cuerpo del deudor, se planteó la necesidad de determinar las relaciones jurídico-procesales para determinar esta relación de manera que los acreedores no fueran burlados en sus pretensiones al

³¹² Liv. VIII, 28.

pago de sus créditos, ni los deudores fueran constreñidos injustamente por sus acreedores. Las normas sustantivas sobre la materia fueron revisadas anteriormente y nos corresponde ahora preocuparnos de las reglas procesales.

Gayo nos habla de esta materia en términos que llama sucesión por causa de venta de los bienes (*sussessio emptione*).

El origen del sistema aplicable al caso de los deudores que no cumplen sus obligaciones en estos casos proviene parte de las XII Tablas y parte del edicto del pretor³¹³.

Se atribuye la creación de la *bonorum venditio* al pretor Rutilio Rufo³¹⁴ hacia el año 118 A.C.

Son vendibles los bienes de los vivos y de los difuntos³¹⁵ y el sistema de venta en ambos casos se encuentra rigurosamente reglamentado.

Los bienes de las personas vivas pueden ser vendidos en una sola operación y como universalidad en los casos de los que abiertamente cometieron fraude, ocultándose a los acreedores, de los ausentes que no se han defendido, de los que han hecho cesión de bienes en virtud de la ley Julia y, finalmente, de los deudores que han dejado pasar el plazo de 30 días concedido para que vendieran bienes y liquidaran dinero para el pago de sus deudas y no lo hubieren hecho, siempre que tengan bienes conocidos y no se aplicare a ellos el procedimiento de la *manus iniectio*.

Se venden los bienes de los difuntos cuando se establece como cierto que no tienen heredero civil, ni heredero pretoriano (*bonorum possessor*) ni ninguna otra clase de sucesor legítimo.

El edicto del pretor contemplaba la designación de un curador y de varios curadores de los bienes del deudor y para ello debía consultar la mayoría de los acreedores, o del presidente de la provincia si los bienes se encontraren en alguna de ellas³¹⁶.

Los actos que realicen estos curadores, hechos o gestiones, deben ser ratificados, y están en la obligación de iniciar las acciones que por vía útil les competen a ellos, deben entablar las acciones y/o poner las defensas que fueren pertinentes. Si los curadores fueren varios, actúan *in solidum*³¹⁷.

El curador puede ser uno de los acreedores o un tercero³¹⁸

³¹³ GAI, 3, 78.

³¹⁴ GAI, 4, 35.

³¹⁵ GAI, 3, 78.

³¹⁶ ULPIANO, D. 42, 2; V. ARANGIO RUIZ, DE CURATORE BONIS DANDO, SCRITTI DI DIRITTO ROMANO, I. Iovena, 1974, pág. 1.

³¹⁷ ULPIANO, D. 42, 7, 2, 2.

³¹⁸ D. 42, 7, 2, 4.

No existía acción alguna en favor del defraudador respecto de la venta efectuada por el curador³¹⁹.

El momento en que quedaba definitivamente fijado el estado del haber era el de la venta de los bienes, y así decía el pretor, que lo que se contratase después por aquel cuyos bienes hubieren sido vendidos, aunque hubiere ánimo de cometer fraude, y hubiere conciencia de ello, no dará acción en nombre de este acto³²⁰.

Los curadores que están en posesión de los bienes (*possessio bonorum servandorum causa*) deben custodiar rectamente en el lugar en que están las cosas y no pueden sacar o traer ningún objeto, ni podrán destruir cosas contra la voluntad del dueño³²¹.

Si del predio pudiere obtenerse frutos, el acreedor que está en posesión de él debe venderlos o arrendarlo, si no hubieren sido vendidos o arrendado antes³²².

El curador en la administración y conservación debía responder de los actos realizados con dolo o sin él, y el pretor proveía a esta responsabilidad mediante acciones *in factum*, y el monto de la responsabilidad se dará según lo que valdrá la cosa al tiempo de cumplir la sentencia³²³.

Forma de vender los bienes

Gayo nos conserva en forma sucinta la manera como se procedía a la venta de los bienes de las personas que se encontraban en los casos previstos para dicha situación. Los bienes de los vivos ordena el pretor que deben poseerse según su orden y anunciar públicamente por 30 días continuos, y si se trata de difuntos, durante 15 días. Después ordena reunirse a los acreedores y designar de entre ellos un "magister", es decir, aquel que ha de proceder a la venta de los bienes, dentro de los diez días siguientes si se trata de vivos y en la mitad si de bienes de difuntos. Debe procederse a adjudicar los bienes dentro de los 30 días siguientes si es de vivos, o de 20 si se trata de persona fallecida. Se daba como razón para demorar más la venta de los bienes de los vivos, porque había que cuidar que no se perjudicara con mayores facilidades a las personas vivas³²⁴. Los bienes eran adjudicados a quienes pagaren los créditos privilegiados y una mayor proporción de los créditos corrientes. Se prefería para la adjudicación a aquel que fuera pariente del deudor o a aquel

³¹⁹ D. 42, 7, 4.

³²⁰ ULPIANO, D. 42, 5, 25.

³²¹ CIC. PRO QUINTIO, 23, 73; M. KASER, DAS RÖMISCHE ZIVIL PROZESSRECHT, C. H. Beck München, 1966, pág. 302.

³²² LENEL, DAS EDICTUM, pág. 424. ULPIANO, D. 42, 5, 8.

³²³ ULPIANO, D. 43, 4, 1.

³²⁴ GAI, 3, 78-79. LEX RUBRIA DE GALLIA CISALPINO, cap. 22.

que tuviera crédito más fuerte en relación con los demás licitadores³²⁵. El magister hacía la *additio al bonorum emptor* y el propio magister distribuía el valor obtenido según las preferencias y de acuerdo al porcentaje ofrecido pagar por el adjudicatario.

