

MAX KASER

PROFESOR ORDINARIO DE LA UNIVERSIDAD
DE SALZBURG

**derecho
romano
privado**

VERSION DIRECTA DE LA
5^a edición ALEMANA POR
José Santa Cruz Teijeiro

CATEDRÁTICO NUMERARIO DE DERECHO ROMANO,
DECANO HONORARIO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

2.^a edición

BIBLIOTECA JURIDICA DE AUTORES
ESPAÑÓLES Y EXTRANJEROS

DERECHO ROMANO PRIVADO

DERECHO ROMANO PRIVADO

Por

MAX KASER

Profesor Ordinario de la Universidad de Salzburg

Versión directa de la 5.ª edición alemana por

JOSE SANTA CRUZ TEIJEIRO

Catedrático numerario de Derecho romano,
Decano honorario de la Universidad de Valencia

SEGUNDA EDICION

REUS, S. A.
1982

INSTITUTO EDITORIAL REUS, S. A.
Preciados, 23 • Madrid, 1982

ISBN 84-290-1162-5

Depósito legal: M. 6652-1982

IMPRESO EN ESPAÑA
PRINTED IN SPAIN

SELECCIONES GRAFICAS
Carretera de Irún, km. 11,500
Madrid (1982)

INDICE GENERAL

	<u>Páginas</u>
<i>Abreviaturas</i>	3
INTRODUCCION	
§ 1 Desenvolvimiento y significación del Derecho Romano privado	5
§ 2 Características generales del Derecho Romano privado	16
PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS Y CONCEPTOS FUNDAMENTALES	
I. <i>Derecho</i>	
§ 3 Concepto y especies de derecho. El ordenamiento jurídico	25
§ 4 Los derechos subjetivos. <i>Actio y exceptio</i> . Prescripción extintiva	33
II. <i>Los negocios jurídicos</i>	
§ 5 Los negocios jurídicos y los contratos en general	37
§ 6 Formalismo jurídico. Generalidades	39
§ 7 Los negocios formales en particular	41
§ 8 Interpretación y vicios de la voluntad	49
§ 9 Ineficacia. Ilícitud e inmoralidad. Perjuicio de acreedores	55
§ 10 Condición. Término. Modo	57
§ 11 La representación	62
SEGUNDA PARTE: DERECHO DE PERSONAS	
§ 12 Persona y familia	66
§ 13 Capacidad jurídica. Personas naturales	69
§ 14 Capacidad de obrar	72
§ 15 Los esclavos	75
§ 16 Manumisión y manumitidos. Otras situaciones de dependencia	79
§ 17 Corporaciones y Fundaciones	83

TERCERA PARTE: DERECHOS REALES

I. *Generalidades. Posesión*

§ 18	Las cosas	87
§ 19	La posesión. Esencia y especies	90
§ 20	Adquisición y pérdida de la posesión	95
§ 21	La protección de la posesión	97

II. *Propiedad*

§ 22	Esencia e historia de la propiedad	101
§ 23	Limitaciones de la propiedad. Copropiedad	105
§ 24	Transmisión de la propiedad	111
§ 25	La usucapión	115
§ 26	Los modos «naturales» de adquisición de la propiedad	119
§ 27	La protección de la propiedad	123

III. *Derechos reales limitativos*

§ 28	Las servidumbres	129
§ 29	Usufructo y otros derechos personales de aprovechamiento	132
§ 30	Enfiteusis. Superficie	136
§ 31	Relaciones pignoraticias	138

CUARTA PARTE: DERECHO DE OBLIGACIONES

I. *Esencia, especies y contenido de las obligaciones*

§ 32	Esencia e historia de las obligaciones	147
§ 33	<i>Obligatio</i> y <i>actio</i> . Especies de obligaciones	152
§ 34	Contenido de las obligaciones	156
§ 35	Indemnización de daños y multa	162
§ 36	Causación y culpa	164
§ 37	Incumplimiento de las obligaciones	171

II. *Fuentes de las obligaciones. Obligaciones en particular*

§ 38	Clasificación de las obligaciones	175
§ 39	Préstamo, comodato, depósito y prenda	180
§ 40	Estipulación y contrato literal	184
§ 41	La compra-venta (<i>emptio-venditio</i>)	187
§ 42	Arrendamiento, contrato de servicios, contrato de obra (<i>locatio-conductio</i>)	197
§ 43	Sociedad y comunidad	202
§ 44	Mandato y gestión de negocios sin mandato	206
§ 45	Contratos innominados	209
§ 46	Contratos provistos de acción pretoria	211
§ 47	La donación	213
§ 48	Retención ilegítima y enriquecimiento	216
§ 49	Responsabilidad derivada de negocios jurídicos celebrados por los sometidos a potestad y por empleados	221

	<u>Páginas</u>
§ 50 Obligaciones de delito. Generalidades	224
§ 51 Delitos en particular	228
 <i>III. Extinción de las obligaciones</i>	
§ 52 Extinción del débito. Generalidades	233
§ 53 Cumplimiento y otras causas de extinción	235
§ 54 Novación y delegación	241
 <i>IV. Cambio de sujeto y pluralidad de sujetos en las obligaciones</i>	
§ 55 Cesión de créditos y asunción de deudas	244
§ 56 Pluralidad de acreedores y de deudores. Obligaciones solidarias	246
§ 57 Adstipulación y fianza. Intercesión	250

