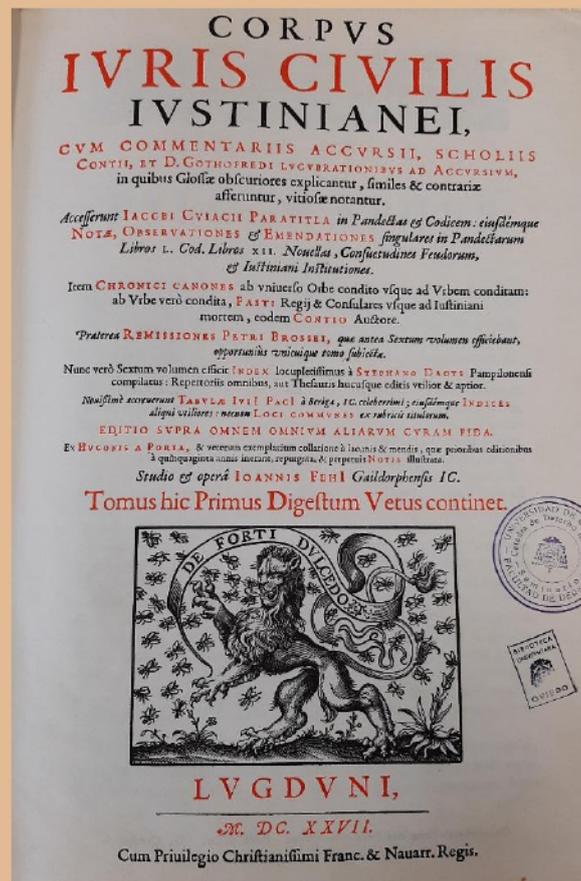


# RIDROM

## REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

N.º 28 (2022)



Universidad de Oviedo



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



## ÍNDICE

### ARTÍCULOS

- Algunas consideraciones sobre el principio *actor sequitur forum rei*  
*Some considerations on the principle actor sequitur forum rei*  
MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ 61
- Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: de Roma a los códigos civiles. (igualdad y género)  
*Legitimate daughters and sons in intestate succession: from Rome to modern civil codes. (equality and gender)*  
BEATRIZ GARCÍA FUEYO 160
- El principio *iura novit curia* en el sistema procesal romano  
*The iura novit curia principle in the roman procedural system*  
MARÍA OLGA GIL GARCÍA 185
- La monogamia como fundamento de las estructuras conyugales en los sistemas jurídicos occidentales: un aporte romanístico  
*Monogamy as basis of marital structures in western legal systems: a romanistic contribution*  
CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN 275
- La enseñanza del derecho civil romano en Cuba en tiempos del dominio colonial español. Una contribución a la rica tradición histórica del derecho cubano  
*The teaching of roman civil law in Cuba in times of the spanish colonial dominion. A contribution to the rich historical tradition of cuban law*  
LÉSTER AMAURYS MARTÍNEZ QUINTANA 395
- Algunas palabras sobre la función del método histórico en la enseñanza del derecho  
*A few words on the role of the historical method in the teaching of law*  
RAYMOND SALEILLES; DIEGO SALINAS MENDOZA 467

"Publicani" en Roma y publicanos judeo-españoles en la España bajomedieval  
"Publicani" in Rome and judeo-spanish publicans in late medieval Spain  
ARMANDO TORRENT RUIZ 499

Los sordos pueden oír *supra cerebrum*: traducción de la expresión atribuida a Juvencio Celso en CJ. 6.22.10.3.  
*Deafs can hear supra cerebrum: translation of the expression attributed to Juvencio Celso in CJ. 6.22.10.3*  
ANTONIO VILLANUEVA MARTÍNEZ 527

### RECENSIONES

MARÍA JOSÉ AZAUSTRE FERNÁNDEZ, *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento europeo de sucesiones*, Editorial Aranzadi, Navarra, ISBN 9788413455099, 2021, 309 páginas 545

BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ, *Prontuario de jurisprudencia romana*, 2ª ed., Comares, Granada, 2021, 285 páginas 551

MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH: *Teodora y el feminismo jurídico en Bizancio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 318 págs 560

OBARRIO MORENO, JUAN ALFREDO, *1984 (George Orwell). Diálogos entre el derecho y la literatura: Los totalitarismos I*, Dykinson, Madrid, 2021, 291 pp 565

### VARIA

Memoria de publicaciones de Derecho Romano año 2021  
Report on Roman Law publications 2021 572

In memoriam. Profesor Esteban Varela Mateos (1942-2022) 602



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

<b>Fecha de recepción:</b> 15/03/2022	<b>Fecha de aceptación:</b> 24/03/2022
<b>Palabras clave:</b> <i>Actor sequitur forum rei, foros de competencia judicial, recepción del Derecho romano</i>	<b>Keywords:</b> <i>Actor sequitur forum rei, grounds of jurisdiction, reception of Roman law.</i>



## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO ACTOR SEQUITUR FORUM REI

## SOME CONSIDERATIONS ON THE PRINCIPLE ACTOR SEQUITUR FORUM REI

**María José Azaustre Fernández**

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Romano

Universidad de Oviedo

[azaustremaria@uniovi.es](mailto:azaustremaria@uniovi.es)

ORCID: 0000-0001-8059-2015

(AZAUSTRE, María José. *Algunas consideraciones sobre el principio actor sequitur forum rei* RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 1-59.

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

En este trabajo se analizan las manifestaciones de un principio que ha gozado de reconocimiento universal a lo largo de la historia: actor sequitur forum rei, según el cual el actor debe seguir el fuero del demandado, si bien precisa ser complementado con otros foros. Se comienza por estudiar las fuentes literarias romanas que aluden a la existencia de un fuero propio del demandado del que no se le debe sacar, continuando por las fuentes jurídicas en el Derecho romano y las que atestiguan su recepción en el Derecho histórico español, hasta llegar al momento presente; obedeciendo el recurso a este foro casi siempre a la misma serie de razones justificativas y que se vienen repitiendo históricamente.

### Abstract:

This paper analyses the manifestations of a principle that has been universally recognised throughout history, namely that the plaintiff must follow the forum of the defendant -actor sequitur forum rei-although it needs to be complemented with other fora. It begins with a study of the Roman literary sources which allude to the existence of a forum proper to the defendant from which he should not be removed, continuing through the legal sources in Roman Law and those which testify its reception in Spanish historical Law, until the present; the recourse to this forum is almost always due to the same series of supporting reasons, which have been repeated historically.

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El principio *actor sequitur forum rei* en el Derecho romano. 2.1- Alguna precisión terminológica. 2.2- Manifestaciones del principio *actor sequitur forum rei*. 2.2.1. Fuentes literarias. 2.2.2. Fuentes jurídicas. - 3. Derecho histórico español. - 4. Fundamentos del principio.

## 1. Introducción <sup>1</sup>

El principio *actor sequitur forum rei*, también formulado a veces como *actor rei forum sequatur*, goza de reconocimiento universal y constante a lo largo de la historia, si bien en el conjunto del ordenamiento precisa ser complementado con otros foros especiales. De este modo, ya en el Derecho romano, el foro general de competencia, en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes - *prorogatio fori*-, era el correspondiente al demandado<sup>2</sup>; aunque

---

<sup>1</sup> El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación "Los principios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI"- Programa Logos Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el Área de Estudios Clásicos.

<sup>2</sup> En este sentido PÉREZ Y LÓPEZ, X., *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XIV, s.v. "fuero competente", Imprenta de D. Antonio Espinosa, Madrid, 1796, p. 310; GLÜCK, F.K., *Commentario alle Pandette*, V, trad. Brugui, Leonardo Vallardi, ed., Milano, 1893, p. 92; SAVIGNY, F.C., *Sistema del Derecho romano actual*, t. VI, trad. Mesia-Poley, Góngora y Compañía editores, Madrid, 1879, p. 162, n. o) y p. 166; WENGER, L. *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, M. Hueber, Munchen, 1925, p. 42; RUDDORE, A.F., *Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Band, Rechtspflege*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1859; ROBY, H.J., *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, vol. II, Cambridge University Press, 1902, p. 331; KIPP, T. s.v. "Forum" *PWRE*, VII-1, Stuttgart, 1910, col. 57; KASER, M. *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Auf., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, p. 246; SCIALOJA, V. *Procedimiento civil romano*, trad. Sentis Melendo-Ayerra Redín, ed. jurídicas Europa America, Chile-Buenos Aires, 1954, p. 128; PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano. II. Il proceso formulare*, t. I, Giuffrè ed., Milano, 1963, p. 158; JONES, A.H.M., *The Later Roman Empire (284-602)*, I, Basil Blackwell, Oxford, 1964, p. 484; GARNSEY, P., *Social status and legal privilege in the Roman Empire*,

también en dicho ordenamiento este foro hubo de convivir con otros, como el foro del contrato, el del lugar de comisión del delito, el *forum rei sitae*, etc.

En la época más remota de la historia de Roma, probablemente su pequeña extensión no daría lugar a problemas de delimitación de competencia territorial. Observa Greco<sup>3</sup> que en el contexto que sirve de fondo a la resolución de la controversia, la sede de la actividad judicial no debía de estar muy alejada del lugar en el que vivían los litigantes, lo que se manifiesta en las tres primeras disposiciones de la tabla I de la ley decenviral, en particular, en la posibilidad de conducir coactivamente al demandado a comparecer *in iure* ante el magistrado<sup>4</sup>, que sólo sería practicable si la distancia a cubrir fuera breve<sup>5</sup>.

---

Clarendon Press, Oxford, 1970, p. 13; VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986, p. 221; SALGADO, J. "Contribución al estudio del "Domicilium" en el Derecho romano", *RDP*, 1980, p. 507; LICANDRO, O. *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Giappichelli ed., Torino, 2004, p. 309; LÓPEZ HUGUET, M.L. *El régimen jurídico del domicilio en Derecho romano*, Univ. de La Rioja, 2007, disponible en <https://investigacion.unirioja.es/documentos/5c13b154c8914b6ed3776502>, p. 366; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 12ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 457; ROBLES REYES, J.R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Universidad de Murcia, 2003, p. 33 y ss.

<sup>3</sup> GRECO, G. "Processo e distanze a roma antica: appunti per una ricerca", *Iura & Legal Systems*, VIII.2021/1, p. 121.

<sup>4</sup> XII T., 1.1: *SI IN IUS VOCAT [ITO]. NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO. 1.2. SI CALVITUR PEDEMVE STRUIT, MANUM ENDO IACITO. 1.3. – SI MORBUS AEVITASVE <<VITIUM>> ESCIT <QUI IN IUS VOCABIT> IUMENTUM DATO. <<SI NOLET>> ARCERAM NE STERNITO* (GIRARD P. F.-SENN, F. *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, pp. 2 y ss.)

<sup>5</sup> Cuando las controversias surgieran con miembros de otras comunidades, es de suponer, como hace GREENIDGE, A.H.J. *The legal procedure of Cicero's time*, Augustus M. Kelley pub., New York, 1971, p. 47, que habría de estarse a lo

El problema de la competencia territorial, observa Pugliese<sup>6</sup>, se empieza a manifestar con la institución de los más antiguos municipios, adquiriendo mayor relevancia práctica cuando el pretor comienza a mandar en el territorio itálico a los *praefecti iuri dicundo*, delegados suyos para el ejercicio de la actividad jurisdiccional en las ciudades más alejadas de Roma, debiéndose establecer una circunscripción dentro de la cual los *praefecti* pudieran *ius dicere*, problema que se agravaría, según el jurista italiano, cuando, tras la institución de las primeras provincias y la guerra social, se generalizó la atribución de competencia a los magistrados municipales. En esta expansión del dominio romano por la península itálica, Greenidge<sup>7</sup> considera que a los miembros de las ciudades libres y aliadas se les aplicaría el fuero del demandado -*forum rei*-, por analogía con lo que sucedería con el mundo provincial, aunque se desconozcan las reglas que regulaban la doble jurisdicción a la que los habitantes de estas ciudades estaban sujetos.

La formulación del principio *actor sequitur forum rei*, tal y como lo conocemos hoy, se realiza en varias constituciones postclásicas, las

---

establecido en el respectivo tratado. La necesidad de este, a su juicio, derivaría de que difícilmente las relaciones entre Roma y otro estado serían tan cercanas como para una aceptación recíproca de la plena jurisdicción de los tribunales del otro de acuerdo con los simples principios del *forum contractus* y del *forum rei*. Observa el autor que existe algún indicio de que en las más tempranas relaciones de Roma con las antiguas comunidades latinas el lugar del juicio sería el correspondiente al lugar de conclusión del contrato -*forum contractus*-, según Dion. Hal. 6.95 en relación con el tratado concluido con los latinos en el 493 a. C.- *foedus casianum*-

<sup>6</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p. 153. Por su parte, SAVIGNY, *op. cit.*, p. 162, entiende que la generalización del criterio de que el actor debe seguir el fuero del demandado se generalizó una vez alcanzado un amplio grado de unificación en Italia y en el Imperio. Cfr., asimismo, LÓPEZ-HUGUET, *op. cit.*, p. 366.

<sup>7</sup> GREENIDGE, *op. cit.*, p. 33.

primeras precedentes de la época de Diocleciano. Sin embargo, como señala un amplio sector doctrinal<sup>8</sup>, era de aplicación en toda la época anterior, e incluso es posible que se hubiera considerado consustancial a la organización de la primitiva ciudad<sup>9</sup>. En estas líneas se examinarán, por ello, algunas manifestaciones de dicho principio en las fuentes del Derecho romano y en aquellas que ponen de relieve su recepción en el Derecho histórico español, obedeciendo el recurso a este foro casi siempre a la misma serie de razones justificativas y que se vienen repitiendo históricamente.

## 2. El principio *actor sequitur forum rei* en el Derecho romano

### 2.1- Alguna precisión terminológica

Conviene aclarar, en primer lugar, el sentido de cada uno de los sustantivos que forman parte de este principio, esto es de *actor*, de *forum* y de *reus*, pues el significado de estos términos no siempre es unívoco.

En primer lugar, *actor*, *actoris* (del griego ακτωρ) es *qui causam agit*<sup>10</sup>. El verbo *ago*, a su vez, significa “colocar delante de uno”,

---

<sup>8</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p. 159; en igual sentido, KASER, *op. cit.*, p. 246, n. 33, GARNSEY, *op. cit.*, p. 13; GARBARINO, P., “La *praescriptio fori* nel secolì V e VI: Aspetti procedurali”, en *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro, Atti del Convegno Modena, 21-22 maggio 1998*, a cura di Puliatti-Sanguinetti; Giuffrè ed., 2000, p. 3; REINOSO BARBERO, F., “Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad”, *REVISTA DE DERECHO UNED*, nº 4, 2009, p. 325; IDEM, “Excepciones al criterio competencial *actor rei forum sequitur*”, en *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, coord. Montoya Melgar, Dykinson, Madrid, 2010, p. 534 y LICANDRO, *op. cit.*, p. 298.

<sup>9</sup> ROBLES REYES, *op. cit.*, p. 33.

<sup>10</sup> *TLL*, s.v. *actor*, col. 455 y ss., en su cuarta acepción; donde se especifica que a veces se identifica con *accusator*. Según HEUMANN H. G.- SECKEL E., *Handlexikon*

utilizado en el antiguo lenguaje de los pastores, por oposición a *duco* - "marchar a la cabeza de, guiar"<sup>11</sup>-. En el lenguaje forense, *agere* se aplica en referencia a la actividad del demandante. A veces el término *actor* se utiliza en el sentido de quien ha sufrido una injuria o ha sido perjudicado por el demandado. Así aparece en algunos pasajes de Cicerón, como, por ejemplo, en *in Caec.* 19.5.10: *quem...velint actorem ei, quibus factae esse dicuntur iniuriae.*

Es notorio que en el proceso han de darse necesariamente dos partes litigantes<sup>12</sup>. Ahora bien, en algunos casos dudosos<sup>13</sup>, los juristas romanos se encargaban de precisar quien había de considerarse actor en una determinada contienda; labor no meramente dialéctica, sino relevante, entre otras cuestiones, para la delimitación del fuero competente. Tal es el caso de los juicios

---

*zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1971, p. 1, "actor" en su primera acepción sería el demandante en un proceso civil; en sentido similar *DS*, I.1, Paris, 1877, p. 59 entiende por *actor* o *petitor* el demandante en un proceso (*in causis privatis*). En un proceso criminal (*in causis publicis*) quien persigue es denominado *accusator*. Para WLASSAK, s.v. actor, *PWRE*, I, 1, en sentido estricto es *is qui agit*, también conocido en el procedimiento formulario como *petitor*. La palabra "actor" también se entendió como sinónimo de "administrador", además de ser utilizada en el lenguaje del teatro.

<sup>11</sup> ERNOUT, A.-MAILLET, A., *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, 4<sup>ème</sup> ed., Klincksieck, Paris, 2001, p. 15. En este sentido lo emplea Gayo en D. 50.16.235 pr (l. III *ad leg. Duod. Tab.*) cuando afirma que son cosas "llevadas" las que uno lleva sobre su propio cuerpo; que son "transportadas" las que uno lleva consigo en una caballería y que son "conducidas" las que son animales: "*Ferri*" *proprie dicimus, quae quis suo corpore baiulat: "portari" ea, quae quis iumento secum ducit: "agi" ea, quae animalia sunt.*

<sup>12</sup> MURGA GENER, J.L., *Derecho romano clásico II: El proceso*, Servicio de Publicaciones Universidad de Zaragoza, 1983, p. 70. Destaca este autor que este hecho le parece tan claro a Gayo que casi lo formula como un apriorismo jurídico: es evidente que yo no puedo litigar conmigo mismo -*quia ipse mecum agere non posse*-. (*Gai.* 4.78)

<sup>13</sup> Explica WLASSAK, s.v. actor, *op. cit.*, que, por lo general, los papeles procesales de demandante y demandado están estrictamente separados. Las excepciones únicamente vendrían establecidas en los *iudicia* y los *interdicta* dobles.

divisorios, en los cuales, las partes no son titulares de intereses contrapuestos, sino yuxtapuestos. Gayo precisa que, en los juicios sobre fijación de lindes, división de cosa común y partición de herencia, en los que parece igual la condición de todos *-quia par causa omnium videtur-*, se prefirió considerar actor quien hubiese provocado el juicio:

D. 5.1.13= D. 10.3.2.1<sup>14</sup> (Gai, 1.VII *ad ed. prov.*) *In tribus istis iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum quaeritur quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset.*

Juliano considera que en estos juicios divisorios cada persona tiene doble derecho: el de actor, y el de aquel contra quien se litiga *- eius quocum agitur-* es decir, el de demandado:

D. 10.1.10 (*Iul. l. LI dig.*) *Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo*

---

<sup>14</sup> Los dos textos presentan prácticamente el mismo tenor, con la única excepción de que la expresión “estos tres juicios” *-in tribus istis iudiciis-* empleada en D. 5.1.13, es sustituida en D. 10.3.2.1 por “en los juicios dobles” *- in tribus duplicibus iudiciis-*, dato ya destacado por PUGLIESE, *op. cit.*, p. 271, n. 7. En Bas. 7.5.13, en la traducción al latín de la edición Heimbach el texto queda como sigue: *In iudicio finium regundorum, communi dividundo, familiae erciscundae omnium quidem par est conductio; actor autem esse videtur qui ad iudicium provocat.* En relación con las *leges geminatae* vid. FLORIA HIDALGO, M. D., “Tradición jurisprudencial y coincidencia de textos”, *RGDR-Iustel*, 22, 2014; REINOSO BARBERO, F., “El estudio de las geminaciones jurisprudenciales de Antonius Augustinus”, *RGDR-Iustel*, 18, 2012. Dentro de la clasificación del humanista español, la repetición que se comenta encajaría dentro de las similitudes en Digesto de un solo jurista *-similia a uno iureconsulto scripta-* y en la subcategoría similitud literal y con misma inscripción *-ab uno libro accepta, duobus Digestorum locis scripta-*.

*singulae personae duplex ius habeant agentis et eius quocum agitur.*

Por esta misma razón opina Paulo que en estos juicios tanto el actor como el reo deben jurar que no intentan el litigio y que no se oponen a la demanda por causa de calumnia:

D. 10.2.44.4 (*Paul. l. VI ad Sab.*) *Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire.*

Si ambos litigantes hubiesen provocado el juicio, aclara Ulpiano que el caso suele resolverse por la suerte<sup>15</sup>:

D. 5.1.14 (*Ulp. l. II disp.*)- *Sed cum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet.*

También se considera que ejercita acción quien utiliza una excepción, pues, según Ulpiano, el reo es actor en la excepción. Por

---

<sup>15</sup> La suerte era un recurso empleado en ocasiones en el ordenamiento jurídico romano para la resolución de determinados conflictos. Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 66, quien menciona, además del ejemplo citado, los siguientes: IJ. 2.20.23 y CJ. 6.43.3.pr. para el caso de que existan muchos legatarios de opción en una misma herencia o muchos herederos de un único legatario de opción que disientan al escoger, disponiéndose, en tales casos, que el azar sea juez en la elección - *fortunam esse huius optionis iudicem*-; D. 40.5.24.17 (*Ulp. l. V fidei.*) en relación con la libertad dejada mediante fideicomiso, para determinar los esclavos que hayan de ser manumitidos. El recurso al sorteo tampoco era desconocido en el Derecho público, empleándose a veces para el reparto de provincias entre magistrados; en el ámbito del Derecho electoral se utilizaba para decidir cuál sería la centuria *praerrogativa* o la tribu llamada *principium* en los *comitia tributa*; para determinar la tribu en la que habían de votar los latinos desde que se les concedió derecho de voto o, en el ámbito municipal, para decidir en qué curia habían de votar los *incolae* (cfr. AZAUSTRE, M.J., "Protección de la libertad de voto: de Roma al voto electrónico", *RIDROM*, 21, 2018, p. 505 y ss.)

ello, debe ser él mismo quien pruebe la excepción, como si se tratara de una demanda. El jurista acude al ejemplo de la *exceptio pacti conventi*, en la que recae sobre el demandado la carga de probar que se realizó el pacto convenido:

D. 44.1.1 (Ulp. l. IV ad ed.) *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*

D. 22.3.19.pr. (Ulp. l. VII disp.) *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem velut intentionem implere: ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse.*

Por último, con relación a las apelaciones, se considera que el actor es el primero que apela:

D. 5.1.29 (Paul. l. VIII ad Plaucium) *Qui appellat prior, agit.*

En segundo lugar, la palabra *forum* tampoco es unívoca. Festo<sup>16</sup> identifica hasta seis significados posibles de esta palabra: 1) como lugar de negociación o de mercado, 2) como lugar donde se imparte justicia<sup>17</sup>, donde actúa el pueblo y donde suelen tener lugar las

---

<sup>16</sup> FESTO, *De verb. sign.*, VI. *Forum sex modis intellegitur. Primo negotiationis locus... Alio, in quo iudicia fieri, cum populo agi, contiones haberi solet. Tertio, cum is, qui provincia praeest, forum agere dicitur, cum civitates vocat et de controversias eorum cognoscit. Quarto, cum id forum antiqui appellabant, quod nunc vestibulum sepulchri dicari solet. Quinto, locus in navi...Sexto fori significant et Circensia spectacula....*

<sup>17</sup> Cfr. Isid. Hispal. *Forum est exercendarum litium locus.* Esta acepción que aparece recogida por HEVIA BOLAÑOS en su *Curia Philippica*, Iun Godiniz de Millis, Valladolid, 1612, p. 74, 1.5.1: "Fuero es el lugar del juyzio, donde se trata de lo que pertenece al derecho y justicia, como consta de vna ley de Partida". La ley de Part. 1.2.7, a la que se refiere el jurista, pone en conexión el carácter

contiones; 3) como lugar donde el presidente de la provincia se dice que tiene el *forum*, donde llama a las ciudades y conoce de sus controversias; 4) como lugar al que los antiguos llamaban a los vestíbulos de los sepulcros; 5) como un lugar de la nave y 6) término empleado en los espectáculos del circo.

La generalidad de la doctrina viene a entender el término *forum*, a efectos del principio que es objeto de estas líneas, en el sentido de “juez competente para cada uno”<sup>18</sup>, sentido que también está presente entre los antiguos autores españoles<sup>19</sup>.

Finalmente, con relación a la palabra *reus*, señala Festo<sup>20</sup> que procede de *re* -cosa- la cual ha prometido y debe *-reus dictus (est) a re, quam promisit ac debet-*. En las relaciones obligatorias, *reus* podía ser

---

público de lo que sucedía en la feria o mercado con la publicidad que debe presidir al fuero, entendido aquí como “Derecho causado por el uso o costumbres de los que lo usan” (acepción que concuerda, según Gregorio López, con D. 1.3.32, *Iul. l. LXXXIV dig.*): “E porende ha este nombre Fuero, porque non se debe decir, ni mostrar escondidamente, mas por las plazas e por los otros lugares a quien quier que lo quisieres oír. E los antiguos pusieron en latín *forum*, por el mercado se ayuntan los homes a comprar y a vender sus cosas: e deste logar tomo este nome fuero, quanto en España, que así como el mercado se face públicamente, así ha de ser el fuero paladino e manifiesto”.

<sup>18</sup> HEUMANNNS-SEUCKEL, *op. cit.*, s.v. *forum*, p. 220; ERNOUT-MAILLET, s.v. *forum*, p. 250; KIPP, s.v. *forum PWRE*, VII-1, 1910, col. 56 y ss.

<sup>19</sup> En este sentido, cfr. PÉREZ Y LOPEZ, *op. cit.*, p. 310 “ninguno es juez competente en una causa, sino quien tiene jurisdicción y mando sobre el reo”: ESCRICHE, *op. cit.*, s.v. “fuero”, p. 1104, en su tercera acepción define el fuero como el tribunal del juez a cuya jurisdicción está sujeto el reo o demandado; FEBRERO, *op. cit.*, p. 37: “el Tribunal del Juez a cuya jurisdicción está sujeto el reo demandado”.

<sup>20</sup> HEUMANNNS-SEUCKEL, s.v. *reus*, p. 517; FESTO, 273, refiriendo la opinión de Gallo Elio: *At Gallus Aelius lib. II significationum verborum, quae ad ius pertinente, ait: “Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit, sive cum eo actum est. Reus stipulando est idem, qui stipulatur. Reus promittendo, quippe suo nomine alteri quid pro altero promisit; también en este sentido Modestino (lib. II Reg.) en D. 45.2.1 qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi habetur*

entendido como sujeto deudor o como acreedor, al menos, así se dice de manera expresa en relación con la *sponsio-stipulatio*. En otra acepción, *reus* puede ser entendido como culpable o responsable, v.gr. *reus culpa*. Y, por lo que se refiere al ámbito de la contienda judicial, aunque originariamente *reus* podía designar a cualquiera de los dos litigantes, como ponen de relieve Festo<sup>21</sup> o Cicerón<sup>22</sup>, pasó después a ser identificado con el demandado en un proceso privado o con el acusado por razón de un delito<sup>23</sup> *-is cum quo agere vult*.

---

<sup>21</sup> FESTO, *de verb. sign.*, s.v. *reus* 273: *Reus nunc dicitur, qui causam dicit: et idem qui quid promisit sponditve ac debet... At Capito Ateius in eadem opinione est, sed exemplo adiuvat interpretationem, Numa in secunda lege (XII 2.2) in qua scriptum est: "quid horum fuit unum iudici arbitrove reove eo die diffensus esto". nun uterque actorum reiqu(a)e in iudicio me vocatur; itemque accusator de vi accitur more vetere et consuetudine antiqua.* El gramático cita a Ateio Capitón, quien extrae un ejemplo de XII T. 2.2, donde se señala que, si el asunto llega al juez o a un árbitro, que sea jugado dentro del día. Festo aclara que aquí uno y otro, demandante y demandado, son llamados al enjuiciamiento de la causa; incluso el acusador está llamado a la vista pública, en virtud del antiguo uso y de la costumbre antigua. A su vez Gellio, *Nott. Att.* 2.4 alude a cierto proceso judicial, conocido como *divinatio*, en el que se discute a quien de entre varias personas se ha de confiar la acusación, afirmando que algunos explican porque siendo el acusador y el reo como dos cosas nacidas juntas e indisolubles, y la una, la parte acusadora, no puede darse sin la otra, el procesado, sin embargo en este tipo de causas el procesado ya existe, pero el acusador aun no, y por esta razón, porque todavía falta y no está claro, es preciso suplir por la adivinación quien ha de ser el acusador (*Sed alii quidam "divinationem" esse appellatam putant, quoniam, cum accusator et reus duae res quasi cognatae coniunctaeque sint neque utra sine altera constare possit, in hoc tamen genere causae reus quidem iam est, sed accusator nondum est, et idcirco, quod adhuc usque deest et latet, divinatione supplendum est, quisnam sit accusator futurus*).

<sup>22</sup> Cic., *De orat.* 2.43.182. *Reos autem appello non eos modo, qui arguuntur, sed omnis, quorum de re disceptatur; sic enim olim loquebantur; 2.79.321... reos appello, quorum res est...*

<sup>23</sup> HEUMANS-SEUCKEL, s.v. *reus*, *op. cit.*, p. 517; ERNOUT MAILLET, s.v. *reus*, *op. cit.*, p. 572; EGER, O., s.v. *reus*, *PWRE*, Band I A-1, 1914, col. 701-702. En este sentido aparece, por ejemplo, en D. 2.11.2 (*Paul. l. I ad Plaut.*) ... *Idem dicendum esse et si is, cum quo iniuriarum agere volebam...*

El foro que correspondía al demandado podía ser tanto el del lugar de donde este fuera originario *-origo-* como el del lugar donde tuviera su domicilio, según resulta de D. 50.1.29 (Gai. l. I *ad ed. prov.*)<sup>24</sup> donde el jurista afirma que el habitante *-incola-* debe obedecer a aquellos magistrados en cuya jurisdicción habita, y a aquellos en cuya jurisdicción es ciudadano *-apud quos civis est-*, estando sujeto en ambos municipios a la jurisdicción y a las cargas municipales; aunque es cierto que las fuentes se refieren con mucha mayor frecuencia al domicilio que al *origo* en la delimitación de la competencia judicial<sup>25</sup>.

Por otra parte, se consideraba que los ciudadanos romanos tenían también Roma como patria común<sup>26</sup>, pudiendo también ser demandados en dicho lugar si se encontraban allí, salvo que fuera de aplicación el llamado *ius domum revocandi*<sup>27</sup>, es decir, el derecho a

---

<sup>24</sup> D. 50.1.29 (Gaius l. I *ad ed. prov.*) *Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis est: nec tantum municipali iurisdictioni in utroque municipio subiectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet.*

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión cfr. SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 167-168; DE RUGGIERO E., *La patria nel diritto pubblico italiano*, Roma, 1921, p. 207 y ss.; NÖRR, D., s.v. "origo", *PWRE*, Suppl. Bnd. X, Stuttgart, 1965, p. 468; LICANDRO, *op. cit.*, p. 301 y LOPEZ-HUGUET, *op. cit.*, pp. 374 y ss.

<sup>26</sup> D. 50.1.33 (*Mod.l. sing. manum.*) *Roma communis nostra patria est.*

<sup>27</sup> Con relación a esta institución *vid.*, entre otros, SAVIGNY, *op. cit.*, p. 157; RUDDORF, *op. cit.*, p. 22 y ss.; ROUSELL, F., *Du domicile en Droit Romain*, Challamel Ainé ed., Paris, 1875, p. 13; ANCELLE, *op. cit.*, p. 21; KIPP, *op. cit.*, p. 58; PUGLIESE, *op. cit.*, p. 157; DOMINGO OSLE, R., *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. II El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela, 1993, p. 75 y ss.; LÓPEZ HUGUET, *El régimen jurídico ...cit.*, p. 375 y la bibliografía allí citada; ROBLES REYES, *op. cit.*, p. 111 y ss. y FINAZZI, G., "Note in margine a Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19", *Homenaje al profesor Armando Torrent*, coord. Murillo Villar-Calzada-Castán Pérez-Vázquez, Dykinson, Madrid, 2016, p. 309 y ss.

ser juzgado en el propio municipio cuando alguien se encuentra fuera de él *causa legationis, causa testimonii, causa iudicandi*, etc<sup>28</sup>.

Ahora bien, afirmar que el foro del demandado era el foro general de competencia no quiere decir que fuera el único posible en el Derecho romano; por un lado, cabía la posibilidad de sumisión, tanto expresa, como tácita *-prorogatio fori-* (CJ. 3.13.1). Pero, además, como se indicó anteriormente, este foro debió coexistir con otros posibles -dejando aparte, además, la existencia de algunos foros privilegiados, sobre todo en el Bajo Imperio, para militares, senadores, funcionarios, etc.-:

- Con el *foro del contrato*, o, más propiamente, del lugar de ejecución, contemplado, por ejemplo, en D. 5.1.19.4 (Ulp. *l. LX ad ed.*)<sup>29</sup> donde el jurista indica, siguiendo un parecer mayoritario, que quien se obligó a pagar en Italia, si tuvo su domicilio en una provincia, puede ser demandado en una y otra parte. El foro del contrato -en realidad, del lugar de ejecución- no excluye así el *forum domicilii*, sino que se presenta como alternativo a este, a elección del demandante.
- Más moderno que el anterior es el *forum rei sitae*, recogido por primera vez en una constitución de Graciano y Valentiniano del año 385 d.C. y recogida en CJ. 3.19.3<sup>30</sup>, donde, tras señalar

---

<sup>28</sup> DOMINGO OSLE, *loc. ult. cit.*

<sup>29</sup> D. 5.1.19.4 (Ulp. *l. LX ad ed.*) *Illud sciendum est eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrubiue posse conveniri et hic et ibi: et ita et Iuliano et multis aliis videtur.*

<sup>30</sup> CJ. 3.19.3. *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas*

como foro general el del domicilio del deudor, tanto para las acciones reales como personales, se ordena que la acción real (acción *adversus possidentem*) se plantee en el lugar de situación de los bienes; por tanto, inicialmente, este foro se limitaba a la acción reivindicatoria.