Créditos privilegiados

Según Ursicinio Alvarez³²⁶, hay cuatro categorías de créditos: a) Acreedores hipotecarios, o sea, que tenían una hipoteca especial o general sobre los bienes del deudor; b) Acreedores privilegiados con derecho a pago preferente como gastos de sepelio; créditos de la mujer por devolución de la dote, créditos de pupilo contra tutor, dineros prestados para la reparación de edificios; créditos para la compra, reparación o aprovechamiento de un navío, y créditos del Fisco o de los municipios³²⁷; c) acreedores quirografarios, o sea, los que tienen su acreencia fundada en un documento escrito por el deudor y, finalmente, los que son créditos corrientes que reciben de manos del magister la suma proporcional ofrecida por el *bonorum emptor*.

Efectos de la bonorum emptio

Es necesario distinguir los efectos que acarrea este sistema procesal tanto en lo que se refiere al deudor cuyos bienes se han vendido, como los que se producen respecto del magister y respecto a los acreedores.

Los efectos que se producen respecto del deudor cuyos bienes fueron vendidos son:

(a) Desde que se declaró la *missio in possessionem* recae sobre él la nota de infamia, lo que significa que no puede intervenir en ningún litigio y, además, no puede prestar caución;

(b) Una vez efectuada la venta de los bienes cesa en la facultad de utilizar ninguna acción judicial de la que sea titular por negocios jurídicos celebrados con anterioridad, pues el *bonorum emptor* le ha sustituido en la titularidad de todas ellas;

(c) Cualquier acreedor que lo fuere por un título anterior a la *bonorum emptio* puede demandar al deudor, pero éste no puede ser condenado dentro del año siguiente sino con beneficio de competencia, es decir, en cuanto pueda pagar, salvo que el deudor hubiere incurrido en fraude de acreedores, es decir, no hubiere ocultado o transferido bienes con dolo para hacer difícil o imposible el cobro de la deuda;

³²⁵ GAYO, D. 42, 5, 16.

³²⁶ URSICINIO ALVAREZ, CURSO DE DERECHO ROMANO, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 481.

³²⁷ LENEL, DAS EDICTUM, párrafo 219.

(d) Igual beneficio existe respecto del saldo de las deudas impagas a los acreedores que concurrieron al concurso y sólo pudieron ser pagados en parte con el producto de la venta;

(e) Si el deudor ha hecho cesión de bienes (*bonorum cessio*) goza permanentemente del beneficio de compatencia por las deudas anteriores a la cesión, y obliga a la ejecución sobre los bienes, impidiendo que los acreedores impagos puedan hacer uso de la *manus iniectio*.

Efectos que produce la cesión de bienes respecto del *bonorum emptor* y los acreedores:

(a) El *bonorum emptor* pasa a ser sucesor del deudor ³²⁸;

(b) Adquiere la *bonorum possessio* de los bienes, es decir, la propiedad bonitaria de los bienes, pero no el dominio quirritario, a no ser que transcurriere el plazo de la usucapión;

(c) Esta sucesión no es universal, es decir, no ocupa el lugar del deudor, sino sólo se hace titular de los bienes y derechos existentes al tiempo de la venta y puede cobrar los créditos existentes a esa época. Al igual, se hace responsable del pago de las deudas en la forma antes indicada, pero no de las deudas sobrevinientes por actos posteriores del deudor. Los acreedores a los que responde el *bonorum emptor* son los que están presentes al acto del concurso, pues los demás sólo pueden actuar directamente contra el deudor, con las limitaciones ya señaladas con anterioridad;

(d) Para poder cobrar los créditos que existían en favor del deudor debe pedir al pretor le conceda acciones útiles, es decir, bajo el supuesto de que él sea el acreedor, por ocupar en virtud de la *bonorum emptio* el lugar que tenía el deudor (*actio Serviana*) ³²⁹. De igual manera si él no paga alguna deuda reconocida, el tercero perjudicado con la negativa debe pedir una *actio* con trasposición de persona, intento o contra el deudor y condena contra el *bonorum emptor* (*actio Rutiliana*) ³³⁰, para que el pretor le autorice a demandar al *bonorum emptor* como sucesor del deudor ³³¹;

(e) El *magister*, y en su defecto, el *bonorum emptor* o cualquier acreedor, tienen la facultad de pedir se otorgue el interdicto *fraudatorio*, o la *restitutio in integrum* para recuperar los bienes que hubieren sido enajenados por el deudor en fraude de los acreedores. Si la acción es iniciada por el *magister* beneficia a todos los acreedores; en cambio, si es iniciada sin intervención de éste, si no por un acreedor particular, el beneficio de la restitución es en favor de quien solicitó el interdicto o la *restitutio*.

³²⁸ GAI, 3, 77.

³²⁹ GAI, 4, 35.

³³⁰ GAI, 4, 35.

³³¹ GAI, 3, 81.

In integrum restitutio

En el siglo VI, Terencio da una noticia acerca de la *in integrum restitutio* en un diálogo en los siguientes términos: "la restitución por entero es buena y equitativa", y responde otro interlocutor: "a mí no me parece que lo que ha sido hecho pueda ser rescindido por las leyes". Aparece de este diálogo que la institución que comentamos dio en su tiempo lugar a discusión.

Sin embargo, no hay duda que el sistema creado en el edicto del pretor se impuso de un modo definitivo, dadas las razones de justicia y equidad que la sustentaban.

Ulpiano dice que la utilidad de esta institución no necesita ser destacada, pues aparece de un modo ostensible de las circunstancias en que es concedida por el pretor.

La *in integrum restitutio* procede de dos grandes capítulos: (a) con el objeto de proteger ciertos actos o situaciones que se producen en los actos jurídicos celebrados por las partes, y (b) para corregir actuaciones que se producen en el procedimiento judicial³³².

La *in integrum restitutio* es una medida excepcional por la cual el pretor tiene como no efectuado un acto ejecutado, pero cuyos efectos son contrarios a la equidad.