QUINTA PARTE: DERECHO DE FAMILIA

I. *Matrimonio*

§ 58 Matrimonio y poder marital (<i>manus</i>)	256
§ 59 Derecho matrimonial de bienes	268

II. *Patria potestad y tutela*

§ 60 El poder paterno (<i>patria potestas</i>)	275
§ 61 Parentesco	284

III. *Tutela y curatela*

§ 62 La tutela de los impúberes	286
§ 63 La tutela de las mujeres (<i>tutela mulierum</i>)	293
§ 64 La curatela (<i>cura</i>)	295

SEXTA PARTE: DERECHO SUCESORIO

I. *Generalidades. Llamamiento a la sucesión*

§ 65 La sucesión. <i>Hereditas</i> y <i>bonorum possessio</i>	298
§ 66 La sucesión intestada	304
§ 67 El testamento y sus formas	310
§ 68 Formalismo, contenido y eficacia de los testamentos. Codicilo	314
§ 69 Sucesión contra el testamento. Desheredación y preterición	320
§ 70 Derecho de legítimas. <i>Querela inofficiosi testamenti</i>	323

II. *Adquisición de la herencia y situación del heredero*

§ 71 Adquisición de la herencia. Incapacidad para adquirirla e indignidad ...	325
§ 72 Relaciones jurídicas en la herencia aún no adquirida	329
§ 73 Pluralidad de herederos. Acrecimiento y colación	331
§ 74 Responsabilidad por las deudas de la sucesión	335
§ 75 Protección del derecho hereditario	337

III. *Adquisición singular por causa de muerte*

§ 76	Los legados	340
§ 77	Los fideicomisos	346
§ 78	El fideicomiso de herencia	348
§ 79	La donación por causa de muerte	350

SEPTIMA PARTE: INTRODUCCION AL DERECHO
PROCESAL CIVIL

§ 80	Generalidades. Historia	352
§ 81	Procedimiento de las acciones de ley	358
§ 82	Proceso formulario. Procedimiento <i>in iure</i>	362
§ 83	La fórmula procesal	370
§ 84	Procedimiento <i>apud iudicem</i>	376
§ 85	La ejecución en el procedimiento formulario	379
§ 86	Medios pretorios especiales	382
§ 87	Procedimiento <i>cognitorio</i>	384
	<i>Traducción de los textos latinos</i>	393
	<i>Indice alfabético de materias</i>	4 7

ABREVIATURAS

Afr.	Africano (Sextus Caecilius Africanus).
Alej.	Alejandro (Severus Alexander).
Alf.	Alfeno (Alfenus Varus).
Ant.	Antonino (Antoninus Caracalla).
Bruns	K. G. Bruns-O. Gradenwitz, <i>Fontes iuris romanj antiqui F</i> (Tübingen 1909 = Aalen 1958).
C.	Codex Iustinianus.
Call.	Calístrato (Callistratus).
Cass.	Casio (C. Cassius Longinus).
coll.	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.
Const.	Constantino.
Corp. iur.	Corpus iuris civilis.
C. Th.	Codex Theodosianus.
D.	Digesto (Digesta Iustiniani).
Diocl.	Diocleciano.
D.r.pr.	Derecho romano privado= M. Kaser, <i>Das romische Privatrecht 12</i> (München 1971); <i>2</i> (München 1975).
eod	eodem = en el mismo (libro y título del Digesto o del Código).
FIRA	<i>Fontes iuris romani anteiustiniani</i> ² , ed S. Riccobono, J. Baviera, C. Ferrini, J. Furlani, V. Arangio-Ruiz (Firenze 1940-1943).
Flor.	Florentino.
Fur.	Furio (Furius Anthianus).
Gell.	Gelio (Aulus Gellius, <i>Noctes Atticae</i>).
Gord.	Gordiano III.
Herim.	Hermogeniano.
Inst.	<i>Institutiones Iustiniani</i> .
interp.	interpolado.
itp.	interpolado.
Jav.	Javoleno (L. Iavolenus Priscus).
Jul.	Juliano (Salvius Iulianus).
Just.	Justiniano.
Lic.	Licinio (M. Cn. Licinius Rufinus).
Mac.	Macer (Aemilius Macer).
Maec.	Meciano (L. Volusius Maecianus).
Marcell.	Marcelo (Ulpius Marcellus).

Marci.	Marciano (Aelius Marcianus).
Mod.	Modestinus (Herennius Modestinus).
Ner.	Neracio (L. Neratius Priscus).
Nov.	Novellae Iustiniani.
N.Th.	Novelas de Teodosio II.
N.Val.	Novelas de Valentiniano III.
Pap.	Papiniano (Aemilius Papinianus).
Ped.	Pedio (Sextus Pedius).
Pomp.	Pomponio (Sextus Pomponius).
Proc.	Próculo (Proculus).
Sab.	Sabino (Masurius Sabinus).
se	Senadoconsulta.
Scaev.	Escévola (Cervidius Scaevola).
Sev.	Severo (Septimius Severus).
Tryph.	Trifonino (Claudius Tryphoninus).
Ulp.	Ulpiano (Domitius Ulpianus).
Val.Gall.	Valeriano y Galieno.
vat.	Fragmenta Vaticana.
Ven.	Venuleyo (Venuleius Satuminus).