- El foro correspondiente al lugar de comisión del delito, *forum delicti commisi*, contemplado, por ejemplo, en CJ. 3.15.1<sup>31</sup>, donde Septimio Severo y su hijo Antonino manifiestan que es bastante sabido que las causas por crímenes que son penados por las leyes o *extra ordinem* deben ultimarse donde aquellos se cometieron o se empezaron, o donde son hallados aquellos a quienes se les acusa de ser reos del crimen.
- Hay quien habla también del *forum reconventionis*<sup>32</sup> en base a fragmentos como CJ. 7.45.14<sup>33</sup>, donde Justiniano considera lícito que el Juez dicte sentencia aun contra el actor, sin que

---

*contenditur constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. <A 385 D. X K. IUL. CONSTANTINOPOLI ARCADIO ET BAUTONE CONSS.>*

<sup>31</sup> CJ. 3.15.1. *Imperatores Severus, Antoninus. Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est. SEV. ET ANT. AA. LAURINAE. <A 196 PP. IIII NON. OCT. DEXTRO II ET PRISCO CONSS.>*

<sup>32</sup> KIPP, *op. cit.*, col. 57; TANCREDO, *op. cit.*, p. 129.

<sup>33</sup> CJ. 7.45.14 *Imperator Justinianus. Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absolute rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptio, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. Cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur IUST. A. DEMOSTHENI PP. <>*

quepa a este la posibilidad de oponer excepción de juez incompetente para el actor, “porque el que como actor se atiene al arbitrio de él no se ha de desdeñar de tenerlo por juez aun en contra de sí en el mismo negocio”.

## 2. Manifestaciones del principio *actor sequitur forum rei* en las fuentes romanas

### 2.1. Fuentes literarias

Algunas fuentes literarias aluden a la existencia de un “fuero propio” del demandado. Una vaga referencia ya puede contemplarse en el siglo III a. C. en alguna comedia de Plauto, como *Mostellaria*<sup>34</sup>, cuando el esclavo Tranion exclama *ubi ego me video venire in meo foro*, en el sentido de haberse visto traicionado o vendido en sus propios dominios.

Más claro resulta un pasaje las *Verrinas* de Cicerón, concretamente 3.15.38, donde el orador critica la norma de Verres por la que *el agricultor debía prometer su comparecencia al recaudador donde éste quisiera*; de este modo Apronio, un recaudador que actúa en connivencia con Verres, podía hacer falsas acusaciones a los agricultores, obligando a comparecer a alguien de Leontino, situada al Oeste de la isla, en Lilibeo, situada en el otro extremo<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Plaut., *Mostellaria*, 5.1.10.

<sup>35</sup> Lilibeo se corresponde a la actual Marsala, al Oeste de la isla al tiempo que Leontino se ubicaba en el extremo opuesto. Por lo tanto, como indica DE LA VILLE DE MERMONT, *Cicéron, Discours*, t. IV, Les Belles Letres, Paris, 1960, p. n. 21, n. 1, los leontinos debían atravesar toda Sicilia para comparecer en Lilibeo.

*In verrem, 3.15.38 ... Iam vero illud non solum contra legem Hieronicam nec solum contra consuetudinem superiorum, sed etiam contra omnia iura Siculorum, quae habent a senatu populoque Romano, ne quis extra suum forum vadimonium promittere cogatur. Statuit iste ut arator decumano quo vellet decu manus vadimonium promitteret, ut hic quoque Apronio, cum ex Leontino usque Lilybaeum aliquem vadaretur, ex miseris aratoribus calumniandi quaestus accederet. Quamquam illa fuit ad calumniam singulari consilio reperta ratio, quod edixerat ut aratores iugera sationum suarum profite rentur. Quae res cum ad pactiones iniquissimas magnam vim habuit, sicut ostendam, neque ad ullam utilitatem rei publicae pertinuit, tum vero ad calumnias, in quas omnes inciderent quos vellet Apronius.*

Por tanto, en este discurso, que refleja un proceso sustanciado en el año 70 a.C., Cicerón nos muestra que el principio según el cual nadie está obligado a prometer su comparecencia -*vadimonium*<sup>36</sup>- fuera de su circunscripción:

-Era un principio que en Sicilia derivaba de la ley de Hierón<sup>37</sup> y de las *mores maiorum*.

---

<sup>36</sup> Afirma COSTA, E. *Cicerone giuriconsulto*, t. II, Nicola Zanichelli editore, Bologna, 1927, p. 21, que en el lenguaje ciceroniano la prestación del *vadimonium* se contempla como el acto inicial del proceso litigioso -*litem contrahere*- y del traspaso a este de las relaciones antes debatidas y discutidas mediante tratos amistosos. El pasaje analizado se encuentra entre los citados para demostrar esta idea (IDEM, *op. cit.*, p. 22, n. 4).

<sup>37</sup> Ley de Hierón II de Siracusa, fechada en algún momento entre las dos primeras guerras púnicas, por tanto, entre el 241 y el 218 a.C. Según Cicerón, los

-Era un principio que formaba parte asimismo de “los derechos que los sicilianos han recibido del senado y del pueblo romano”.

En el discurso contra Verres Cicerón se refiere también a las disposiciones de la *lex Rupilia* para la provincia de Sicilia (*In Verrem*, 2.13)<sup>38</sup>. Según dicha norma, los litigios entre sicilianos pertenecientes a la misma ciudad se dirimirían conforme a sus leyes<sup>39</sup>; los suscitados entre ciudadanos de ciudades diferentes los resolverían jueces nombrados por el gobernador provincial<sup>40</sup>; en las controversias suscitadas entre un particular y una comunidad, el senado de cualquier ciudad siciliana podría actuar como *iudex* si las partes no elegían como jueces el senado de sus propias ciudades<sup>41</sup>; si un ciudadano romano demandaba a un siciliano, el juez sería un siciliano -*quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus iudex*- y si un

---

romanos nunca cambiaron el sistema de imposición de Hieron (*In verrem*, 2.3.12.15).

<sup>38</sup> En relación con la llamada *lex Rupilia* vid. MOMMSEN, T., *Gesammelte Schriften*, I, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1905, p. 287, n. 12; ROTONDI, G. *Leges publicae populi romani*, Georg Olms, Hildesheim, 1966, p. 489; TORRENT, A., *Diccionario de Derecho romano*, s.v. “*lex Rupilia*”, Madrid, Edisofer, 2005, p. 625; COTTON, «Private International Law or Conflict of Laws: Reflections on Roman Provincial Jurisdiction», en *Herrschen und Verwalten. Der Alltag der römischen Administration in der Hohen Kaiserzeit*, Haensch & Heinrichs éd., Cologne, 2007, p. 234-255; FOURNIER, J., “La *Lex Rupilia*, un modèle de régime judiciaire provincial a l’époque républicaine?”, *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 21, 2010, pp. 157-186; GRECO, *op. cit.*, p. 126 y ss.; KANTOR, G., “*Sicvlvs cvm sicvlo non eivsdem civitatis: litigation between citizens of different communities in the Verrines*”, *Cahier Glotz*, 21, 2010, pp. 187-204.

<sup>39</sup> *Quod civis cum cive agat, domi certet suis legibus*

<sup>40</sup> *Quod Siculus cum Siculo non eiusdem civitatis, ut de eo practor iudices ex P. Rupili decreto, quod is de decem legatorum sententia statuit, quam illi legem Rupiliam vocant, sortiatur.*

<sup>41</sup> *Quod privatus a populo petit aut populus a privato, senatus ex aliqua civitate qui iudicet datur, cum alternae civitates reiectae sunt*

siciliano demandaba a un romano, el juez sería un romano - *quod Siculus a ciue Romano, ciuis Romanus datur*.

Las cláusulas relativas a los litigios surgidos entre sicilianos y ciudadanos romanos se han considerado por autores como Greenidge<sup>42</sup> o Furnier<sup>43</sup> como una manifestación del principio *actor sequitur forum rei*. Otro problema que destaca el citado autor es el de la dificultad que tendría el miembro de una *civitas* para realizar una citación efectiva o prestar *vadimonium* con el miembro de una ciudad que estuviera muy alejada. Sugiere que quizá en estos casos se

---

<sup>42</sup> Para GREENIDGE, *op. cit.*, pp. 116 y 118, el tenor de algunas de estas cláusulas que tienden a garantizar que el *iudex* sea de la provincia del demandado, encuentra una formulación ulterior en la comentada máxima de que el demandado no ha de garantizar su comparecencia fuera del lugar de su domicilio, y que obligaban al gobernador a impartir justicia en el *conventus* al que pertenecía el demandado.

<sup>43</sup> FOURNIER, *op. cit.*, p. 171 considera que estas cláusulas de la *lex Rupilia* se adecuaban bien al principio *actor sequitur forum rei*, que considera bien conocido tanto por el Derecho griego como el romano, lo que ilustra con varias referencias relativas a la regulación de relaciones entre miembros de diferentes comunidades: 1/ En el Pseudo-Demóstenes, 7-13, donde, en referencia a las relaciones entre atenienses y macedonios en el siglo V a.C., se afirma que “no se ven las ventajas de concluir los *symbola* ni para los litigantes macedonios que van a Atenas, ni para los nuestros en Macedonia, pero los demandantes obtienen justicia, los nuestros allí según nuestras leyes, aquellos aquí según las nuestras” (es decir, como aclara el autor, en los conflictos que enfrentaran a miembros de dos comunidades, los macedonios demandantes acudían a Atenas para obtener justicia según las leyes atenienses, mientras que los demandantes atenienses acudían ante los tribunales macedonios, donde se plegaban al derecho local); 2/ En las cláusulas judiciales del tratado entre Cerdeña y Éfeso, donde se prevé que la víctima de la injusticia será juzgada en la ciudad de aquél quien la ha cometido; 3/ En el Decreto de la ciudad de Colophon en honor a su embajador Ménippos (interpretándolo esta disposición en el sentido de que el acusado tiene derecho a ser juzgado por los tribunales de su patria y su país); 4/ El tratado romano-licio del 46 a.C., que precisa que, en materia capital, si un romano es acusado en Licia será juzgado según sus propias leyes, en Roma, y no en ninguna otra parte; mientras que si un ciudadano licio será juzgado según las leyes ligias, y en ninguna otra parte.

recurriría al poder del gobernador para realizar la convocatoria bajo su propia autoridad<sup>44</sup>.

Por su parte, Marcial, en el prefacio del libro 12 de sus *Epistulae*, se dirige a Prisco para explicarle la soledad que experimenta en provincias, refiriendo que echa de menos la sutileza de los juicios, la ingeniosidad de los temas, las bibliotecas, los teatros, tertulias ... en definitiva, lo que él denomina “los oídos de su ciudad”, pareciéndole, por ello, “litigar en un foro que no es el suyo” *-in alieno foro litigare-*<sup>45</sup>.

## 2.2. Fuentes jurídicas

Aunque el principio *actor sequitur* no se formula hasta la época postclásica, era de constante aplicación en la época anterior<sup>46</sup>, según resulta de varios fragmentos como los siguientes:

---

<sup>44</sup> GREENIDGE, *op. cit.*, pp. 142-144. El jurista parece descartar la teoría de RUDDORF según la cual el actor dirigiría al reo una llamada a comparecer *-litis denuntiatio-*, quizá por escrito, pues no encuentra ninguna huella de tal procedimiento en las referencias de Cicerón a la jurisdicción provincial.

<sup>45</sup> Mart. *Ep., praef.* l. 12: *In qua hoc maximum et primum est, quod civitatis aures, quibus adsueveram, quaero et videor mihi in alieno foro litigare; si quid est enim, quod in libellis meis placeat, dictavit auditor: illam iudiciorum subtilitatem, illud materiarum ingenium, bibliothecas, theatra...* Según ADAM, A., *Antigüedades romanas*, vol. 4, trad. de Garriga y Baucis, Valencia, Imprenta de Cabrerizo, 1834, p. 275, la expresión quiere decir “tratar de un asunto sin entenderlo”. Para SEGURA MUNGUÍA, *Frasas y expresiones latinas de uso actual*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 71, además, podría significar “ser nuevo en el oficio”. Finalmente, IZAAC, H.J. en *Martial. Épigrammes*, t. II-1, 3ª ed., “Les Belles Lettres”, 1975, p. 155, traduce la expresión como “defenderse ante un tribunal extranjero” – *je m’imagine me défendre devant un tribunal étranger-*.

<sup>46</sup> En este sentido, CALZADA GONZÁLEZ, A. y SAIZ LÓPEZ, V., “Los foros de competencia en la *actio pauliana del ius commune europaeum*”, *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano* (coord. López-Rendo), vol. I, BOE-Universidad de Oviedo, 2020, p. 348 ponen de manifiesto la correlación entre las disposiciones del Digesto y la del Codex: “El análisis comparado de los textos del Digesto procedentes de la jurisprudencia clásica y de aquellos

En materia de dotes, en D. 5.1.65, en sus comentarios al edicto, declara Ulpiano que la mujer debe exigir la dote allí donde el marido tuvo su domicilio, no donde se hizo el instrumento dotal:

D. 5.1.65 (*Ulp. l. XXXIV ad ed.*) *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per condicionem matrimonii erat reditura.*<sup>47</sup>

En Derecho sucesorio, se hace aplicación del principio tanto en materia de *querela inofficiosi testamenti* -D. 5.2.29.3- como de fideicomisos -D. 50.1.50.2<sup>48</sup>-:

---

otros del Código promulgados a través de las *constitutiones Principum* nos permite aseverar que, más allá de las diferencias de orden sistemático y metodológico, subyace un paralelismo que permite afirmar la confluencia de dos fuentes complementarias en el más pleno sentido de esta expresión”.

<sup>47</sup> BARTOLO de SASSOFERRATO parece plantear este supuesto como una excepción al *forum contractus*: *In contractu dotis hoc est speciale, quod non inspicimus locum contractus: sed locum ubi vir habet domicilium.* (Cfr. FEHL, J., *Corpus Iuris Civilis Iustiniani*, Otto Zellner, Osnabrück, 1966 -ed. facsim. de la de 1627- t. I, col. 672)

<sup>48</sup> Del foro donde debe plantearse la de la acción de petición de herencia se ocupa la constitución de Teodosio, Valentiniano y Graciano recogida en CJ. 3.20.1, texto que ha planteado muchos problemas de interpretación, pues si bien deja claro que la puesta en posesión de los bienes hereditarios debe hacerse en el lugar donde se encuentren, cuando la acción se convierte en petitoria parece establecerse un foro alternativo: el del domicilio del demandado o *-vel-* el *forum rei sitae* si el demandado vive allí. Aunque un importante grupo de juristas de la recepción entiende que se trataría de foros alternativos, el tenor de la norma no parece autorizar tal interpretación. Como alternativa podría considerarse que, además del domicilio del heredero, la acción de petición de herencia se puede plantear también en el *forum rei sitae* si el demandado se encuentra allí, aunque sea de forma pasajera, si no tiene en dicho lugar su domicilio.

D. 5.2.29.4 (Ulp. l. V *opinionum*). *In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.*

D. 5.1.50.2 (Ulp. l. VI *fideicom.*) *Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet. Quotiens autem coepit quis fideicommissum solvere, non potest hac praescriptione uti.*

Hay que tener en cuenta que la adquisición de un fuero privilegiado con posterioridad a la *in ius vocatio* no alteraba el principio general:

D. 5.1.7 (Ulp. l. VII *ad ed.*) *Si quis, posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit quasi praeventus.*

Por lo tanto, si después de la *in ius vocatio* alguien pasaba a ser militar o se hacía de otro fuero, no tendrá en aquella causa el derecho de ser remitido a su fuero, como quiera que ya había sido prevenido para el juicio.

El principio *actor sequitur forum rei* queda formulada en varias constituciones postclásicas, las primeras de la época de Diocleciano:

1) CJ. 2.46(47).2. Recoge un rescripto de Diocleciano y Maximiano dirigido a Aquilina, en el que le indican que, para solicitar la *restitutio in integrum* o para ejercitar la acción para repetir lo entregado como consecuencia de una transacción, se debe dirigir al

presidente de la provincia en que tienen su domicilio los demandados - *in qua domicilium habent quos convenis*:-

CJ. 2.46(47).2. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Quoniam ea, quae in transactione dari placuerat, te tradidisse proponas, consequens est, si de his repetendis per in integrum restitutionem vel quacumque aliam causam putaveris agendum, eius adire te provinciae praesidem, in qua domicilium habent quos convenis. DIOCL. ET MAXIM. AA. AQUILINAE.*<sup>49</sup>

2) En CJ. 3.22.3 se contiene una aplicación del principio para los litigios relativos al estado de las personas. Los emperadores Diocleciano y Maximiano, en una constitución fechada en abril del 293, manifiestan que también en estos litigios el actor debe seguir el foro del demandado -*cum in status etiam quaestione actor rei forum sequi debeat*-, y ello, aunque el actor tenga dignidad senatorial:

CJ. 3.22.3. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si in possessione libertatis constituta es, cum in status etiam quaestione actor rei forum sequi debeat, ibi causam liberalem*

---

<sup>49</sup>A lo largo de la recepción se va anotando que en materia de *restitutio in integrum* se sigue el foro del demandado: así, BALDO: *agens ad distractum, tenetur sequi forum rei*; SALICETO *In causa restitutionis actor sequitur forum rei* (cfr. FEHL, *op. cit.*, t. IV, col. 507); GODOFREDO quien anota que en este caso no se sigue el foro del contrato, sino el domicilio y el foro del demandado: *Agens ad distractum tenetur sequi forum rei, et ita restitutio non petitur in loco contractus habiti, sed in domicilio foroque rei*. Sin embargo, según Viviano, se podría optar entre el *forum rei sitae* o el *forum domicilii* del demandado: *Inter minorem Bonon. meum & maiorem Mutin. Transactio facta est ad decem, quae dedit minor nomine illius transactionis. vult restituis. vbi debeat agitare restit. causa? & respond. quod vbi res test quae petitur, & ita coram Mutinensi, vel vbi reus habet domicilium* (cfr. FEHL, *op. cit.*, col. 508).

*agi oportet, ubi consistit quae ancilla dicitur, licet senatoria dignitate actor decoretur. DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ZENONIDI. <A 293 D. PRID. ID. APRIL. BYZANTIO AA. CONSS.>*

En aplicación del mismo principio, el fragmento siguiente -CJ. 3.22.4- que recoge un rescripto de los mismos emperadores, aclara que, si un siervo reclama su libertad, el pleito debe seguirse donde quien se dice dueño tuviera su *domicilium*:

*CJ. 3.22.4. Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si ex possessione servitutis in libertatem quis proclamat, ibi agi oportere status causam, ubi domicilium constitutum habet qui se dominum dicit, non est ambigui iuris. DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. SISINNIAE. <A 294 D. II NON. MART. BYZANTIO CC. CONSS.>*

3) El CJ. 3.13.2 trasmite otra constitución de Diocleciano y Maximiano, fechada en septiembre del 293, a través de la cual formulan el principio general de que el demandante seguirá el domicilio del demandado:

*CJ. 3.13.2. Imperatores Diocletianus, Maximianus. Iuris ordinem converti postulas, ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur: nam ubi domicilium habet reus vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet. DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. ALEXANDRO. <A 293 PP. VI K. SEPT. AA. CONSS.>*

De este modo, los citados emperadores reprochan a Alejandro el querer invertir el orden del derecho - *iuris ordinem converti postulas* - para que el actor no siga el foro del reo, sino el reo el del actor, pues debe demandar en el lugar en que este tiene su domicilio o donde lo tenía al tiempo del contrato.

4) Una constitución de Diocleciano y Maximiano del año 293 todavía recoge el actor *sequitur forum rei* en el ejercicio de acciones reales:

CJ. 3.19.1 *Imperatores Diocletianus, Maximianus. In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit. Frustra itaque desideras non tecum congregi, sed cum auctore tuo dominium vindicantem, cum te possidere contendas. Nam si denuntiasti ei qui tibi vendidit, intellegit evictionis periculum. Nec enim iurisdictionis forma in eadem provincia constitutis tam petitore quam possessore ob auctoris personam, quem in alia provincia dicis consistere, debet immuta DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. PANCRATIO. <A 293 D. ID. APRIL. AA. CONSS.>*

Se trata de un rescripto dirigido a Pancracio, a quien parece que un tercero está reclamando la propiedad de algo que adquirió a través de un contrato de compraventa. Los emperadores afirman que la acción real no procede contra el vendedor, sino contra el que posee -en este caso, el propio Pancracio-, sin perjuicio de la responsabilidad por evicción que corresponde al vendedor, siempre y cuando sea avisado. Los emperadores razonan que no debe alterarse la forma de la jurisdicción, habitando en la misma provincia tanto el demandante como el poseedor, por causa de la

persona del vendedor que vive en otra provincia. Por tanto, asistimos a una acción real -reivindicatoria- en la que se sigue estableciendo el foro del domicilio del demandado (el poseedor).

El mismo criterio se sigue en FR. Vat. 326, que contiene un rescripto de Diocleciano y Constancio dirigido a Aurelia Agemachae. Tras la formulación del principio general, se dice que no debe acudir ante el gobernador de la provincia donde están sitos los bienes sobre los que se litiga, sino donde tiene su domicilio el poseedor.

Fr.Vat. 326 (=CJ. 3.6.2) *Idem Aureliae Agemachae. Actor rei forum, sive in rem sive in persona sit actio, sequitur. Unde perspicis non eiusdem provinciae praesidem adeundem de quibus agitur res ubi sitae sunt, sed in qua is qui possidet sedes ac domicilium habet. In rem actio privati iudicii quaestionem continent (...) Proposita Sersum XVIII kal. Ferb. cons. supra scriptis.*

5) También en Fr. Vat. 325 se contienen una constitución de Diocleciano y Constancio, de fecha incierta -si bien se ha sugerido que pueden datarse también en 293 ó 294 d.C.-, donde se establece que el demandante debe acudir a la jurisdicción del demandado, ya se trate de una acción real ya de una personal, con exclusión del *forum rei sitae*.

Fr.Vat. 325. *Divi Diocletianus et Constantius Aureliae Pantheae. Actor rei forum sequi debet et mulier quidem hacere*

*procuratorem sine tutoris auctoritate non prohibetur: si quam itaque habes actionem, experiri magis iure quam aduersus ea quae pro tuo statu statuta sunt quaecumque postulare debes. Proposita V id. Nou. Heracleae Augg. V et IIII cons.*

6) Una aplicación específica del *actor sequitur* en materia penal, concretamente en relación con el crimen de plagio, es decir, la venta a sabiendas de un hombre libre la encontramos en una constitución de Diocleciano y Maximiano que nos trasmite CJ. 3.15.2:

*CJ. 3.15.2. Imperatores Dioclecianus et Maximimianus. Sciens liberum venumdando plagii crimen committit. Ab eo itaque, qui super hoc queri potest, aditus competens iudex, si is, quem puerum ingenuum vendidisse proponis, ibi degit, causam cognoscet. DIOCL. ET MAX. AA. ET CC. NICAE. <A 294 S. PRID. NON. FEBR. SIRMI CC. CONSS.>*

En este rescripto se aborda el problema del juez competente para conocer de la venta de un niño ingenuo. Los emperadores estiman correcto que conozca de la causa el juez del lugar donde vive el vendedor, a quien parece haber recurrido el actor.

Varias constituciones de los siglos siguientes reiteran el principio:

En primer lugar, la de Valentiniano y Valente del 364 d.C., recogida en el C.Th. 2.1.4 – y repetida en la *Lex Romana Wisigotorum*, 2.1.4<sup>50</sup>- que establece que, en un litigio en el que los senadores -

---

<sup>50</sup> LRW, 2.1.4: *Impp. Valentinianns et Valens AA. ad Terentium Correctorem Tusciae. Actor rei forum sequatur, ita ut, si senatores aliquid a provincialibus poscunt, eo, qui provinciam regit, cognitore conflagiint. Si vero provincialis non suscipiat, sed inferat*

quienes, en principio, debían tener su domicilio en Roma<sup>51</sup>- actúen como demandantes frente a los provinciales, es juez competente el gobernador de la provincia, y si es al revés, los provinciales debían demandar a los senadores ante el Prefecto de Roma, lugar donde estos tenían su foro propio<sup>52</sup>.

C.Th. 2.1.4 *Impp. Valentinianus et Valens aa. ad Terentium correctorem Tusciae. Actor rei forum sequatur, ita ut, si senatores aliquid a provincialibus poscunt, eo, qui provinciam regit, cognitore confligant. Si vero provincialis non suscipiat,*

---

*actiones, praefecto urbis disceptante decertet. Dat. Kal. lun. Med., Divo Ioviano et Varroniano Coss.* En su comentario al Código Teodosiano, recuerda GODOFREDUS, I., *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredii*, Sumptibus M.G. Weidmanni, Lipsiae, 1736, t. 1, p. 93, que posteriormente los emperadores Graciano y Valentiniano introdujeron una regla más adecuada (contenida en CJ. 3.24.2): si los senadores vivieran en la ciudad o en sus suburbios deberían responder en juicio ante el *Praefectus urbi*, pero si hubieren constituido su sede *-larem fovere-* o volvieran asiduamente a la provincia, deberían hacerlo ante el juez provincial.

<sup>51</sup> Posteriormente se estableció que mantenían también el domicilio en el lugar de su residencia. En relación con el domicilio de los senadores, *vid.* LÓPEZ HUGUET, *op. cit.*, pp. 402 y ss.

<sup>52</sup> DIAZ BIALET (*Código Teodosiano. Libro segundo*, Universidad de Córdoba, Argentina, 1967, p. 8) traduce la primera frase de esta disposición sencillamente como “el actor siga el fuero de la cosa” en lugar de la más comúnmente admitida “el actor siga el fuero del demandado”. Aunque, efectivamente, la palabra *rei* admita las dos traducciones (corresponde tanto al dativo y genitivo singular de *res* -“cosa”- como al genitivo singular o nominativo plural de *reus* -“acusado” o, mejor aquí, “demandado”-) parece más adecuada la traducción de esta constitución al inglés de PHARR, C., *The Theodosian Code, and Novels and the Sirmondian Constitutions*, Princeton University Press, 1952, p. 37: *The plaintiff shall follow the forum of the defendant* (y, anota, *a fundamental juristic principle, called by the Romans a regula*). Este es el sentido que también da GARCÍA DEL CORRAL al traducir CJ. 3.13.2., donde se incluye una expresión similar: *ut non actor rei forum, sed reus actoris sequatur-*, esto es “pides que se altere el orden de derecho, de suerte que *el actor no siga el fuero del reo, sino el reo el del actor*”. Efectivamente, es más coherente contraponer al *reus* del segundo término -aquí, claramente “demandado”, sin posibilidad de confusión- un *rei* como equivalente a “del demandado” en el primero.

*sed inferat actiones, praefecto urbis disceptante decertet. Dat. kal. iun. med., divo Ioviano et Varroniano coss.*

Dado que la regla *actor rei forum sequatur* no era nueva, su repetición en un litigio entre senadores y provinciales puede constituir un indicio, a juicio de Garbarino<sup>53</sup> de que en la práctica trataba de ser vulnerada para lograr la aplicación de su foro privilegiado no solo en los casos en los que los senadores actuaban como demandados, sino también cuando fueran actores. Otro indicio adicional podría proporcionarlo la constitución que transmite CJ. 3.22.3, antes transcrita, relativa a los litigios sobre la libertad, que deben ser planteados en el foro del demandado, habiéndose considerado oportuno incluir la precisión de que ello ocurre así *incluso aunque el actor sea senador*.

En el año 385 Valentiniano, Teodosio y Arcadio, emiten una constitución que trasmite CJ. 3.19.3, donde, tras reiterar *actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur*, introduce la novedad<sup>54</sup> de ordenar que, cuando se trata de *una acción in rem*

---

<sup>53</sup> GARBARINO, *op. cit.*, pp. 4-5.

<sup>54</sup> Califican de "innovación" la posibilidad de demandar en el lugar de situación de la cosa introducida en esta disposición tanto KASER, *op. cit.*, p. 589, n. 23, como GARBARINO, *op. cit.*, p. 5. LEVY, E., *Derecho romano vulgar de Occidente. Derecho de bienes*, trad. Cremades Ugarte, American Philosophical Society, Philadelphia, 1951, p. 217, considera que el fragmento está interpolado, y que la redacción de la constitución en los términos que conocemos es consecuencia de haber reunido Justiniano dos afirmaciones en una: por un lado, tomó la primera parte de la constitución de F.Vat. 326 (añadiendo que probablemente lo hubiera encontrado en el Código Hermogeniano). Por otro, reemplazó la explicación que seguía de Diocleciano con el principio derivado de Teodosio I del *forum rei sitae*, añadiendo precisión a la segunda frase insertando las palabras *in rem*, concluyendo que se trata de una interpolación clasicista (argumenta, por

contra el poseedor esta se plantee en el lugar de situación de los bienes objeto de litigio:

CJ. 3.19.3. *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur constitutae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. <A 385 D. X K. IUL. CONSTANTINOPOLI ARCADIO ET BAUTONE CONSS.>*.

A juicio de Savigny, por «acción *in rem* contra el poseedor» hay que entender exclusivamente la acción de la propiedad<sup>55</sup>. Para Garbarino<sup>56</sup>, el hecho de que el inciso que introduce el *forum rei sitae* comience con la partícula *sed* subrayaría que se está empleando con un carácter absolutamente complementario.

En el 397, los emperadores Arcadio y Honorio dictan una constitución, recogida en CJ. 3.13.5.pr., en la que ordenan que en las causas criminales el acusador siga el fuero del reo:

CJ. 3.13.5.pr. *Imperatores Arcadius, Honorius. In criminali negotio rei forum accusator sequatur.*

Se sanciona severamente la contravención de esta norma, es decir, llevar una causa civil o criminal ante un tribunal vedado, con

---

ejemplo, que la rúbrica del *Codex* de Justiniano, *ubi in rem actio exercere debet* -CJ. 3.19- no fue conocida en el Teodosiano).

<sup>55</sup> SAVIGNY, *op. cit.*, p. 296, n. q.

<sup>56</sup> GARBARINO, *op. cit.*, p. 5.

la pérdida de la acción, si se trata del actor, y teniéndole por condenado, si se trata del reo.

La referencia al foro del demandado aparece, además, en un edicto de los emperadores Valentiniano III y Marciano del año 450 d.C. que recoge la Nov. Marc. 1. Según el prefacio de la novela<sup>57</sup>, la intención de los emperadores era acabar con los desplazamientos de las muchedumbres interminables *-videtis cateroas adeuntium infinitas-* procedentes no solo de las provincias vecinas, sino incluso de los confines del imperio, para demandar a sus adversarios *-non solum a finitimis provinciis, verum extremo orbis Romani limite confluentes et adversum suos adversarios conquerentes-*. El motivo que justificaba tales desplazamientos no era otro que el temor de sufrir las consecuencias de la corrupción judicial, con la que los emperadores consideraban haber terminado.

El apartado quinto se refiere a quienes emprenden un pleito solo para hostigar a sus adversarios, empleando argucias y falsos discursos en lugar de argumentos jurídicos, arrastrando así a sus adversarios a foros ajenos – por ejemplo, a un militar al fuero civil o

---

<sup>57</sup> *Impp. Valentiniani et Marciani aa. edictum. Multa remediorum genera nostrae clementiae provincialibus suis prospicere gestienti et crebra cogitatio subpetit et ipse rerum usus apportat. Nam cum venalem iudicum ambitum radicitus amputasset et ad res privatas vel publicas sincerissime gubernandas homines spectandos atque consultos traxisset invitos – sciens quippe, felicem fore rem publicam, si a nolentibus et actus publicos repulsantibus regeretur – cogitanti nostrae pietati statim occurrit, quonam modo possint longi itineris intervallo et enormibus sumptibus legitimo egentes auxilio liberari. Videtis enim agmina, videtis cateroas adeuntium infinitas non solum a finitimis provinciis, verum extremo orbis Romani limite confluentes et adversum suos adversarios conquerentes. Quod profecto nullatenus accidisset, si in locis integritas vel severitas iudicum floruisset. Ne igitur huiusmodi flagitia etiam ulterius porrigantur, ne quis desertis laribus suis aut certe dulcibus pignoribus per incognitas mundi partes diutius pervogetur, hoc consultissimo edicto statuendum pariter et omnibus declarandum pietas nostra decernit.*

a un particular al militar-. Se considera que tal práctica debe ser corregida por lo que, de acuerdo con el derecho y las leyes antiguas, todos deben presentar sus demandas contra quienes quizá estén retrasando darles satisfacción en el foro apropiado y competente para el litigio, sin recurrir a falsos pretextos:

*Nov. Marc. 1.5. His additur aliud maius, quod innocentes praecipue hactenus conterebat. Nonnulli namque suis adlegationibus diffidentes, vexare suos adversarios tantummodo cupientes, non iure cum his, sed arte pugnabant et per sermonem fucatum et falerata verba, nonnumquam legibus arte confusis, ad aliena eos iudicia pertrahebant, ita ut hinc saepius eveniret, ut et miles in civili et privatus in militari, sed sibi incongruo, peregrinaretur iudicio. ergo hanc quoque partem ne ad laesionem nobis subiectorum per iuris et legum contemptum ulterius perduraret, hoc providentissimo edicto nostra pietas censuit emendandum. iubemus namque omnes pro priscis ac saluberrimis institutis suos adversarios satisfactionem forsitan differentes in proprio, non in minime competenti fictis quibusdam occasionibus exposcere litigii foro.*

A continuación, se declara, una vez más, que el actor ha de seguir el fuero del demandado, regulación que se dice debe ser preservada intacta e inviolable. En consecuencia, se prohíbe solicitar al emperador la emisión de un rescripto, mandato u orden por la que se llame a los adversarios a responder ante tribunales que no son los competentes:

Nov. Marc. 1.6. *Actor rei forum sequatur. Quod sine caelesti sententia non constat esse decretum, intactum inviolatumque servetur: nemo a nostra serenitate postulet – nec enim impetrabit non rescriptum non mandatum vel iussum quod dicunt sacrum – suos adversarios in minime competenti iudicio respondere, maxime cum hoc tempore, quod superius dictum est, unusquisque clarissimorum vel spectabilium iudicum, si tamen propter causas praedictas ita usus tulerit, et integras adeuntibus aures praebere et omni postposita invidia, omni sprete gratia recto proposito potuerit iudicare.*

El apartado séptimo extiende estos principios a los militares, disponiendo, en síntesis, que han de ser demandados en su propio distrito ante el juez competente, salvo que se trate de asuntos de alta importancia que excedan de la autoridad del juez militar de su propio distrito<sup>58</sup>.