El fundamento reside en el *imperium mixtum* y sólo los magistrados investidos de él pueden hacer uso de este procedimiento extraordinario. En consecuencia, sólo pueden aplicarla los pretores, los gobernadores de provincias, prefectos de la ciudad, prefectos del pretorio y el Emperador.

La *in integrum restitutio* se basa en el poder discrecional que tienen los citados funcionarios y en virtud del cual pueden, fundados en la equidad y en sus atribuciones de hacer justicia, dejar sin eficacia actos en la que la estricta aplicación de la ley acarrea una situación de manifiesta injusticia. La regla general era que si el pretor viere una situación que no le parece justa puede proceder a la *in integrum restitutio*³³³. Sin embargo, le estaba imposibilitado otorgarla en los casos expresamente excluidos por las leyes, los *senado consultos* o las constituciones imperiales.

Causas de restitución

A pesar de la amplitud de las facultades de las autoridades, y en especial del pretor, para conceder la *in integrum restitutio*, en la práctica los casos en que la aplicaban eran muy reducidos; a saber: ausencia, minoridad, violencia, dolo, error, *capitis diminutio*, enajenación hecha con el

³³² GAI, 4, 125, KASER.

³³³ ULPIANO, 4, 6, 26, 9.

ánimo de alterar el resultado de un juicio, y en el *fraus creditorum*. Las causales más antiguas e importantes son las dos primeras. En cuanto al error sólo se le admitió en un caso, para eliminar los efectos extintivos de la *litis contestation* ³³⁴.

La *in integrum restitutio* debe ser solicitada por la parte lesionada, sus herederos o sucesores, aun a título singular y se concede contra el que resultó favorecido en el acto dañoso, o contra los terceros, en ciertos casos, como el del menor cuando el subadquirente hubiere actuado de mala fe, o en caso de insolvencia del primer adquirente ³³⁵. Debía ser solicitada en el plazo de un año, útil, debiendo acreditarse el perjuicio irrogado al reclamante y la falta de otra vía o recurso.

El pretor procedía con conocimiento de causa (*cognita causa*) después de un debate contradictorio, pudiendo proceder en rebeldía si la parte contra quien se reclama no comparecía ³³⁶.

El pretor debía dictar la resolución personalmente, apreciando, en cada caso, si la equidad aconsejaba la *in integrum restitutio*. Esta resolución producía efecto de cosa juzgada entre las partes (*quas: ex causa iudicati*) ³³⁷ y podía invocarse por vía de acción o de excepción.

La restitución por entero no hacía volver de inmediato el derecho al reclamante, sino que le habilitaba para iniciar una acción que el pretor le concedía y proseguir el juicio correspondiente en el que debía demostrar su derecho. Es decir, hay dos trámites: uno, por el cual el pretor declara que es procedente la *in integrum restitutio*, y otro, por el cual, una vez acordada la restitución se procede según las formas ordinarias a reclamar la pretensión del actor.

Excepcionalmente en el caso de los menores el pretor ordenaba directamente la devolución del bien.

El efecto de la *in integrum restitutio* no es declarar la nulidad o inexistencia del acto que se ataca, sino sólo su ineficacia.

El acto es jurídicamente existente, pero por una ficción del pretor se le tiene como no efectuado, y por tanto, no puede ser alegado por la parte, ni invocado en juicio, con lo que se le impide producir efectos.

El decreto del pretor restablece el patrimonio del reclamante en el estado en que se encontraba antes de la celebración o realización del acto que se rescinde.

La primera causal fue establecida para los casos de personas que eran citadas a juicio cuando se encontraban ausentes en servicio de la patria, y afecta a los casos de *usucapio*, que acarrearía pérdida de la propiedad, de

³³⁴ GAI, 4, 53, 57.

³³⁵ ULPIANO, D. 4, 4, 13, 1.

³³⁶ MODESTINO, D. 4, 4, 29, 2.

³³⁷ JULIANO, D. 4, 4, 41, 45.

una servidumbre por el no uso y la falta de defensa en un juicio por ausencia ³³⁸.

La restitución por entero de los menores se basa en la inexperiencia para administrar sus negocios ³³⁹.

Otras fórmulas para defensa del patrimonio

En su origen la fórmula octaviana fue insertada en el edicto del pretor de ese nombre, después de la Dictadura de Sila, con el objeto de que las personas que habían perdido sus bienes por las amenazas de los amigos o funcionarios del dictador pudieran recuperarlos ³⁴⁰. Quod per vim aut metus abstulisset.

En el año 79 A.C. el pretor Octavio agregó al edicto la fórmula destinada a sancionar la restitución de las cosas arrebatadas por intimidación o miedo en la celebración de un acto jurídico. Mediante esta acción, llamada actio quod metus causa, se permite a la víctima del acto de violencia reclamar el cuádruplo del daño sufrido dentro del año, a contar desde el momento del acto viciado. La fórmula tiene cláusula arbitraria que permite la absolución si el autor del vicio deja sin efecto las consecuencias del acto dañoso. Si paret metus causa Am.Am.fundum Capenatem No.No. mancipio dedisse, q.d.r.a. neque plusquam annus est cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restituetur q.e.r. erit, tantae pecuniae quadruplum iudex Nm.Nm.Ao.Ao.c.s.n.p.a.

Si resulta que por causa de intimidación A.Á. mancipó a N.N. el fundo Capenate, por lo que se litiga; y no ha pasado un año desde que sufrió la fuerza, a no ser que el fundo se restituya según arbitrio del juez, a tanto dinero como sea el cuádruplo de la cosa condena s.n.r.a. ³⁴¹.

La fórmula de dolo fue elaborada por Aquilio Cayo, amigo de Cicerón, año 687 A.C., para defender a las personas que eran víctimas de engaños en los negocios, con detrimento o pérdida de su patrimonio.