INTRODUCCION

§ 1. Desenvolvimiento y significación del Derecho romano **privado**
{D.r.pr. 1, 2, 3 1, IV 46, 47, 192-195}

J. Generalidades

El Derecho privado es, entre las materias que son parte del Derecho romano, el elemento, por así decirlo, nuclear que por su valor y eficacia supera a los Derechos de aquella época y a los de épocas posteriores. La magnitud del Derecho romano privado y su importante misión histórica se deben a las dotes del pueblo de Roma para el Derecho, a su constante atención a las realidades vitales y a un sentimiento jurídico educado, depurado con el transcurso del tiempo.

Estas cualidades alcanzan su perfección con las geniales creaciones de los juristas, pertenecientes a la república tardía y al principado, sobre todo en la época de la jurisprudencia clásica (durante los dos siglos y medio d. de J.C.). Estos juristas elevaron el Derecho privado a un alto grado de perfección y lograron que fuese, en el pensamiento jurídico de la humanidad, una indeleble fuerza espiritual, la cual, a través de la historia del pueblo romano, subsiste aún en la actualidad. Aún hoy, los ordenamientos jurídico-privados de los distintos países europeos y de aquellos otros ultramarinos, influenciados por los Derechos europeos, se apoyan en buena parte en el Derecho romano. Las formas de pensamiento de este Derecho se han trasvasado también a los modernos códigos, los cuales, a partir de fines del siglo xvm, privan al Derecho romano de su anterior e inmediata vigencia.

11. Historia

El Derecho romano privado de los antiguos experimentó, con el pueblo romano que lo creara, un desarrollo cuya exposición constituye el objeto de la «Historia del Derecho romano». Nos referiremos someramente ahora a lo que es tema de la mencionada disciplina y distinguiremos varios períodos.

1. Un primer período, que llamaremos de Derecho romano antiguo

y que se extiende desde los oscuros tiempos primitivos hasta el comienzo de las guerras púnicas, por consiguiente hasta el siglo m a. de J.C. Era Roma en esta época un pueblo de labradores, rodeado de otros Estados, sobre los cuales, y al final del indicado período, consiguió una indiscutible hegemonía. La agricultura y la ganadería son el fundamento económico vital del pueblo de Roma, así como la base de su estructura social. Un sentido rural, agrícola, impregna toda la vida espiritual de este pueblo, su religión, sus costumbres, lenguaje, arte, Política y Derecho. Este sentido rural, esta estructura agraria, explican la posición e importancia de la sociedad familiar (familia) como unidad que inspira y domina todo el Derecho privado de esta época. Esta sociedad familiar comprende la pequeña familia, el *pater familias* con su potestad soberana y los sometidos a él: la mujer, los hijos, los clientes y esclavos; una asociación de personas que vive en su heredad, con su tierra, su ganado y los demás elementos patrimoniales, y halla en esta heredad el fundamento y el contenido de su existencia. El antiguo Derecho privado romano es concebido como un Derecho de la familia, de la interna constitución de ésta y de sus relaciones jurídicas con las demás familias. No es posible precisar paralelismos del Derecho de esta época con los Derechos griego y germánico.

La fuente principal de que disponemos para el estudio del Derecho privado de este período son las XII Tablas (alrededor del 450 a. de J.C.), cuyas normas son desarrolladas ulteriormente mediante la *interpretatio*. Este Derecho de las XII Tablas revela ya un indudable progreso en relación con los tiempos precedentes, en los que no hay fuente jurídica alguna. Sobre las fases históricas primitivas del Derecho romano nos hallamos más deficientemente informados que en lo referente al Derecho germánico.

2. Con las guerras púnicas, la vida del pueblo romano comienza a revelar un fuerte impulso que lo conduce, en lo exterior, hacia la conquista de la hegemonía mundial y en lo interior hacia el florecimiento de la cultura romana. Pueden distinguirse dos períodos, que cabe concebir como preparación y cumplimiento.

a) Los siglos de la república tardía (desde el siglo m hasta el I a. de Jesucristo) se llenan con la progresiva expansión del poderío de Roma, el cual llega a dominar todo el mundo antiguo: Europa occidental y meridional, Asia Menor, próximo Oriente, Egipto y Norte de Africa. En esta época, la forma vital agrícola cede a la vida de la gran urbe, con su compleja estructura económica y social, de comercio, industria, moneda. La cultura romana entra en relación con el helenismo, con una cultura tardía cuyos principales ingredientes son griegos y orientales, surgida en el solar del antiguo imperio de Alejandro Magno, el Mediterráneo oriental y su *hinterland*. Roma unifica poderosamente el resultado cultural de estas relaciones. El contacto con Grecia y con lo griego proporciona a la cultura romana su fuerza y también su peculiaridad.

Todos estos factores coadyuvan en el desarrollo de la cultura jurí-

dica romana. Si hasta entonces los romanos se contentaron con un Derecho elemental, apto para atender unas necesidades rudimentarias, el contacto de Roma con la filosofía griega procuró a los romanos el campo abonado para el desarrollo de la ciencia del Derecho, pues con el análisis y la síntesis, pudo Roma elaborar los conceptos jurídicos y ordenarlos en un sistema. Descubierta por los griegos, este método lógico fue aplicado por vez primera al Derecho por los romanos, pero con todo, la jurisprudencia de Roma posee un típico cuño autóctono. Quiere esto decir que Roma ha preservado su práctico buen sentido prescindiendo de exageraciones y de estériles elucubraciones teóricas. Su genio jurídico consiguió elevar la ciencia del Derecho a gran altura, formular principios jurídicos y crear instituciones de valor imperecedero.