Según la *interpretatio*<sup>59</sup> a la novela, cualquiera que desee interponer contra su adversario una demanda de recuperación o una acusación criminal, deberá llevar la acción ante la provincia en

---

<sup>58</sup> Nov. Marc. 1.7. *Quam formam etiam in militari parte volumus observari nec passim aliquem armatae militiae sociatum longinquis partibus trahi, sed in locis apud competentem iudicem pulsari, nisi tamen super maximis et necessariis causis et militarem iudicem in locis excedentibus fuerit accusatus (...).*

<sup>59</sup> *Interpretatio.* *Si quis adversarium suum aut repetitione aut criminis obiectione pulsaverit, in provincia, in qua consistit ille qui pulsatur, suas exerat actiones nec aestimet adversarium suum alibi aut longius ad iudicium pertrahendum: illi vero qui pulsatus fuerit, si iudicem suspectum habuerit, liceat appellare. Simili etiam et militantes ordine teneantur, ut et ipsi apud competentes iudices, quas competere sibi credunt, exerant actiones, quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur.* Como indica GARBARINO, *op. cit.*, pp. 7-8, si bien esta novela no aparece recogida en el *Codex* de Justiniano, el emperador vuelve sobre esta materia varias veces en sus novelas, revalidando la necesidad de acudir, en primer lugar, al gobernador principal.

la que vive el demandado, pues no habrá de suponerse que su adversario haya de ser arrastrado ante un juez que vive en otro lugar o muy alejado porque “se ha establecido por todas las leyes que el actor debe seguir el domicilio del demandado” - *quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur*-; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de apelar que asiste al demandado si considera al juez sospechoso.

También la Novela de Valentiniano III 35.2 del año 452, en relación con el procedimiento de la *episcopalis audientia*<sup>60</sup>, señala que cuando el demandante sea un clérigo, habrá de seguir el foro del demandado según establecen las leyes, si el demandado no presta su consentimiento para acudir a dicho procedimiento extraordinario.

Nov. Val. 35.2. *In clerico petitore consequens erit, ut secundum leges pulsati forum sequatur, si, ut dictum est, adversarius suus ad episcopi [vel presbyteri] audientiam non praestat adsensum (...)*

### 3. Derecho histórico español

En el Derecho visigodo aparece en el *Liber Iudiciorum* una ley de Chindasvinto que, de alguna manera, presupone el principio *actor*

---

<sup>60</sup> Sobre la *episcopalis audientia*, vid. KASER, *op. cit.*, p. 641 y ss.; CIMMA M.R., *L'Episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, 1989; CUENA BOY F., *La «episcopalis audientia». La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos*, Universidad de Valladolid, 1985; GARCÍA FUEYO, B. «La *episcopalis audientia* posclásico-justiniana y la jurisdicción episcopal de Alonso de San Martín, hijo de Felipe IV (1642-1705)», *REDC*, 71, 2014, p. 39 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho privado romano*, 9ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 159.

*sequitur forum rei*, al establecer cómo debe tener lugar el auxilio judicial cuando el actor quiere demandar a alguien “en el territorio de otro juez”:

L.I. 2.2.7. *Si quisquam ingenuorum adque servorum extra territorium, in quo conmanent, in alterius territorio iudicis causationem habuerint, iudex, ad cuius ordinationem idem petitor pertinet, epistula sua manu suscripta adque signata eidem iudici dirigat, in qua premonet, ut negotium querellantis audire et ordinare non differat (...)*

El Fuero Juzgo, versión en romance del *Liber*, recoge una regulación sustancialmente idéntica:

FJ. 2.2.8. “Si algún omne libre ó siervo se quiere querellar dotro ome en tierra de otro iuez que non es el su iuez daquel que se querella, el su iuez de la su tierra deve enviar sus letras al otro iuez seelladas con su seylo, e quel ruego, que ozca la querella daquel su omne, é quel faga aver derecho (...)”

En el marco de la recepción<sup>61</sup> se asiste a la inclusión del *actor sequitur* en las colecciones de *Brocarda*, en los comentarios al *Corpus*

---

<sup>61</sup> Indica ROBLES REYES, “La huella del *ius commune* en los fueros jurisdiccionales de la Unión Europea en materia civil y mercantil”, en *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano* (coord. López-Rendo), vol. I, BOE-Universidad de Oviedo, 2020 p. 275, que el espíritu de universalidad que animaba el *ius commune* favoreció la recepción de principios procesales que aportaban seguridad jurídica cuando en los litigios intervenían sujetos de distintos reinos, derecho o fueros, siendo esta la causa por la que los legisladores hubieron de recurrir a los fueros jurisdiccionales tradicionales, como el *forum delicti commissi*, *forum rei sitae*, y, sobre todos ellos, el *forum*

*iuris civilis* y en los *ordines iudicarii*, donde reaparece la idea de un juez ordinario, que es el del domicilio del demandado, sentándose a continuación las excepciones al mismo<sup>62</sup>.

Así ocurre por ejemplo en el siguiente fragmento tomado del *Ordo iudiciarius* de Tancredo de Bolonia<sup>63</sup>:

§ *Qui dicitur esse iudex ordinarius alicuis? Respondeo, elle est iudex ordinarius rei, apud quem ipse reus domicilium habet (D. 5.1.19, CJ. 3.13.2) et si duo quis habet domicilia in iurisdictioni duorum iudicum, illis duobus iudicibus subest, ut D. 50.1.27.2.*

§ *Licet generaliter sit verum, ut actor forum rei sequi debeat et sic laicus sub suo iudice debeat conveniri, fallit tamen in his casibus ...*

Sigue una larga enumeración de hasta catorce supuestos que constituyen una excepción al principio: causas matrimoniales, crímenes eclesiásticos, etc.

Algo parecido ocurre en el *Speculum iuris* de Durando<sup>64</sup>, donde tras afirmar que el actor debe seguir generalmente el foro del

---

*domicilii*, como el criterio que se impuso sobre todos los demás a la hora de determinar el fuero en que debía de desarrollarse el litigio.

<sup>62</sup> PETRUS DE BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum en Opera Iuridica rariora*, t. VII, a cura di Maffei-, Cortese-Rossi (ed. facsim. de la de Lugduni 1536), p. 488, n. 7; BARTOLI *Commentaria in primam codicis partem*, Lvgduni, 1550, p. 123 *ad l. iuris ordinem* (CJ. 3.13.2); BALDI VBALDI perusini iurisconsulti. *In primvm, secvndum et terrivm codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577, p. 198, *ad l. iuris ordinem* (CJ. 3.13.2), entre otros.

<sup>63</sup> BERGMANN, F., *Pillii, Tancredi, Gratiae. Libri de Iudiciorum Ordine*, apud Vandenhoeck et Ruprecht, Gottingae, 1842, p. 127.

<sup>64</sup> DURANDI, G., *Speculum iuris, pars secunda*, Venetiis 1585, pp. 392 y ss.

demandado *-actor forum rei generaliter sequi debet-* llega a mencionar hasta cincuenta y dos excepciones al *actor sequitur*.

En cuanto a la recepción en Derecho español, y comenzando por la legislación de Alfonso X el Sabio, el Fuero Real establece el siguiente esquema: en los litigios civiles, se ha de seguir el *locum rei sitae* en las acciones reales sobre inmuebles y el lugar donde es morador el demandado, es decir, el criterio del domicilio, en el caso de demandas sobre muebles o semovientes. También puede entablarse la acción en el *lugar de cumplimiento del contrato*, aunque no sea morador:

F.R., 2.1.2 “Si algún ome ficiere demanda a otro sobre casa, o sobre viña, o sobre otra raíz cualquier, ante aquel al calle demande ó es la raíz. Et si ficiere demanda de cosa que non sea raíz, asi como de bestia o como de otra cosa mueble, *ante aquel al calle le demande ó es morador aquel a quien demanda*. Et si por aventura en otro lugar o non es morador emprestido ficiere o pleito por alguna cosa facer e lo non cumplió, si el demandador le fallare en el lugar ó fue fecho el emprestido o el pleito, allí lo pueda demandar si quisiere, el otro non se pueda escusar quel non responda, porque diga que non es alli morador”<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Anota ARIAS DE BALBOA en su glosa a esta ley que “quando el demandador quisiere fazer su demanda al demandado, de vela fazer ante aquel juez que ha poderío de judgar al demandado, que ante otro judgador non le sería tenuto de responder” (CERDA RUIZ-FUNES, J. “Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla”, *AHDE*, 21-22, 1951-1952, p. 802).

Y en el caso de las acciones derivadas de delito, se aplica el criterio del *forum delicti commisi*, (FR 2.1.1) disponiéndose que, si el reo pasa a morar a otro lugar, deberá ser demandado en el lugar donde era morador en el momento de comisión del delito:

FR.2.1.1. “Todo ome que morare so algún señorío e ficiere hi algún fecho malo porque deba haber pena de cuerpo o de haber, e pasare morar a otro señorío, allí responda e allí tome juicio ante aquel alcalle en cuya tierra fue el fecho e non pueda escusarse porque fue a morar a otro logar”.

También era posible, en virtud de FR 1.7.2, que las partes sometieran su controversia ante un alcalde de avenencia; ahora bien, se requería que el juez inicialmente competente por razón del territorio accediera a ello<sup>66</sup>.

La idea de un “juez natural” correspondiente al demandado se expresa nuevamente en Part. 3.2.32:

“Ante quien debe el demandador fazer su demanda en juyzio, queremos aquí mostrar, porque esta es vna de las cosas que mucho deue ser catada ante que la faga. E por

---

<sup>66</sup> Según VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUER, J., “La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas”, *AHDE*, 1985, p. 503, la necesidad de consentimiento del juez originariamente competente deriva del hecho de que el Fuero Real, en su intento de mantener un estricto sistema de división territorial de la competencia judicial, considera agraviado al alcalde en cuyo ámbito de jurisdicción imparte otro justicia; al efecto entiende que es muy significativa la sanción impuesta al juez que viola la prohibición de ejercer su oficio fuera de su alcaldía, que además de tener que indemnizar al posible perjudicado con su actuación y el pago de una cantidad a la cámara del rey, debe pagar una multa de diez maravedís a los alcaldes cuya competencia ha sido ignorada (FR. 1.1.7).

ende dezimos, que los Sabios antiguos, que ordenaron los derechos, touieron por derecho, que quando el demandador quisiesse fazer su demanda, que la fiziesse ante aquel *Juez que ha poder de judgar al demandado; ca, ante otro judgador non le seria tenuto de responder, si non sobre estas cosas contadas que aquí diremos*".

El juez natural no es otro que el del domicilio del demandado, tal y como queda recogido en la Part. 3.3.4, (regulación que vendrá recogida nuevamente en Nov. Rec. 11.4.9), según la cual:

Part. 3.3.4. "Responder non debe el demandado en juyzio ante otro Alcalde, si non ante aquel que es puesto para judgar la tierra, do el mora cotidianamente. Empero en todo pleito es tenuto de responder delante del Rey si fuere fallado en su corte. E esto es porque la Corte del Rey es Fuero comunal de todos, e non se puede ninguno escusar de estar a derecho".<sup>67</sup>

Gregorio López, en su gl. *si fuere fallado* señala la concordancia entre esta ley y D. 5.1.2.3 (*Ulp. l. III ad Ed.*)<sup>68</sup>, donde el jurista informa

---

<sup>67</sup> Figuran a continuación una serie de excepciones a la posibilidad de demandar en la Corte al que se halle en ella accidentalmente. La mención de que la Corte del Rey es "fuero comunal de todos" encuentra sus fundamentos romanistas en D. 50.1.33 (Mod.l. *sing. de manum.*) *Roma communis nostra patria est*. La normativa recuerda mucho al régimen del *ius domum revocandi* en Roma.

<sup>68</sup> D. 5.1.2.3. (Ulp. l. III ad Ed.) *Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item his qui testimonii causa evocati sunt vel si qui iudicandi causa arcessiti sunt vel in provinciam destinati, revocandi domum suam ius datur. Eo quoque qui ipse provocavit non imponitur necessitas intra tempora provocationis exercendae Romae vel alio loco ubi provocatio exercetur aliis pulsantibus respondere: nam celsus huic etiam domus revocationem dandam ait, quoniam ob aliam causam venerit: haec Celsi sententia et rationabilis est. Nam et divus Pius Plotio Celsiano rescripsit eum, qui tutelae reddendae causa Romam erat a se evocatus, alterius tutelae causa, cuius causa non erat evocatus,*

que a los legados y a otras personas -los convocados para declarar como testigos, los llamados para juzgar alguna causa, etc.- se les concedió el derecho a ser demandados en su domicilio por aquello que contrataron antes de su legación.

En Part. 3.2.32, a la que antes se hacía referencia, se enumeran hasta catorce causas por las que el juez “ha poder de judgar al demandado”, destacando las relativas al *forum originis* (causa primera) y al *forum domicilii* (causa séptima)<sup>69</sup>:

“La primera, si el demandado es o fuere natural de aquella tierra, e que se judga, por aquel Juez ante quien le quieren fazer la demanda: ca maguer non sea morador della, bien pueda ser apremiado, si lo y fallaren, que responda ante el, por razón de la naturaleza”.

“La setena es, si ouiesse seydo morador en aquella tierra diez años en que le fazen la demanda”.

El Espéculo 4.2.9 se repite básicamente el esquema competencial del Fuero Real, si bien más pormenorizado y con más reminiscencias del Derecho romano<sup>70</sup>.

---

*non debere compelli iudicium suscipere. Idem Claudio Flaviano rescripsit minorem viginti quinque annis, qui desiderarat in integrum restitui adversus Asinianum, qui alterius negotii causa venerat, non esse Romae audiendum.*

<sup>69</sup> En relación con los restantes foros previstos en esta ley de Partidas, *vid.* ROBLES REYES, *La huella...cit.*, p. 280 y ss.

<sup>70</sup> Así, por ejemplo, se encuentra una reminiscencia del *forum contractus* que resultaba aplicado en D. 5.1.19.pr. en relación con las deudas contraídas por el difunto, texto en el que Ulpiano disponía que el heredero ausente debe ser defendido allí donde debió serlo el difunto, si allí se encontrara (Espéculo 4.2.9 “...E aun demás dezimos, que si demandare alguno por razon de alguna cosa que heredó, que allí debe responder, e facer derecho, fallándolo y ô la devie fazer

En el Ordenamiento de Alcalá de 1348 se encuentran varias manifestaciones del principio que se estudia, al establecerse determinadas medidas contra quienes, de alguna manera, pretendan vulnerarla:

- 1) La ley I del Tit. II, que obliga a pagar seiscientos maravedís y las costas dobladas a quienes “ganan cartas maliciosamente para emplaçar à otros”:

O.A. 2.1. “Porque acaesce muchas veces que algunos queriendo traer los pleitos á nuestra Corte por façer danno á su contrario, ganan cartas de la nuestra Chancelleria para los emplaçar, por ende establexcemos è mandamos que si alguno sobre pleyto civil ò criminal ganare nuestra Carta para emplaçar à otro, diciendo alguna raçon daquellas, porque los pleitos se puedan traer à la nuestra Corte, non seyendo así verdat, è usare della que pechen à aquel contra quien usaren della seiscientos maravedís desta moneda, è las costas dobladas”.

Esta norma recuerda a la Nov. Marc. 1.6 cuando este prohibía que nadie impetrara del emperador un rescripto, mandato u orden en el que se ordenara a sus adversarios responder ante un tribunal que no fuera competente.

---

*aquel de quien heredó...*”); aparecen asimismo menciones al *forum reconventionis*, etc.

- 2) La ley II del título II prohíbe tomar prendas de quien es emplazado maliciosamente:

O.A. 2.2. “Si alguno maliciosamente echare à otro emplaçamiento ante los nuestros Alcalles, ò Judgadores de la nuestra Corte, ò ante los Judgadores d’otro cualquier logar, el emplaçado non sea prendado por el emplaçamiento, nin sea tenuto à lo pagar; et si el emplaçado fuere prendado, è rescibiere algunt danno por esta raçon, tornele el Juez la prenda, è el emplaçador peche el danno con el tres tanto al emplaçado”.

- 3) La ley 5ª del título II se refiere a los que “van a otros logares dotra jurisdicción por non comprar de derecho en el su lugar”, es decir, que abandonan el lugar donde se encuentra su juez natural para evitar ser demandados. Ante tal situación se permite el emplazamiento del ausente por carta, aunque esté en otra jurisdicción. Esta ley se recogerá en la NR. 4.3.7 y posteriormente en la Nov. Rec. 11.4.3.

O.A. 2.5. “Acaesce muchas veces, que algunos por su voluntat, o por non comprir de derecho a los querellosos antel Judgador, de cuya juredicion son, que se van a otros logares dotra juredicion; et era dubda si aquel Judgador los podía emplaçar fuera de su juredicion. Nos por tirar esta dubda, è alongamiento de los pleitos que por esta raçon podrían acaescer: Mandamos que el Judgador en los pleitos que à el pertenescrieren de librar,

que pueda ir por si ò embiar su carta à emplaçar çá la parte absente, aunque esté en el logar dotra juredicion, para que parezca antel à cumplir de derecho: Et el emplaçamiento ó emplaçamientos, que así fueren fechos, que sean valederos”.

Parece ser que estas leyes del Ordenamiento de Alcalá eran violadas por el clero y la nobleza; al menos esto es lo que se deduce de la petición presentada por el pueblo llano a Enrique II en Burgos en 1373<sup>71</sup>, que suplicó contra el abuso de emplazar ante los alcaldes de la corte a los vecinos de las ciudades, villas y lugares, sin ser primeramente demandados ante los de su fuero y que queda plasmada en el correspondiente Cuaderno de Cortes<sup>72</sup>:

“Otrosi alo que nos pedieron por merçed que por quanto el Rey don Alfonso nuestro padre, que Dios perdone,

---

<sup>71</sup> La Novísima Recopilación atribuye erróneamente la disposición a Enrique III. El monarca no subió al trono hasta el año 1379.

<sup>72</sup> COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla, publicadas por la Real Academia de Historia, Introducción. Parte primera*, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1883, p. 333, resume en los siguientes términos la situación planteada ante las Cortes de Burgos de 1373 (que califica más bien de “Ayuntamiento” de Burgos por haber concurrido solo representantes de ciudades, villas y lugares, y ni siquiera todos los que solían ser llamados): “Como el brazo popular se vio dueño del campo, desató su lengua y prorrumpió en quejas exponiendo los agravios que recibía del clero y la nobleza, y no descuidó la ocasión de pedir reformas en la administración de la justicia y el ensanche de sus libertades. Suplicó contra el abuso de emplazar ante los alcaldes de la corte a los vecinos de las ciudades, villas y lugares, sin ser primeramente demandados ante los de su fuero, oídos y vencidos en juicio, según lo ordenado por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de 1348, y contra el no menor de perseguir a los deudores y tomarles sus bienes sin ser citados y preguntados si tenían excepción de «paga, quita u otra razón derecha» que oponer; y aunque después mostrasen, carta de pago o quitamiento u otra razón derecha», los oficiales de la justicia no dejaban por eso de proseguir la ejecución, como si «la entrega fuese verdaderamente debida»; a lo cual respondió el Rey según cumplía”.

ordenara que ningunt vezino de çobdat nin de villa nin de otro logar non fuese enplazado ante los alcalles dela corte, a menos que primera mente fuese demandado ante los alcalles de su fuero e oydo e vençico por fuero e por derecho; e que algunos de nuestros oficiales e otras personas que ganaban nuestras cartas en contrario del dicho ordenamiento, lo qual era nuestro deservicio e damno delos nuestros rregnos, e que nos pedían por merçed que mandásemos que se guardase el dicho ordenamiento e posiesemos pena sobrello, saluo de aquellas cosas e personas e pleitos que pertenesçian e pertenesçen ala nuestra corte.

A esto respondemos que tenemos por bien que se guarde segunt quel Rey don Alfonso nuestro padre, que Dios perdone, lo ordenó en las Cortes que fizo en Alcala de Henares, e mandamos que non den nuestras cartas para emplazar para la nuestra corte, saluo por aquellos casos que se deuen librar por la nuestra corte"<sup>73</sup>.

Como se ve, la disposición excepciona del principio general *actor sequitur forum rei* los llamados casos de Corte (Part. 3.3.5). En ocasiones era la gravedad de determinados delitos la que determinaba su condición de casos de Corte. Otras veces era la condición de la persona la que provocaba que no se aplicara el fuero del domicilio (por ejemplo, demandas -civiles o criminales- contra

---

<sup>73</sup> COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla* publicadas por la Real Academia de Historia, t. II, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1863, pp. 260-261, petición séptima.

miembros del Consejo, Oidores, Chanciller o Mayordomo mayor, Contadores reales; pleitos de pobres y personas miserables, menor de veinticinco años huérfano de padre, viudas que viven honesta y recogidamente); en estos casos el tener “caso de corte” es tratado como privilegio, que implica tener que sacar al demandado de su fuero<sup>74</sup>. Por último, algunos pleitos eran considerados como casos de corte por razón de la materia (*v.gr.* causas sobre bienes de mayorazgo o vinculados, NR. 5.7.9 y 10 y NR. 3.1.4).

Los intentos de vulneración de la regla *actor sequitur* por parte de estamentos privilegiados no constituyen una novedad del reinado de Enrique II, debiendo recordarse aquí cómo, en Derecho romano, la reiteración del principio en el CTh. 2.1.4, en un momento en que ya aparecía recogido en diversas constituciones imperiales, en un litigio entre senadores y provinciales también ha sido interpretada como indicio de que los primeros pretenderían vulnerarla para hacer valer su fuero privilegiado incluso cuando actuaban como demandantes.

Una disposición parecida será la promulgada por los Reyes Católicos en las Ordenanzas para la Corte y Chancillería de Valladolid, dada en Córdoba en 1485, donde se contempla por primera vez en España la *formulación exacta de la máxima*, según la conocemos:

---

<sup>74</sup> Esta idea aparece muy claramente reflejada por HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 140, 1.7.9 “En las Audiencias Reales en primera instancia se conoce en las causas que son casos de Corte, *aunque para ello se saquen los litigantes de su fuero y domicilio*, con inhibición que pueden hacer de su conocimiento a los demás jueces, según unas leyes de la Nueva Recopilación” (NR. 2.5.2). *Vid.* ESCRICHE, *op. cit.*, t. I, s.v. “caso de Corte”, pp. 227 y ss.

“Otrosí, porque somos informados que trae grande enpacho a la expedición de los negocios de nuestra audiencia en conosçer los nuestros oidores de las causas çeviles que en primera instancia ante ellos se mueven entre unas personas e otras vezinos de la çibdad o villa o lugar donde está la nuestra corte e chançillería; por ende mandamos e defendemos, que los nuestros oidores non conoscan de pleitos algunos çeviles en primera instancia en que ha de ser convenido el vezino de la çibdad o villa o lugar donde estoviere la nuestra corte e chançillería, *mas que el actor siga el fuero del reo ante su juez ordinario o después por apelacion pueda venir ante los nuestros oidores, salvo si la causa fuere contra corregidor o alcalde ordinario u otro oficial del tal lugar e sobre caso en que pueda ser convenido durante el tiempo de su oficio*”<sup>75</sup>.

La norma se repite, con casi idéntico tenor, en el capítulo 7 de las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, dadas por los mismos monarcas, con dos matizaciones: 1) la prohibición de citar se extiende a cinco millas alrededor de la ciudad donde esté sita la corte y chancillería y 2) se menciona en primer lugar, entre las excepciones a la disposición el supuesto en que la causa fuere caso

---

<sup>75</sup> Tomado de PÉREZ DE LA CANAL, M.A., “La justicia en la corte de Castilla durante los siglos XIII al XV”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, p. 445.

de corte. Posteriormente la disposición será recogida en la NR 2.5.21y Nov. Rec. 11.4.9<sup>76</sup>.

El motivo que se vislumbra detrás de esta disposición es claro: la acumulación de pleitos en el lugar de la Corte.

De este modo, *actor sequitur forum rei* va elevándose a la condición de principio general en el ordenamiento histórico español, y así va siendo proclamado por nuestra doctrina<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Donde se incorpora con la siguiente redacción: “Defendemos, que ninguno de los vecinos de las nuestras ciudades, villas y lugares puedan ser emplazados para ante los nuestros Alcaldes de Corte y Chancillería fuera de las cinco leguas en las causas civiles, sin que primeramente sean demandados ante los Alcaldes de su fuero, y oídos y vencidos por Derecho; y que no valan nuestras cartas que en contrario fueren dadas, salvo en aquellos casos que se deben librar en nuestra Corte y Chancillería, que son estos según estilo antiguo: muerte segura; mujer forzada; tregua quebrantada; casa quemada; camino quebrantado; traición aleve; riepto; pleyto de viudas y huérfanos, y personas miserables; o contra Corregidor o Alcalde ordinario, u otro Oficial del tal lugar, y sobre caso en que pueda ser convenido durante el tiempo de su oficio”.

<sup>77</sup> Cfr. HEVIA BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 94, 1.5.36: “El juez Eclesiástico y secular adquiere jurisdicción por surtirle su fuero y domicilio por la parte, por ser natural del, siendo allí hallado, o por beneficio o oficio que allí tenga, o por se aver avezindado o vivido diez años allí...” (el jurista va reproduciendo, a continuación, el resto de las hipótesis prevenidas en Part. 3.2.32); PÉREZ LÓPEZ, X., *Teatro...cit.*, t. XIV, s.v. “fuero”, p. 310: “...nadie puede intentar una acción sino ante Juez competente, y ninguno es Juez competente en una causa, sino aquel que tiene jurisdicción y mando sobre el reo. Así pues, la primera regla general que debemos tener presente en quanto a Fuero, es que el actor debe seguir el del reo”, FEBRERO, J. *Librería de Escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*, Parte II, t. III, Imprenta de Pedro Marín, Madrid, 1781, p. 37: “el actor debe seguir regularmente el fuero del reo, y demandarle ante el Juez de su domicilio como competente: y la razón es, porque no debe ser condenado, ni absuelto sino por aquel á quine está sujeto, y de quien es súbdito”; ESCRICHE, t. II, s.v. “fuero”, p. 1107: “Es un principio general, que el actor debe seguir el fuero del reo, *actor forum rei sequitur*; es decir, que la acción civil o criminal que uno tenga contra alguna persona, se debe deducir precisamente en el tribunal ó ante el juez á cuya jurisdicción está sujeta dicha persona ó la causa que ha de ser objeto del litigio (...) Puede ser, pues, material o personal la competencia de fuero: será material cuando tiene lugar por razón de la causa o de la materia, esto es, cuando el juez conoce de un asunto o negocio que pertenece a sus

El principio no desaparece al llegar a la etapa codificadora<sup>78</sup>, al contrario, estuvo siempre presente en las sucesivas leyes de enjuiciamiento y de organización y planta judicial hasta llegar al momento presente<sup>79</sup>.

En la actualidad, los artículos 50 y 51 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establecen como fuero general tanto de las personas físicas como jurídicas, el del domicilio del demandado, salvo que la ley disponga otra cosa; el artículo 14.1, regla primera, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que, con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el actor originario impugnado; el artículo 15.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que serán Jueces y Tribunales competentes para conocer de la causa o juicio el de la residencia del reo presunto (aunque se

---

atribuciones, cualesquiera que sean las personas que litigan; y será personal, cuando tiene lugar por razón de la persona, esto es, cuando el juez conoce de negocios de su atribución entre personas que le están sujetas”:

<sup>78</sup> En igual sentido, ROBLES REYES, *La huella...cit.*, p. 275.

<sup>79</sup> Así, el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 proclamaba como fuero competente, fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, al juez del lugar en que estuviera la cosa litigiosa, si se trataba de acciones reales sobre inmuebles; al del lugar en que se hallasen los bienes muebles o semovientes o el del domicilio del demandado, a elección del demandante, cuando se tratase de acciones reales sobre este tipo de bienes, y tratándose de acciones personales el del lugar en el que debiera cumplirse la obligación y a falta de este, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque fuera accidentalmente, pudiera ser emplazado. Para el ejercicio de acciones mixtas sería competente el del lugar en que estuviera la cosa o el domicilio del demandado. La regulación es sustancialmente idéntica a la establecida en el artículo 308 de la Ley Provisional del Poder Judicial de 1870, y en el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; sin perjuicio de la existencia de otros fueros especiales por razón de la materia (artículos 109 y ss. de la Ley de 1870; artículo 63 LEC de 1881).

aplicarán con preferencia a este el del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito o donde el presunto reo haya sido aprehendido<sup>80</sup>).

#### 4. Fundamentos del principio

Queda fuera del ámbito de este trabajo realizar un estudio exhaustivo de todas y cada una de las razones que pueden justificar el principio *actor sequitur forum rei*<sup>81</sup>; en las siguientes líneas se trata, simplemente, de constatar algunas razones que fundamentan este principio y que se deducen de las fuentes romanas y del Derecho histórico español analizadas; pudiendo comprobarse como se vienen repitiendo de manera cíclica a lo largo de los siglos.

En primer lugar, la protección al demandado. Ya en las fuentes literarias se percibe la tendencia a considerar que el demandado tiene que ser juzgado en “su fuero”, del que no se le debe sacar; así se apreciaba ya en algunas de las fuentes literarias antes analizadas, en las que aparecían expresiones como “verse traicionado en el propio foro” -*ubi ego me video venire in meo foro*-; “litigar en un fuero que no es el propio” -*in alieno foro litigare*- o tener que prometer la comparecencia *extra suum forum*.

---

<sup>80</sup> El fuero de la víctima se recoge en el artículo 15 bis LECrim con relación a los delitos cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer.

<sup>81</sup> Para un estudio exhaustivo sobre la fundamentación del *actor sequitur forum rei* y una crítica del mismo *vid.* el detallado estudio de CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas “I-BIS 1215/2012”. Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, (2019), especialmente pp. 115 y ss., donde distingue entre un fundamento jurídico público y un fundamento jurídico privado, ampliamente analizados.

Se advierte así una especial preocupación por proteger al demandado<sup>82</sup>, preocupación que, con el tiempo cristalizará en la *regula iuris*<sup>83</sup> formulada por Gayo y que nos transmite D. 50.17.125, según la cual los reos son considerados más favorablemente que los actores.

D. 50.17.125 (*Gaius l. V ad ed. prov.*) *Favorabiliores rei potius quam actores habentur.*

Este tratamiento más favorable a los demandados se traduce en que se considera más justo que sea el actor en cuanto “agresor” quien asuma los gastos de un desplazamiento para citar al demandado ante el tribunal correspondiente a su fuero<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> En igual sentido, GARBARINO, *op. cit.*, p. 6: “In punto competenza, tra gli interessi divergenti di parti che non risiedono nella stessa provincia la posizione processuale che, almeno in primo grado, viene normalmente preferita è quella del convenuto, il quale può così evitare le spese e i maggiori rischi di un proceso lontano dal luogo di residenza (gli è consentito di “giocare in casa”)”.

<sup>83</sup> Tal y como afirma Paulo en D. 50.1.17 (l. XVI ad Plaut.) *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.* La definición de Paulo es recogida en las Partidas de Alfonso X, concretamente en Part. 7.33.13: “Regla es ley dictada brevemente con palabras generales que muestran aina la cosa sobre que fabla, et ha fuerza de ley, fueras ende en aquellas cosas sobre que fablase alguna ley señalada deste nuestro libro que fuese contraria della; ca estonce debe ser guardado lo que la ley manda, et non lo que la regla dice”.

<sup>84</sup> Cfr. ANCELLE, *op. cit.*, p. 134. En palabras de ROBLES REYES, *La huella...cit.*, p. 296: “no se ha encontrado solución más justa, en la búsqueda del equilibrio entre un demandante que elige el momento y la oportunidad de demandar, y un demandado que hace alarde de su presunción de inocencia y la hace valer ante los tribunales de su estado”.

Se ha visto como la *interpretatio* a la Nov. de Marciano I<sup>85</sup> reflejaba muy expresivamente la idea de que no se puede sacar o arrastrar al demandado de su propio fuero, al obligar a cualquiera que desee interponer contra su adversario una demanda de recuperación o una acusación criminal, a llevar la acción ante la provincia en la que vive el demandado, pues no habrá de suponer que su adversario haya de ser arrastrado ante un juez que vive en otro lugar o muy alejado - *nec aestimet adversarium suum alibi aut longius ad iudicium pertrahendum*- y que en todas las leyes está previsto que el actor siga el foro del demandado - *quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur*-.