El tenor según el cual fue incorporada al edicto la acción de dolo es desconocido, a pesar de la referencia detallada de Cicerón en el libro de Officis, que dice al respecto; refiriéndose a un caso de dolo que él recuerda: "aún mi amigo y colega Aquilio no había creado la fórmula de dolo malo, respecto de la cual cuando alguien le preguntaba qué era el dolo malo, respondía que es simular una cosa y hacer otra, y esto de un modo explícito como corresponde a un hombre perito en definir" ³⁴².

³³⁸ ULPIANO, D. 4, 6, 21 y 23.

³³⁹ ULPIANO, D. 4, 4, 1.

³⁴⁰ CIC. VERR. 2^o, III, 65.

³⁴¹ FRANCISCO SAMPER, DERECHO ROMANO, op. cit. pág. 284.

³⁴² CICERÓN, DE OFF. 3, 14.

Lenel ha reconstituido esta fórmula sobre el modelo de la acción de metus en la siguiente forma:

Si paret doló malo Ni.Ni. factum esse ut As.No.No. fundum q.d.a. mancipio daret, noque plus quam annus est. cum experiudi potestas fuit, neque ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm.Ao.Ao.c. si n.p.a.³⁴³.

Si resulta que por dolo malo N.N. se realizó que A.A. diera el fundo de que se trata, en mancipio a N.N. y no ha transcurrido más de un año, desde que se empleó el dolo, a no ser que el fundo se restituya según el arbitrio del juez a cuanto valdrá la cosa c.s.n.r.a.

XIII. LOS DELITOS SANCIONADOS CON PENA PATRIMONIAL

Las penas patrimoniales pueden ser aplicadas como sanciones en tres situaciones diferentes, por crímenes, por delitos y por multas.

El aspecto propio del derecho penal es su función sancionadora y los romanos no caracterizaron hechos criminosos, sino que establecieron sanciones cuando un comportamiento determinado lo consideraron digno de un castigo legal.

Prescindiendo del aspecto filosófico del derecho a sancionar, su naturaleza y fundamento que no fue tratado de un modo expreso por los jurisconsultos romanos, sin embargo, en la época de Nerón, L.A. Séneca en su obra *De ira*³⁴⁴, dice que al movimiento deliberado y voluntario, corresponde castigo, cuando se comete un hecho criminoso. Más adelante, en la misma obra dice³⁴⁵: "No porque en los beneficios sea honesto devolver bien por bien ha de ser igualmente, devolver injuria por injuria. Allí es vergonzoso ser vencido, aquí lo es vencer. La venganza, es una palabra que nada tiene de humano, por más que como justo castigo haya sido entendida; el talión sólo difiere de ella, por ser una venganza organizada. El que devuelve la ofensa es culpable sólo un poco menos gravemente".

Séneca tiene un concepto claro de la estructura del delito, cuando escribe: "el castigo mayor de los delincuentes es haber delinquido, y no hay maldad que quede impune, aun cuando la fortuna la adorne con sus dones, aunque la proteja y la defienda, porque es la sanción del crimen"³⁴⁶.

La pena, según este filósofo, debe tener tres fines diferentes: pasemos a las otras injurias, en las cuales la ley da tres razones para castigar y que el príncipe también debe seguir: o que aquél que es castigado se

³⁴³ LENEL, *DAS EDICTUM*, pág. 114.

³⁴⁴ *DE IRA*, II, 4.

³⁴⁵ *DE IRA*, II, 32.

³⁴⁶ L. A. SÉNECA, *EPÍSTOLA* XCVII, 16.

enmiende; o que la pena que se le aplique haga mejores a los demás, o para que eliminados los que practican el mal, los demás vivan³⁴⁷.

Esta disquisición sobre el orden del derecho penal en su aspecto filosófico, no tiene otro alcance que establecer las ideas que en la época clásica existían, y cuál era el pensamiento estoico sobre la materia.

Los actos antijurídicos podían clasificarse en crímenes y delitos, los primeros miran a los hechos públicos punibles que lesionan la comunidad como tal, y que el estado persigue y castiga mediante un procedimiento especial que pertenece al Derecho Penal. El *delictum privatum* es un hecho antijurídico que lesiona a un particular, a su familia, o a su patrimonio³⁴⁸.

Pertenecían a los crímenes que se perseguían por el procedimiento penal público, los delitos configurados en las leyes Julia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficiis, Pompeia parricidii, Julia peculatus, Cornelia de testamentis, Julia de vi privata; Julia de vi publica, Julia ambitus, Julia repetendarum et Julia annona³⁴⁹. En los crímenes, la función del juez era limitarse a afirmar la existencia de los hechos sin preocuparse de la pena que está fijada por la ley. Cicerón decía que la condenación es propia de los jueces, la pena de la ley³⁵⁰; y Papiniano agregaba que la investigación del hecho está en manos del que juzga la aplicación de la pena; no está encomendada a su voluntad, sino que está reservada a la autoridad de la ley³⁵¹. La coacción ordinaria en los crímenes corresponde a la ley y la sentencia concluye en la *damnatio* fijada por la ley; sin embargo, el *imperium* del magistrado le permitía agravar la sanción con penas accesorias, según la circunstancia de los hechos, y también crear sanciones mediante el edicto o decretar otras a través del proceso.

Estas facultades otorgadas al pretor fue lo que le permitió la transformación de muchas penas, en especial el de las capitales por penas pecuniarias que afectaban al patrimonio y no a la persona de los culpables³⁵².

Según Paulo, las penas podían o no ser capitales. Son capitales la pena de muerte y la de *interdictio aquae et igni*, porque por ellas desaparece una persona de la ciudad. Las demás no son capitales, entre las cuales están las pecuniarias³⁵³.

³⁴⁷ L. A. SÉNECA, DE CLEMETIA, 1, 22.

³⁴⁸ KASER, RÖMISCHE PRIVATRECHT, párrs. 42, 142, 147, 271; RÖMISCHE ZIVIL PROCESSECHT, párrs. 49, 11.

³⁴⁹ MADER, D. 48, 1, 1.