El mérito de haber conseguido una perfecta adaptación del Derecho a las nuevas relaciones culturales, económicas y sociales corresponde a los juristas de los dos siglos anteriores al cristianismo y que se comprenden en la tradicional denominación de juristas preclásicos.

Juntamente con el método del pensar lógico, el Derecho romano adoptó en este período, inspirándose en modelos griegos, el uso del documento (infra § 7 IV). Algunas instituciones romanas se hallan evidentemente influenciadas por el sistema bancario griego (Contrato literal, *constitutum debiti, receptum argentarii*). Sin embargo, instituciones concretas griegas, sólo en algún caso ejercieron en esta época influjo en el Derecho romano (*Lex Rhodia de iactu; fenus nauticum; arra; el llamado depositum irregulare*).

b) El segundo período coincide con el del principado, esto es, con el régimen imperial moderado. En esta época, en que Roma ha asegurado sus conquistas y su hegemonía mundial y goza del don de la paz que debe a Augusto, la jurisprudencia romana consigue una perfección verdaderamente cimera. Estimulada por los emperadores que no sólo no impidieron su progresiva mejora, sino que hicieron de la jurisprudencia instrumento genial de su política, los juristas de este período realizan aportaciones que, si bien no superan por su contenido en fuerza creadora a las de los preclásicos, se caracterizan por la aguda penetración, finura y rigor que demuestran. Con la denominación de clásicos designamos a los juristas a quienes se debe este grado de perfección del pensamiento jurídico y está su vigencia y valor por encima de los tiempos, que se extiende incluso a los actuales.

Tampoco esta jurisprudencia clásica elaboró abstractas teorías de escuela. Siguió más bien una dirección práctica que, partiendo de los dictámenes de los juristas, persiguió la solución clara de problemas y casos jurídicos vitales. La formación de conceptos generales tiene sólo un valor instrumental para conseguir estas soluciones. Ciertamente que en el apogeo del período clásico (siglo II), paralelamente a la dirección práctica de la corriente principal de la jurisprudencia que representan de modo relevante Juliano y Celso, aparece una tendencia didáctica que parte de la enseñanza elemental del Derecho. Esta jurisprudencia, que podríamos denominar escolástica del período clásico, produce obras como

las *Instituciones* de Gayo (alrededor del 160 d. de J.C.). Pero también esta dirección busca su entronque con los grandes maestros y se mantiene alejada de las digresiones especulativas. En el período clásico tardío, especialmente en Ulpiano y Paulo, esta corriente se funde con la general.

3. El período postclásico, desde el siglo III hasta el final del mundo antiguo, revela síntomas de decadencia. En las graves conmociones externas e internas que se producen después de la muerte de Alejandro Severo (235 d. de J.C.), y que condujeron al imperio romano al borde del abismo, se agota la fuerza creadora de la jurisprudencia clásica. Diocleciano (284-305), que después de medio siglo de turbulencias consiguió dar al imperio un poder central fuerte, se esforzó en conservar la fuerza vital de la herencia jurisprudencial de los clásicos. Para dar nueva vida a la jurisprudencia clásica, la monarquía absoluta, los órganos constitucionales sometidos todos a la voluntad soberana del emperador, y que desconocieron una ciencia del Derecho libre y confiada a la responsabilidad de los juristas que la elaboraban, no ofrecían ninguna posibilidad.

Bajo Constantino el Grande (307-337) la vida del Derecho se aparta por completo de la tradición clásica. Su destino es, en primer término, la vulgarización: Concepciones jurídicas primitivas, especialmente difundidas en las provincias, en las jurisdicciones locales y hasta en los manuales escolares, adquieren al final del período clásico una singular preponderancia. Este Derecho vulgar penetra bajo Constantino y sus sucesores en la legislación.

El Derecho vulgar postclásico, cuya importancia para la historia del Derecho romano ha sido reconocida y valorada en tiempos recientes por E. Levy, es en sustancia Derecho romano, pero tan deformado y adulterado que constituye una fase decadente en el proceso de la cultura jurídica. Como Derecho romano que es, distínguese de los Derechos helenísticos populares, los cuales, como sabemos--especialmente en relación con los papiros greco-egipcios-, a pesar de la dominación romana y a pesar de la general concesión de la ciudadanía de Roma con la *Constitutio Antoniniana* (212 d. de J.C.), conservaron su vigencia en la mitad oriental del imperio (infra § 3 III 4). El influjo del helenismo en el desarrollo del Derecho postclásico aumenta en intensidad, pero se mantiene dentro de estrechos límites. Se manifiesta sobre todo en la difusión de la forma escrita y en la conservación de instituciones de origen griego u oriental (*manumissio in sacrosanctis ecclesiis, arra sponsalicia, donatio ante nuptias*; y bajo Justiniano la llamada *adoptio minus plena*).

La vulgarización afecta de modo especial al Derecho romano en Occidente; en Oriente es frenada por los aludidos Derechos helenísticos populares, los cuales influyen ahora en el Derecho del imperio. Cuando con precedentes en el siglo I v-el imperio, tras la muerte de Teodosio el Grande (395), se divide en parte oriental y parte occidental, la evolución del Derecho sigue su camino en cada una de estas partes.