La conexión entre el *actor sequitur forum rei* y el trato más favorable que el Derecho debe otorgar a los demandados se repite a lo largo de la historia. Así sucede, por ejemplo, en el famoso *Informe Jenard* sobre el convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>86</sup>, cuando afirma que el adagio *actor sequitur forum rei*, expresa el favor del derecho con respecto al demandado. Y en reiterada jurisprudencia comunitaria se declara que el

---

<sup>85</sup> *Si quis adversarium suum aut repetitione aut criminis obiectione pulsaverit, in provincia, in qua consistit ille qui pulsatur, suas exerat actiones nec aestimet adversarium suum alibi aut longius ad iudicium pertrahendum: illi vero qui pulsatus fuerit, si iudicem suspectum habuerit, liceat appellare. Simili etiam et militantes ordine teneantur, ut et ipsi apud competentes iudices, quas competere sibi credunt, exerant actiones, quia omnibus legibus constitutum est, ut actor rei forum sequatur.*

<sup>86</sup> Informe del Sr. P. Jenard sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE num. C 189 de 28 de julio de 1990), p. 138.

fundamento del principio se encuentra en que permite al demandado defenderse más fácilmente<sup>87</sup>.

En segundo lugar, para justificar este foro de competencia se apela a razones de orden práctico. Roussel<sup>88</sup> apunta que el recurso al *forum domicilii* se adapta bien al espíritu práctico de los romanos: dado que durante mucho tiempo el actor tenía que citar personalmente al demandado, sería en su domicilio en el lugar donde más fácilmente podría encontrarlo.

Asimismo, y también desde este punto de vista práctico, se observa que el recurso al foro del demandado facilita las notificaciones, la práctica de la prueba y la ejecución de la sentencia<sup>89</sup>.

También se ha esgrimido una razón de derecho público, derivado del principio de soberanía<sup>90</sup>: aquél contra el que se juzga debe ser súbdito del juzgador, según señaló Baldo de Ubaldis, seguido en

---

<sup>87</sup> A título de ejemplo, STJCE de 17 de junio de 1992, Handte, C-26/9 (EU:C:1992:268) apartado 14; STJCE 13 de julio de 1993, Mulox, C-125/92 (EU:C:1993:306), apartado 9; STJUE de 13 de julio de 2000, Group Josi, C-412/98 (EU:C:2000:399), apartado 35; STJUE de 19 de febrero de 2002, Besix, C-256/00 (EU:C:2002:99) apartado 52; STJUE de 18 mayo 2017, Caso Hummel Holding A/S contra Nike Inc. y Nike Retail BV., C-617/15, (EU:C:2017:390), apdo. 35. En igual sentido *vid.* las Conclusiones del Abogado general sr. Bot en el asunto C-112/13 (EU:C:2014:207) apartado 37.

<sup>88</sup> ROUSSEL, F., *Du domicile en Droit Romain*, Challamel Ainé ed., Paris, 1875, p. 41. En igual sentido, ANCELLE, A. *Du domicile*, Imprimerie de Donnaud, Paris, 1875, p. 69.

<sup>89</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 116.

<sup>90</sup> Como explica CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 115, el argumento destaca que el estado con más título para conocer de un asunto es el correspondiente al domicilio del demandado, pues si este se beneficia de los servicios y prestaciones que dicho Estado ofrece, debe entonces quedar sujeto al “poder jurisdiccional” del mismo.

nuestro país por Gregorio López<sup>91</sup> y muchos juristas posteriores; pues no puede ser condenado o absuelto por otro que no sea su magistrado<sup>92</sup>.

El argumento deriva de CJ. 7.48.4, que recoge una constitución del año 379 en la que Graciano, Valentiniano y Teodosio disponen que no obligará a ninguno de los litigantes la sentencia dictada por el que no es juez suyo:

CJ. 7.48.4. *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Et in privatorum causis huiusmodi forma servetur, ne quemquam litigatorum sententia non a suo iudice dicta constringat. GRAT. VALENTIN. ET THEODOS. AAA. AD POTITUM VIC. <A 379 D. X K. OCT. ROMAE AUSONIO ET OLYBRIO CONSS.>*

Precisamente por ello no es de extrañar que, en algún cuerpo legislativo, como el Fuero Real, se considere una especie de agravio y se sancione con multa el invadir la competencia de un órgano jurisdiccional (FR. 1.1.7).

Finalmente, hay que señalar que el principio *actor sequitur* presenta a veces inconvenientes, especialmente en la litigación

---

<sup>91</sup> GREGORIO LÓPEZ, glosa 2/ *Que ha poder* a Part. 3.2.32. Afirma que esta ley concuerda con CJ. 3.13.2.

<sup>92</sup> BALDI VBALDI perusini iurisconsulti. *In VII, VIII, IX, X& XI Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1607, ad l. et in privatorum, (CJ. 7.48.4) p. 61 ... *modo quaero, quare actor debet sequi forum rei, ie est iudicem deputatum reo...respondent quidam, quia favorabiliores sunt rei q actores, sed ista ro est falsa in his, auqe sunt fundamenta ipsius iudicii& ideo circa iurisdictionen semper in dubio magis fauetur actori & non reo. ut dd. de eo quod cer loc l non utique. dic ergo ro est quia ille quem iudicatur debet esse subditus iudicantis, nam ab alio q. a suo maistrato, non potest condemnari nec absovi, quia extraneus est (...).*

internacional<sup>93</sup>, y que, en determinados ámbitos, el foro del demandado puede presentar un carácter residual. Por ello, desde sus orígenes en el Derecho romano se comprueba cómo, en los diferentes ordenamientos, aparece coexistiendo con otros fueros competenciales (*forum contractus*, *forum rei sitae*, etc.), lo cual se viene manteniendo como una constante histórica.

Por otro lado, resulta igualmente fuera de duda la pervivencia del principio *actor sequitur forum rei*, que sigue aplicándose, como fuero general de competencia<sup>94</sup>; como criterio atributivo de competencia judicial internacional a los tribunales de un país; que ha sido elevado, como dice Reinoso<sup>95</sup>, a la categoría de principio general del derecho por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, y que, como se ha señalado<sup>96</sup> “tiene sus raíces en el patrimonio jurídico común de los Estados”.

---

<sup>93</sup> Con relación a los problemas que plantea el recurso al foro del demandado en el ámbito de la litigación internacional, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, especialmente pp. 117 y ss.

<sup>94</sup> Y así, ROBLES REYES, *La competencia...cit.*, p. 10 subraya que la relevancia de este criterio competencial se manifiesta en que pervive como subsidiario hasta nuestros días, cuando no hay otro específico.

<sup>95</sup> REINOSO, “Foro de conveniencia...”, *cit.*, p. 323.

<sup>96</sup> Conclusiones del Abogado general Sr. E. Tanchev, presentadas el 12 de enero de 2017 en el asunto C-617/15) apartado 81 (EU:C:2017:13).

## BIBLIOGRAFÍA

ADAM, *Antigüedades romanas*, vol. 4, trad. de Garriga y Baucis, Valencia, Imprenta de Cabrerizo, 1834.

ANCELLE, A., *Du domicile*, Imprimerie de Donnaud, Paris, 1875.

AZAUSTRE, M.J., "Protección de la libertad de voto: de Roma al voto electrónico", *RIDROM*, 21, 2018, pp. 500-565.

BALDI VBALDI perusini iurisconsulti, *In primvm, secvundum et tertiom codicis libros commentaria*, Venetiis, 1577.

BALDI VBALDI perusini iurisconsulti. *In VII, VIII, IX, X& XI Codicis libros commentaria*, Venetiis, 1607.

BARTOLI *Commentaria in primam codicis partem*, Lvgduni, 1550.

BERGMANN, F., *Pillii, Tancredi, Gratiae. Libri de Iudiciorum Ordine*, apud Vandenhoeck et Ruprecht, Gottingae, 1842.

CALZADA GONZÁLEZ, A. y SAIZ LÓPEZ, V., "Los foros de competencia en la actio pauliana del ius commune europaeum", *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano* (coord. López-Rendo), vol. I, BOE-Universidad de Oviedo, 2020, pp. 325-353.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas "I-BIS 1215/2012". Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei", *Cuadernos de Derecho Trasnacional*, vol. 11, nº 1, (2019), pp. 112-138.

CERDA RUIZ-FUNES, J. "Las glosas de Arias de Balboa al Fuero Real de Castilla", *AHDE*, 21-22, 1951-1952, pp. 731- 1.141.

CIMMA M.R., *L'Episcopalis Audientia nelle costituzioni imperiali da Costantino a Giustiniano*, Torino, 1989.

COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla publicadas por la Real Academia de Historia*, t. II, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1863.

COLMEIRO, M., *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla, publicadas por la Real Academia de Historia, Introducción. Parte primera*, Madrid, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1883.

COSTA, E. *Cicerone giurisconsulto*, t. II, Nicola Zanichelli editore, Bologna, 1927.

COTTON, «Private International Law or Conflict of Laws: Reflections on Roman Provincial Jurisdiction», en *Herrschen und Verwalten. Der Alltag der römischen Administration in der Hohen Kaiserzeit*, Haensch & Heinrichs éd., Cologne, 2007, pp. 234-255.

CUENA BOY F., *La «episcopalis audientia». La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos*, Universidad de Valladolid, 1985.

DE LA VILLE DE MERMONT, *Cicéron, Discours*, t. IV, Les Belles Letres, Paris, 1960.

DE RUGGIERO E., *La patria nel diritto pubblico italiano*, Roma, 1921.

DOMINGO OSLE, R., *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio. II El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela, 1993.

DURANDI, G., *Speculum iuris, pars secunda*, Venetiis, 1585.

EGER, O., s.v. "reus", *PWRE*, Band I A-1, 1914, col. 701-702.

ERNOUT, A.-MAILLET, A., *Dictionnaire Etymologique de la langue latine*, 4<sup>ème</sup> ed., Klincksieck, Paris, 2001.

ESCRICHE, J., s.v. "caso de Corte", *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. II, Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, pp. 227-228.

FEBRERO, J. *Librería de Escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*, Parte II, t. III, Imprenta de Pedro Marín, Madrid, 1781.

FEHL, J., *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, t. IV, Otto Zellner, Osnabrück, 1966 (ed. facsim. de la de 1627).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho público romano, Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 12ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

FINAZZI, G., “Note in margine a Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19”, *Homenaje al profesor Armando Torrent*, coord. Murillo Villar-Calzada-Castán Pérez-Vázquez, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 301-324.

FLORIA HIDALGO, M. D., “Tradición jurisprudencial y coincidencia de textos”, *RGDR*, 22, 2014.

FOURNIER, J., “La Lex Rupilia, un modèle de régime judiciaire provincial a l'époque républicaine?”, *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 21, 2010, pp. 157-186.

GARBARINO, P., “La praescriptio fori nel secoli V e VI: Aspetti procedurali”, en *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, *Atti del Convegno Modena*, 21-22 maggio 1998, a cura di Puliatti-Sanguinetti; Giuffrè ed., 2000, pp. 1-41.

GARCÍA FUEYO, B. «La episcopalis audientia posclásico-justiniana y la jurisdicción episcopal de Alonso de San Martín, hijo de Felipe IV (1642-1705)», *REDC*, vol. 71, n° 176, 2014, pp. 39-91.

GARNSEY, P., *Social status and legal privilege in the Roman Empire*, Clarendon Press, Oxford, 1970.

GLÜCK, F.K., *Commentario alle Pandette*, V, trad. Brugui, Leonardo Vallardi ed., Milano, 1893.

GRECO, G. "Proceso e distanze a roma antica: appunti per una ricerca", *Iura & Legal Systems*, VIII.2021/1, pp. 118-137.

GREENIDGE, A.H.J. *The legal procedure of Cicero's time, Augustus M.* Kelley pub., New York, 1971.

HEUMANN H. G.- SECKEL E., s.v. "actor" en *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1926, p. 10.

HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philippica*, Iun Godiniz de Millis, Valladolid, 1612.

JONES, A.H.M, *The Later Roman Empire (284-602)*, I, Basil Blackwell, Oxford, 1964.

KANTOR, G., "Sicvlvs cvm sicvlo non eivsdem civitatis: litigation between citizens of different communities in the Verrines", *Cahier Glotz*, 21, 2010, pp. 187-204.

KASER, M. *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Auf., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996.

KIPP, T., s.v. "Forum", *PWRE*, VII-1, Stuttgart, 1910, pp. 56-62.

LICANDRO, O. *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Giappichelli ed., Torino, 2004.

LÓPEZ HUGUET, M.L. *El régimen jurídico del domicilio en Derecho romano*, Universidad de La Rioja, 2007.

MOMMSEN, T., *Gesammelte Schriften*, I, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1905.

MURGA GENER, J.L., *Derecho romano clásico II: El proceso*, Servicio de Publicaciones Universidad de Zaragoza, 1983.

NÖRR, D., s.v. “origo”, *PWRE*, Suppl. Bnd. X, Stuttgart, 1965, pp. 433-473.

PÉREZ Y LÓPEZ, X., s.v. “fuero competente”, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XIV, Imprenta de D. Antonio Espinosa, Madrid, 1796.

PÉREZ DE LA CANAL, M.A., “La justicia en la corte de Castilla durante los siglos XIII al XV”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, pp. 383-481.

PETRUS DE BELLAPERTICA, *Lectura Institutionum en Opera Iuridica rariora*, t. VII, a cura di Maffei-, Cortese-Rossi (ed. facsim. de la de Lugduni, 1536).

PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano. II. Il proceso formulare*, t. I, Giuffrè ed., Milano, 1963.

REINOSO BARBERO, F., “Foro de conveniencia, derecho de conveniencia y nulidad”, *REVISTA DE DERECHO UNED*, nº 4, 2009, pp. 319-342.

REINOSO BARBERO, F., “Excepciones al criterio competencial actor rei forum sequitur”, en *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, coord. Montoya Melgar, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 532-546.

REINOSO BARBERO, F., “El estudio de las geminaciones jurisprudenciales de Antonius Augustinus”, *RGDR*, 18, 2012.

ROBLES REYES, J.R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*, Universidad de Murcia, 2003.

ROBLES REYES, “La huella del ius commune en los fueros jurisdiccionales de la Unión Europea en materia civil y mercantil”, en *Fundamentos romanísticos del Derecho europeo e iberoamericano* (coord. López-Rendo), vol. I, BOE-Universidad de Oviedo, 2020, pp. 273-296.

ROBY, H.J., *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, vol. II, Cambridge University Press, 1902.

ROUSELL, F., *Du domicile en Droit Romain*, Challamel Ainé ed., Paris, 1875.

RUDDORF, A.F., *Römische Rechtsgeschichte, Zweiter Band, Rechtspflege*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1859.

SALGADO, J. "Contribución al estudio del "Domicilium" en el Derecho romano", *RDP*, 1980, pp. 495-510.

SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, t. VI, trad. Mesia-Poley, Góngora y Compañía editores, Madrid, 1879.

SCIALOJA, V., *Procedimiento civil romano*, trad. Sentis Melendo-Ayerra Redín, ed. jurídicas Europa America, Chile-Buenos Aires, 1954.

SEGURA MUNGUÍA, *Frases y expresiones latinas de uso actual*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

TORRENT, A., *Diccionario de Derecho romano*, s.v. "lex Rupilia", Madrid, Edisofer, 2005.

VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUER, J., "La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas", *AHDE*, 1985, pp. 495-704.

VOLTERRA, E. *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1986.

WENGER, L. *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, M. Hueber, Munchen, 1925.

WLASSAK, M., s.v. "actor", *PWRE*, I-1, Stuttgart, 1893, col. 326-329.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

<b>Fecha de recepción:</b> 01/12/2021	<b>Fecha de aceptación:</b> 23/03/2022
<b>Palabras clave:</b> <i>Sucesión intestada, hijos, hijas, Recepción, Igualdad de género, Derecho romano</i>	<b>Keywords:</b> <i>Intestate succession, sons, daughters, Historical law, gender equality, Roman law</i>



## HIJAS E HIJOS LEGÍTIMOS EN LA SUCESIÓN INTESTADA DE SU PROGENITOR: De Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género)

### LEGITIMATE DAUGHTERS AND SONS IN INTESTATE SUCCESSION: From Rome to modern civil codes. (Equality and gender)

**Beatriz García Fueyo**

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Romano

Universidad de Málaga

[bgarciaf@uma.es](mailto:bgarciaf@uma.es)

ORCID: 0000-0003-1373-9472

(GARCÍA, Beatriz. Hijas e hijos legítimos en la sucesión intestada de su progenitor: De Roma a los códigos civiles. (Igualdad y género) RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 60-184

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

#### Resumen:

La evolución histórica de la sucesión ab intestato, a partir de la legislación decenviral, de mediados del siglo V a. C., permite observar las importantes oscilaciones legislativas en la posición jurídica y adquisición patrimonial de los varones frente de las mujeres. Esta situación discriminatoria da paso a la equiparación, por razón de sexo, que se instaura normativamente en época posclásica, y que culmina el emperador bizantino Justiniano, con la Novela 118, del año 543. Los siglos posteriores del Medioevo no siempre recogieron este planteamiento sucesorio, ni tampoco se aplicó la plena igualdad en la legislación y doctrina de la Baja Edad Media, perpetuándose durante la Edad Moderna, por motivos políticos, ideológicos y económicos, hasta la llegada de la codificación napoleónica.

#### Abstract:

In this paper we analyse the historical evolution of intestate succession, starting from the first known testimonies in Roman Law in the decennial legislation, with important legislative oscillations, since male children were more privileged than female children, in a notoriously discriminatory situation. In accordance with the nature and inspiration of Christianity, gender equality was legally established in the post-classical period, and culminated in the time of Justinian, as we can see in Novel 118, year 543. In the subsequent centuries of the Middle Ages, this approach to succession was not taken up, nor was full equality applied in this historical period in the legislation and doctrine of the late Middle Ages, thus perpetuating it during the Modern Age, until the arrival of the Napoleonic codification

## 1. Introducción

En el derecho sucesorio, las llamadas a heredar, hechas por falta de testamento en las Novelas justinianas, introdujeron el principio de igualdad de trato, prescindiendo de distinguir sexos, pues el parentesco cognaticio es el único contemplado y la filiación adoptiva se equiparó en efectos (*imitatio naturae*) a la biológica<sup>1</sup>. No hay duda que el Derecho romano y sus fuentes, especialmente el *Corpus Iuris* de Justiniano, aunque estuvo sin influjo durante siglos después del Emperador de Bizancio, fue el fundamento normativo de la nueva ciencia jurídica surgida en Bolonia a finales del siglo XI, así como el recurso metodológico que se implantó en Europa durante el Renacimiento jurídico, desde glosadores a humanistas, pasando por los comentaristas, que aportaron ya una exposición sistemática de las instituciones. Durante este período fue un conjunto normativo, depurado en sus textos originales merced al estudio y actualización de los intérpretes, que dio respuesta a las necesidades de la sociedad

---

<sup>1</sup> PÉREZ PRENDES, José Manuel, "Perfiles generales de un Derecho romano renacido y recreado", en *Las Bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid, Iustel, 2010, p. 109.

européa, integrando el conocido *Ius Commune*, cuya vigencia fue más intensa gracias a los tribunales y a la docencia universitaria.

Su presencia como derecho vivo y aplicado se mantuvo incluso hasta la Edad Moderna, desapareciendo con los códigos nacionales, desde el ALR prusiano, pasando por el ABGB austríaco o el Code civil napoleónico, inspirados en el iluminismo, pero también en el jusracionalismo y jusnaturalismo, a pesar de asumir multitud de figuras jurídicas romanísticas, aunque con una fundamentación diferente, sirviendo de base para la última elaboración dogmática de aquel ordenamiento, la Pandectística, que será germen del BGB. Con este código finaliza en Europa de la vigencia positiva de las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico de Roma<sup>2</sup>.

En estas líneas pretendemos presentar la evolución relativa a la igualdad de sexos, y no discriminación entre los hijos legítimos, a la muerte de su progenitor, en la sucesión *ab intestato*, ya que en Roma, durante siglos, toda la titularidad jurídica descansó en la figura del *paterfamilias*, y la situación de la mujer no solamente era muy discriminatoria, en general, sino que por razón de sexo estaba privada de multitud de derechos frente al varón.

## **2. Derecho Romano**

No faltan autores que han defendido la presencia y vigencia del matriarcado en la primitiva historia romana, de modo que esta situación generaría una preferencia y una prevalencia de la mujer sobre el varón, que también se reflejaría en el orden sucesorio<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Vid. SANTUCCI, Gianni, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 9-16.

<sup>3</sup> Será suficiente referir la tesis antigua del italiano Enrico Besta (BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961, pp. 61-

No obstante, la ausencia de datos contrastados, que justifiquen semejante construcción doctrinal, debemos iniciar nuestra reflexión a partir de la información contrastada que tenemos en las fuentes más antiguas, comenzando por las XII Tablas.

### 2.1 Período republicano

Recordaba Resina<sup>4</sup>, que la sociedad romana, como sus contemporáneas de la antigüedad clásica, estaba basada en la desigualdad, especialmente por razón del sexo, de modo que podemos afirmar que la mujer en Roma no estuvo equiparada al hombre, encontrándose en situación de inferioridad respecto al mismo, en el ámbito jurídico.

Troplong<sup>5</sup>, a mediados del siglo XIX, traza una semblanza sombría de la mujer romana: sometida a tutela con objeto de alejarla de los negocios tanto públicos como privados, y sometida por el vínculo de

---

62), quien no duda en afirmar que muchos creen que en el origen no existió equiparación entre los dos sexos. Algunos, interpretando mal el matriarcado, pensaron que las mujeres fueron tratadas mejor que los varones, pero es un error, porque en el Derecho romano, que parece haber defendido la igualdad sucesoria de los sexos, en origen no existió. La mujer no pudo hacerse cargo de la *hereditas* porque no era titular de *potestas*, y estaba perpetuamente bajo *potestas* de otro, que solo más tarde se presentó como una tutela. Tuvo solamente el derecho de *habere familiam*, que al menos a partir de las XII Tablas, correspondió a los agnados, a falta de los *sui*. Los fundamentos de la preferencia varonil fueron cambiados a causa del cambio de contenido de la *hereditas*, junto a la gradual desvinculación de la capacidad jurídica y patrimonial de la mujer de los viejos esquemas. La vieja tutela femenina para las mujeres romanas quedaron como simple recuerdo desde la época del emperador Claudio, cuando la mujer estaba sometida a tutela frente a varones que no tenían capacidad plena.

<sup>4</sup> RESINA SOLA Pedro, "La condición jurídica de la mujer en Roma", en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, eds. A. López, C. Martínez y A. Pociña, Granada, Universidad, 1990, pp. 98-119.

<sup>5</sup> TROPLONG, Raymond Théodore, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, reimp. de la 3ª ed. de Paris 1868, Darmstadt-Aalen, Scientia Verlag, 1975, pp. 280-316; "De la condition des femmes".

agnación bajo supervisión y superioridad de los varones, nunca interviene en el gobierno de la familia, ni en las empresas industriales y comerciales. Ante la falta de estímulos para esta actividad, buscaron refugio en el lujo, en las apariencias externas del cuerpo, en las fiestas y placeres, mostrándose en público subidas en carruajes, apareciendo ante sus esclavas con ricas ropas y joyas preciosas; presumían de tener una corte de mujeres alrededor, y eunucos, con ocupaciones sin relevancia, con vida licenciosa y de corrupción.

Constantino abolió la tutela el año 321, y reconoció a las mujeres *sui iuris*, con mayoría de edad, derechos iguales a los de los hombres, como vemos en C. Iust. 2, 44, 2, 1: "*ipsae etiam in omnibus negotiis jus tale habeant quale mares habere praescripsimus*", lo que culmina Justiniano haciendo desaparecer la antigua dependencia. En la centuria decimonónica, Troplong<sup>6</sup> no duda en señalar que es preciso reconocer la influencia del cristianismo, "*qui, dans sa morale et dans son culte, a donné à la femme un rôle si élevé*", fruto de cuya doctrina es la emancipación e igualdad moral. Respeto y afecto para la madre, frente a posturas radicales como la de Catón, quien acusó a las mujeres de pretender ser libres e iguales a sus maridos: "*Omniium rerum libertatem, imo licentiam desiderant... et aequari postumum viris*"<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> TROPLONG, Raymond Théodore, op. cit., p. 293.

<sup>7</sup> Tito Livio *Ab urbe condita* 34, 2 y 3. El romanista francés Gaudemet (GAUDEMET, Jean, *Le statut de la femme dans l'Empire romain*, en Recueils de la Société Jean Bodin XI, Bruxelles 1959, pp. 191-222, y en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 227-258), insiste en la idea que prevalece entre los juristas del Imperio y era el sentimiento común del pueblo romano es la inferioridad natural de la mujer. Cicerón en *Pro Murena*, a propósito de la tutela, utiliza el argumento de la *infirmitas consilii* y señala que era una idea de los Veteres, que él no comparte. Gayo en 1, 144, atribuye a los *veteres* la noción

Convertida en *sui iuris*, no perdía en la República y época clásica, la sujeción a la *potestas* del tutor, testamentario o legítimo, en base a los vínculos de la familia agnaticia, que no provenía de la incapacidad propia de su naturaleza como mujer, a pesar de las expresiones de las fuentes, especialmente literarias, como la debilidad mental o *imbecillitas sexus*, de Valerio Máximo<sup>8</sup>; o la falta de madurez en sus

---

de *levitas animi* y la crítica: Inst. Gai &190. En cuanto a la *infirmitas sexus*, que Solazzi afirma es posclásica, sin embargo viene rebatida por este jurista, ya que aparece en los retóricos, como *imbecillitas sexus*, *Declamatio minor* 368. A finales de la República la influencia de la civilización helenística, la riqueza, el gusto por el lujo, por la independencia, el debilitamiento de la religión tradicionales y no acorde con los tiempos dan a la mujer mayor libertad. Los moralistas o los poetas oficiales lo deploran: Salustio atribuye a Asia la depravación de Roma a finales de la República: Cat. X-XIX. Séneca, en *Ad Helviam matrem de consolatione*, cap. 16, escrito en el año 42-43, presenta un retrato de la vida depravada, de la *impudicitia* “*maximum saeculi malum*”, a propósito de las prácticas abortivas. Horacio, en *Oda* 3, v. 160, al final, presenta la decadencia contemporánea, y opone a la corrupción las costumbres antiguas, denuncia la *impudicitia*, consecuencia de la impiedad y propone como remedio el regreso a las costumbres antiguas y a la religión, entendiendo que por este medio se crea un clima favorable a las reformas de Augusto, relativas al derecho de familia. Juvenal, en *Satira* VI, sobre las mujeres, incrimina los vicios que traen las riquezas, contraponiéndoles las rudas virtudes de la antigua Roma guerrera: vv. 287, 292, 298-300. Esta libertad de la mujer no trae solamente consecuencias funestas, que denuncian poetas o moralistas. La *Laudatio Turiae* muestra cuál puede ser el papel de una mujer, cuando a causa de la guerra civil lleva a su marido al exilio: hay algún atisbo de igualdad real de los sexos en esta frase de la *laudatio*: “*tanta cum industria munere est pietatis perfuncta efflagitando et vindicando, ut, si praesto fuisset, non amplius praestitisset*”. Por último, Tácito aporta singulares ejemplos de *courage* femenino, que los hombres dudan en seguir.

<sup>8</sup> *Factorum et dictorum memorabilium*, 9, 1, 3: ¿Qué más puedo añadir yo de las mujeres, cuya ligereza mental y total ineptitud para afrontar cualquier tarea más o menos espinosa les inclinan a poner todo su afán en un culto desmedido hacia sí mismas...? Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables, libros VII-IX Epítomes*, trad. de S. López, M. L. Harto y J. Villalba, Madrid, Gredos, 2003, p. 129.

juicios: *infirmetas consilii*, de Cicerón<sup>9</sup>, o *infirmetas animi* de Séneca,<sup>10</sup>; o la fragilidad o debilidad del sexo = *fragilitas sexus e infirmetas sexus*<sup>11</sup>, o la *levitas animi* = ligereza de su espíritu, de Gayo 1, 144<sup>12</sup> a propósito de la *tutela mulierum* testamentaria, sin olvidar su contradicción por parte de Gayo 1, 190<sup>13</sup>.

Al desaparecer de facto en el Principado la *manus maritalis* (porque no tenían lugar la *confarreatio*, la *coemptio* y no se aplicaba el *usus*), y quedar constituida una sociedad conyugal sin que la esposa debiera salir de su primitiva familia, así como al desaparecer la tutela de la mujer a partir del siglo IV d. C., la mujer adquiere plena capacidad negocial, pudiendo ser tutora de sus hijos, conforme a la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 390, referida en C. Iust. 5, 35, 2<sup>14</sup>, y podía ser instituida heredera sin ninguna limitación, además de hacer testamento.

---

<sup>9</sup> *Pro Murena oratio* 12, 27: “*Nam cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniiis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt...*”.

<sup>10</sup> *Ad Marciam de consolotaiione*, caput 1: “*Nisi te, Marcia, scirem tam longef ab infirmitate muliebris animi quam a ceteris vitiis recessisse et mores tuos...*”. Si no supiese, oh Marcia, que tu ánimo no está más lejos de las debilidades de la mujer, que de sus demás defectos o vicios, y que tus costumbres....

<sup>11</sup> D. 22, 6, 9 pr, Paulpo, *liber singularis de iuris et facti ignorantia* “... *minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur...*”.

<sup>12</sup> “...*Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse*”.

<sup>13</sup> “*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suassise videtur; nam quae vulgo creditur quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat esas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam intuitus auctor fieri a praetore cogitur*”.

<sup>14</sup> C. Iust. 5, 35, 2, pr. y 1-4, ... a Taciano, prefecto del pretorio. Dada en Milán a 12 kal. Febr., cuarto consulado de Valentiniano, augusto, y Neoterio.

La tradicional familia romana desde que tenemos datos históricos se basó en el vínculo de *agnatio*, o sometimiento del grupo al poder del jefe<sup>15</sup>, independientemente del modo por el cual las personas entraron en la familia, si por nacimiento de justas nupcias, o por adopción, o por adrogación, o por *conventio in manu*<sup>16</sup>. Esta

---

<sup>15</sup> Será suficiente, de la abundante literatura romanística que existe en esta materia, recordar algunas palabras de Pasquale Voci: la sucesión intestada *mortis causa* del Derecho civil arranca de las XII Tablas, con un orden sucesivo de llamadas, fundado en la *agnatio*: primero los del grupo familiar más restringido, los *sui*; luego más lejanos en el grupo familiar, o *agnati*, y finalmente los que afirman descender del tronco común, de un progenitor ignoto, los gentiles. La *agnatio* es el vínculo que relaciona a los que pertenecen a la misma familia, y como se transmite por los varones, la *agnatio* es un parentesco en línea masculina. VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano, vol. II. Part speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2ª ed. rif., Milano, A. Giuffrè, 1963, pp. 3-4.

<sup>16</sup> La doctrina romanística está bien representada por Kaser (KASER, Max, *Derecho privado romano*. Trad. esp. de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, pp. 299-301 y 304-305) según el cual el antiguo ordenamiento romano, muy discutido y conjeturable, prevé la sucesión de los herederos domésticos, y es solo una parte del derecho de familia. Muerto el paterfamilias ocupan el lugar o posición de éste sus hijos y su *uxor in manu*, que estarán en *consortium* mientras ninguno pida la división con la *actio familiae erciscundae*. La sucesión intestada fue “meramente ordenada en los comienzos de la República con una doble idea inspiradora: a) en lugar de la relación de parentesco agnaticio, dominante en las XII Tablas, va adquiriendo singular importancia el parentesco de sangre, lo que permite que entre en la herencia el hijo emancipado, si bien colacionando. Justiniano prosigue las tendencias del Derecho clásico, de modo que los restos del antiguo parentesco agnaticio son abolidos y se superó la oposición entre sucesión civil y pretoria. *Heredes sui* son todas las personas libres que a la muerte del causante pasan a ser *sui iuris*. La sociedad familiar se disgrega en tantas familias cuantas son las personas que quedan libres del poder. Hay personas que carecen de individuos libres sometidos a su potestad, como las mujeres, que no pueden tener familiar alguna, y constituyen una familia *per se*. Al dividir el *consortium ercto non cito* se forman tantas partes cuantas son las familias que resultan y se calculan *per stirpes*, incluida la *uxor in manu*. A cada *heres* corresponde una parte igual de la herencia, y acceden a la misma sin necesitar de adirla. La sucesión civil intestada no distingue edades ni sexos, de modo que impúberes y mujeres heredan lo mismo que los varones púberes. El llamamiento de las mujeres en la sucesión de los agnados fue limitado temporalmente, como testimonia Gayo 3,

estructura amparada en el *Ius civile*, determinaba que si el paterfamilias muriera intestado, se abría la sucesión legítima, ya prevista en las XII Tablas<sup>17</sup>, de manera que desaparecido el *decuius*, los *heredes sui* suceden, cada uno, en una cuota del patrimonio, permaneciendo en comunidad, mediante el *consortium ercto non cito*, mientras no se produzca el acuerdo de división, o el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*.

Los *heredes sui* se transforman en personas *sui iuris*, pero con diferencias importantes por razón del sexo, ya que el varón puede formar una familia, con independencia de que tenga sometidos a su *potestas*, mientras que la mujer está incapacitada para ello, ya que no puede ser titular de la *potestas*<sup>18</sup>, y su limitación en el ejercicio de los derechos está mediatizada a través de la tutela, si no pasa a nupcias como *uxor cum manu*<sup>19</sup>, o sufre la incorporación en otra familia a través de otro negocio jurídico<sup>20</sup>.

---

14 y PS 4, 8, 20, probablemente con posterioridad a la *Lex Voconia* del 169 a. C., aunque se suprimió en derecho posclásico.

<sup>17</sup> Tabla 5, 4: "*Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*". FIRA. Pars prima, *Leges*, iterum edidit Salvator Riccobono, Florentiae, Barberá, 1941, p. 38.

<sup>18</sup> La madre no tiene *heredes sui*: D. 38, 16, 13. Pomponio, libro 30 ad Quintum Mucium: "*Filius patri agnatus proximus est*".