³⁵⁰ CICERÓN, PRE SULLA, 63.

³⁵¹ D. 48, 16, 1, 4; D. 50, 1, 15, pr.

³⁵² GAI, 4, 121; D. 58, 16, 18, 2.

³⁵³ PAULO, D. 48, 1, 2.

Las penas patrimoniales pueden ser aplicadas por crímenes, por vía principal o accesoria, por delitos, y por vía de multas.

Las penas patrimoniales accesorias de los crímenes son la "ademptio bonorum", que es la confiscación de la propiedad por la autoridad pública, como castigo de un acto ilícito. La ademptio es una pena extraordinaria que se opone a la pena numeraria legal. Requiere para su aplicación, una mención especial en la sentencia. La ley Fabia decía que el ciudadano romano que vendiere, comprare o retuviere a un hombre libre, ingenuo o liberto estaba antiguamente sancionado con una pena numeraria, cuyo conocimiento fue transferido al prefecto de la ciudad o al presidente de la provincia; mereció una modificación por la cual los humilliores son enviados al trabajo en las minas, o son crucificados. Los honestiores se les confisca (adempta) la mitad de los bienes, y son relegados a perpetuidad.

La Publicatio bonorum es la absorción del patrimonio de un condenado por el Estado. La Publicatio es una pena especial de la ley, que puede ser total o parcial, y requiere que la declare una sentencia especial. "Los bienes de los relegados podrán ser publicados (publicari) por una sentencia especial; sin embargo, los derechos de los libertos no son quitados, sino por mandato del príncipe ³⁵⁴.

La publicatio, a diferencia de las penas corporales, no se extingue con la muerte del reo: "Como respondió el emperador Pío, los bienes de los que se dieron muerte por temor de la pena se han de confiscar (publicari), si por el delito que cometieron se les había de imponer pena de muerte o deportación, si se hubiere pronunciado sentencia contra ellos ³⁵⁵.

La pena de publicatio bonorum suele ir unida a limitación de capacidad para las actuaciones públicas o privadas: "Los condenados por vi privata por la ley de Julia, se le publican la tercera parte de sus bienes, y se les prohíbe ser senadores, decuriones, ni reciban ningún otro honor, ni se sienten dentro de su orden, ni sean jueces" ³⁵⁶.

En el período posclásico las penas pecuniarias decaen y se transforman en indemnizaciones. La única pena que subsiste es la de peculatu por el cuádruplo ³⁵⁷. Al transformar la pena en indemnización pasa a los herederos ³⁵⁸.

³⁵⁴ MACER, D. 48, 20, 8, 3.

³⁵⁵ MARCIANO, 48, 21, 2, 1 y 3; PAULUS, D. 49, 14, 45, 2, 3.

³⁵⁶ MARCIANO, D. 48, 7, 1, pr.

³⁵⁷ MODESTINO, D. 48, 13, 14.

³⁵⁸ U. BRASIELLO, LA REPRESIONES PENALE IN DIRITTO ROMANO, Jovene, 1937, Napoli.

La multa

Aulo Gellio establece como origen del término multa el número de animales que se pagaban en ciertos casos de infracción, y de ahí vendría este término multa oves, o Boves, que se entregaba por vía de sanción, hasta que la ley Aeterna Parpeia fijó en 10 ases de bronce el valor de una oveja, y en 100 el valor de un buey^{358a}.

Para los jurisconsultos había una diferencia fundamental entre multa y pena, y lo hacen presente en numerosos textos: así sostienen que entre pena y multa hay gran diferencia, a) pena es un término general que se aplica a la coerción de todos los delitos, mientras que multa sólo se aplica a una determinada falta, y que hoy consiste en una aplicación pecuniaria, en tanto que la pena puede ser capital pecuniaria o de pública estimación; b) la pena viene de la ley que la establece, mientras que la multa viene del arbitrio de quien tiene la facultad de aplicarla; c) la pena sólo puede ser aplicada por los magistrados a quienes se ha dado la facultad de juzgar, mientras que la facultad de aplicar multas corresponde sólo a los magistrados y a los presidentes de las provincias a quienes se les ha permitido, mientras que la pena sólo puede ser aplicada por aquél a quien corresponde la ejecución por un crimen o delito; d) en caso de pena hay provocatio (apelación al emperador), mientras que en la multa no cabe provocatio ni apelación³⁵⁹.

Existieron también penas que por acarrear una transformación en el estado de libertad o en el de ciudadanía llevaban como consecuencia la pérdida del patrimonio; así sucede a los no censados³⁶⁰, los peregrinos dediticios que se radicaban a menos de 100 millas del contorno de la ciudad de Roma, en el caso de los condenados (siervos de la pena) del liberto ingrato con su patrono³⁶¹, a los que perdieron la ciudadanía como los interdictos aqua et igni.

Penalidad exclusivamente patrimonial

La idea de penas exclusivamente patrimoniales estaba ya consultada en las XII Tablas, que contemplaba sanciones de esa índole en numerosos casos de la tabla VIII, como en el daño, el hurto, la injuria, el prestamista, etc.

³⁵⁸ a A. GELIO, N. QUITAS, 11, 1.

³⁵⁹ ULPIANO, D. 50, 16, 131, 1; LABEON, D. 50, 16, 244.

³⁶⁰ GAI, 1, 168.

³⁶¹ GAI, 13-15.

Sin embargo, el pretor considera inaceptable la dureza de las penas corporales en el hurto, y estableció por el edicto, acción para la pena cuádruple ³⁶².

También el pretor estableció penas pecuniarias contra los que entablan acciones temerariamente, como contra los que se defienden usando abusivamente de los recursos de defensa legales ³⁶³.

En consecuencia, hubo dos especies diferentes de sanciones patrimoniales; una para los delitos llamados privados, y otra para los abusos en el procedimiento de las acciones.