Las leyes imperiales rigen en la parte en que (según su fecha y lugar) fueron dadas, aunque en sus respectivas inscripciones designen, para dar una impresión de unidad, a ambos emperadores. Ciertas leyes promulgadas para una mitad del

imperio son en ocasiones adoptadas por la otra. El Código Teodosiano (438), publicado en las dos mitades del imperio, contiene leyes de la parte oriental y de la parte occidental. Sólo esporádicamente se adoptaron después por el occidente leyes orientales, nunca inversamente.

a) En el imperio romano de Occidente prosigue incesante la vulgarización. Después de su disolución (476), el Derecho romano vulgar de Occidente continúa rigiendo por el principio de la personalidad (infra § 3 III 2) para los súbditos romanos de los creados Estados germánicos.

En el reino de los visigodos y burgundios se recopila en varias colecciones. Para el reino de los visigodos conviene mencionar el código de Eurico (*codex Euricianus*, alrededor del 475) y la *lex romana visigothorum* (o *Breviarium Alaricianum*, 506) y probablemente también el *Edictum Theodorici* (de mediados del siglo v). Para el reino de los burgundios la *lex romana Burgundionum* (final del siglo v).

b) En el imperio romano oriental el proceso de vulgarización es detenido merced a una dirección clasicista tendente a la conservación y utilización de la literatura jurídica clásica. Esta dirección arranca de las escuelas de Derecho; de entre éstas descuellan la de Berito (Beirut en el Líbano) y más tarde la de Constantinopla. Estas escuelas no trabajan como los clásicos, sobre casos tomados de la práctica y regulados: en consideración a su trascendencia real. Tienen más bien la misión de ordenar teóricamente la ingente materia jurídica que se les ofrece; tarea ésta de la que se mantuvo alejada la época clásica. Aceptan toda la materia jurídica que les ha sido legada y se esfuerzan por elaborar conceptos y aclararlos, y recurriendo a generalizaciones y divisiones, ordenan sistemáticamente la masa del antiguo y casuístico Derecho. La doctrina de las escuelas acusa, especialmente en lo que se refiere a teoría de la culpa y de la voluntad, el influjo de la filosofía y de la teología contemporáneas.

La coronación de los trabajos de la Escuela de Derecho romano oriental es la obra legislativa del emperador Justiniano I, el *Corpus iuris civilis*, cuyas partes principales son publicadas en 529 y 534. El clasicismo de Justiniano conservó en esta recopilación, sobre todo en el Digesto (o Pandéctas) y en las Instituciones, elementos esenciales del Derecho clásico en su forma prístina y auténtica. En su Código se conservan también muchas constituciones del principado y de Diocleciano inspiradas en el Derecho clásico.

Pero este clasicismo es sólo un aspecto de la empresa justiniana. El emperador no aspira en realidad a otra cosa, lo mismo que sus predecesores, que a realizar el ideal de un Estado con prosperidad, de carácter absolutista y regido cristianamente. De ello se sigue la consecuencia de que Justiniano no se propuso restaurar, renovándolo, el Derecho clásico en todos los terrenos. De las características que separan su época de la clásica, ofrecen singular relieve: la *victoria del cristianismo*, cuyas doctrinas influyeron en el Derecho privado, de modo muy principal en el Derecho de familia y especialmente en el Derecho ma-

trimonial: la creación de una *monarquía absoluta* y, con ella, la aparición de un socialismo de Estado, el cual, con su complejo aparato administrativo, actúa en todas las relaciones de la vida, reglamentándolas, y de modo singular en la economía, muy quebrantada a la sazón, y en la estructura social de la época.

Una parte de las normas imperiales son tutelares y previsoras. Así, p. ej., el Derecho de familia y el sucesorio; otra parte, impone a los súbditos cargas múltiples y onerosas. Estos súbditos se agrupan en asociaciones profesionales (*corpora*) de modo forzoso, la condición de miembro es transmisible hereditariamente y definitiva. En la economía agraria el colonato constituye una situación semejante a la del esclavo, si bien con una cierta libertad personal restringida. Hay también una gran variedad y multiplicidad de impuestos y de penosas prestaciones de trabajo personal (*munera*). En el orden jurídico privado son importantes las limitaciones impuestas a la propiedad y a la libertad de las compra-ventas.

Justiniano consiguió la adaptación de las normas a las variaciones acaecidas, en parte incorporando a su *codex* muchas leyes imperiales del período postclásico (desde Constantino) y en parte también, y de modo más importante, con numerosas leyes propias recopiladas en el *Codex* y en las *Novelas*. En lo referente a los escritos de los juristas clásicos y a las constituciones imperiales de este mismo período, la adaptación fue hecha mediante interpolaciones o cambios muy superficiales realizados en los textos.