<sup>19</sup> Esta regla tiene escaso interés en época clásica ya que la *conventio in manu* era de aplicación solo excepcional: Gayo 1, 111-112.

<sup>20</sup> Gayo 3, 2; Tit. ex corp. Ulp. 26, 1 (*ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos qui in potestate sunt ceterosque qui liberorum loco sunt: si sui heredes non sunt, ad consanguíneos, id est fratres et sórores ex eodem patre: si nec hi sunt, ad reliquos agnatos próximos, id est cognatos virilis sexus per mares descendentes eiusdem familiae. Id enim cautum est lege duodecim tabularum hae: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto...*); Inst. Iust. 3, 1, 2; Coll. 16, 2, 1-2 (*Intestatorum hereditates lege duodecim tabularum, primum ad suos heredes pertinent. 2. Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerunt, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos pronettisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest naturales sint liberi an adoptivi...*). Es decir, no importa que hayan nacido como hijos dentro de la

En esta concepción originaria de la sucesión intestada, que llega hasta finales de la República, en cuyo momento se produjo la intervención del Pretor, las hijas heredaban a su *decuius* en régimen de paridad con los hijos<sup>21</sup>. El requisito principal para entrar en la categoría de *sui heredes*, venía de la sumisión a la patria potestad del difunto paterfamilias, en el momento de su fallecimiento, por lo que incluía en primer a sus descendientes de sangre, nacidos de justas nupcias, pero también a los ulteriores descendientes de estos hijos, si hubieran fallecido los ascendientes intermedios o se hubieran emancipado, y la mujer del *decuius* si era *uxor in manu*, que estaba *loco filiae*. No hay *successio in locum* a favor de los descendientes *ex filia*, porque los hijos de la hija forman parte de la familia de su marido, si no hubo *conventio in manum*: D. 50, 16, 220pr<sup>22</sup>. y D. 50, 16,

---

familia o sean adoptados: Gayo 3, 2; D. 38, 16, 1, 2. Recuerda Bonfante, que no debe parecer extraño lo concerniente a la herencia de las mujeres, a causa de la progresiva patrimonialización de la herencia y la posición singular de las mujeres por la disolución de la familia primitiva. Las mujeres no podían constituir cabeza de una familia, pero se hacen *sui iuris*. A finales de la República, recuerda Cicerón: "*hereditas est pecunia*". BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8ª ed. ital. por L. Bacci y A. Larrosa, 3ª ed., Madrid, Reus, 1965, pp. 629-630.

<sup>21</sup> La adopción hace que se mire al hijo adoptado como hijo legítimo, bien del paterfamilias bien del *filiusfamilias*. Surgió cuando la familia era una organización de conjunto. Al surgir la familia natural, la adopción se transforma en un modo de conferir la calidad de hijo legítimo, a través de la mera ficción jurídica, que no tiene efectos después de la emancipación, reduciéndose sus efectos, una vez que Justiniano ha distinguido la *adoptio* plena de la menos plena, en cuanto el vínculo existente no tiene más eficacia que respecto del padre adoptivo. En contraposición a los adoptivos, todos los hijos legítimos se denominan, en lenguaje de los jurisconsultos clásicos, *liberi naturales*. Cf. BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano*, vol. I. *Diritto di famiglia*, rit., Milano, A. Giuffrè, 1963, pp. 370-371.

<sup>22</sup> Calístrato, libro 2 de las Cuestiones: En la denominación de hijos se incluyen nietos y biznietos, y otros descendientes de ellos, porque a todos ellos los comprende la ley de las doce Tablas en el término suyos...

196, 1<sup>23</sup>. Los hijos recibían la herencia *per capita*, aunque sus descendientes, si es premuerto el generante, lo hacen *per stirpem*, llamado ulteriormente derecho de representación, sin olvidar a los póstumos<sup>24</sup>.

## 2.2 Intervención del edicto pretorio

Dados los problemas surgidos en la sucesión intestada *mortis causa* a finales de la República porque el régimen previsto en el Derecho civil no contemplaba el vínculo matrimonial, de uso frecuente entre los romanos, sin la *manus maritalis* entre marido y mujer, además de impedir la agnación entre la madre y sus hijos, si era matrimonio *sine manu*, impidiendo cualquier derecho de sucesión, se mantuvo vigente el derecho precedente de llamada indiscriminada a los descendientes bajo potestad, varones o mujeres<sup>25</sup>, pero no podemos

---

<sup>23</sup> Gayo, libro 16 de sus comentarios al edicto provincial: es evidente que los hijos de hembras no están en la familia de ellas, porque los que nacen siguen a la familia del padre, no a la de la madre.

<sup>24</sup> Puesto que el orden de llamada de las XII Tablas, preveía que a falta de *heredes sui*, recibieran la herencia intestada los agnados (Tabla 5, 5), es preciso recordar que en dicho Código decenviral no se establecía diferencia alguna dentro de los agnados por razón de sexo. La jurisprudencia republicana y clásica excluyó de la llamada a heredar, en el grupo de agnados, a las agnadas por encima del segundo grado, e incluso a las hermanas que no fueran consanguíneas. Paulo en PS 4, 8, 20 (*Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque iure civil Voconiana ratione videtur effectum. Ceterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit*) atribuye esta limitación, en el llamamiento de las mujeres dentro de la sucesión de los agnados, a la *lex Voconia* del 169 a. C., en razón del sexo, y a este aspecto se refiere Gayo, Inst. 3, 14 y 3, 29.

<sup>25</sup> Este sistema es recordado por Gaudemet (GAUDEMET, Jean, *Le statut de la femme dans l'Empire romain...*, op. cit., pp. 251-311), porque en la sucesión *ab intestato*, el antiguo régimen del *ius civile* persiste en época clásica. En este régimen, las hijas tienen los mismos derechos que los varones como *heredes sui*. Pero en la ley de las XII tablas se llama en defecto de los *heredes sui* al *agnatus proximus*, nunca se hace mención de la agnada. Sin embargo, la hermana germana o consanguínea del difunto hereda. Las *Pauli Sententiae*, IV, 8, 20, precisan que esta restricción del derecho de las mujeres a las hermanas

olvidar que los hijos emancipados no entraban en la categoría de los *sui heredes* respecto de su progenitor, y tampoco tenían derechos sucesorios los parientes de sangre por línea femenina. El pretor, a través de la *bonorum possessio sine tabulis*, trató de corregir el sistema civilístico, llamando a heredar en primer lugar a los *liberi*<sup>26</sup>, es decir, a todos los hijos, bajo potestad del difunto o emancipados<sup>27</sup>, pero además hizo un llamamiento, a falta de agnados, a favor de los parientes de sangre<sup>28</sup>, hasta el sexto grado inclusive, además de los

---

consanguíneas fue establecida en el *ius civile* “*voconiana ratione*”. Las XII Tablas no preveían nada. Según Gayo, 3, 29, la mujer agnada que deja de ser hermana consanguínea pasa a tercer grado, es decir, no tiene ni *sui* ni ningún agnado. El derecho pretorio introdujo dos innovaciones: heredan en línea colateral como los hombres, en virtud de la *bonorum possessio unde cognati*. De otro lado, la viuda tiene una vocación sucesoria en virtud de la *bonorum possessio unde vir et uxor*. En la sucesión testamentaria, la incapacidad para la mujer para ser instituida por un ciudadano con una fortuna superior a los cien mil sestercios, establecida por la *lex Voconia* del año 169 a propuesta de Catón el menor, persiste, pero había caído en desuso en el Principado si hacemos caso a Aulo Gelio 20, 1. Además, la desaparición del censo de fortunas hizo imposible su aplicación. La medida, según Gayo 2, 174, sirvió para favorecer a la mujer mediante los fideicomisos.

<sup>26</sup> *Liberi* son los hijos y ulteriores descendientes del difunto, sin que se exija estar o haber estado bajo poder del fallecido: sean *sui* o no lo sean. Por eso en esta categoría entran: a) *sui* del difunto, junto a los hijos naturales y a los adoptivos: D. 38, 6, 1, 6; D. 37, 4, 1, 1. B) Los emancipados, hijos naturales del difunto, que sean *sui iuris* en el momento de la delación, aunque si están adoptados por otro, no entran en la categoría de *sui* sino de los *cognati*, en la tercera clase de *bonorum possessores*. C) los hijos naturales dados en adopción a otra familia, pero ya *sui iuris* en el momento de la muerte del *pater naturalis*. D) el padre emancipó primero al hijo, y luego al nieto, muerto el padre, los nietos pueden pedir la *bon. Pos.* muerto su generante. E) los hijos y ulteriores descendientes de los hijos mediante la *successio in locum*, en caso de premoriencia o *capitis deminutio*, también si renuncia su generante. F) los póstumos, en calidad de hijos o nietos. Los hijos no pueden suceder como *liberi* a la madre, porque ésta no tiene *heredes sui*.

<sup>27</sup> La obligación de aportar el patrimonio que había adquirido el hijo emancipado, o su valor, si quería concurrir con los hermanos no emancipados en la herencia del progenitor, conforme a la *collatio emancipati*.

<sup>28</sup> La *cognatio* es más amplia que la *agnatio*, porque dice Paulo es el *genus* y la *agnatio* la *species*: D. 38, 10, 10, 4. En este punto hubo controversia, que refiere

*consobrini*, previniendo que a falta de los anteriores, sucediera el cónyuge supérstite. No se puede olvidar, que el pretor no solamente dispuso la *successio graduum*, sino la *successio ordinum*, por lo que se llamaba a la herencia no solo a falta del grupo precedente, sino incluso si no aceptaban los que integraban esos llamamientos<sup>29</sup>.

La equiparación entre parentesco civil y parentesco de sangre o cognaticio, entre agnados y cognados, se hizo inicialmente solo en el

---

Gayo 3, 28, pero en las Instituciones de Justiniano se recuerda una sola tesis, que es la que prevaleció: Inst. Iust. 3, 2, 7.

<sup>29</sup> En este régimen pretorio, la sucesión entre madre e hijo se reducía al grupo de los parientes de sangre o *unde cognati*, que era el tercer orden de llamada, lo que se explica por la situación de la familia originaria de la mujer y la habitual exclusión de la mujer dotada con la herencia del padre, así como la poca entidad de la herencia materna. Cf AA. VV., *Istituzioni di Diritto romano*, 2ª ed. total. rif., rist., Napoli, Simone, s. a., p. 335. Para atender la sucesión de la madre respecto de sus hijos se aprobó el SC Tertuliano promulgado en tiempos de Adriano, primera mitad del siglo II d. C., si bien exigiendo a la madre que gozase del *ius liberorum*, y le precedían en la herencia los hijos del causante, así como el *parens manumisor* y los hermanos, mientras concurría con la hermana y prevalecía sobre el resto de agnados. Constantino otorgó un tercio de los bienes del hijo a la madre que careciese del *ius liberorum*, hasta que Justiniano lo hizo extensivo el derecho de la madre independientemente del *ius liberorum*. Por otra parte, los hijos fueron llamados a la sucesión de la madre por el SC Orficiano, del año 178 d. C, dándole preferencia sobre cualquier otro posible heredero, de modo que adquieren el título de herederos, y están equiparados a los llamados por ley. En el SC Tertuliano, la madre no sucede cuando el hijo ha dejado hijos que entren en la categoría pretoria de los *liberi*. Es decir, *sui* y *emancipati*, varones y hembras, naturales y adoptivos, con ulteriores descendientes si hay *successio in locum*. Los hijos del grupo de cognati, hijos de hija e hijos de hijo dados en adopción a otra familia, no hay régimen previsto, pero una constitución de Antonino Pío dispuso que las hijas del hijo, que habían sido dadas en adopción a otra familia, dividirían la herencia con la madre, que es un punto de arranque para innovaciones posclásicas. D. 38, 17, 2, 9. En Inst. 3, 3, 3 se afirma que en origen los hijos de la hija no eran preferidos a la madre; las constituciones del Bajo Imperio implicaron un cambio en esta materia, mediante una constitución del año 383 y otra del año 426: C. Th. 5,1, 3y 8. La madre viene precedida por los consanguíneos del difunto, con una limitación: viene excluida si concurren hermanos, y comparte la herencia con las hermanas. Si heredan hermanos y hermanas, los hermanos excluyen a la madre, y dividen con las hermanas: Inst. 3, 3, 3. Es probable que concurrendo con hermanas, solamente adquiere la mitad, conforme a C. Th. 3, 8, 2, 1.

primer orden de colaterales, o lo que es lo mismo, entre hermanos y hermanas con sus descendientes, aplicándose exclusivamente a los consanguíneos en ese orden, pero no al resto de colaterales<sup>30</sup>.

Caracalla en una constitución, referida en *Collatio* 16, 9, 3<sup>31</sup>, limitó el número de los herederos *ab intestato*, al señalar que “*eas solas personas voluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit*”, es decir, incrementó la medida del impuesto de sucesiones al 10%, y declaró exentos del mismo a los parientes más próximos del difunto, aunque se ignora el grado. En consecuencia, solo podrían suceder *ab intestato* los exentos del impuesto, de lo que no tenemos otras noticias. La reforma de Caracalla fue efímera, y probablemente la abrogó su sucesor Macrino (217-218)<sup>32</sup>,

---

<sup>30</sup> En época posclásica, con el peculio adventicio, en caso de muerte de su titular, los llamados a heredar, en primer lugar, eran sus descendientes, aunque a continuación venían los hermanos y la madre, reservando el usufructo para el padre, y finalmente el mismo progenitor.

<sup>31</sup> “*Imperator noster in hereditatibus quae ab intestato deferuntur eas solas personas noluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit*”. FIRA. Pars altera. Edidit notisque illustravit, Johannes Baviera, Florentiae, Barbèra, 1940, p. 589.

<sup>32</sup> Cf. VOICI, Pasquale, op. cit., p. 36. Este mismo enfoque podemos verlo reproducido por el romanista citado en: VOICI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985, pp. 1-78: Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi; pp. 79-176: pp. 1-78: Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi; pp. 57-59: la successione ab intestato: coexisten el sistema civil y el pretorio. Caída en el civil la llamada de los gentiles, quedan *sui* y *agnati*. En el sistema pretorio hay cuatro clases, con algunos principios nuevos introducidos para la *bonorum possessio sine tabulis*, pero de incidencia práctica bastante limitada. Suceden los *cognati* y el cónyuge supérstite, después de los *agnati*, sin límite de grado. No cabe una llamada simultánea de los hijos y del cónyuge, pero una clase del edicto admite a los *sui* y a los *emancipati*, es decir, *agnati* y *cognati*, con llamamiento conjunto: los *liberi*. Esto es importante porque impide la extensión analógica de a norma a la madre, que no puede tener hijos *in potestate*, de modo que a su sucesión primero entran los agnados y después los hijos como *cognati*. Este planteamiento se aplica a la sucesión de la madre: al hijo le suceden primero sus hijos, y después todos los agnados, finalmente la madre. La sucesión de los hijos y de la madre fue modificada por el *ius novum* a través de SC, en los que se pensó primero en la madre y después en los hijos: Tertuliano y

### 2.3 Constituciones imperiales anteriores a las Novelas justinianeas

Constantino fue un gran innovador en materia de sucesión intestada. Su única constitución conocida, del año 321, es interesante porque, como observa Voci<sup>33</sup>, tiene ya los caracteres de toda la legislación del Bajo Imperio: innovaciones parciales y limitación del derecho de los *agnati* a favor de los *cognati*. Solamente la legislación de Justiniano superará el límite de las reformas parciales<sup>34</sup>. La madre sin *ius liberorum* concurre con los agnados del hijo premuerto, si no son sus hermanos; la madre, aunque tenga *ius liberorum*, concurre con los colaterales que han perdido el derecho de agnación, con dos tercios, y los cognados un tercio; las personas llamadas a suceder por la nueva posibilidad tienen el título de herederos y no de *bonorum possessores*. La constitución de Constantino no menciona a

---

Orfiziano, de Adriano y de Marco Aurelio, respectivamente. Caracalla quiso hacer una reforma radical de la sucesión intestada, y estableció que solo tuvieran derecho los que estaban exentos del pago del impuesto sucesorio, es decir, parientes más próximos del difunto, aunque ignoramos el grado de parentesco. La reforma duró poco, a tenor de la Coll. 16, 9, 3, y testimonio de Dión Cassio 78 (79) 12, 2, porque afirma que Macrino abrogó las reformas hereditarias de Caracalla, quien dispuso una limitación en la sucesión *ab intestato*, y un aumento del impuesto sucesorio, del 5 al 10%.

<sup>33</sup> VOICI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985, pp. 1-78: Il diritto ereditario romano dalle origini ai Severi; pp. 79-176: Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. I. Le costituzioni del IV secolo; pp. 86-89.

<sup>34</sup> Como puso de manifiesto el romanista francés Gaudemet (GAUDEMET, Jean, "La transmission des constitutions relatives au droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares", en *RIDA* 7 (1960) 399-435, reimpr. en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 315-351), el derecho sucesorio del Bajo Imperio ha sido poco estudiado hasta el presente. Su importancia, sin embargo, es considerable tanto por lo que afecta a la concepción misma del organismo familiar, orden de parentesco y poder de disposición del jefe de familia, como lo que afecta a la técnica del acto jurídico, en una de sus formas más graves, que es el acto a causa de muerte. *Ibid.*, p. 316.

los hermanos emancipados del difunto, y tampoco aclara la situación de la madre sin *ius liberorum*, que concurra con los *cognati*. En la evolución de la capacidad jurídica sucesoria de la mujer, se produce el punto culminante con Justiniano, en cuya legislación ya no existen incapacidades por razón del sexo, salvo medidas protectoras para la mujer, como lo dispuesto en el SC Veleyano del año 46 d. C., sobre la *intercessio mulierum*<sup>35</sup>, desapareciendo la limitación impuesta por la *Lex Voconia*, del año 269 a. C., para la institución de la mujer como heredera testamentaria, por parte de los ciudadanos que pertenecían a la primera clase del censo, a tenor de Gayo, Inst. 2, 274<sup>36</sup>, porque en el Principado ya había caído en desuso, al desaparecer el censo de la riqueza<sup>37</sup>. Los hijos, *sui* o no, prevalecen sobre cualquier otro sucesor, y los que tienen derecho, en virtud de la ley o de los senadoconsultos, prevalecen sobre los puros y simples *cognati*, y sobre el cónyuge.

El orden de sucesión pretorio, o *bonorum possessio sine tabulis*, es el fundamento de la regulación prevista en las constituciones imperiales del Bajo Imperio, desde Constantino a Justiniano, aunque ya existía una motivación de ideas, entre los jurisprudentes y legisladores precedentes, que sentaron la base para la futura equiparación absoluta de sexos<sup>38</sup>. Reconocida en época clásica la

---

<sup>35</sup> D. 16, 1, 2, 1. Ulpiano, libro 29 de sus Comentarios al edicto.

<sup>36</sup> “*Item mulier quae ab eo qui centum milia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest*”.

<sup>37</sup> En cuanto a la sucesión testamentaria, a partir de Adriano, la mujer adquiere capacidad para testar, si está bajo tutela, prestándole el tutor su *auctoritas*, siempre que sea mayor de doce años: PS. 3, 4, 1 y ss.

<sup>38</sup> El romanista Gaudemet (GAUDEMET, Jean, *Le statut de la femme dans l'Empire romain...*, op. cit., pp. 312-316) recuerda que la definición de sociedad conyugal de Modestino, D. 23, 2, 1, *nuptiae sunt conjunctio...* es plenamente conforme a las

prioridad del derecho de los hijos, y admitida en algunos *cognati* la condición de herederos civiles, los emperadores siguieron este camino y el mismo criterio: reconocimiento cada vez mayor de la *cognatio*, con las reformas favorables a los emancipados, y parientes por línea femenina. Le reconocen su calidad de heredero civil, *legitimus*, en terminología del período, integrando en esta categoría algunos *cognati*, que con Justiniano llega hasta el tercer grado, y todos los agnados.

Conforme a una constitución del 19 de febrero del año 383, de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, dirigida a Hilario, prefecto de la ciudad, y recogida en C. Th. 5, 1, 3<sup>39</sup>, la hija emancipada, titular de un patrimonio, tiene siempre como herederos a sus hijos, que excluyen tanto al padre como a la madre de la difunta, con lo que se reforma de este modo a los SC Tertuliano

---

nuevas doctrinas que el cristianismo va a propagar y se acogerá sin cambios por los doctores medievales de la iglesia: Decreto de Gratiano C. 29 q. 1 *dictum*; Decretales de Gregorio IX: X II, 23, 11, de Alejandro III. En D. 25, 2, 1 se habla de imposibilidad de ejercitar la *actio furti* entre esposos "*quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*", y Gordiano califica a la esposa como "*socia rei humanae atque divinae*", C. Iust. 9, 32, 4 pr. Es la idea de una comunidad entre esposos muy atestiguada en el período clásico. En caso de divorcio, el cuidado de los hijos puede ser confiado a la madre o al padre, conforme a la constitución de Diocleciano, referida en C. Iust. 5, 24, 1. En el Bajo Imperio, la viuda que se compromete a no volverse a casar, puede venir designada como tutora de sus hijos, según C. Iust. 5, 35, 2 del año 390.

<sup>39</sup> Esta norma tiene el precedente en la constitución de Alejandro Severo, del año 225, porque dispone, según C. Iust. 6, 57, 4: "*Si intestatae mulieris consanguinei existant et mater et filia, ad solam filiam ex senatusconsulto Orphitiano hereditas pertinet*", o en otras palabras: "*Quotiens de emancipati filii filiaeve successione tractatur, filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido successio*". Concuerda con LV 5, 1, 3. La *interpretatio* es muy precisa: "*filia... emancipata, si intestata moriatur et relinquat supertites patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedant*".

y Orficiano. Los hijos de la hija son herederos civiles *ex Orfitiano*, prevaleciendo sobre la madre y el *parens manumisor*<sup>40</sup>.

Valente, el año 426, C. Th. 5, 1, 7, es el primero en legislar sobre el SC Tertuliano. Graciano modifica las disposiciones del SC Orficiano, eliminando algunos límites que causaban desventajas para los hijos: C. Th. 5, 1, 3. Valentiniano II extiende el derecho de representación: C. Th. 5, 1, 4 = C. 6, 55, 9: la representación venía admitida solo para los descendientes de un hijo, *suus* o emancipado. Ahora se introducen tres nuevas hipótesis: a) el difunto deja hijos o nietos de la hija: los nietos son admitidos a concurrir con los hijos, pero consiguen solo los dos tercios de lo que hubiera correspondido a la madre, y dejan un tercio para los hijos; b) permanecen solo los nietos de hija y colaterales agnados: los nietos consiguen tres cuartos, y los agnados un cuarto; c) se admite la representación en el ámbito del Orficiano: a la madre le suceden los nietos del hijo o de la hija, lo que antes era imposible, por el exclusivo motivo de que la mujer no tenía *sui*. Consecuencia de la extensión de la sucesión legítima es la extensión de la sucesión necesaria. La *interpretatio* repite fielmente lo que dice la constitución, y además especifica los criterios de división en caso de sucesión *ex Orfitiano*: los nietos suceden a la abuela en el lugar de la madre premuerta. Valentiniano II había admitido en este caso, C. Th. 5, 1, 6 = C. 6, 55, 10, la representación, y ahora se hace posible, incluso si la madre ha sido emancipada<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Vid. la norma de Teodosio II y Valentiniano III del año 426: C. Th. 5, 1, 8 y C. Iust. 6, 56, 5, así como la constitución de Septimio Severo, del año 205, referida en C. Iust. 6, 55, 1.

<sup>41</sup> VOICI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985, Le costituzioni del IV secolo, pp. 151-156 y 176-180. En el siglo V, las reformas son

Aunque las constituciones imperiales, a partir de Constantino, introdujeron innovaciones, las más importantes y orgánicas fueron las de Justiniano, desde el año 528 al 534. En las Instituciones justinianeas se ha conservado el esquema clásico, tal cual estaba formulado por el edicto, y se reproducen parcialmente, *ratione materiae*, cada una de las innovaciones. No podemos olvidar que uno de los institutos más novedosos vino a través de la legitimación de los hijos naturales, desconocida en derecho clásico, quienes adquieren la condición de *sui*: Iust. 3, 1, 2<sup>42</sup>.

Justiniano con una constitución del año 534, dirigida a Juan, prefecto del pretorio, C. Iust. 6 58, 15, 1<sup>43</sup>, iguala las cuotas de todos los hermanos, incluso de los emancipados, como si no hubiera tenido lugar la emancipación<sup>44</sup>. El emperador bizantino dispuso que los

---

más numerosas que en el IV. Por orden cronológico, se promulgan algunas sobre el derecho de representación; Valentiniano II lo había extensido el año 389, y de esta reforma hay referencias en dos constituciones de Arcadio y una de Honorio. Ibid., pp. 177-276.

<sup>42</sup> Vid. Nov. 89, 8.

<sup>43</sup> Siendo manifiesto que al hijo emancipado, aunque había sufrido la *capitis deminutio* en estricto derecho, le llamaba el pretor a la sucesión del padre sin ninguna minoración respecto de los hijos no emancipados, pero en cambio no era llamado a las sucesiones de los hermanos con el mismo derecho, sino que ni sus hijos sucedían a sus tíos paternos por deredho legítimo, hemos entendido que deberíamos corregir esto en primer lugar, y ajustarla a la adición hecha a la ley Anastasiana, por lo cual el hijo e hija emancipados no solamente suceden de igual modo que los *sui* en los bienes paternos, sino que sucedan igualmente en los bienes de los hermanos y hermanas recíprocamente con igual derecho, sin disminución de alguna parte, conforme a lo que estaba dispuesto en la ley de Anastasio.

<sup>44</sup> Ya hemos indicado más arriba que eran agnados, en época clásica, solamente los hermanos consanguíneos, porque los uterinos tenían el mero vínculo de la *cognatio*, derivado de la madre común. Los uterinos podían recíprocamente sucederse en época clásica, dentro de la tercera clase pretoria, y les precedían todos los *agnati*. Además, *agnati* son los nietos del hermano, pero los nietos de la hermana son *cognati*, con puestos sucesorios diversos. Anastasio, el año 498, hizo reforma parcial en materia de derechos sucesorios de los emancipados.

uterinos sucedieran junto a los consanguíneos, y precedieran a los colaterales de grado ulterior: C. Iust. 6, 58, 15, 2<sup>45</sup>. El legislador, con la constitución del año 531, C. Iust. 6, 58, 14, 1, otorga los mismos derechos a los nietos de la hermana y a los del hermano: *ex sorore* y *ex fratre*<sup>46</sup>.

No podemos olvidar que Justiniano introdujo desde el año 528 algunas reformas profundas, puesto que elimina el *ius liberorum*, y la madre hereda preferentemente respecto de los colaterales del difunto. Concurriendo solo con hermanos y hermanas del mismo: si no hay más que hermanos, o hermanos y hermanas, la división se hace por cabezas, pero si son solo hermanas, el as se divide en dos mitades, una entera para la madre y otra para las hermanas, conforme a Inst. Iust. 3, 3, 5<sup>47</sup>.

Las diferencias de cuotas que había fijado Constantino ya no tienen sentido y quedan abolidas, puesto que hermanos y hermanas,

---

Asegura el derecho de agnación a los hermanos y hermanas emancipados, que concurren a la herencia legítima, pero no en iguales porciones, con otros hermanos y hermanas que quedaron en la familia. Los descendientes del hermano emancipado quedan en el grupo de los cognados. Por ello, la emancipación fue causa de desigualdad, aunque Justiniano eliminó todas estas diferencias, y el derecho adquirió condiciones más equitativas y más humanas. Las mujeres agnadas más lejos de las hermanas no sucedían sino como cognadas. Por ello, una tía venía excluida por un agnado de grado más lejano.

<sup>45</sup> Tampoco permitimos que el hermano o la hermana uterinos sean dejados en el lugar de la cognación...

<sup>46</sup> En la constitución del año 534, C. Iust. 6, 58, 15, 1, 3, el emperador dispone que no tiene importancia que los hermanos y las hermanas sean o no emancipados, sean consanguíneos o uterinos. Como resultado, los colaterales dentro del tercer grado son llamados con igual título a la sucesión, *legitimi*, sin distinguir si el parentesco es mera *agnatio* o genéricamente *cognatio*, viniendo tratados normativamente ambos grupos de herederos en régimen de paridad. Por eso, Justiniano pudo hablar de la extensión de la calidad de *legitimi* a todos los parientes dentro del tercer grado. Cf. VOICI, Pasquale, op cit., pp. 36-40.

<sup>47</sup> ... la madre tenga en realidad la mitad, y todas las hermanas la otra mitad...

emancipados o no, concurren siempre con la madre. Aunque la madre suceda junto con los hermanos y hermanas del difunto, es precedida por los hijos del mismo, y por el padre del difunto. Si una mujer deja hijos y madre, en época clásica, los hijos forman parte de los *cognati*, sin que prevalezcan sobre la madre de la madre (la abuela), y todos, como mucho, dividen el patrimonio, con ella<sup>48</sup>.

La constitución justiniana del año 529, dada en Calcedonia y dirigida a Demóstenes, prefecto del pretorio, referida en C. Iust. 6, 57, 5, dispone que si es una mujer *illustris*, que deja hijos legítimos e ilegítimos, solamente pueden sucederla los legítimos, pero si es una mujer común, pueden sucederle tanto unos como otros.

Por otra parte, el hijo adoptado por otra familia, según Justiniano, conserva sus expectativas sucesorias en la familia de origen, salvo que sea adoptado por un ascendiente, porque entonces pierde la categoría de *cognatus*, y entra en la primera clase de los *liberi*.

---

<sup>48</sup> La *successio in locum* o derecho de representación, se amplía en Justiniano. En época clásica, el *ius civile* lo aplicaba exclusivamente a los descendientes de un *suus* premuerto o devenido incapaz; el *ius honorarium* lo extiende a los descendientes de cualquier hijo, premuerto, incapaz o renunciante, pero rigurosamente restringido a los descendientes *ex filio* (nunca a los de la hija), y a la sucesión en línea de varón: *sui* y equiparados, sin que se aplique a la *hereditas ex Orfitiano*, en la que no hay *sui*. En época posclásica, Valentiniano, Teodosio y Arcadio, en la constitución del 25 de febrero del año 389, referida en C. Th. 5 1, 4, admiten el derecho de representación a favor de los hijos de la hija, y logran los dos tercios de lo que hubiera correspondido a su madre, si concurren con hermanos o hermanas de ella, pero los hijos de la hija no excluyen, cuando no son hermanos o hermanas de la madre, a los *agnati* ulteriores: estos últimos vienen igualmente llamados, pero deben dejar tres cuartos a los hijos de la hija. La misma constitución reconoce la *successio in locum* en el ámbito del SC *Orfitiano*. Justiniano elimina toda limitación en el derecho de los nietos, porque los hijos de la hija adquieren todo cuanto habría correspondido a la madre, y excluyen a los agnados. La división se hace por estirpes. Cf. VOICI, Pasquale, op. cit., pp. 46-47.

Respecto de los *bona adventicia* de los hijos, el emperador de Bizancio dispone que hereden en primer lugar sus hijos; luego los hermanos, y finalmente el padre, insertando en la norma legislativa su justificación, según Justiniano: “por su naturaleza la herencia desciende del padre a los hijos, y es inútil disponer que un ascendiente sea preferido al hermano del fallecido”<sup>49</sup>. Debido a Justiniano, desaparecen todas las restricciones que tenían los derechos sucesorios de las mujeres, de modo que a partir de su legislación, hay paridad absoluta con los hombres, a tenor de la constitución imperial del 531, C. Iust. 6, 58, 14pr, cuyas primeras palabras del *principium* dan la justificación de su reforma, refiriéndolas al espíritu informante de las normas recogidas en las XII Tablas<sup>50</sup>:

*Lege duodecim tabularum bene humano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis, et in eorum successionibus, nec non et in liberis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito, quam natura utrumque corpus ediderit, ut maneat suis vicibus immortale, et alterum alterius auxilio egeat, et uno semoto et alterum corrumpatur...*

---

<sup>49</sup> Este régimen se aplica también al peculio castrense. La posición sucesoria del padre respecto del hijo, en derecho justiniano es: a) el hijo está sujeto de patria potestad: le sucede el padre, si no deja ni hijos ni hermanos o hermanas. B) el hijo es *sui iuris* a causa de la emancipación: le suceden primero sus hijos, y después el padre. C) el hijo es *sui iuris* sin haber sido emancipado: su situación es la misma que la anterior. D) Si el padre y madre sobreviven al hijo, que no deja descendientes, sino solo hermanos y hermanas, estos adquieren la propiedad de los bienes, y aquellos dos terceras partes del usufructo, a tenor de C. Iust. 6, 56, 7, del año 528.

<sup>50</sup> Se queja el emperador, que la posteridad, empleando demasiada sutileza, introdujo una diferencia nada benévola, como había demostrado muy claramente el jurista Julio Paulo, en el inicio de su comentario al SC Tertuliano.

Es lo que reitera el emperador en Inst. Iust. 3 2, 3, cuando afirma taxativamente:

*In plenum omnia reducentes, et ad ius duodecim tabularum eandem dispositionem exaequant, nostra constitutione sanximus, omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sint, simili modo ad iura successionis legitimae ab intestato vocari secundum gradus sui praerogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis iura, sicut germanae, non habent*<sup>51</sup>.

Destacaba el francés Troplong<sup>52</sup>, que Constantino, el año 321 acuerda a la madre el derecho general de tomar parte en la sucesión de sus hijos, frente a las limitaciones de época clásica, y este principio lo desarrollarán los siguientes emperadores cristianos, matizando abiertamente: “*innovation memorable par laquelle la femme balança les droits attribués à la parenté masculine, et qui rendit à la nature l’une de ses prérogatives les plus sacrées*”.