Penalidad patrimonial de los delitos

En la época de Gayo, ya la evolución de las penas patrimoniales se había fijado en tal forma que él consideró que los delitos eran una fuente de obligaciones, no sólo en el sentido de que sea obligación del hechor indemnizar un daño, sino en el sentido de que todo delito lleva en sí una sanción pecuniaria o económica, aplicable sin perjuicio del daño que deba ser reparado. Las obligaciones que nacen de delitos son agrupadas por él en cuatro tipos o especies: hurto, rapiña, daño e injuria.

La causa de la relación obligatoria jurídica es el maleficio en sí mismo, de manera que la causa es realmente una sola, que consiste en la real comisión del hecho malicioso, aunque se diferencien las figuras como pueden conformarse estos hechos.

La influencia del pretor en la transformación de las penas corporales en penas patrimoniales es semejante a la que tuvo la ley *Petelia Papiria* al cambiar el constreñimiento corporal, en la obligación del *nexum*, por una responsabilidad sobre los bienes del deudor.

La sanción de los delitos fue introducida mediante acciones creadas en el edicto o por leyes especiales que dieron la base para que el pretor creara acciones legítimas, es decir, con base en la legislación civil. Estas acciones crearon la posibilidad de sancionar la actitud dolosa del autor, del acto ilícito, dando a la víctima el medio jurídico para establecer su reclamo y obtener la sanción. De ahí que Gayo las llamara acciones *ex delicto* ³⁶⁴, y más tarde Justino, las titulara acciones *ex maleficio* ³⁶⁵ siguiendo la denominación que Gayo les había dado en el *liber aureorum* ³⁶⁶.

Para la comisión de los delitos se necesitaban dos elementos fundamentales: (a) un acto antijurídico (injuria), y (b) una participación volun-

³⁶² GAYO, 3, 189.

³⁶³ GAI, 4, 171.

³⁶⁴ GAI, 3, 182.

³⁶⁵ I. 4, 1, pr.

³⁶⁶ D. 44, 7, 1, pr.

taria responsable ³⁶⁷, de la que quedaban excluidos los incapaces de actuar como el furioso y el impúber ³⁶⁸.

Las acciones que provienen de un delito pueden tener dos finalidades diferentes, una que persigue la devolución de la cosa o resarcir el daño causado, otra que busca la aplicación de la pena pecuniaria establecida.

De este doble régimen resulta que las características de los dos sistemas son diferentes. Mientras la relación reipersecutoria se asimila a las obligaciones contractuales en general, la relación penal se asimila al régimen de las sanciones criminales. Así, la reipersecución pasa a los herederos, se ciñe a las normas de la mora, no se extingue por la muerte del autor del delito, ni se extingue por el abandono noxal si se ha hecho rico el padre o amo; en cambio la acción penal es personalísima, se extingue por la muerte del autor ³⁶⁹, y la pena no pasa a los herederos ³⁷⁰. La sentencia reipersecutoria produce un *judicatum*, mientras que la penal termina por un *damatum* ³⁷¹.

No siempre, sin embargo, es posible separar los dos regímenes, pues hay leyes que tienen una sanción única, en que la regulación prevista por la ley involucra en una sola suma la reipersecución y la pena, como en la *actio judicati*, y en la *actio legis Aquiliae* ³⁷².

La reipersecución puede obtenerse de tres formas diferentes: (a) mediante la acción que protege el derecho lesionado mismo, v. gr. la reivindicación en el caso del objeto hurtado; (b) mediante una *condictio*, cuando el objeto ha pasado por un *dare* al autor del delito o se ha destruido la cosa, y en caso de hurto, por odio a este delito, según dice Gayo ³⁷³, (*condictio furtiva*). Huvelin sostiene que la *condictio furtiva* es muy antigua y probablemente nació cuando la *condictio* se aplicaba por un *dare*, pero este término significaba sólo tener una cosa, pero no transferir el dominio, y (c) mediante la inclusión hecha por la ley del valor de la cosa en la suma que envuelve restitución del bien, o reparación del daño y la pena del delito (*actio Legis Aquiliae damni infecti*). La acción reipersecutoria y la *condictio* son acumulables a la A. penal.

La acción penal se aplica in *solidum* contra todos los que intervienen en el delito, sin distinguir variedades o grados de participación o responsabilidad, a no ser que la ley haya configurado otra acción para la inter-

³⁶⁷ ULPIANO, D. 9, 2, 5, 1.

³⁶⁸ ULPIANO, D. 47, 10, 3.

³⁶⁹ POMPONIO, D. 50, 17, 38.

³⁷⁰ GAI, 4, 112.

³⁷¹ GAI, 4, 21; GAI, 3, 210, 224.

³⁷² GAI, 4, 9.

³⁷³ GAYO, 4, 4.

vención de un tercero (*furtum ofertum*, y *oblatum*)³⁷⁴. Esto significa que cada participante deberá ser condenado a toda la suma fijada, lo que beneficiará económicamente a la víctima.

En el aspecto patrimonial, cuando una persona comete un delito, se produce un desequilibrio jurídico consistente en un aumento del patrimonio del hechor y en una disminución del patrimonio de la víctima. Si acciona la víctima en estas circunstancias, lo hará para obtener el equilibrio, o sea, el estado normal de los dos patrimonios.

En cambio, si la acción propende a disminuir el patrimonio del autor del delito, nos encontramos en presencia de una acción penal.

Savigni impugna este criterio, y señala una clasificación diferente³⁷⁵. Divide las acciones penales en unilaterales y bilaterales. Se llaman unilaterales las que tienden a producir una disminución en el patrimonio del demandado, por lo que sólo constituye reintegración del actor, sin un acrecentamiento por encima del estado normal, antes de cometerse el delito. El carácter penal es sólo respecto del demandado. Respecto del actor de la acción es más bien reipersecutoria respecto a lo que falta en ese momento en su patrimonio. En cambio, las acciones son penales bilaterales cuando la disminución del patrimonio infligida al demandado, como castigo, produce como contrapartida, el acrecentamiento del patrimonio del actor. De manera que la mutación patrimonial afecta a las dos partes. Enriquece al actor o víctima del delito y empobrece al demandado o autor del delito³⁷⁶.