En las partes principales del *Corpus iuris civilis*, especialmente en el Digesto, en la Instituta y en el Código, cabe distinguir, por lo que se refiere a los escritos originales de los juristas clásicos y a las constituciones imperiales, varios estratos de deformación, los cuales no resultan externamente perceptibles y solamente pueden ser descubiertos mediante el adecuado análisis. Para descubrir estos estratos, la dirección más moderna de la ciencia romanística se esfuerza por realizar una investigación o examen gradual de los textos y distingue: *a)* Una adulteración y deformación de éstos que se inicia ya al final del período clásico. Este estrato pre postclásico se atribuye a una primitiva escuela jurídica que produjo un enturbiamiento del pensamiento clásico, y que por lo demás, no se propuso operar un cambio en lo que podríamos llamar sustancia jurídica. *b)* A partir del siglo **IV** se manifiestan, singularmente en Occidente, signos de vulgarización que se sobreponen a la tradición clásica. Su influjo se advierte principalmente en el *codex*, raramente en el Digesto. *c)* En los siglos **V** y **VI** se advierte el influjo del carácter teorizante, impregnado de método escolástico propio de las escuelas romano orientales, que conduce de nuevo y fuertemente al pensamiento de los clásicos. Si este pensamiento fue antes o después introducido por Justiniano en los textos transmitidos es problemático. *d)* La reforma realizada en los textos por Justiniano--si prescindimos de las elaboraciones doctrinales con las que las escuelas romano orientales pretenden desenvolver el Derecho clásico--consiste en lo esencial (aunque llevada a cabo imperfectamente), en la adaptación a las innovaciones legislativas antes aludidas y a los cambios operados en la constitución, religión, economía y sociedad. Se abandonan ahora las ligaduras a que estaba sometido el Derecho clásico por el orden jerárquico de sus fuentes y por los rigurosos principios que informaban su ordenamiento procesal civil. La contraposición de *ius civile* y *ius honorarium* y el rigor del sistema de las acciones son superados. Prescindiendo de esto, las

alteraciones de los textos llevadas a cabo por los compiladores se reducen, por lo general, a abreviaciones, unificaciones y resoluciones de controversias clásicas.

M. **Desenvolvimiento ulterior**

El destino del Derecho romano tras el ocaso del mundo antiguo puede esquematizarse en breves líneas. Por tres vías penetró el Derecho romano en el Derecho moderno.

1. En Occidente sobrevivió, siquiera fuese en la forma defectuosa del Derecho vulgar, a la caída del imperio romano, y mezclado con ideas jurídicas germánicas constituyó la base del desenvolvimiento del Derecho en Italia, Francia meridional y península Ibérica.

En Oriente el Derecho del *Corpus iuris civilis* se va diluyendo, impregnado de ideas helenísticas y pervive en el imperio bizantino de la Edad Media.

Entre los trabajos unificadores en lengua griega descuellan las Basílicas, del siglo IX, inspirado en modelos más antiguos. En algunas partes de la península Balcánica, a pesar del dominio turco, el Derecho grego-romano ha sobrevivido. En Grecia constituye aún la base de su moderna legislación civil (1940-46).

Un poderoso florecimiento experimentó el Derecho del *Corpus iuris civilis* con la renovación de la Ciencia del Derecho, que iniciada en Bolonia se extiende a toda Italia a fines del siglo XI. La escuela de los glosadores dotó a la compilación, especialmente al Digesto, valiéndose de los métodos utilizados por la Teología contemporánea (prescolástica), de unos fundamentos teóricos, que constituyeron la base del Derecho continental europeo.

Con esta vuelta al *Corpus iuris*, la jurisprudencia clásica, contenida en la compilación, recobra de nuevo su valor. Esta escuela estimó intangible el *Corpus iuris* y lo sustrajo a la crítica, considerándole como *ratio scripta*, pero con todo, no fue capaz de hallar el camino adecuado para utilizar el tesoro de conocimientos jurídicos en dicha compilación contenido y atender a las vitales exigencias de la época.

En los siglos XIV y XV la dirección teórica de los glosadores es abandonada por la dirección práctica que los postglosadores (comentaristas) siguen. Los postglosadores tratan de utilizar para su época las conquistas de la jurisprudencia romana. Esta jurisprudencia penetra en las instituciones de aquellos siglos, de origen germánico o romano, valiéndose de los métodos que de los romanos aprendieron. Por eso desfiguran y alteran, a veces caprichosamente, las ideas romanas.

Ambas escuelas influyeron decisivamente en la cultura jurídica continental europea. Sólo Inglaterra, que a la sazón había conseguido un alto nivel en lo que se refiere a la ciencia del Derecho, y también, en parte, los países escandinavos, se mantuvieron libres de su influjo. Luego que el Derecho del *Corpus iuris* produjo en los países románicos un amplio desarrollo jurídico, con la llamada recepción del Derecho romano, ocurrida en los siglos XV y XVI, penetró éste en Alemania. Los fun-

lamentos, evolución y consecuencia de este fenómeno, lo mismo que la historia del Derecho privado de los tiempos modernos, requieren una cumplida exposición. Nos limitaremos aquí a consignar que el Derecho romano recibido, en contraposición a los heterogéneos Derechos particulares de carácter territorial y estamental, tan variados, fue llamado Derecho común. Este no ha podido eliminar totalmente al Derecho alemán.

Respondiendo a la necesidad de un Derecho desarrollado y adecuado al tráfico jurídico, el Derecho común es fundamento del Derecho moderno de obligaciones y también, parcialmente, del relativo a los derechos reales y al sucesorio. Los Derechos alemanes conservaron, sin embargo, su preponderancia en materia de Derecho de familia e inmobiliario. Con el *Corpus iuris*, Alemania se familiarizó con los métodos científicos (*usus modernus pandectarum*) y se aplicaron éstos también a los Derechos particulares, preservándoles de una total inundación del Derecho común romano.