Analizando el derecho contenido en los papiros, relativos a la sucesión intestada, el romanista italiano Arangio Ruiz<sup>53</sup> entiende que en los mismos no se reconoce el sistema de grados de tipo

---

<sup>51</sup> En Justiniano, como hemos indicado anteriormente, se admite la *successio graduuum* en supuestos que el derecho clásico no la admitía: C. Iust. 6, 4, 4, 20, del año 531; Inst. 3, 2, 7 (“por inspiración de humanidad”); C. 6, 58, 15, 3, del año 534. En la sucesión de los libertos, se distingue si su patrimonio no llega a los 100 *aurei* o lo superan. En el primer caso son herederos los hijos, que pueden ser varones o hembras, naturales o adoptivos; los descendientes ulteriores pueden provenir o de un hijo o de una hija: C. Iust. 6, 4, 4, 10, 10. A falta de ellos, los hermanos y hermanas, junto al padre y a la madre, y si no existen, el patrono, conforme al sistema del *ius civile antiquum*. No se acogen las disposiciones del *ius honorarium* y las de la lex Papia. Cf. VOCI, Pasquale, op. cit., pp. 48-50.

<sup>52</sup> TROPLONG, Raymond Théodore, op. cit., pp. 292-293.

<sup>53</sup> ARANGIO RUIZ, Vincenzo, “Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiros”, en *Scritti di Diritto romano*, vol. I, Camerino, Università-Jovene, 1974 pp. 461-487.

romano, y con los parientes de grado más próximo concurren parientes de grado posterior, nietos *ex filio* o *ex filia* con hijos del difunto, nietos *ex fratre* con los hermanos. Al mismo tiempo se niega las categorías de agnación y cognación, tal como las entendían los romanos: al menos con sus descendientes, la mujer tiene la misma relación de parentesco en la que se encuentra el marido, mientras para el derecho romano el marido sería agnado y la mujer cognada, con todas sus consecuencias<sup>54</sup>.

En el Libro siro-romano, según Arangio Ruiz, se equiparaba las hijas a los hijos, y las hermanas a los hermanos del difunto, pero se hacía distinción en la sucesión necesaria en razón de sexos, derogando el principio de representación, y colocando en orden bastante más bajo a los nietos, descendientes de hijas o de hermanas<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> En derecho sucesorio griego no se mira la mayor o menor proximidad de grado respecto al derecho de suceder, sino la pertenencia a la estirpe llamada: el nieto *ex fratre* no sucede como pariente, agnado o cognado, en tercer grado, sino por su parentesco fraterno. Impera el principio de la representación, sustancialmente ignoto para el derecho clásico. El parentesco masculino y los varones son en cualquier caso preferidos a los parientes femeninos y a las mujeres, lo cual significa que los primeros parientes llamados a la sucesión, después de los descendientes, son los parientes paternos: hermanos consanguíneos, tios paternos etc., y después de agotar su llamada se cita a los parientes maternos. En cada línea de llamada los varones y sus descendientes excluyen a las mujeres y sus descendientes.

<sup>55</sup> Sin embargo en el derecho greco-egipcio de papiros, ninguna estirpe griega ni helenística ha procedido tanto a la equiparación de sexos, especialmente la equiparación de la hija núbil al varón, en contraposición con la hija casada y dotada. Estudiando la misma fuente jurídica posclásica del siglo IV d C., Biondi observa que, a diferencia del derecho siríaco, admite la equiparación de las hermanas a los hermanos, como ya había puesto de relieve Mitteis. Esta equiparación pareció tan conforme a los preceptos religiosos, que el compilador anónimo de la *Collatio* 16, 1, al tratar de la sucesión legítima, recuerda como referencia el caso de las hijas de Salfada, las cuales se presentan "*in foribus tabernaculis*", y asumen: "*pater noster mortuus est, et filii non fuerunt ei sed filiae; ideo non deleatur nomen patris nostri de medio tribus suae; non est ei masculus; date nobis possessionem in medio fratrum patris nostri*". Moisés presenta la petición

La regla provincial, fundada sobre razones naturales, era muy diferente a las reglas romanas. La constitución imperial del año 389<sup>56</sup>, C. Th. 5, 1, 4 = C. Iust. 6, 55, 9, 9, y 10-11, de los años 420-426, reconoce el parentesco descendente sobre la base de la igualdad entre los sexos. La constitución iba dirigida a las Galias, pero fue reconocida como *constitutio generalis*. Justiniano la confirmó finalmente, eliminando las pocas restricciones que quedaban, en una epistola al prefecto del pretorio de Oriente: C. Iust. 6, 55, 12. De este modo, la mayor iniquidad y de más frecuente aplicación quedó eliminada, y esto puede explicar por qué motivo no hubo normativa posclásica posterior hasta la compilación justiniana<sup>57</sup>.

#### 2.4 Las Novelas justinianas

---

*"coram Deo et locutus est Dominus Moysi dicens: 'recte filiae Salfadae locute sunt; et ideo dabitur eis possessionem hereditatis in medio fratrum patris earum'":* Numeros 27, 1. La referencia es tan significativa, que el pasaje está mutilado, para poner de relieve la equiparación entre varones y hembras. Es importante la diferencia, incluso en época avanzada, entre el derecho hebraico y el derecho romano en este punto.

<sup>56</sup> ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Osservazioni sul sistema della successione legittima...*, op. cit., pp. 486-487,

<sup>57</sup> No hay duda que en las tendencias del sentimiento jurídico provincial se encuentra la primera raíz de la Novela 118, y del principio que expresa con toda claridad, de la parificación entre los sexos. La Novela conserva huellas de la lucha entre sistemas opuestos, cuyos elementos mal se componen juntos: el sistema griego del parentesco, que de la línea descendente se extiende al primer grupo de colaterales, hermanos y sus descendientes, mientras persiste el sistema romano de los grados; obliga solamente la distinción entre agnación y cognación, de modo que el tío excluye todavía a los primos de otros tíos premuertos. Fue una reforma parcial y por tanto ilógica e injusta, lo que nada evita la sobrevivencia de los dos sistemas que persiste posteriormente a causa de la inercia. Como ya puso de manifiesto Herrera Bravo (HERRERA BRAVO, Ramón, "Reformas posclásicas y justinianas en la sucesión intestada, y su evolución en la tradición jurídica romano-germánica", *Revista internacional de Derecho romano (RIDROM)* 21 (2018) 326-398), las reformas desde el Bajo Imperio hasta Justiniano no tuvieron continuidad estable.

Destacaba el antiguo rector florentino, Archi<sup>58</sup>, que se ha de valorar para la comprensión del *Corpus Iuris* el contenido de las Novelas. Es preciso para la historia del Derecho poner el acento prevalentemente en las reformas, en los desarrollos que supone un cambio de principios normativos de cada instituto. Llama mucho nuestra atención, en una norma de Justiniano, el modo de concebir y de resolver problemas singulares, dignos de relieve, que presentaba la vida práctica y encuadrarlos en nuevas síntesis.

Desde otro punto de vista, Biondi<sup>59</sup> afirma que mientras Justiniano en el campo del derecho privado acoge, aunque con profundas transformaciones, toda la precedente tradición jurídica, y en materia eclesiástica aparece como el primer legislador.

Max Kaser<sup>60</sup> se muestra muy preciso, al sostener que en la Novela 118 del año 543, completada por la 127 del 548, Justiniano regula de nuevo, aunque no de modo completo, la sucesión de los parientes, porque silencia lo relativo a los cónyuges, a los lihertos, a la concubina y sus hijos, a los hijos adoptivos y legitimados, sin olvidar la herencia vacante, entre otros aspectos. La nueva regulación sustituye completamente la agnación por el parentesco de sangre, y equipara a efectos sucesorios la mujer al hombre, y el parentesco por parte de aquella al parentesco por parte de éste. La Novela distingue cuatro clases, cada una de las cuales excluye a la siguiente, aunque hay *successio ordinum et graduum*. En la primera

---

<sup>58</sup> ARCHI, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, Il Mulino, 1970, pp. 221-222.

<sup>59</sup> BIONDI, Biondo, *Giustiniano primo, príncipe e legislatore cattolico*, Milano, Vita e Pensiero, 1936, pp. 4-6.

<sup>60</sup> KASER, Max, *Derecho privado romano... op. cit.*, pp. 309.

clase se llama a los descendientes, y si concurren varios suceden por estirpes.

Los estudiosos que se han ocupado de la influencia del cristianismo han pretendido verificar en qué medida los preceptos éticos cristianos han podido determinar en el derecho justiniano la modificación del régimen aplicable a las relaciones privadas, especialmente patrimoniales, adhiriéndose al criterio de Salvatore Riccobono, quien concluye sus indagaciones con la afirmación: “después de maduras experiencias, sostengo que es casi todo fruto de la presencia de la ética cristiana todo lo que en el *Corpus Iuris* aparece como verdaderamente y sustancialmente nuevo respecto al derecho elaborado por los jurisconsultos romanos”, calificando a Justiniano como “monarca romano-católico”.

Uno de los fines perseguidos tenazmente en la nueva legislación justiniana, conforme al planteamiento de Biondi<sup>61</sup>, y en materia de sucesión hereditaria, es la equiparación total entre los dos sexos<sup>62</sup>. A las consideraciones político-sociales contrarias a la sucesión de las mujeres que inspiraba la ley Voconia, le sustituye un principio

---

<sup>61</sup> BIONDI, Biondo, *Diritto romano cristiano, vol. III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, A. Giuffrè, 1954, pp. 339-342.

<sup>62</sup> Es el criterio del alemán Coing (COING, Helmut, *Derecho privado europeo,...*, t. I, op. cit., pp. 758), para quien el derecho hereditario legal del *Corpus Iuris* se basa en las Novelas 118 y 127 de Justiniano, fijando el siguiente orden: a) los descendientes por estirpes, sin distinción de sexo y sin atender al sometimiento a la *patria potestas* del *decius*... El objetivo de esta regulación nueva era ordenar la sucesión sólo en atención al parentesco de sangre. La pertenencia a la *patria potestas* del *decius*, la preferencia de los agnados y la postergación de las mujeres ya no debían tener más influencia en el orden de sucesión. Esta legislación de Justiniano había tenido una evolución larga y cambiante; todavía la legislación del Bajo Imperio conoció muchas regulaciones en muchos puntos diferentes, que están contenidas en los textos de las Instituciones y del *Codex*.

general de equiparación, fundado en la *natura* o sobre el *ius naturale*: C. Iust. 6, 58, 14, del año 531<sup>63</sup>.

La legislación posclásica procuró la equiparación entre hijos e hijas, como demuestra C. Th. 5, 1, 4 = C. Iust. 6, 55, 9 (Valentiniano, Teodosio y Arcadio, del año 389), en cuya constitución se pone sumo cuidado en especificar que se trata de "*defunctus cuiuscumque sexus, y de cuiuscumque sexus nepotes, y de pars fratribus sororibusve... filiis filiabus*". Esta misma especificación la encontramos en las leyes posteriores. Resulta del máximo interés la Novela de Maiorano 6, 3 del año 458, que intenta reprimir la costumbre según la cual el *pater*, para reservar el patrimonio íntegro a sus hijos varones, obliga a las hijas a que ingresen en un convento, a fin de no darles su dote. Esta conducta paterna, calificada como "*parricidialis quodammodo ars... ne aequa cum reliquis filiis successione potiatur*", viene entonces prohibida<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Cual fuese la conciencia pagana en la materia antes del cristianismo, vigente tanto en la República como en el Principado, se deduce, según Biondi, de la *Laudatio Murdiae*, del siglo I d. C., en la cual, como elogio de la madre, se afirma que no hizo diferencia alguna entre sus hijos "*omnes filios aequae fecit heredes, partitione filiae data, amor maternus caritate liberorum, aequalitate partium constat*". También en D. 45, 3, 20, 1, de Paulo, libro 15 de sus Cuestiones, se aborda el supuesto en el que, frente a la sucesión intestada del padre, la hija "*eo animo semper fuit, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere*".

<sup>64</sup> Este abuso es lamentado por San Jerónimo, ya que no es conforme a la fe cristiana, según su Epistola 130, 6. PL 22, 1111: "*solent miseri parentes et non plenae fidei christiani, deformes et aliquo membro débiles filias, quia dignos generos non inveniunt, virginitati tradere... quod nuper in hac urbe dives uidam presbyter ut duas filias in proposito virginali inopes relinqueret et aliorum ad omnem copiam filiorum luxuriae atque deliciis provideret*". Este escritorista, muy documentado en su tiempo, exhorta a la mujer para que tenga hijos, especialmente si es noble, a fin de que "*egentes filios non dimittat, sed ex aequalitate eos amet*". Epistola 120, 2: PL 22, 984.

Justiniano critica acerbamente la discriminación normativa vigente en el derecho clásico, calificándola como *non pia differentia, maxima iniuria, vulnus intestinum*, en plena correspondencia con la frase de San Agustín, el cual exclama: *quid iniquius dici aut cogitari possit ignoro*<sup>65</sup>. La orientación de la Iglesia en aquel momento, y aunque no hay disposiciones conciliares que sean similares, está bien representada por San Ambrosio<sup>66</sup>, quien advierte: “*par debet esse circa omnes formas iustitiae; plus confertur dilecto, cui fratrum amor requiritur: plus autem adimitur ei, qui praelationis iniustae operatur invidia... fiat aequalitas... ac aequalis parentum amor et gratia conferatur*”.

Toda la nueva legislación justiniana, a partir del año 528, toma como referencia la *aequalitas*. En la clase de los descendientes, el legislador pretende actuar el principio de igualdad, no solamente entre hombres y mujeres, sino también entre todos los descendientes. A este fin surge el instituto de la colación, dispuesto por el emperador León, C. Iust. 6, 10, 17, del año 472, muy distinto de la *collatio bonorum y dotis*. El instituto habría tenido como lejano precedente C. Iust. 6, 20, 4 de Gordiano, del año 239, y como habla de *variae prudentium opiniones*, pudo tomar como precedente el criterio expuesto por juristas de finales de época clásica<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> San Agustín, *De civitate Dei* 3, 21.

<sup>66</sup> San Ambrosio, *De Jacob et Vita beata* 2, 2, 5-7; PL 14, 476.

<sup>67</sup> En la Novela 92, del 539, Justiniano comienza declarando que a él no le agrada la excesiva desigualdad acerca del tratamiento de los hijos. Consciente que el ánimo humano a menudo se siente atraído a engañar, dispone que la colación de las donaciones deba hacerse incluso en el caso de que el hijo se haya abstenido. El emperador León, por su parte, dispuso que tanto en la sucesión intestada como en la contra el testamento, hubiera una *aequa lance y aequitatis studio*, por lo que los descendientes, emancipados o no, deben aportar la dote y la donatio ante nuptias que hayan recibido del ascendiente. El objeto de la colación se amplía en las leyes de Justiniano: C. 6, 20, 19 del año 528 y C. 6, 20,

Troplong<sup>68</sup>, después de referir cómo el antiguo *ius civile* produjo la notoria discriminación de las hermanas en la sucesión<sup>69</sup>, no duda en reconocer que Gayo, en Inst. 3, 25, afirma tajantemente que “*hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*”, para lo cual introdujo las reformas necesarias, otorgando la posesión de bienes a todos los hijos sin distinción, emancipados o no, de modo que el vínculo civil, derivado de la paternidad entre padre e hijo, no se rompe con la emancipación. Además, en el tercer grupo o clase de llamados, el

---

20 del 529. La *collatio* vino extendida a la sucesión testamentaria en la Nov. 18, 6 del año 536, pero conserva la función de igualar a los descendientes. Justiniano habla de igualdad conforme a las leyes precedentes, las cuales tratan de equiparar a todos los descendientes; pero la igualdad se debe referir al ámbito de la cuota asignada a cada uno de los herederos, porque si lo entendiéramos de modo absoluto llegaríamos a la conclusión que, respecto de los descendientes, debería abrirse la sucesión intestada solamente porque el ascendiente ha hecho liberalidades a los descendientes y no les haya dispensado de la colación.

<sup>68</sup> TROPLONG, Raymond Théodore, op. cit., pp. 317-340.

<sup>69</sup> Después de poner de relieve que legislación decenviral se ha fundado la base del sistema de sucesión en la idea fundamental que constituye la familia: el vínculo de poder, y no el de sangre, por lo que podía ser un pariente próximo e incluso hijo, sin adquirir la condición de heredero legítimo, ya que esta condición nacía de la sujeción al poder paterno, por lo que el emancipado perdía sus derechos sucesorios, no conservando más que el parentesco natural, pasa al análisis de las tres clases de herederos, en primer lugar están los *sui heredes*, personas bajo poder inmediato del padre, tanto hijos por sangre como por adopción, en razón de la sumisión al poder. Las hijas que estaban bajo *potestas* sucedían igual que los varones y recibían una parte igual: no se les aplica ni la primogenitura masculina, ni la inferioridad de su sexo a diferencia de lo dispuesto en otras legislaciones coetáneas y más primitivas. La esposa *in manu* ocupa el lugar de hija, pero si es del hijo, ocupa lugar de nieta. Había un entero desconocimiento del parentesco por línea femenina, ya que la agnación venía solo por línea de varón. Entre los agnados la diferencia de sexo establece una diferencia de derechos: la hermana es agnada de su hermano si tienen el mismo padre, y entonces sucederá a su hermano; la madre bajo *manus* sucede a su hijo en poder del padre, porque pertenece a la familia en concepto de hija y hermana. En este punto de la hermana, se acaba el derecho de sucesión para las mujeres, y más lejos no suceden, es decir, en este sistema, las mujeres agnadas, salvo las hermanas, no tienen ningún derecho a la sucesión.

pretor coloca a las personas que tienen vínculo derivado del parentesco natural, basado exclusivamente en la sangre. Por ello, las mujeres agnadas, además de las hermanas, entran en la sucesión en este tercer grupo, sucediendo a falta de herederos suyos y agnados. También incluye en esta clase a los parientes de sangre por línea femenina, y a los hijos adoptivos que forman parte de otra familia, pero que se vinculan a su familia natural mediante la sangre.

Las hijas heredaban de sus padres, pero los hijos de sus hijas no formaban parte de la familia del abuelo materno, del que no son *heredes sui*, ni agnados, viniendo llamados en el tercer orden o clase, cognados. El cambio final se debe al influjo del cristianismo, porque una constitución de Valentiniano, Arcadio y Honorio, da preferencia al vínculo de sangre, y llama a heredar a los hijos de la hija para suceder al abuelo materno, junto con los herederos suyos de este último, y reciben las dos terceras partes que correspondían a su madre: C. Th. 5, 1, 4. De este modo, los hijos de las hijas sobrepasan la clase de agnados, y entran en el grupo de *heredes sui*, aunque no excluyen totalmente a los agnados, porque reciben un cuarto de la herencia<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> No obstante, antes, el SC Orficiano, bajo Marco Aurelio y Cómodo, Ulpiano 26, 7, llama a la sucesión materna a los hijos de las hijas excluyendo a los agnados, como reconocimiento del parentesco natural. El SC Tertuliano favorece a la madre con *ius liberorum*. Constantino inicia una reforma, aunque el gran reformador es Justiniano. El año 321, a tenor de C. Th. 5, 1, 1 y 2, las madres son sucesores legítimas sin necesitar el *ius liberorum*. Esta normativa no se ocupaba de los hijos de hermanos consanguíneos, y a estos se refiere Valente el año 369, porque si los hermanos consanguíneos no están emancipados, excluyen a la madre en su totalidad, pero la madre tiene preferencia si estaban emancipados. Valentiniano III, el 426, determina que las madres precede a los agnados más lejanos que tíos y sus descendientes, pero si hay estos últimos o hijos de hermanos, se sigue la división de Constantino y Valiente: la madre

Sobre esta base legislativa posclásica, Justiniano dispone el imperio del derecho natural a través de dos memorables constituciones del año 528<sup>71</sup>. En la primera, *respicientes ad naturam*, rechaza como impiedad el *ius liberorum*: las mujeres con un hijo o con cuatro, libertas o ingenuas, tienen iguales derechos, por lo cual dispone en C. 6, 55, 12, inciso final: “*soli descendentes ad mortui successionem vocentur*”, y agrega: “*quod tantum in futuris, non etiam praeteritis negotiis seruari decernimus*”. Todas las madres son llamadas igualmente, sin distinción alguna, a la sucesión de sus hijos, y el derecho privilegiado se convierte en derecho común. La segunda constitución declara la preferencia de la madre sobre los agnados, que son excluidos si concurre a la herencia. La madre concurre con los hermanos y hermanas del difunto, y la cognación se declara igual a la agnación con sus mismas prerrogativas. Si no tiene más que hermanas, la sucesión se reparte por mitad entre las hermanas y la madre; si hay hermanos, tiene una porción viril. De este modo la sucesión asume el rango que le asigna la naturaleza.

Por otra parte, la desigualdad, que generaba la normativa Anastasiana, la eliminó Justiniano en la constitución del año 532, fundada sobre la igualdad natural de hombre y mujer: C. 6, 58, 14, eliminando las diferencias impías: *non piam differentiam*, refiere el legislador, entre agnados y agnadas. Sin embargo, la distinción entre los agnados y cognados subsistió, hasta que el emperador bizantino las suprimió con un sistema fundado sobre las leyes de la

---

hereda dos terceras partes de la herencia, y todas las madres son tratadas en régimen de igualdad, con *ius liberorum* o no.

<sup>71</sup> Cf. C. 6, 56, 7.

naturaleza: ya no es el vínculo de poder, sino el de sangre; el principio aristocrático desaparece ante la igualdad natural, y hará caer todas las preferencias agnaticias, reemplazadas por el parentesco de sangre: primero descendientes, estén bajo poder paterno o sean *sui juris*; en su defecto, los ascendientes, sin que haya privilegio de la paternidad sobre la maternidad, y si existen hermanos y hermanas, se divide la herencia entre ellos y sus ascendientes; luego la línea colateral, sin distinguir sexos, ni origen de los bienes, porque las líneas masculina y femenina se confunden e igualan: Novela 118.

Con estos precedentes, Troplong pudo afirmar<sup>72</sup> que este sistema de Justiniano, "*le plus philosophique et le plus parfait qui ait jamais été formulé*", sienta un sistema de sucesión intestada basado exclusivamente en los vínculos de sangre e igualdad, tanto de sexos como de cuotas para los hijos legítimos, que ha sobrevivido a los ataques de la barbarie, a la resurrección del principio aristocrático de la Edad Media (mayorazgo), y a los intereses muy directos del feudalismo. Desde su punto de vista, el *Code civil* francés de 1804, "*s'en est emparé et a trouvé en elle sa plus belle page. Elle est le programme des opinions les plus libérales et les plus sagement progressives*".

Si los romanistas italianos ponen el acento de la fundamentación reformadora de Justiniano en la influencia del cristianismo, no se olvidan del posible influjo provincial a favor de la consanguinidad. Troplong insiste en la igualdad de los seres humanos conforme a la

---

<sup>72</sup> TROP LONG, Raymond. Théodore, op. cit., pp. 341-343.

naturaleza<sup>73</sup>, que era un principio cristiano. Al mismo se refiere Lanata<sup>74</sup>, resaltando el proemio de la Novela 118, en el cual el emperador bizantino trata de presentar una justificación radical para la enésima modificación introducida en una materia tan atormentada, y motivar en el plano teórico la necesidad de una normativa nueva.

Después de haber indicado que en materia de sucesión en Roma existía una copiosa literatura jurisprudencial, verificable en los libros de los antiguos juristas, y una rica producción normativa por parte del poder de los emperadores que le precedieron, con sus textos legislativos, afirma Justiniano: “dirigiendo siempre nuestro pensamiento a Dios, para serle agradecidos, y comportarnos en modo digno de los favores con los que nos colma, buscamos encontrar siempre cualquier medida ulterior que se conforme a la naturaleza y corrija los precedentes”<sup>75</sup>. Que la naturaleza o *physis* constituya un criterio fundamental de la actividad normativa, especialmente respecto a la determinación de las relaciones de parentesco, se reitera en la Novela citada, sobre todo donde el legislador bizantino se pronuncia decididamente contra las distinciones artificiosas, como la individuación de un sexo

---

<sup>73</sup> Según LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, p. 202 y nota 37, *natura* en latín es ocasionalmente la *physis* en el griego justiniano del Código, y puede indicar, entre otros extremos: desde la perspectiva sucesoria, la reafirmación enérgica de la paridad de sexos.

<sup>74</sup> LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, op. cit., p. 34.

<sup>75</sup> Novela 18 pr., y 128. 3-7.

privilegiado en relación a la procreación, o a la sucesión que el considera extraña a la naturaleza<sup>76</sup>.

La Novela 18, del 1 de marzo del 536, prescribe al testador que se ocupe primero de los hijos legítimos, elevando su cuota de reserva, pero también debía tener presente, en cierta medida, en base a un sentido de filantropía, medido únicamente con la naturaleza, de los hijos naturales, sin introducir distinción alguna entre varones y hembras, porque a este respecto, dice la Novela, la naturaleza no prescribe alguna partición artificiosa. En el plano de la procreación y el de la determinación de sexos, la naturaleza procede en modo regular, produciendo expectativas legítimas que no pueden ser frustradas con distinciones artificiosas. Por ello, está formulada aquí, por primera vez, la hipótesis de que la naturaleza puede adoptar procedimientos similares a los del arte-techne, hipótesis que en otros casos dará ricas consecuencias<sup>77</sup>.

Destaca el carácter conforme a la naturaleza, que se manifiesta en: a) el impulso sexual; b) en la capacidad de procrear; c) en las relaciones de sangre que unen a progenitores e hijos; d) de los afectos que les ligan; e) en las prohibiciones relativas a las nupcias incestuosas, y más todavía a las relaciones homosexuales; f) en las divergencias inevitables entre los individuos; g) en la fragilidad humana y sobre todo la femenina, que constituye, según las Novelas de Justiniano, un criterio seguro directivo para el legislador, capaz de tomar un signo, y medir las intervenciones normativas propias a las leyes de

---

<sup>76</sup> Nov. 118, cap. 5; Nov. 130, 34; Nov. 131, 4, y Nov. 132, 14-7.

<sup>77</sup> LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, op. cit., pp. 172-173.

la *physis*, especialmente en el terreno de la familia, para que haya una perfecta consonancia entre naturaleza y ley.

Con Justiniano, en las Novelas 118 y 127, de los años 543 y 548, respectivamente, la llamada intestada se basa exclusivamente en la consanguinidad, derogándose íntegramente la familia agnaticia, y adquiriendo por ello la mujer una plena capacidad sucesoria. Se llama a heredar a los hombres y mujeres en la sucesión de sus parientes de sangre, sin distinguir las líneas, paterna o materna. Los parientes consanguíneos se agruparon en cuatro categorías, de las cuales la primera estuvo constituida por los descendientes, que sucedían *per capita* o *per stirpes*, según la proximidad de grado<sup>78</sup>. Recogiendo la normativa pretoria, el Emperador bizantino exigió, en una de sus Novelas, la obligación de la *collatio*, ahora denominada *descendentium*, que implicaba la dote, la *donatio propter nuptias*, o los dineros recibidos por el hijo para el desempeño de un oficio público, lo cual podía consistir en añadir los bienes a la masa hereditaria antes de la partición, o computar su valor en el acto de la división<sup>79</sup>. La novela 118 de Justiniano abandona la tradición clásica<sup>80</sup>, y señala que el único fundamento de la sucesión *ab intestato* es la *cognatio*, con un orden de llamada que viene determinado por la proximidad de

---

<sup>78</sup> Le seguían los ascendientes, que heredaban por líneas, paterna o materna, junto a los hermanos y hermanas de doble vínculo, o hermanos germanos y sus descendientes; en la tercera clase estaban los hermanos y hermanas, consanguíneos y uterinos, llamados por stirpes; en la cuarta clase, el resto de parientes de sangre, conforme a la proximidad mayor o menor en grado.

<sup>79</sup> Sigue llamando ahora a la viuda o cónyuge supérstite en último lugar, pero siendo viuda de un marido rico, se le otorga el usufructo de una cuota igual a la de los hijos del decuius que hubiera alumbrado, y careciendo de hijos comunes, una cuota en propiedad.

<sup>80</sup> Cf. VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano...* vol. II, op. cit., pp. 54-58:

grado. Establece cuatro clases de herederos, que comienzan, a tenor del cap. 1, con los hijos y ulteriores descendientes, admitiendo la *successio in locum*, y dividiendo por stirpes. Los hijos pueden ser legítimos, legitimados, adoptivos, naturales: estos últimos suceden a la madre. No tiene importancia si el difunto es *sui iuris* o *alieni iuris*<sup>81</sup>.

Esta Novela del 16 de julio del año 543, numero 118 de la *collectio* griega, dispone una reforma general del sistema sucesorio intestado<sup>82</sup>, sustituyendo el antiguo por el esquema del siguiente tenor<sup>83</sup>:

---

<sup>81</sup> La segunda clase está formada por los ascendientes, junto a los hermanos y hermanas germanos, cap. 2, que dividen la herencia *per capita*, admitiendo el derecho de representación, a favor de los hijos *ex fratre* y *ex sorore*, no de sus descendientes. Viniendo juntos ascendientes, hermanos y hermanas a la sucesión, se dividen la herencia *per capita*. En este caso la novela 118 no admite representación, que sí es introducida por la novela 127,1 del año 548. TERCERA clase que integran los hermanos y hermanas de vínculo sencillo, independientemente que el generante común sea el padre o la madre, y se admite el derecho de representación a favor de los hijos, exclusivamente. CUARTA clase: está constituida por los otros *cognati*, según el criterio de proximidad de grado y sin limitación hasta el sexto grado cap. 3, 1. Finalmente: la Novela 118 admite la *successio ordinum et graduum*.

<sup>82</sup> La constitución es muy conocida y figura en todos los manuales, apareciendo como el sistema justiniano por antonomasia, reduciendo la consideración del derecho posclásico, y reformas justinianas anteriores a esta Novela. Se presenta como una ruptura de Justiniano con el pasado, e incluso con la tradición romana, como entienden, entre otros, Girard, Fadda, Bonfante, Scialoja, Longo o Schulz. Será ejemplificativa la síntesis de Volterra (VOLTERRA, Edoardo, *Instituciones de Derecho romano*, Roma 1975, p. 779): Justiniano en las Novelas coloca en el primer grupo de herederos *ab intestato*, a los hijos legítimos, legitimados, adoptivos, naturales y sus descendientes. No se tiene en cuenta la sujeción a la patria potestad, ni si son descendientes por vía paterna o materna, ni el grado de parentesco. Entran hijos e hijas, de padre o madre, sin distinción de sexo.

<sup>83</sup> LAMBERTINI, Renzo, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, A. Giuffrè, 1977, pp. 1-3.

Abolida toda distinción de trato entre agnatio y cognatio, los primeros llamados son los descendientes. El derecho de representación, con el corolario de la división por stirpes, opera sin limitaciones. Si el difunto es un *alieni iuris*, al que tiene potestad sobre el mismo, se le reserva, como en precedencia, el usufructo.

El segundo orden es el de los ascendientes, que dividen solamente con hermanos y hermanas germanos, excluyendo al resto de colaterales. Si solo hay ascendientes los más próximos excluyen a los más lejanos; la división se hace *per capita* si todos pertenecen a la misma línea, pero si son de las dos líneas, paterna y materna, cada una recibe la mitad del as hereditario, independientemente del número de los herederos. Entre ascendientes más próximos en grado y los hermanos, la herencia se divide siempre *per capita*.

El tercer orden viene ocupado por los colaterales. Hermanos y hermanas germanos que dividen con los ascendientes. La representación se admite pero con dos limitaciones: solo opera a favor de los hijos, pero no de los ulteriores descendientes; viene excluida en caso de concurso con uno o varios ascendientes del decuius. Este límite será abolido por la Novela 127, proemio y cap. I del 1 de septiembre del 548. A continuación vienen los hermanos y hermanas unilaterales, consanguíneos o uterinos, y la representación opera con esos dos límites señalados. Luego vienen los colaterales ulteriores, conforme a la proximidad de grado, y la división se hace siempre *per capita*.