Esta forma de distinción de Savigni presenta una gran dificultad si se considera la ley de *Aquilia de danno*, pues en ella lo que se persigue es la reparación del daño inferido, o sea, que el fin que se persigue es más bien de orden patrimonial que de sanción o pena, y aparece evidente que la reparación se hace a costa del patrimonio del demandado o autor del delito, sin que pueda decirse que haya un aumento real en el patrimonio del demandado o perjudicado, con el daño causado por el delito. El carácter penal estaría solamente si se considera que la suma que el juez deberá fijar es el mayor valor de la cosa durante el año anterior de lo que resulta que si la cosa vale menos al tiempo del daño, la diferencia entre ese valor real y el mayor valor durante el año sería el monto de la pena, pues no corresponde a la pérdida efectiva del objeto ya deteriorado que perteneció al perjudicado.

³⁷⁴ GAI, 3, 183.

³⁷⁵ SAVIGNI, DERECHO CIVIL ROMANO, párrafo 210.

³⁷⁶ SCIALOGIA, 452.

Penalidad patrimonial en el sistema procesal romano

El sistema procesal romano, en el juicio civil, reviste una peculiaridad en su forma más antigua, y es la pena que arriesga quien pierde un juicio, pues el pretor castigaba con una sanción pecuniaria al litigante que abusa de su derecho tanto al iniciar una acción, como al planear su defensa. Estas son sanciones procesales de índole económica y en consecuencia disminuirán el patrimonio.

Gayo, dice: Ahora advertimos para que los hombres no procedan a litigar en forma fácil. Es contenida la temeridad de los actores, como la de aquellos contra quienes se acciona, sea mediante una pena pecuniaria, sea por el compromiso de un juramento, sea por medio de la infamia. El pretor cuida de estas cosas ³⁷⁷.

Las penas procesales podían afectar al actor o al reus.

Las medidas que el pretor podía tomar para reprimir la mala fe en el actor eran: (a) *iudicium calumniae*; (b) *stipulationes*; (c) *iudicium contrarium*; (d) juramento, y (e) reestipulación.

(a) El *iudicium calumniae* La calumnia indica el espíritu de abuso que tiene el actor al iniciar un proceso injusto con el fin de vejar al adversario. Este juicio es una instancia convencional que dirige el reus contra el actor, basado en el hecho, o en la posibilidad de que éste accione por abuso. Por medio de este sistema, el reus absuelto de la acción principal del proceso, obtiene una condena en contra del actor igual a la décima parte del monto de la demanda. Si el reclamo se hacía por la vía interdictal, la pena era de un cuarto del valor de lo reclamado. El *iudicium calumniae* podía ser invocado por el reus en cualquier clase de juicio (*adversus omnes actiones*) ³⁷⁸. Según Gayo, podía el reus reclamar por dos vías, sea oponiendo en el juicio el *iudicium calumniae*, o exigiendo al actor, el juramento de no accionar de modo de dar lugar a una situación calumniosa ³⁷⁹. Sin embargo, Teófilo da a entender que puede invocar el *iudicium calumniae*, durante el litigio principal o después de él.

(b) Las estipulaciones, o *sponsiones*, eran promesas verbales solemnes, exigidas por el pretor, por las cuales se obligaba al actor a pagar una pena si procedía en el proceso por el espíritu de abuso.

(c) El juramento de calumnia suponía mala fe en el actor. "En efecto, nadie es condenado en un juicio de calumnia, a no ser que se entienda que no se acciona de un modo recto, pues se inicia el juicio

³⁷⁷ GAI, 4, 171.

³⁷⁸ GAI, 4, 178.

³⁷⁹ GAI, 4, 179 y 181.

con el fin de vejar al adversario, y se espera el éxito, más bien de un error o de la iniquidad del juez, que por razón de la verdad ³⁸⁰.

(d) El *iudicium contrarium* y la reestipulación se aplican aún contra el actor de buena fe, pero su aplicación no es general.

Iudicium contrarium. Se aplicaba esta instancia por vía reconventional en la acción dirigida en contra de una mujer que estaba en posesión de bienes en razón del hijo por nacer, afirmando que ella había transferido la posesión a otra persona de un modo fraudulento, o contra la acción que correspondía a una persona a quien se había dado la *missio in possessionem*, quien pretendía que se le había impedido tomar la posesión del bien o los bienes ³⁸¹. Si la acción era de injuria, la pena era la décima parte, en los otros casos de un quinto ³⁸².

Estas penas se aplicaban por el hecho de perder o abandonar el litigio aunque se demuestre que no hubo dolo o mala fe en su iniciación.

La reestipulación se aplicaba en ciertos casos determinados y se condenaba al actor si no ganaba el juicio, aunque hubiera procedido de un modo recto. La aplicación más clara fue en los interdictos *utrubi* y *uti possidetis*, que se referían a la retención de la posesión de bienes. En el *utrubi*, la afirmación esencial era de que el reclamante había poseído el bien mayor tiempo en el año anterior al interdicto, mientras que en el *uti possidetis* se basaba en la posesión en el momento de iniciarse el interdicto.

Cada parte podía asumir, en consecuencia, el rol de defensor de la posesión invocada.

Esto presentaba un problema en lo que se refiere a la percepción de los frutos y a la posesión provisoria durante el trámite del proceso interdictal.

Esta situación la resolvía el pretor mediante la licitación de los frutos, ofreciendo la percepción y la tenencia provisoria a quien hiciere la promesa de pagar el más alto precio por los frutos en caso que fuera juzgado por contravención del interdicto.

Como era posible que el que se había favorecido con la licitación perdiera el interdicto, la parte desfavorecida en la licitación por haber ofrecido un menor precio, tenía a su vez derecho de exigir una reestipulación, exigiendo una pena de devolución del valor de los frutos, y de la perturbación de la posesión en el curso del litigio.