Con la codificación del Derecho civil llevada a cabo en el momento de la transición del siglo xviii al xix, esto es, con el *Allgemeines Landrecht* (Prusia 1794), el *Code civil* (Francia 1801-4), el *Badisches Landrecht* (traducción del *Code civil* 1809), el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich* (1811), por no citar más que los principales, perdió el Derecho romano común, en estos territorios, su vigencia, lo mismo que la perdieron también los respectivos Derechos particulares. Estas legislaciones adoptaron por regla general el Derecho hasta entonces vigente en su forma mixta, integrada por elementos romanos y germánicos. En cuanto al método científico empleado, estas viejas codificaciones muestran, además del influjo del Derecho común, el de las doctrinas de Derecho Natural del tiempo de la Ilustración, las cuales, desarrollando principios de la antigua filosofía griega y de las doctrinas cristianas, postulan un Derecho válido para todos los hombres y para todos los tiempos.

Desde los comienzos del siglo xix, la Escuela histórica, con su fundador Federico Carlos de Savigny (1779-1861), dio al Derecho romano fuerte impulso. Partiendo de la idea del «espíritu del pueblo» fraguado históricamente, con la que se enfrenta la idea de un Derecho natural, la nueva dirección postula la vuelta al Derecho romano concebido como el más espléndido exponente de la cultura jurídica occidental, pero la vuelta al Derecho romano «puro» del *Corpus iuris*, que es el Derecho clásico. Fueron recusados por esta escuela los trabajos de los postglosadores y del *usus modernus* para adaptar el *Corpus iuris* a las necesidades de la época, actualizándolo. Si esta vuelta-anacrónica-es impracticable, debe reconocerse en la Escuela histórica, por lo menos, el mérito innegable de haber profundizado científicamente en el estudio del Derecho privado en todas sus partes. Y muy especialmente en la parte general y concretamente, en lo que se refiere a la sistemática y a los conceptos fundamentales, desarrollando los trabajos iusnaturalísticos, consiguió esta escuela unos conocimientos o ideas básicos derivados todos

de fuentes romanas. En esta ciencia del siglo XIX, llamada también por la fuente en que principalmente se inspira, Escuela del Derecho de Pandectas o Pandectística, se apoyan las más recientes codificaciones del Derecho civil, en especial la del Derecho suizo (Derecho de obligaciones de 1881, Código civil de 1907 y Código civil alemán de 1896).

IV. Literatura

En la literatura sobre Derecho romano precisa distinguir las obras que tienen por objeto la exposición del Derecho romano antiguo y aquellas otras que se proponen exponer el Derecho romano común del siglo XIX.

a) Estas últimas estudian el Derecho romano como un Derecho vigente en su época, plantean la cuestión de si y cómo puede el Derecho romano ser utilizable por la moderna cultura jurídica y excluyen aquellas partes de este Derecho que (como las que tratan del matrimonio pagano, de los esclavos y de los libertos) carecen de objeto en nuestra época.

b) Con la preparación de las modernas codificaciones que sustituyen el Derecho común (y el particular) por códigos modernos, fue relevado el Derecho de Roma del servicio que pudiera prestar a la cultura jurídica actual y convertido en objeto de mera investigación histórica. A partir del año ochenta del siglo XIX, prescindiendo de los precedentes del humanismo francés del siglo XVI (y de sus continuadores holandeses y alemanes del XVII) se inicia la investigación histórica del Derecho romano. Ayudada con los medios auxiliares de la Filología, la Papirología, la Epigrafía y otras ramas de la ciencia de la antigüedad, actualmente la ciencia romanística estudia en todo el mundo el Derecho romano en su dimensión histórica, sistematizándolo en los diversos períodos de su desarrollo y escrutando las fuerzas internas y exteriores determinantes de su evolución así como sus relaciones con otros Derechos históricos.

Las exposiciones modernas tratan el antiguo Derecho romano como objeto de un estudio histórico. Hacen especial hincapié en el Derecho clásico como el más rico y ejemplar, relacionándolo también con el Derecho primitivo y con el postclásico, especialmente en la síntesis que nos presenta el *Corpus iuris civilis*. Con la investigación centrada en la crítica de textos (crítica interpolacionista), mediante un fino análisis de los hechos que nos han sido históricamente transmitidos y con el estudio comparativo del Derecho romano con otros Derechos antiguos (griego greco-egipcio, Derecho derivado de fuentes jurídicas cuneiformes, etc.), la ciencia romanística ha adquirido en los últimos tiempos un impulso y un esplendor que son fruto de la dirección historicista. Las obras de la literatura romanística antigua que no recogen estos brillantes resultados, son indudablemente anticuadas.