Se afirma definitivamente el vínculo de sangre, dejando en segundo plano la abolición del principio discriminatorio entre agnados y

cognados<sup>84</sup>. En esa legislación posclásica, el emperador bizantino encontró principios y soluciones que insertó en la normativa que promulgó, antes de la Novela 118, y en la que el emperador no innovó sino que asumió, atribuyéndole alcance general a reglas

---

<sup>84</sup> Examinando la legislación romana precedente del emperador Justiniano, en materia de sucesión intestada, es preciso recordar que comienza con tres constituciones del año 528: C. 6, 55, 12; C. 8, 58 (59), 2 y C. 6, 56, 7, todas ellas dadas en Constantinopla y destinatario el prefecto del pretorio Mena. La primera trata de los descendientes de una mujer (C. 6, 55, 12) y las otras dos del SC Tertuliano. La primera se conecta con la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 389, C. Th. 5, 1, 4 = C. 6, 55, 9. En esa norma y por primera vez se da la posibilidad a los nietos, hijos de una hija, que sucedan al abuelo en representación de la madre en concurso con hijos e hijas del difunto, aunque obteniendo solamente 2/3 de lo que hubiera conseguido su progenitora difunta. Faltando hijos del difunto, los nietos *ex filia* no excluían por sí solos a los agnados colaterales, porque a estos se les asignaba una cuarta parte del as = la Falcidia, y a los nietos el dodrante = 3/4 (el fragmento que recoge este reparto está en C. Th. 5, 1, 4, 1 pero los compiladores lo han suprimido en C. 6, 55, 9). Estas disposiciones se aplicaban también a los nietos, ex filio y ex filia, de una difunta decuius: esto es una novedad absoluta, porque el derecho de representación tanto para los hijos del hijo como para los de la hija, contemplados en el SC Orficiano, no conocía la *successio in locum*. Justiniano, en C. 6, 55, 12 abole la cuarta de los agnados, de manera que desde entonces los descendientes, tanto en línea masculina como femenina, excluyen siempre a los colaterales. La constitución no menciona el tercio que corresponde a los descendientes de primer grado, y por tanto no puede considerarse abolido. C. 8, 58 (59) 2 y C. 6, 56, 7 se refieren principalmente a la sucesión de la madre respecto de sus hijos intestados. Justiniano abolió el *ius liberorum*, con la primera constitución, fuente de iniquidad y complicaciones, y dispone, con la segunda, que la madre divida con los hermanos, agnados o emancipados, excluyendo a los colaterales ulteriores: el as viene repartido en cuotas viriles si son solo hermanos varones o hermanos junto con hermanos, conforme al viejo principio, mitad y mitad, en caso de concurso con solas las hermanas. pp. 17 y ss, Muchas innovaciones y profundas en la disciplina de las sucesiones ab intestato se produjeron entre el año 530 y el 534. Sobre la adopción, sobre la sucesión en los bienes de los libertos, con la C. 6, 58, 6, 1 traslada a los hijos e hijas de las hermanas, incluidas las uterinas, de la clase de los cognados a la de los legítimos. En las Instituciones, publicadas el 21 de noviembre del año 533, presenta la justificación de las innovaciones precedentes, refiriendo fielmente las innovaciones introducidas en el Código, y cierra la serie de reformas anteriores a las Novelas, C. 6, 58, 15 del 15 de octubre del 534. Algunas Novelas anteriores al 543 introducen reformas.

preexistentes, que estaban restringidas a sectores específicos y no reducidos a unidad, como son: a) absoluta prioridad de los descendientes, de cualquier sexo o grado, sobre ascendientes y colaterales. El mejor derecho de los descendientes no tiene excepciones por razón de sexo del *decius*, o bien por su situación de sujeción a la *potestas*. b) derecho de representación ilimitado en el ámbito de los descendientes, tanto por línea masculina como femenina, y consiguiente división por estirpes. Nietos y bisnietos que suceden *in locum*, obtienen siempre, sin merma alguna, la cuota que habría correspondido a su ascendiente premuerto al *decius*. c) si son difuntos *alieni iuris*, el que los tiene bajo potestad, conserva el usufructo, como anteriormente, aunque sea excluido por los descendientes<sup>85</sup>. Todos los criterios sustanciales enunciados se aplicaban con anterioridad a la emanación de la Novela 118. d) el concurso general entre ascendientes y hermanos, tal como aparece en la Novela, no se encuentra precedentemente, porque es una innovación justiniana. e) prioridad de los hermanos y hermanas germanos sobre los consanguíneos y los uterinos. f) división *per capita* entre colaterales por encima del tercer grado. g) paridad de trato, en los respectivos órdenes, y paridad de grado en cada uno, entre hombres y mujeres<sup>86</sup>. Subsiste, además, con plena operatividad, la *successio ordinum et graduum*. Aunque la Novela 118

---

<sup>85</sup> Por lo que respecta a la sucesión de los descendientes, la Novela 118 no ha cambiado propiamente nada.

<sup>86</sup> No se debe confundir el trato igual dispensado a los dos sexos, con la equiparación de agnados y cognados, porque esto último se realiza plenamente con la Novela 118, mientras el primero, relativo a la igualdad de sexos, estaba ya operante desde el año 531 con Justiniano: C. Iust. 6, 58, 14 pr-5.

insiste en esa equiparación de los dos sexos como tales, no era la primera vez que se eliminaba dicha discriminación.

Esto demuestra la continuidad sustancial del sistema sucesorio intestado, respecto de la tradición jurídica precedente<sup>87</sup>. En el

---

<sup>87</sup> LAMBERTINI, Renzo, *I caratteri della Novella 118...*, op. cit., pp 39 y ss. El análisis realizado por Lambertini, (*I caratteri della Novella 118...*, op. cit., pp.43-4), permite a este romanista interpretar que el sistema de la Novela 118 es una síntesis romano-oriental, acercándose al punto de vista de Arangio Ruiz, que hemos expuesto más arriba, quien tenía la convicción de que en el régimen de la novela se acogen tendencias del sentimiento jurídico provincial, que serían su primera raíz. En la epígrafe de Gortina (isla de Creta, del siglo V a. C.) en la primera parentel o stirpe, se llama a la del difunto, y en caso de concurso entre hijos e hijas del difunto: se llama en primer lugar a los hijos de ambos sexos y a sus descendientes; a continuación al padre del de cuius: hermanos y sus descendientes; hermanas y sus descendientes. En el segundo parentesco, los varones y sus descendientes preceden a las mujeres y sus descendientes, además, las hijas concurren con sus hermanos en condiciones de inferioridad. Ibid., pp. 50- 53: En el sistema sucesorio ático, del siglo IV a. C., según Demóstenes, la sucesión intestada se basa en los parentescos, y en primer lugar vienen los hijos y descendientes del difunto, las hijas y sus descendientes, más tarde la del padre del difunto (hermanos consanguíneos y descendientes, hermanas consanguíneas y descendientes), finalmente abuelo paterno y familiares próximos. Son las stirpes paternas, pero si en ellas no se encuentra el heredero, se pasa a las maternas, siguiendo el mismo mecanismo, la parentela de la madre del difunto, hermanos uterinos y descendientes, hermanas uterinas y descendientes, concluyendo con el abuelo materno, etc. Se da preferencia al privilegio masculino, y a falta de las stirpes paternas entran en la llamada las maternas. Acogiendo lo expuesto por Filón de Alejandría, ibid., pp. 61-63, Lambertini comenta el sistema sucesorio mosaico en *De Vita Moisis*, 2, 243-245 y *De specialibus legibus* 2, 124-133. En la primera obra se refleja la llamada que aparece en el Antiguo Testamento. En la segunda aparecen también las tías, hermanas del padre, que heredan después de los hermanos de este último y antes que los ulteriores parientes más próximos en grado. Se aplicaría un sistema de stirpes, que aparece de modo inequívoco en la Mishnah, sistema fundado sobre las parentelas. En el Talmud, ibid., p. 65, hay los siguientes órdenes en la sucesión intestada: A) a) hijos y descendientes; b) hijas y descendientes. B) a) padre; b) hermanos consanguíneos y descendientes; c) hermanas consanguíneas y descendientes. C) a) tíos paternos y descendientes; b) tías paternas y descendientes. D) Parientes próximos ulteriores Por lo que se refiere al derecho sirio-egipcio, este investigador se remite a Carlo Alfonso Nallino, quien ha reconstruido el siguiente sistema, basado en la parentela: A) primer grado de parentela: 1. hijos e hijas, con cuotas iguales. El derecho de representación era por stirpes no per capita, y corresponde solo a los hijos,

sistema intestado romano se rechaza por parte de Justiniano el principio vinculado al origen del patrimonio a heredar, según el cual los bienes paternos a los parientes paternos y los maternos a los maternos, aplicándose en exclusiva la regla de la proximidad de grado. Se hace división entre ascendientes por línea paterna y materna, independientemente del número de integrantes de cada una, sin que los más próximos de grado al *de cuius*, de una línea, dividan con los ascendientes más lejanos de la otra.

Arangio Ruiz<sup>88</sup>, duda en sostener que el emperador bizantino llevara a cabo la completa parificación de la línea masculina a la femenina, y de los varones a las hembras, porque se limitaría a recoger legislativamente las verdaderas tendencias existentes en la sociedad bizantina, además de reflejar una de las abstracciones moralísticas, “*che fanno impunemente bella mostra nelle leggi quando l’interessato ha molto di derogarvi*”.

Este planteamiento contrasta con el de Juan Iglesias<sup>89</sup>, para quien el emperador bizantino, con las Novelas 118 y 127, instaura un nuevo orden sucesorio, donde triunfa rotundamente el principio de la

---

varones y mujeres, de los hijos varones. 2. Padre. 3. Hermanos y hermanas, con cuotas iguales; si la madre está viva, conurre con ellos en una porción igual. El derecho de representación por estirpes corresponde solo a los hijos, varones y hembras, de los hermanos varones. B) Genus agnatorum, o parientes machos de la parte masculina de la parentela del padre del difunto: 4. Tíos paternos, varones y su representación... C. Genus cognatorum, o parientes machos de la parte femenina de la parentela del padre del difunto: 5. Hijos varones de las hijas. 6. Hijos varones de las hermanas. 7. Hijos varones de las tías paternas. D) Parientes varones de la línea de la madre del difunto, siguiendo el orden dispuesto para los grupos B y C.

<sup>88</sup> ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Osservazioni sul sistema della successione legittima...*, op. cit., p. 467.

<sup>89</sup> IGLESIAS, Juan, “La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno”, en *Estudios. Historia de Roma – Derecho Romano – Derecho Moderno*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, p. 264 y 270.

cognación. El derecho de los legitimarios se coloca en primer plano, por fuerza de razones morales, en perjuicio de la posición preeminente que a lo largo de muchos siglos tuvo el testamento. La herencia romana y la moderna coinciden en un punto: una y otra entrañan un traspaso de bienes.

### 3. Derecho altomedieval

En este período se derogan estos principios de absoluta equiparación de los herederos, hijos legítimos del difunto, por razón de sexo, salvo en alguna normativa particular de los pueblos germanos, que expondremos a continuación. Como hizo notar Coing<sup>90</sup>, Justiniano había equiparado en la sucesión legal a hombres y mujeres, mientras en los derechos medievales con frecuencia se postergaban a las mujeres.

#### a) Visigodos

A propósito de la legislación visigoda, Pérez-Prendes<sup>91</sup> puso el acento en el dato según el cual la mujer recibe solamente el usufructo de los inmuebles, mientras la propiedad va a sus herederos legítimos, aunque este principio fue abolido por Leovigildo, remitiéndose a CE 320<sup>92</sup> y LI 4-2-1, *antiqua*.

El primero de los textos normativos citados, lleva al estudioso a CE 320.5<sup>93</sup>, según el cual:

---

<sup>90</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín, vol. I, (1500-1800)*, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996, p. 704.

<sup>91</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Historia del Derecho español*, vol. I, Madrid, Universidad Complutense, 2004, p. 656:

<sup>92</sup> Álvaro D'Ors apelaba como origen del precepto euriciano, entre otros, a la *lex Voconia*, que es un texto relacionado con la LRV, pero no con el CE de matiz germánico.

<sup>93</sup> *El Código de Eurico*. Edición, palíngenesia, índices por Álvaro D'Ors, Roma-Madrid, IJE, 1960, p. 37: título de *successionibus*, 320.5.

*Quod si parentes sic transierint, ut nullum fuerit testamentum, ea puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suum terras suis heredibus relinquat; de reliqua facultate faciendi quod voluerit in eius potestate consistat.*

Interpreta Álvaro d'Ors<sup>94</sup>, cuyo criterio compartimos, que el texto de esta ley resulta difícil, porque fue sustituida por otra muy breve de Recesvinto: LV 4.2.1, en la que tan solo se afirma la paridad de hijos e hijas para heredar *ab intestato* del padre o de la madre, lo que se corresponde tan sólo con el §5 de la ley Euriciana antes citada<sup>95</sup>:

*Ut sorores cum fratribus aequaliter in parentum haereditate succedant.  
Si pater vel mater intestati discesserint, sorores cum fratribus in omni parentum haereditate absque aliquo obiectu aequali divisione succedant.*

Este §5 introduce la hipótesis de la sucesión intestada, pero siempre en atención a la posición de la mujer. Las hijas heredan la misma porción que sus hermanos, pero sobre los inmuebles no pueden realizar actos de disposición, pues deben quedar para los sucesores legítimos de las mismas; sí, en cambio, sobre los muebles. Se reafirma el principio que es fundamental en la legislación de Eurico: las mujeres no tienen poder de disposición sobre los inmuebles, porque éstos deben reservarse para sus sucesores legítimos. En este sentido puede hablarse que tienen un usufructo sobre los inmuebles, pero entendiéndose que no hay una atribución *a priori* de la nuda propiedad, pues eso depende de que tenga descendencia (sin haber incurrido en el delito de casarse, sin el consentimiento familiar), o

---

<sup>94</sup> *El Código de Eurico*. Edición, palingenesia, índices por Álvaro D'Ors..., op. cit., pp. 255-257.

<sup>95</sup> *Fori iudicum* IV, 2, 1.

no: el nudo propietario de los inmuebles, que ella hereda, son los que resulten ser su sucesores legítimos: *suis heredibus*.

No resulta exacto afirmar, que las mujeres ceden a los herederos varones, con quienes concurren, la nuda propiedad de los inmuebles que heredan, puesto que tal afirmación vale para la que no tiene otros herederos legítimos preferentes, pero no, por de pronto, para la que tiene hijos<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Álvaro d'Ors insiste en una realidad histórica, según la cual las mujeres no heredaban como los hombres en derecho romano clásico. Aparte de la *Lex Voconia*, caída en desuso en fecha incierta, que prohibía a los ciudadanos acaudalados instituir las herederas, y las limitaciones impuestas por las leyes caducarias, con el *ius liberorum*, así como las restricciones del SC Tertuliano, y la exclusión de las hijas y sus descendientes del patrono en el llamamiento legítimo a la herencia del liberto, Nov. Val. 25 (24), 4, es necesario tener presente que las agnadas de tercer o ulterior grado de línea colateral, es decir, sobrinas, tías, primas, quedaban excluidas de la herencia *ab intestato*, según Gayo 3, 23, y solamente podía pedir la *bonorum possessio unde cognati* (Gayo 3, 29, CJ 6, 58, 14, del año 531, e Inst. 3, 2, 3), sin respetarles el parentesco agnaticio y como simplemente cognadas. Esta postergación se entendió como simple exclusión de la herencia *ab intestato*, en PS 4, 8, 20 (22), que es una fuente del siglo IV: *feminae ad hereditates legitimas ultra consanguíneas successiones*, es decir, de los hermanos, *non admittuntur*. Por tanto, quedan excluidas de la herencia legítima de un pariente más lejano que el hermano, lo que es una limitación que se entiende como medida antifemenina, y por ello se la pone en relación con la citada *Lex Voconia*, en el fragmento de Paulo: "*idque iure civil Voconiana ratione videtur effectum*". En el siglo IV, como hemos visto más arriba, agnados son los sucesores varones por encima del segundo grado, hermanos, por línea viril, a tenor de PS 4, 8, 13: "*agnati autem sunt cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes*", excluyendo de este grupo a los hermanos o *consanguinei*, puesto que no son descendientes, tal como indica PS 4, 8, 17, por lo que la inclusión ahora de los hermanos entre los agnados se entiende que obra de la interpretación jurisprudencial: PS 4, 8, 3. Interpreta Álvaro d'Ors que hubo en el siglo IV una contaminación entre la postergación de los cognados, parientes *per feminam*, y la incapacidad de heredar *ab intestato* de las mujeres por encima del segundo grado colateral, de modo que ya en el siglo V, las mujeres quedaban excluidas de la sucesión *ab intestato* de los parientes colaterales, más allá de la hermana. *El Código de Eurico*. Edición, palingenesia, índices por Álvaro D'Ors..., op. cit., pp. 250-252.

Este régimen es el que encontraron los visigodos como derecho vigente, y Eurico colocó a las mujeres, y parientes *per feminam*, en una situación menos indigna. La LV aparece con un régimen sucesorio continuador del sistema de llamadas según un orden más próximo a Justiniano, sin ocuparse de los problemas afrontados por Eurico, cuyas leyes giran en torno a la posición sucesoria de la mujer y de los parientes por línea femenina, en el título *de successionibus*, a partir de CE 332<sup>97</sup>.

Más recientemente, Remedios Morán<sup>98</sup> ha insistido que, entre los visigodos y en materia sucesoria, por influencia del derecho germánico, a la mujer se le impide la herencia de bienes inmuebles: CE cap. 320, prohibición derogada posiblemente por Leovigildo en el *Codex Revisus*, de manera que en materia sucesoria fue desapareciendo la desigualdad hombre-mujer, equiparándose en época de Chindasvinto: *Liber Iud.* 4, 2, 1; 5, 9-10<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> En el CE se admite la capacidad sucesoria de la mujer, pero se le inhabilita para disponer de los bienes inmuebles en beneficio de sus herederos legítimos, a los cuales se reserva la propiedad, lo que implica que adquiere el usufructo de los mismos, ante un posible heredero varón. Así se establece en CE 320 para las hijas que concurren con sus hermanos, y se extiende a los bienes para la uxor que concurre con sus hijos en la herencia de su marido, CE 322, Interpreta d'Ors que este régimen legal más que imponer una limitación a la capacidad hereditaria de la mujer, es un sustitutivo de la desaparecida *auctoritas tutoris*, ya que sin consentimiento de los parientes varones no podía disponer de los inmuebles, porque tenían estos una como nuda propiedad sobre los inmuebles. Además, la mujer tiene otra limitación en la capacidad sucesoria, cuando los cónyuges concurren juntos a la herencia de los ascendientes, porque no heredan partes distintas, sino una sola, que hereda el marido, en CE 336, *pater aut mater*, por lo que la abuela materna solamente concurre con el abuelo paterno si no vive su marido. *El Código de Eurico*. Edición, palingenesis, índices por Álvaro D'Ors..., op. cit., pp. 252-253.

<sup>98</sup> MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 83.

<sup>99</sup> Esta igualdad contrasta con el régimen aplicable más tardíamente en algunos territorios hispanos, a tenor de las *Costums de Tortosa*, 4, 9, 12, respecto de la

Si examinamos los preceptos del *Liber Iudiciorum*<sup>100</sup>, y su traducción castellana bajo medieval, intitulada *Fuero Juzgo*, podemos verificar que en el primero de los cuerpos legales visigodos citados, *Fori iudicum* IV, 2, 2, se dispone: “*Quod in haereditatis successione filii primi sunt*”:

*In haereditate illius, qui moritur, si intestatus discesserit, filii primi sunt: si filii desunt, nepotibus debetur haereditas: si nec nepotes fuerint, pronepotes ad haereditatem vocantur: si vero qui moritur nec filios, nec nepotes, seu patrem, vel matrem relinquit, tunc avus, aut avia haereditatem sibimet vindicabit.*

En *Fori Iudicum* IV, 2, 9, del rey Chindasvinto se proclama abiertamente el derecho de la hija a recibir la herencia paterna y materna sin discriminación alguna frente a los hijos varones:

*Flavius Cindasvintus rex. Quod in omnem haereditatem femina accipi debeat*

*Femina ad haereditatem patris aut matris, avorum vel aviarum, tam paternorum quam maternorum, et ad haereditatem fratrum vel sororum, sive ad has haereditates, quae a patruo vel a filio patru, fratris etiam filio vel sororis relinquuntur, aequaliter cum fratribus veniat. Nam iustum omnino est, ut quos propinquitas naturae consociat, haereditariae successionis ordo non dividat.*

---

protección del *nasciturus*, diferencia entre varón o hembra, ya que se asigna distinta cuantía en razón del sexo. En Castilla, desde el nacimiento, se discrimina a la mujer respecto a los varones en el caso de partos múltiples: Partida 7, 33, 12. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 375: si nacen niño y niña, y se duda cual fue primero, hay presunción a favor del hijo que toma los derechos de primogénito; en cambio, si son dos varones o dos hembras y hay duda, se supone nacidos simultáneamente. Con el avance de la Recepción y la naturaleza de los hijos, se consolida la discriminación de los ilegítimos frente a los legítimos, que son los que tienen plena capacidad en materia sucesoria.

<sup>100</sup> FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, pp. 50-52 y 59-60.

El precepto siguiente, del mismo cuerpo legal visigodo, insiste en el derecho de la hija en la herencia materna, conforme a la proximidad de grado, junto a los varones, en régimen de completa igualdad<sup>101</sup>, mientras que en *Fori Iudicum* IV, 5, 4<sup>102</sup>, a propósito de los hijos nacidos de diversos progenitores, concurrirán las hijas con los hermanos respecto del mismo padre<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 51. *Fori Iudicum* IV. 2. 10. “*Item ut in omnem haereditatem femina accipi debeat, et quod qui gradu alterum praecedit, ille successionem vicinior capiat. Has haereditates, quae a materno genere venientibus, sive avunculis, sive consobrinis, seu materteris relinquuntur, etiam feminae cum illis, qui in uno propinquitatis gradu aequales sunt, aequaliter partiantur. Nam omnem haereditatem, qui gradu alterum praecedit, obtineat*”.

<sup>102</sup> FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, pp. 59-60: *Fori Iudicum*, IV, 5, 4. “*Flavius Chindasvindus Rex. De filiis ex diversis parentibus natis, et qua discretione parentum adsequantur haereditatem ...Si ex uno patre, et diversis matribus filii nati fuerint, facultatem, quae de patre venerit, illi tantum inter se erunt aequaliter divisuri, qui ex uno patre fuerint procreati. Similiter et si de una matre, et de diversis patribus filii nati fuerint, id praecipimus observari. Nam et si una mulier de plurimis maritis filios habeat...*”.

<sup>103</sup> FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 67: IV. 2. 1. Que las ermanas deven venir egualmientre con los ermanos a la buena del padre. Si el padre o la madre mueren sin fabla, las ermanas deven aver egualmientre la buena del padre con los hermanos. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 67: IV. 2. 2. Que los fijos deven eredar primeramientre en la buena del padre. En la heredad del padre vienen los fijos primeramientre. E si non oviere fijos, devenlo aver los nietos; é ei non oviere nietos, devenlo aver los bienietos. E si non oviere fijos, ni nietos, ni padre, ni madre, dévenlo aver los avuelos. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 68. IV.2.9. Que la muier puede aver parte en toda heredad. La muier debe venir egualmientre con sus ermanos a la buena del padre, e de la madre, e de los avuelos, e de las abuelas de parte del padre e de parte de la matre; e otrosi a la buena de los hermanos e de las ermanas. E otrosi debe venir a la buena de los tios, e de las tias, e de sus fijos Ca derecho es que aquellos que natura fizo igualmente parientes, egualmientre vengán a la buena. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 68. IV.2.10. Que la mugier puede heredar, e aquel que fuere en grado mas propinquo debe aver la heredad. Las heredades de parte de la madre, e de os tios, e de las tias, e de sus fijos, las muieres deven partir igualmente con aquellos que son tan propinquos cuemo ellas. Ca toda heredad deven aver aquellos que son en mas propinquo grado. FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015, p. 68. IV.5.4. De los fijos que non son dun padre... Si son dun padre e non duna madre, la buena del padre deven

Besta insiste que<sup>104</sup>, en el *Breviario de Alarico*, la hermana germana y la consanguínea concurrían con el hermano, nacido del mismo padre, mientras se postergaba a la hermana uterina. Si se pone en relación con la normativa de Justiniano, el derecho justiniano distinguió entre hermanos bilaterales o unilaterales, concurriendo los primeros con los ascendientes, mientras que los segundos venían después, tanto si eran uterinos como consanguíneos.

Examinando los capítulos de la LRV y la *interpretatio*<sup>105</sup>, observamos que en C. Th. 5, 1, 3, la *interpretatio*, afirma que si la hija emancipada muere intestada, y deja sobrevivientes al padre, la madre e hijos, excluidos el padre y la madre, "*filiis soli in eius hereditate succedunt*", que es una constitución de Graciano, Valentiniano y Teodosio, mientras que C. Th. 5, 1, 4. Constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, dispone, conforme a la *interpretatio*: si alguien muere intestado, dejando supérstites hijos e hijas, o nietos de la hija fallecida, los hijos suceden en su porción; los nietos de la hija pierden una tercera parte de porción en la herencia de la madre...", con lo cual los descendientes no reciben la misma porción de la herencia, lo que se reitera en C. Th. 5, 1, 5, de Arcadio y Honorio, respecto de la herencia de los nietos de una hija en la sucesión de sus abuelos. A tenor de C. Th. 5, 1, 6, de Honorio y Teodosio, la

---

aver los filios que son dun padre. E otrosi los filios que son duna madre e non dun padre, deven aver la buena de la madre..."

<sup>104</sup> BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, op. cit., pp. 93-95.

<sup>105</sup> AA.VV., *Le Bréviaire d'Alaric. Aux origines du Code civil*, dir. M. Rouche et Bruno Dumézil, París, PUPS, 2009. P. 317: La *expositio* del libro V sustituye a los doce títulos del Breviario en cinco secciones o *capitula*: el primer grupo esencial del título 1 se intitula *De legitimis heredibus*: LRV C. Th. 5, 1 3-8. HÄNEL, Gustav F., *Lex romana visigothorum*, reimpr. de la ed. de Leipzig, Teubner, 1849, Pamplona, Analecta, 2006, pp. 136-141.

emancipación del padre o de la madre no afecta a la sucesión de los nietos en los bienes de la abuela, pero pierden una tercera parte de dicho patrimonio, merma que contemplamos para el hijo adoptivo en la constitución C. Th. 5, 1, 7 de Teodosio y Valentiniano<sup>106</sup>.

Remedios Moran<sup>107</sup> interpreta que la sucesión visigoda se fundamenta en tres fuentes: romana, germánica y canónica, y uno de sus principios rectores es: en la sucesión intestada, la herencia va a los parientes más próximos, según el orden de descendientes, ascendientes y colaterales hasta el séptimo grado, pero no hay igualdad de trato en todos los llamados.

#### b) *Los burgundios*

La *Lex romana burgundiorum* promulga diversas normas que se aplican en la sucesión intestada. En ellas se muestra la vigencia del Derecho clásico romano, pero también las del Código Teodosiano, con remisión directa a este cuerpo legal posclásico.

Basta recordar la regla del título X, 1: “conforme a la disposición de Gayo, si no hay testamento, los hijos suceden al padre o a la madre con igual derecho”, previendo el derecho de representación a favor de nietos y nietas, en la segunda parte del precepto.

En X, 2 está prevista la merma adquisitiva para los descendientes de la hija que son llamados a la herencia: “Si muriese una hija, viviendo los padres, pierdan sus hijos un tercio de la porción de la madre, y

---

<sup>106</sup> Estos mismos emperadores promulgan otra constitución, recogida en C. Th. 5, 1, 8, cuya *interpretatio* es muy simple: La madre con *ius liberorum*, muerto el hijo o la hija, y dejando otras hijas supérstites, pero ningún hijo, se reparte la herencia con las hijas, pero para ella será la mitad y la otra mitad se divide entre todas las hijas, con independencia de su número.

<sup>107</sup> MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I. Parte teórica, Madrid, Universitas-UNED, 2002, p. 390.

sucedan doblemente en la porción materna. El otro tercio es para los tíos, hermanos o hermanas de la madre, según la ley del Teodosiano libro V...

En esta misma orientación, la regla X, 9 da prioridad a los agnados sobre los cognados, que fue una de las supresiones realizadas por Justiniano. En dicha norma se declara que los agnados, aunque sean de grado menor, se anteponen a los cognados más próximos. Y especifica: agnados son los que provienen de sexo viril, y cognados los que provienen por vía femenina.

Por último, en XXXVI,4, se dispone que si la madre no pide un tutor para el hijo dentro del año, pase o no a segundas nupcias, pierde la sucesión del hijo que muera en la pubertad, y dicha herencia es adquirida por los agnados.

c) *Longobardos*

El derecho germánico, en general, postergó a las mujeres frente a los varones. El derecho longobardo partió de la falta de igualdad de la mujer frente al varón. Las mujeres fueron discriminadas respecto de los varones del grupo familiar más restringido, es decir, frente a los hermanos y a los nietos, sucediendo solo si estos ya no existían. En la propia casa tuvieron solo el derecho a los alimentos, si quedaban en la misma y no se marchaban por matrimonio. No obstante, concurrían con los varones de grado posterior, es decir, con los nietos *ex fratre*. Será suficiente dar a conocer algunas disposiciones principales de su normativa, comenzando por el Edicto de Rotario, n.º 154<sup>108</sup>:

---

<sup>108</sup> *De filiis, legitimus et naturalis*. De los hijos legítimos y naturales.

Si alguno deja un hijo legítimo, es decir, un fulboran, y uno o varios hijos naturales, el hijo legítimo obtenga dos tercios del patrimonio del padre y el natural un tercio. Si los legítimos son dos los naturales tengan un quinto, independientemente de cuántos sean; si los legítimos son tres, los naturales obtengan un séptmo; si los legítimos son cuatro, los naturales tengan un noveno; si los legítimos son cinco, los naturales reciben una undécima parte; si los legítimos son seis, los naturales una décimo tercera parte; si los legítimos son siete, los naturales ganan una décimo quinta parte; si son más, se dividan el patrimonio del padre conforme a tal proporción<sup>109</sup>.

Por su parte en el n° 155, bajo el título *Nulli sit licentia*, dispone:

A nadie le está permitido dar al propio hijo natural igual o semejante al propio hijo legítimo, a no ser que los hijos legítimos, una vez llegados a la edad legal, den el propio consentimiento al padre<sup>110</sup>.

Atendiendo al objetivo de nuestro estudio, tienen mayor interés las reglas jurídicas de Rotario que se refieren a las hijas legítimas, en las que se constata la discriminación que sufrían respecto de los varones:

N° 158. Si alguno deja una hija legítima, y uno o varios hijos naturales y otros parientes próximos o herederos, estos se dividan los bienes del difunto en partes iguales, es decir, en tres partes: la hija legítima reciba cuatro onzas, los hijos naturales cuatro onzas, es decir un tercio, y los parientes próximos o herederos cuatro onzas o una tercera parte. Si no hay parientes próximos, entonces adquiera las cuatro onzas la corte del Rey.

---

<sup>109</sup> AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germánico*, Milano, La Storia, 1992, pp. 42-43.

<sup>110</sup> La edad legal son los doce años cumplidos.

N 159. Si alguno deja dos o más hijas legítimas y uno o más hijos naturales y otros parientes próximos, las hijas adquieren seis onzas, es decir, la mitad; los hijos naturales cuatro onzas, o sea, un tercio, y los parientes legítimos dos onzas, esto es, un sexto. Si no hay parientes, la corte del Rey perciba las dos onzas.

Nº 160: Si alguno deja una o varias hijas legítimas, y una o más hermanas legítimas, y también uno o más hijos naturales, las hijas y las hermanas reciban seis onzas, es decir, la mitad que dividirán entre ellos a partes iguales los hijos naturales cuatro onzas, esto es un tercio, y los parientes legítimos o la corte del Rey en su caso a falta de parientes legítimos, dos onzas, es decir un sexto...<sup>111</sup>.

Este posicionamiento de postergación de las mujeres en el Edicto de Rotario, respecto de los agnados, sufrió una reforma con Liutprando, en cuya regulación de las leyes añadidas, fueron preferidas a los agnados, como ya observó Enrico Besta<sup>112</sup>. Recordaremos algunos de sus preceptos que indican la vigencia de este régimen legal:

---

<sup>111</sup> Edicto de Rotario nº 171, (AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp.48-499): si alguno por enfermedad física o edad avanzada no tiene hijos y cree que no los va a tener, puede hacer donación de los bienes, pero si nacen después hijos legítimos queda anulada la donación y heredan estos al padre en calidad de herederos. "Si después de hecha la donación, nace una o más hijas legítimas, o bien uno o varios hijos naturales, tengan sus propios derechos, tal como se ha expresado anteriormente, y quede nula la donación". Edicto de Rotario, nº 181, (AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 60-61): *De nuptiis*. Si un padre da en esposa a otro su propia hija o un hermano a la hermana legítima, ella quede contenta con los bienes que ha recibido del padre o de la madre o del hermano el día en el que fue dada como mujer y no reclame nada. Nº 225, pp. 64-65: si un liberto deja hijas, tengan su derecho.

<sup>112</sup> BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961, p. 61: La equiparación entre varones y hembra parece que se conserva en la *Summa Perusina*: en ella se encuentra afirmada la equiparación entre macho y hembra, y responde a la paridad de cuotas: C. 20 1, 16.

*De successione filiarum*<sup>113</sup>: n° 1: “Si un longobardo muere sin hijos varones legítimos, pero deja hijas, estas le sucedan como herederas en toda la herencia de su padre y de su madre, como si fuesen hijos legítimos varones”; n°, 2: Si un longobardo durante su vida casa a algunas hijas y deja otras en su casa aptas para casarse, todas sucedan con igual derecho como herederas de su patrimonio, como hijos varones”. N°, 4: “Si un longobardo deja en casa hermanas e hijas aptas para casarse, estas han de suceder en partes iguales y con el mismo derecho en su herencia, igual que si hubiera dejado hijos legítimos”. Leyes del año quinto, n°. 14<sup>114</sup>: “si las hermanas permanecen en casa del padre, o se casan, sucedan en ambos casos a su padre y a su madre en todo su patrimonio, como está dispuesto precedentemente...” y n° 145<sup>115</sup>: Recordamos, como hemos dicho precedentemente, que si alguno muere y deja una o varias hijas, o una o varias hermanas aptas para casar, las hermanas y las hijas deven sucederle en partes iguales y con igual derecho; y si fallece una de las hermanas núbiles, la hermana que queda suceda de igual modo a la hermana....

El expositor del edicto, según Besta<sup>116</sup>, proporcionaba los criterios para la aplicación de las leyes sucesorias longobardas. Las *quaestiones et monita* llamaban a suceder: a) en primer lugar a los hijos; b) los padres; c) los hermanos y hermanas bilaterales y unilaterales; d) las hermanas del padre o de la madre; e) al agnado más próximo con exclusión de las demás mujeres. El famoso

---

<sup>113</sup> Liutgrando, en AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 128-131.

<sup>114</sup> AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 134-135.

<sup>115</sup> AZZARA, Cl. -GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi...*, op. cit., pp. 204-206.