Existía la *actio infitiatio* que está constituida por una pena del doble de lo reclamado en el juicio, y que se aplica en los casos de oposición

³⁸⁰ GAI, 4, 178.

³⁸¹ GAI, 4, 177.

³⁸² GAI, 4, 174.

injustificada en los casos de *actio iudicati*; *actio depensi*; *actio legis Aquiliae*; *actio quod legatorum* en los legados *per damnationem* ³⁸³.

Se permite exigir una estipulación en ciertos casos (*sponsio*), como en los juicios de *pecunia certa credita* y en los de *pecunia constituta*. Estas estipulaciones podían ser de un tercio en la *pecunia creditae* y de una mitad, en la *pecunia constituta* ³⁸⁴.

Juramento exigido por el actor al reus: Cuando no se aplicaba ni la *sponsio*, ni la *infinitatio*, ni se tratase de una acción penal (*juramentum non calumniae causa infiat is ire*), el actor podía pedir al reus que jurare que no se defendería con recursos ilegítimos o abusivos.

Infamia. En ciertos juicios, y como efecto de la acción entablada, el reus incurría en infamia. Tales son el robo, la rapiña, la injuria, el dolo, en las acciones directas de tutela, depósito, mandato y pro socio.

En todas estas acciones se requería condena para que se aplicara la infamia, salvo en las de hurto, rapiña e injuria, en que se incurría aunque hubiere transacción entre las partes ³⁸⁵.

En consecuencia, podemos concluir que los litigantes temerarios en sus acciones o defensas, que usaron recursos inaceptables, recibían sanciones penales creadas por el pretor, mediante los sistemas de que hemos hablado.

La sanción en el juicio de calumnia, o de injuria, era la décima parte del monto que se demanda ³⁸⁶.

Si el demandado, convocado *in jus* (*in jus vocatio*), no concurría el día y hora señalado, caía en una pena fijada en el edicto del pretor ³⁸⁷.

En cambio, si es citada a juicio una persona que no puede ser llamada sin permiso del pretor como los padres, los patronos o las hijas y padres del patrono, el que los cita recurre en una pena ³⁸⁸ de 10.000 sextercios ³⁸⁹.

La sanción se aplicaba mediante una fórmula *infactum* que entregaba el pretor ³⁹⁰.

XIV. CONCLUSIÓN

En este estudio se ha recorrido históricamente un cuadro completo de la creación de la institución del patrimonio en Roma. El gran avance

³⁸³ GAI, 4, 171.

³⁸⁴ GAI, 4, 171.

³⁸⁵ GAI, 4, 60-172-173-182.

³⁸⁶ GAI, 4, 174.

³⁸⁷ GAI, 4, 183.

³⁸⁸ GAI, 4, 183.

³⁸⁹ GAI, 4, 46.

³⁹⁰ GAI, 4, 46.

de este proceso se basa en dos puntos fundamentales: a) la protección del deudor contra la demasía del acreedor, que no titubeaba en usar la prisión y el tormento para el cobro de sus créditos de dinero, y b) la creación pretoriana que después de siglos de elaboración llegó a sentar un principio, que es la de que a las deudas se responde con bienes, y la larga trayectoria de esfuerzos y de creación jurídica para hacer expedito y claro este sistema, de manera que el principio esencial no quedara como una ilusión, sino que se convirtiera en una realidad clara, precisa y aplicable. Esto fue creando en el pretor el concepto abstracto de patrimonio en que independizando el concepto de unidad abstracta supo separar los bienes contingentes con la realidad de que una persona tuviere bienes.

Esta abstracción, que partió de la idea del crédito directo de dinero a restituir, fue envolviendo todos los ámbitos, incluso los campos penales y procesales.

Tal vez, el aspecto más elevado de abstracción se produce en las acciones de enriquecimiento injusto y en la *condictio*, al igual que en el *interdicto fraudatorio*, y en la *restitutio in integrum*, pero ello se desenvolvió en una larga trayectoria, en que el pretor, buscando la justicia, fue descubriendo los caminos para defenderla de manera que, sin destruir los derechos de los acreedores, los deudores fueran también teniendo los recursos para sentirse protegidos en su mayor debilidad frente a los primeros, y al mismo tiempo exigir a las partes que respeten las reglas del juego procesal, de modo que la majestad del proceso no se viera enturbiada por los abusos que en su angustia pudieren las partes usar para amparar sus intereses comprometidos.

Para terminar, conviene recordar el título de Cicerón, en el libro de *Officiis*³⁹¹, en que habla de la materia de las deudas y cómo debió en su tiempo, proveerse para que no sufiere la república por este motivo:

Hay que proveer para que el problema de las deudas no perjudique a la república; lo que hay que precaver por múltiples razones. No hay que sostener por esto que los ricos deben perder lo suyo y los deudores lucrarse con lo que es ajeno. Ninguna cosa, en efecto, sostiene más a la república, que la palabra empeñada (*Fides*), lo que no puede existir sin un pago obligatorio de las deudas. Nunca se procuró, siendo yo cónsul, con más vehemencia para que no se pagaran. Con armas y ejércitos se intentó obtener esto y por toda clase de hombres de las diferentes clases, para que las deudas desaparecieran de la república, a todo lo cual resistí. Nunca en la república hubo más deudas, ni fueron pagadas con mayores facilidades. Alejada la esperanza de defraudar, se siguió la necesidad de pagar. De esta clase de donaciones, para que a unos se les dé y a otros

³⁹¹ CICERÓN, *OFFICIIS*, II, 24.

se les quite, estuvieron ausentes los que realmente se preocupan de cuidar de la república. En primer lugar, se preocuparon que la equidad de los derechos y de los juicios dé a cada uno lo suyo, y ni los más débiles sean coaccionados por su humildad, ni los más ricos sean obsesionados por el ansia de retener o recuperar sus bienes.