I. Exposiciones modernas de Derecho romano:

a) En lengua alemana:

- P. F. Girard-R. v. Mayr, *Geschichte und System des romischen Rechts*, 1908 (traducción del manual más abajo citado *Manuel élémentaire* de Girard).
P. Jors-W. Kunkel, *Romisches Privatrecht*, 3.^a ed. 1949 (reimpresión de la 2.^a ed. de 1955 con apéndice bibliográfico).
M. Kaser, *Das romische Privatrecht*, 2 vols., 1955-1959 (2.^a ed. 1971-1975), base del presente manual.
Th. Kipp, *Das Romische Recht* (en *Das Gesamte deutsche Recht in system Darst.* editado por Stammeler), 1930.
H. Kreller, *Romische Rechtsgeschichte*, 2.^a ed., 1948.
E. Rabel, *Grundzüge des romischen Privatrechts*, 2.^a ed., 1955 (reimpresión de la 1.^a ed. de 1915 aparecida en la *Holzendorf-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswiss*, 7.^a ed., I 399-540).
H. Siber, *Romisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II: Romisches Privatrecht*, 1928.
Fr. Schwind, *Romisches Recht I: Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts*, 1950; - H. Kreller - *Romisches Recht II: Grundlehren des gemeinen Rechts*, 1950.
E. Weiss, *Institutionen des romischen Privatrechts*, 2.^a ed., 1948.

Sólo parcialmente utilizables son:

- O. Karlowa, *Romische Rechtsgeschichte*, 2 vols., 1885-1901.
Por las razones antes aducidas, han quedado superados manuales que en su tiempo gozaron de gran aceptación.
K. V. Czyhlarz-M. San Nicoló, *Lehrbuch der Institutionem des romischen Rechts*, 19 ed., 1933.
R. Sohm-L. Mitteis-L. Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des romischen Rechts*, 17 ed., 1930, reimpresión 1949.

b) En lengua italiana:

- V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di Diritto romano*, 14 ed., 1960.
B. Biondi, *Istituzioni di Diritto romano*, 4 ed., 1965.
P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto romano*, 10 ed., 1946.
A. Burdese, *Manuale di Diritto privato romano*, 1964.
C. Ferrini-G. Grosso, *Manuale di Pandette*, 4 ed., 1953.
A. Guarino, *Diritto privato romano* (Lezioni istituzionali, 5.^a ed., 1976).
S. Perozzi, *Istituzioni di Diritto romano*, 2 vols., 2.^a ed., 1928; reimpresión, 1949.
C. Sanfilippo, *Istituzioni di Diritto romano*, 4 ed., 1960.
P. Voci, *Istituzioni di Diritto romano*, 3 ed., 1954.
E. Volterra, *Istituzioni di Diritto privato romano*, 1961.

e) En lengua francesa:

- P. Fr. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8 ed., 1929.
R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2 vols., I: 6 ed., 1947; II: 5 ed., 1954.
P. Ourliac-J. de Malafosse, *Droit romain et ancien Droit*, I (*Les obligations*), II (*Les biens*) 1957-1961. III (*Le droit familial*) 1968.

- d) En lengua inglesa:
 - W. W. Buckland-P. Stein, *A Textbook of Roman Law*, 3 ed., 1963.
 - J. K. B. M. Nicholas, *An introduction to Roman Law*, 1962.
 - R. W. Leage-A. N. Prichard, *Roman Privat Law*, 3.ª ed., 1961.
 - F. Schulz, *Classical Roman Law*, 1951.
- e) En lengua holandesa:
 - J. C. Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, 3 ed., 1948.
- f) En lengua griega:
 - G. A. Petropoulos, 'φοινοQ(a xm BτολλυοBτ; ioii 'Qουμαixοi fuxaiou.
- g) En lengua española:
 - J. Arias Ramos, *Derecho romano*, 2 vols.
 - J. Iglesias, *Derecho romano*.
 - A. D'Ors, *Elementos de Derecho privado romano*, 3.ª ed., 1977.
- h) En lengua portuguesa:
 - S. A. B. Meira, *Instituigoes de Direito romano*, 3.ª ed., 1968.

2. Tratados amplios de partes especiales:

- E. Betti, *Diritto romano, I Parte generale*, 1935.
- E. Betti, *Istituzioni di Diritto romano I (Parte generale y Parte speciale I Rapporti di diritto reale)*, 2.ª ed., 1942; (II: *Rapporti di obbligazione*), 1962.
- P. Bonfante, *Corso di Diritto romano, 1925-1933; I Diritto di famiglia, II 1/2: La proprieta, III Diritti reali, VI: Le successioni, Parte generale. Reimpresión de I y II 1: 1963-66.*
- L. Mitteis, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians (Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen)*, 1908.

3. Exposiciones de Derecho común (Pandectas):

- L. Arndts, *Lehrbuch der Pandekten*, 13 ed., 1886.
- A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, 4 vols. 2/3 ed., 1873-92.
- H. Dernburg, *Pandekten*, 3 vols., 7 ed., 1902-03 (8.ª ed. de Sokolowski, *System des romischen Rechts*, 1912).
- F. Regelsberger, *Pandekten (sólo el vol. I)*, 1893.
- F. C. v. Savigny, *System des heutigen romischen Rechts*, 8 vols., 1840-49.
- K. A. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 3 vols., 7 ed., 1865-76.
- B. Windscheid-Th. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 vols., 9 ed., 1906.

4. En cuanto a los compendios de Historia del Derecho romano cuyo conocimiento es fundamental para el estudio del Derecho privado romano, citaremos aquí sólo algunos y remitimos para la más amplia bibliografía a la citada en ellos:

- G. Dulckeit-Schwarz, *Romische Rechtsgeschichte* (publicada en la serie de manuales en las que figura el que es objeto de la presente traducción), 6.ª ed., 1975.