<sup>116</sup> BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano...*, op. cit., p. 54.

capítulo 11 de Liutprando dispuso que los notarios *quoad hereditatem* deberían *secundum legem longobardam scribere*. Enrique II, el año 1019, introdujo una gran novedad, atribuyendo al marido un derecho hereditario sobre los bienes de la mujer con preferencia a todos, excepto a los hijos<sup>117</sup>.

#### 4. **Recepción del Derecho justiniano en la Baja Edad Media**

La opinión tradicional, recordada por Calasso<sup>118</sup>, define el Derecho común como el Derecho romano adaptado a las nuevas condiciones de vida. Sin embargo, en la revisión crítica de este enfoque se parte del hecho, según el cual *ius commune* es siempre y solamente el derecho contenido en la compilación justiniana, la *lex scripta in corpore iuris*, como reguladora suprema de todos los negocios y relaciones temporales, pero al cual confluyen otros elementos ideales, es decir, otras fuerzas históricas, y su elaboración dogmática, lo que permite expresar que hay una modernización del Derecho romano, convirtiéndolo en el *unum ius* del Imperio, otorgándole de nuevo una universalidad juntamente con la individualidad que era propia de aquel ordenamiento.

Respecto de la sucesión intestada, el autor de la *Summa Codicis trecentis*, mirando al régimen justiniano, proclamó la falta de toda diferencia entre varones y hembras, pero los estatutos municipales mantuvieron las costumbres, que eran divergentes. El principal

---

<sup>117</sup> Este estudioso italiano insiste en afirmar que en el derecho longobardo, Enrique II quiso que no solo entre los romanos sino también entre sus súbditos, el marido sucediese a la mujer en todos sus bienes, procedieran de cualquier fuente, si no tenían hijos, con preferencia al resto de posibles herederos. BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, op. cit., p.105.

<sup>118</sup> CALASSO, Francesco, "Il problema storico del diritto comune", en *Studi di Storia e diritto in onore di Enrico Besta*, per il XL anno del suo insegnamento, vol. II, Milano, A. Giuffrè, 1939, pp.463-513.

derecho de la mujer, en el régimen estatutario italiano, consistió en ser alimentada o dotada. La exclusión de las mujeres *propter masculos* fue presentada por los romanistas como una *consuetudo Lombardie*<sup>119</sup>. En realidad vigía, como ya observaba Alberico de Rosciate, *in tota fere Italia*: en Véneto, Piamonte, Liguria, Emilia, Romagna, Toscana, Umbría y las Marcas<sup>120</sup>.

Los glosadores acogieron las clases de sucesibles que impuso Justiniano, y las resumieron en los famosos versos<sup>121</sup>:

*Descendens omnis succedit in ordine primo:  
Ascendens prior geramus filius eius  
Tunc latere ex uno frater quoque filius eius  
(hi cuncti in stirpe succedunt: in capita autem)  
Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola  
Cognatusque heres quem continet ultima classis,  
Denique proximior reliquorum quisque superstes.*

La sucesión de los hijos nunca fue discutida, porque como enseñaba *Lo Codi*: “*naturalis ratio vult quod pater et mater (et avus vel avia) quando moriuntur dimittant avere suum et possessiones filiis suis*”<sup>122</sup>. Respecto de la sucesión de los descendientes legítimos, en origen rigió el

---

<sup>119</sup> Alberto da Gandino la consideraba ya como tal.

<sup>120</sup> Así lo reconocen, según Calasso, los estudiosos más relevantes, como Bruni, Nata, Campeggio y Palazzi

<sup>121</sup> BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961, pp. 61-62.

<sup>122</sup> *Lo Codi* VI, 57: “*Filii et filiae et nepotes ex his, qui sunt in potestate patris vela vi cum moriuntur sunt patri et avo sui heredes et necessarii... 58. Filii dicuntur heredes necessarii et filie, quis si filii sunt in potestate patris cum moritur, statim quando patermortuus est ipsi sunt heredes omnibus modis, sive velint sive non...*”. *Lo Codi, in der Lateinischen übersetzung des Ricardus Pisanus*. Herausgegeben von Hermann Fitting, Aalen, Scientia verlag, 1968, pp. 214-215. Cf. *Lo Codi en castellano, según los mss. 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional. Edición y estudio preliminar de Juan A. Arias Bonet*, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 305-306: VI,59-60.

principio de igualdad. Sin embargo, pronto surgieron causas para que hubiera diferencias entre ellos, como fueron el sexo y el orden del nacimiento, el tipo de unión en que habían nacido, y la sujeción o no a la patria potestad. En la *Summa perusina*, de finales del siglo XI o principios del XII, se dispone en 10, 1, 16, que estando en el mismo grado de parentesco, varones y hembras, heredan en paridad de cuotas.

Irnerio, en su *Summa*, 39, 1<sup>123</sup>, comienza por significar el cambio operado en el Derecho romano respecto de la sucesión intestada a través de las nuevas constituciones de Justiniano, al que no cita, para defender en el n° 3:

*Primo loco liberi admittuntur omni differentia sublata tam sexus quam potestatis patriae. Item cuiuscumque gradus sint vocantur et omnibus... si persona que precedebat de medio sublata est, filii et nepotes eius in stirpes admittuntur sine omni delectu et sine omni diminutione, sive ex masculino sive ex feminino genere sunt...*

La equiparación entre sexos, que impera en el derecho justiniano, llegó con las novedades introducidas por la Novela 118 del emperador bizantino. Con referencia al sexo, no se puede hablar de discriminación en la sucesión del hijo o de la hija, pero sí en la del padre y de la madre. La igualdad que impone Justiniano fue la excepción: la regla, incluso en los pueblos romanos, era la diferencia, acentuada en las leyes germánicas, y particularmente en el derecho longobardo, que trató a las hijas como si fueran un grado detrás

---

<sup>123</sup> *Summa Codicis des Irnerius, mit einer Einteilung.* Herausgegeben von Hermann Fitting, Berlin, J. Guttentad, 1894, p. 208.

respecto de los hermanos varones. La hija no fue llamada a suceder más que faltando los hijos varones, e incluso faltando los nietos<sup>124</sup>.

El *privilegium masculinitatis* se hizo más relevante a partir del siglo XI, porque entonces la mujer era excluida, según el derecho longobardo, solamente por los varones de igual grado, lo que se agravó a finales de esa centuria, ya que incluso le preferían los tíos, hermanos del *decuius*, y en general los agnados del cuarto y quinto grado. De este modo, eran llamadas a la sucesión con los nietos, con los ascendientes paternos femeninos, y con otros parientes colaterales.

En los territorios donde la sucesión femenina fue admitida en paridad de grado con los varones, como en Grecia<sup>125</sup>, se asignó a las hijas una cuota inferior de la que recibían los hijos, llegando incluso a la mitad, pero en ocasiones dependía del número de hijos. Si los

---

<sup>124</sup> La sucesión de la mujer tenía lugar cuando faltaban los varones, que eran *caput et finis familiae*.

<sup>125</sup> Según Beauchet (BEAUCHET, Ludovic, *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, t. III. *Le droit de propriété*, Amsterdam, RODOPI, 1969, pp. 445-457), el primer rango de herederos corresponde a los descendientes, si bien es la naturaleza más que la ley la que hace esa llamada a la sucesión del difunto, y este es un principio común a todo el derecho griego. Además, los descendiente llamados en primer lugar comprende no solamente los hijos legítimos nacidos del matrimonio del difunto, sino también los adoptivos, ya que el adoptado adquiriría todos los derechos de los hijos legítimos. Los hijos legítimos suceden sin distinción de los vínculos conyugales, de modo que los del primer matrimonio tuvieran mayores derechos que los del segundo. Si el difunto dejó hijos e hijas, en criterio de este autor, los hijos heredan pero no las hijas y este esquema se aplica en Atenas, así como en general en el derecho ático. En otros lugares, las hijas heredaban muy probablemente con los hijos, admitiendo la igualdad de hijos e hijas en muchas ciudades helenísticas, por influjo de los pueblos vecinos, sin que estuviera vigente el privilegio de masculinidad. (Ibid., pp. 457-465).

hermanos eran más de dos, todo varón debía recibir, en cualquier caso, el doble de las mujeres<sup>126</sup>.

Respecto de la sucesión intestada, Lalinde<sup>127</sup> reconoce como principio general que los descendientes disfrutaban de condición preferente, sin distinción de épocas, lo que es normal donde impera el Derecho común, aplicándose en Valencia, desde principios del siglo XV, el derecho de representación de los descendientes de segundo grado por fallecimiento de su progenitor. Entre los descendientes hay discriminación “en base a la relación agnaticia, en

---

<sup>126</sup> La filiación física es la relación natural que se establece entre la pareja humana y los frutos de su unión sexual. Frente al Derecho, ocupa lugar preferente la que éste considera aparecida de conformidad con sus prescripciones o “filiación legítima”, es decir, del matrimonio<sup>126</sup>. Los hijos naturales, definidos por las Leyes de Toro, como los que al tiempo de nacer o ser concebidos, los padres podían casarse sin dispensa, en la codificación se reduce al tiempo de la concepción, y pueden ser nacidos de barragana o bastardos, en terminología de las Leyes de Toro, admitiendo la legitimación. El resto de hijos ilegítimos no permiten la legitimación, y hay hostilidad general, mayor a causa de la concepción cristiana del matrimonio. A los hijos ilegítimos se les priva de derechos hereditarios, lo que hace el Derecho navarro-aragonés respecto de los adulterinos, aunque se permite dejarles algo, pero sin reclamar, a favor de los concubinarios. A los adulterinos, el Derecho romano les priva del derecho de alimentos, lo que otorga el Derecho canónico desde Clemente III, y se les concede con dudas en el Derecho castellano. Son los incestuosos, nacidos entre parientes colaterales; nefarios, nacidos de uniones entre ascendientes y descendientes; adulterinos, nacidos de adulterio; notos, nacidos de adulterio, aunque vivan en casa del marido agraviado; espúreos, nacidos esporádicamente, como los de barraganas que no viven en casa del señor y se entregan a otros hombres; los mánceres, que son los hijos de prostitutas, y se consideran hijos de pecado infernal. No entra en nuestro estudio el régimen sucesorio de los hijos ilegítimos, porque ya fue objeto de estudio muy minucioso, a través de la Recepción, desde Roma hasta la Edad Moderna, en la monografía GARCÍA FUEYO, Beatriz, *Recepción de las instituciones romanas en la biografía de Alonso Antonio de San Martín, hijo de Felipe IV*, Santiago de Compostela, Andavira, editora, 2015, 1147 pp., siendo complemento de la misma, con igual autora, la intitulada *Alonso Antonio de San Martín, obispo de Oviedo y Cuenca e hijo de Felipe IV*, Oviedo, Universidad, 2012, 512 pp.

<sup>127</sup> LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español...*, op. cit., pp. 836-838.

el Derecho romano<sup>128</sup>, pero también existió en época posclásica por el sexo y la legitimidad.

En cuanto al sexo, este historiador del Derecho español<sup>129</sup> entiende que al perder importancia la relación agnaticia por la cognaticia, la mujer “camina hacia su equiparación con el hombre”, mientras en derecho visigodo antiguo afecta a los descendientes de primero y segundo grado, lo que no ocurre en Roma, que solamente afecta a estos últimos<sup>130</sup>.

La discriminación por sexo entre los descendientes de segundo grado aparece en el Código Teodosiano C. Th. 5, 1, 4 como privilegio de masculinidad, porque nietos y nietas, hijos de una hija, *ex filia*, pierden una tercera parte de la porción que correspondería a su madre, a favor de los tíos o hermanos de la madre fallecida (*avunculi*), o con los hijos de aquellos (*nepotes ex filio del causante*), y

---

<sup>128</sup> La discriminación aparece en las XII Tablas porque son llamados como herederos sui solamente los descendientes bajo potestas en el momento de la muerte. Esta discriminación se atenúa con el pretor, al sustituir a los sui por los *liberi*, aunque obligándoles a colacionar. Progresivamente se cambia de la familia agnaticia a la cognaticia, de manera que en época posclásica se tiene la condición de *suus* aunque viva el abuelo. La mujer en derecho republicano y clásico no hereda a su paterfamilias si el matrimonio es *cum manu*, y no transmite la herencia a sus descendientes hasta el SC Orficiano, del año 178 d. C.

<sup>129</sup> LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español...*, op. cit., p. 837.

<sup>130</sup> La discriminación por sexo de los descendientes de primer grado aparece en el Código de Eurico, equiparando en principio a las hermanas con los hermanos, pero con algunas variaciones: a) pérdida de la porción en las hermanas que se casan después del fallecimiento de los padres, sin el permiso del grupo parental, o que se hacen religiosas en las mismas condiciones, y b) sustracción de la facultad de disponer sobre las tierras a las hermanas solteras y religiosas con el consentimiento familiar, que deben reservarlas a sus herederos, sin perjuicio de disfrutarlas. Reducido el poder de la familia, y disminuido el valor de la tierra, Leovigildo suprime las diferencias entre hermanos y hermanas, que reafirma, como hemos indicado anteriormente, Chindasvinto.

una cuarta parte si concurren solo con hermanos y hermanas del difunto-causante, es decir, tías y tíos abuelos, u otros agnados del *decius*, como los *patru*<sup>131</sup>.

Desde las constituciones imperiales del Bajo Imperio romano, según observa Besta<sup>132</sup>, se aplica la tendencia vulgar a postergar a la mujer respecto al varón, especialmente si fuera dotada (C. 6, 58, 1, 3), aunque, como hemos reiterado, la equiparación no se produjo hasta Justiniano. Dicha *aequatio* está reafirmada en la *Summa* perusina, y se reafirma la *aequa divisio* entre hermanos y hermanas en la *Lex Romana Rhaetica Curiensis*: IV, 4, 2, aunque, en criterio de Besta, hay duda que se llevara a la práctica, salvo en Cerdeña. En otras regiones se afirmó con carácter general el *favor masculinitatis*, de modo que la equiparación pudo producirse en algunos lugares por influjo del mundo germánico<sup>133</sup>.

En el medievo, el *favor masculinitatis* llevó a distinguir entre *nati ex femina* y *nati ex masculo*, dando preferencia a estos sobre aquellos. La diferencia entre las dos líneas desaparece con la Revolución francesa, que divide el as hereditario en dos partes, una paterna y

---

<sup>131</sup> Eurico confirma la solución en el primer caso, y elimina la del segundo, solución que prevalece hasta el *Liber Iudiciorum*, en que desaparece totalmente la discriminación por el sexo.

<sup>132</sup> BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, op. cit., p. 94-95.

<sup>133</sup> En el derecho longobardo, frente a los hermanos, las hermanas tuvieron solo derecho al faderfio: las hermanas fueron además herederas de sus hermanas, a tenor del *De ordine successionis ab intestato secundum ius longobardum* &6, y las *Quaestiones et monita* &61, aunque algunos longobardistas no dan crédito a este planteamiento. Desde Liutprando, las hermanas casadas, salvo la carga de la colación, fueron llamadas a dividir *pariter atque aequaliter* la herencia de la hermana premuerta. Concurrían con las hijas del *decius*. Astolfo llama incluso a concurrir con ellas a las tías.

otra materna, y no hay trasvase de una línea a otra más que si se había agotado.

Ya hemos referido cómo el cristianismo influyó decisivamente en la equiparación de los sexos en el derecho de la sucesión intestada de manera eficaz, y triunfó plenamente en la legislación justiniana<sup>134</sup>, pero en las regiones italianas en las que no se asentó el derecho de Justiniano, el predominio del viejo derecho quedó vigente<sup>135</sup>.

Actualmente, es una *communis opinio*, que la Recepción del Derecho común, con el influjo de elementos de Derecho canónico, romano y germánico<sup>136</sup>, por este orden, hace que prospere la tendencia a defender intereses particulares de acumulación patrimonial, no solamente en lo relativo a adquisición y conservación de bienes inmuebles, sino también lucros que se obtienen de la actividad creciente derivada del comercio. Entre los principios fundamentales de este período se encuentra la aplicación de vinculaciones del patrimonio, como el mayorazgo en Castilla, y la pervivencia de la comunidad patrimonial en el resto de territorios españoles, pero no hay diferencia en el llamamiento entre hijos legítimos y legitimados<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano...*, op. cit., pp. 61-62.

<sup>135</sup> En el Paulo visigótico se afirma que regularmente las mujeres no pueden suceder con los varones de igual grado; solamente *deficientibus agnatis* suceden *cum viris qui equalis gradus sunt*. Y lo mismo se expresa en el Gayo visigótico y en la *Lex Romana Burgundiorum*: X, 9; 36, 4; 37, 2. La *Lex Romana Curiensis* dirá además: *hereditas ad feminas venire non potest*. Pero no aclara si esto tiene lugar solamente cuando hay agnados de igual grado, o incluso cuando existan agnados de cualquier grado.

<sup>136</sup> Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 392.

<sup>137</sup> Por influjo del Derecho canónico se restringen los derechos hereditarios de los hijos naturales y de los ilegítimos. Por otra parte, en el derecho sucesorio medieval priman como principios generales la indivisión del patrimonio y la

Al exponer los perfiles generados por un Derecho romano renacido y recreado, Pérez Prendes<sup>138</sup> no deja de colocar en lugar destacado la sucesión intestada, en la que enuncia como características más relevantes la igualdad de sexos y la eliminación del vínculo de agnación por la cognación, equiparando a los hijos legítimos con los adoptivos en base a la *imitatio naturae*. Además, haciéndose eco de la normativa de Alfonso X<sup>139</sup>, en *Las Siete Partidas*, recuerda que la regla de prelación u orden de llamadas a la sucesión legítima fue: hijos, ascendientes, colaterales, cónyuge supérstite y fisco público, porque este sería el orden presumible en la voluntad del legislador y el que debe coactivamente establecer la ley, que es la que otorga su título al heredero, y no el difunto.

En Decretales X 3, 26<sup>140</sup>, se trata de la sucesión *ab intestato* después de la sucesión mediante testamento, conforme al título 27 del mismo

---

igualdad de los hijos en la herencia. Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 397. Para el alemán Coing (COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 75), y por lo que se refiere al *Ius Commune*, tres hechos fueron decisivos para la evolución del derecho de sucesión intestada: la interpretación de las fuentes que era especialmente difícil, porque la nueva regulación de Justiniano dejó abiertas muchas cuestiones, en particular la relación con las vigentes hasta entonces. El sistema de la sucesión especial en determinados bienes vinculados, como feudos y mayorazgos, desplazó la ordenación del *Corpus Iuris*. Por último, el Derecho común casi en ningún lugar estuvo vigente ilimitadamente, porque fue excluido o cambiado en regulaciones territoriales tanto del derecho estatutario como del consuetudinario. Ibid., p. 759: la representación por estirpes se aplica a la primera clase de herederos, es decir, a los descendientes, y en los colaterales respecto de los hijos del hermano premuerto, pero no se aplica a los ascendientes.

<sup>138</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Las bienaventuranzas del Derecho romano*, op. cit., pp. 109-110.

<sup>139</sup> PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Historia del Derecho español*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 2004, pp 1719 y ss. Recepción del Derecho común, II, Derecho privado. Las llamadas, pp. 1726-1728.

<sup>140</sup> Título: “*De testamentis et ultimis voluntatibus*”.

libro<sup>141</sup>, “porque a menudo los hombres fallecen *ab intestato* y pudiera dudarse acerca de la sucesión”. Como observa Bussi<sup>142</sup>, ello no indica más que el reconocimiento al individuo y a su última voluntad, también proclamado en el Derecho canónico, porque lo normal u ordinario es la sucesión mediante testamento, y la llamada legítima o intestada representa una excepción, por lo que a esta no se acude más que en defecto de la primera, siguiendo el planteamiento de las XII Tablas, y acorde con la doctrina de Bártolo de Sassoferrato<sup>143</sup>: “*Successio ab intestato cessat donec potest habere locum successio ex testamento*”, lo que ocurre en cuatro supuestos: a) el testamento es nulo; b) el testamento es inválido o hecho *non iure*; c) el testamento se ha roto, porque ha nacido un heredero necesario después de su confección; d) el heredero no puede aceptar la herencia<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> “*De successionibus ab intestato*”.

<sup>142</sup> BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, rist. anast., Padova, Antonio Milani, 1971, pp. 125 y ss.

<sup>143</sup> BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Tractatus de successionibus ab intestato, en Consilia, quaestiones et tractatus*, Venetiis 1590, fol. 157, n. 28. En el mismo sentido, cf. SUSA, Enrico da, *Summa aurea*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1568, parte III, *De successionibus ab intestato*, n. 1,

<sup>144</sup> Vid. DINO DA MUGELLO, *De successionibus ab intestato*, en *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum caesarei iurisfacultate iurisconsultorum*, Venetiis 1584, vol. VIII, parte I, fol. 138r y ss. CINO DA PISTOIA, *De successionibus ab intestato*, fol. 319. MATTESILANO, Matteo, *De successionibus ab intestato*, Bologna, Ugo Rugerius, 1489, fol. 321r; ROLANDINO DEI PASSEGERI, *De successionibus ab intestato*, fol. 355r; COVARRUBIAS, Diego de, *De successionibus ab intestato*, fol. 587: *Quo ordine agnatio, vel familia sit admittenda ad ea bona quae vel ex fideicommissio, vel primogenio familiae, vel agnationi deferuntur*, en *Practicarum quaestionum*, caput 38, *Opera omnia*, t. II, Lugduni, sumpt. Ph. Tinghi, 1574. Los comentaristas del *ius commune*, como aprecia Bussi, no desestiman las diferencias entre el *ius vetus* y el *novissimum* del Derecho romano, por lo cual Bártolo enumera sus características: 1) Inicialmente el hijo emancipado no sucedía más que por derecho pretorio, pero “*hodie*”, siguiendo

El orden legal de sucesión intestada para los comentaristas debe seguir el orden natural de los afectos, los cuales primeramente descienden en los hijos, luego se remontan a los que nos han dado la vida, y finalmente se expanden lateralmente a los que llevan nuestra misma sangre, cuyo planteamiento es asumido por las sentencias de la Rota romana, cuando afirman que el heredero legítimo encuentra el fundamento de la sucesión en la ley, la cual se presume que ha interpretado la voluntad del difunto<sup>145</sup>.

Bártolo interpreta que la primera causa de sucesión corresponde a los “*liberi*”, pero más que remitirse al Derecho romano, opera el precepto del apóstol Paulo, segunda carta a los Corintios, 12, “*nec debent filii thesaurizare parentibus, sed parentes filiis*”<sup>146</sup>, recordadas

---

al derecho pretorio y justiniano, ha desaparecido cualquier diferencia entre sujetos a la patria potestad y emancipados. 2) Inicialmente el nieto, hijo de la hija, no se admitía a la sucesión con los abuelos más que disminuyendo un tercio, según C. 6, 55, 9 y C. Iust. 6, 20, 19, pero en su tiempo anota: “*aequaliter succedunt*”, en virtud de la Novela 18, cap. 4. 3). Existiendo hermanos, el padre era llamado con la madre “*in bessem ususfructus*”, pero en el Medievo, “*in viriles admittuntur*”. 4) Finalmente, mientras que los consanguíneos eran admitidos por derecho civil, y los uterinos por el pretorio, en época Bajomedieval, según Dino de Mugello, “ha desaparecido la diferencia entre agnados y cognados”. BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., p. 127,

<sup>145</sup> BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., p. 140 y nota 2. Por este fundamento, vienen llamados a heredar: a) primero los hijos, b) le siguen los ascendientes, c) prosiguen los transversales, y d) finalmente el cónyuge supérstite. Finalmente, faltando todos los anteriores pasa e) al fisco.

<sup>146</sup> 2 Cor. 12, 14: “... Efectivamente no corresponde a los hijos atesorar para los padres, sino a los padres atesorar para los hijos”.

textualmente en el Decreto de Graciano C. 16 q. 1 c. 64<sup>147</sup>, aunque no tiene conexión alguna con la materia de las sucesiones<sup>148</sup>.

En el Derecho común, según Bussi, y en línea de principio, no parece conocerse diferencias por razón de sexo entre los hijos, ya que varones y hembras tienen derecho a los bienes que deja quien les ha dado la vida, aunque estaría en suspenso este principio si el estatuto no reconoce en la categoría de hijos más que a los de la línea masculina: *“filiorum appellatione non veniunt filiae quando exstat statutum foeminas excludens propter masculos”*, o *“filia statuto exclusa sicut non succedit ab intestato, ita nec in bonis quae a lege deferuntur”*<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> *Episcopi turpis lucri gratia nichil a monachis vel clericis suis exigere debent.... Non debent filii thesaurizare parentibus, sed parentes filiis...* Cf. BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., pp. 141-142:

<sup>148</sup> El canonista del Bajomedievo Juan Andrés, entiende que la herencia va a los hijos *“prout voto parentum”* (*votum est alicuius boni Deo facta promissio vel publicatio*), mientras que la de los hijos va a los padres *“solo pietatis causa”*, pero esta remisión es tan importante que permite sostener el principio de que los hijos merecen más que las causas pías, salvo que tengan ya asegurada la legítima.

<sup>149</sup> BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., pp. 142- 146, Aunque los estatutos demuestran en este planteamiento más severidad que los doctores y las varias Rotas, sin embargo se muestran más comprendidas en el tratamiento de los hijos ilegítimos. El Derecho canónico, en X 4. 17, se muestra mucho más dispuesto a perdonar las debilidades humanas y favorecer la causa de las personas miserables, entre las cuales se enumera a los hijos de la culpa, aunque diferencia unos hijos legítimos y los que son absolutamente irreconocibles. Por ello distinguen, como hace Bártolo, hijos legítimos, naturales, espúreos, incestuosos, nefarios y adulterinos. Estos tres últimos grupos reciben nombres diversos como *damnati* o *spurii* en Inst. 1, 10, 12, o *manzeres*, o *nothi*, o *spurii* en X 1, 9, 10 y X 4, 17, 13. Las restricciones para suceder comienzan con los naturales no legitimados, porque no pueden ser llamados a la sucesión del padre, sino solo a la de la madre. La situación se agrava para los espúreos (hijos de prostituta o de persona que no se puede declarar porque no lo permite *“honestas nostra”*, p. ej. hijo de alguien que tiene hábito religioso o de la unión de esclavo con mujer libre), porque no pueden suceder al padre, al ser una persona incierta, y a la madre no le sucedan si es de ilustre linaje, solo cuando no es de linaje ilustre. Algunos estatutos eliminan estas restricciones, y no solo suceden a la madre sino también al padre, aunque

Después de los descendientes vienen los ascendientes, que según Azón, en su *Summa Codicis* 6, 59, n. 6 in fine<sup>150</sup>, el más próximo excluye al más lejano, pero matiza: “*sublata differentia sexus, patriae potestatis et cognationis*”, y los hermanos *ex utroque parente coniuncti*, pero no los de un único ascendiente, que vienen completamente excluidos<sup>151</sup>.

Respecto de los hijos, como hemos indicado, el *Ius commune*, como tal, no discriminó por razón de sexo, como sí lo hacen diferentes *iura propria* que trazaron exclusiones de la mujer<sup>152</sup>. Los hijos legítimos y los naturales legitimados pueden ser llamados a la sucesión intestada sin diferencias entre ellos, porque a causa de la legitimación se “quita toda obstáculo y toda mancha de derecho y de hecho”. Los hijos naturales no legitimados solo pueden ser llamados en el *ius commune* a la sucesión de la madre, pero no a la

---

los juristas declaran que el estatuto es nulo e inválido. Los incestuosos (nacidos de parientes en grado prohibido), los nefarios (ascendientes y descendientes) y los adulterinos, son procreados de una unión que la ley condena o que sea punible, no pueden suceder ni al padre ni a la madre, según el Derecho civil, y en el Derecho canónico se restringió esta situación a los hijos nacidos de estupro, unión con *virgo* o *vidua*, si bien las Rotas todavía restringieron su alcance, porque lo excluye si fuese de condición vil, y la Rota Romana si fuera de condición plebeya o de mala conducta, dando lugar al principio según el cual “*spurius un dubio praesumitur natus ex non damnato coitu*”.

<sup>150</sup> Cf. AZONIS, *Lectura super codicem, Augustae Taurinorum*, ex of. Erasmiana, 1966, pp. 543-544.

<sup>151</sup> Vid. BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune...*, op. cit., p. 149: Luego vienen los colaterales, hermanos de padre o consanguíneos y hermanos de la madre o uterinos, “*sublata differentia cognationis et agnationis*”. Señala Bártolo que los hermanos espúreos no suceden el uno al otro, salvo que otra cosa disponga la ley de modo explícito.

<sup>152</sup> Rasgo general del *ius commune*, muy patente en Juan de Andrés, es considerar odiosas las desheredaciones, reforzando los criterios justinianeos: Nov. 115,5.

paterna, si la madre no es persona con linaje de libres privilegiados<sup>153</sup>.

En las reglas nemotécnicas de las escuelas medievales, para recordar el sistema de llamadas en la sucesión intestada, se comienza por la que afirma: “*Descendens omnis succedit// In ordine primo...*”. sin matización alguna respecto al sexo. Por ello, y en plena consonancia con este planteamiento, Las Partidas del Rey Sabio, después de

---

<sup>153</sup> Reconoce Pérez-Prendes, que hubo planteamientos más o menos rigoristas, para los supuestos de filiación centrada en la cognación natural, como hizo Bártolo de Sassoferrato y sus secuaces, que negaban al espúreo la llamada a la sucesión paterna, mientras el Derecho canónico simplificó la materia considerando solo la prohibición al nacido *ex damnatu coitu*, o de dañado ayuntamiento en la ley de Toro, extendiendo la prohibición a cualquier hijo extramatrimonial sin distinción alguna: todos ellos no podían suceder tanto al padre como a la madre, conforme a la máxima *illegitimi non vocantur ad legitimam hereditatem quae ab intestato defertur*. Esta exclusión no fue muy bien vista por la equidad canónica, que percibió que se castiga indirectamente a los contraventores de la normativa matrimonial, y directamente a los hijos que eran inocentes de los actos de sus padres. Desde la *aequitas* canonica se llegó a restringir el *dannatus coitus* a los casos de estupro, rechazando el amplio significado que tenía este acto en Azón, quien lo definía como sociedad o convivencia torpe, y reduciendo esta última figura al supuesto estricto de pérdida de la virginidad de la mujer sin mediar promesa de matrimonio, engañando su voluntad. La ley 9 de Toro calificó como nacidos *ex damnatu coitu* los supuestos de que la madre debiese sufrir pena de muerte a causa de esa unión y de su relación sexual con persona eclesiástica, reiterando la prohibición de heredar a sus padres por parte de los hijos de clérigos que había impuesto Juan I en 1380, coincidiendo con ello en la idea canónica de la Decretal *Per venerabilem* de Inocencio III: “*In terris ecclesiae Papa potest libere illegitimos legitimare, in terris vero alienis non, nisi ex causis multum arduis, vel nisi in spiritualibus; tunc tamen indirecte et per quandam consequentiam intelligitur legitimare etiam quoad temporalia. Hoc tamen ultimo non est sine scrupulo. Hoc dicit secundum intellectum, qui placet Panormitano, et est caput difficile et multum famosum*”. que aludía a las leyes seculares que no debían permitir heredar a esos hijos los bienes del padre<sup>153</sup>. Esta tesis fue fuertemente criticada por Domingo de Soto, quien defendía coherentemente la concurrencia hereditaria de hijos legítimos e ilegítimos, la cual encontró otros defensores en la doctrina hispana del siglo XVI, como Luis de Molina.

señalar en qué supuestos se aplica la sucesión intestada<sup>154</sup>, pasa a disponer cuáles son los herederos más inmediatos<sup>155</sup>:

Partida 6, 13, 3: Como el padre e el abuelo muriendo sin testamento, debe el fijo, o el nieto heredar los bienes del.

Muriendo el padre o el abuelo sin testamento, o alguno de los otros que suben por la liña derecha, el fijo, o el nieto que nasciese de otro su fijo, ganen e heredan todos los bienes del finado, quier sean varones, quier mujeres: maguer aquel que// murió sin testamento oviesse hermano, o otros parientes propincos de la liña de traviesso. Pero dezimos, que quando algún ome muriesse sin testamento, dexando un fijo con nieto fijo de algún su otro fijo, o de fija que fuesen ya muertos amos a dos: el fijo e el nieto herederan la heredad del defunto igualmente. E non empesce al nieto, porque el tyo es mas propinco del defunto: porque aquella regla del derecho que dize, que el que es mas propinco de aquel que fino sin testamento, debe aver los bienes del, ha logar quando el finado non dexa ningún pariente de los descendientes Otrosi dezimos, que si estos nietos fuesen muchos nascidos de un padre/ todos heredaran en logar del padre con el tyo, e avran aquella parte de los bienes del abuelo, que avria el padre dellos si biviesse.

---

<sup>154</sup> ALFONSO X EL SABIO, *Las siete Partidas*, t. III. *Partidas quinta, sexta y séptima. Sexta partida con la glosa de Gregorio López*, en Salamanca, por Andrea de Portonariis, 1555, ed. facs., Madrid, BOE, 1974, fol. 87r-88v: Partida 6, 13, 1: *Ab intestato* es palabra de latin: que quier tanto decir en romance, como ome que muere sin testamento. E esto puede ser por quatro maneras. La primera es, quando ome muere e non faze testamento. La segunda es, quando faze testamento non cumplido, non guardando la forma que devia ser guardada en fazerlo... La tercera es quando el testador fizo testamento, que se rompió por algún fijo que nascio después: del qual fijo non fizo enmiente en el testamento. O si por aventura aquel que fizo el testamento, se dexo después porfijar a otro: de manera que passasse a poder de aquel que lo porfijo. La quarta es, quando faze testamento acabado, e establece el heredero en el e aquel heredero non quiere la heredad deschandola.

<sup>155</sup> ALFONSO X EL SABIO, *Las siete Partidas*, t. III. *Partidas quinta, sexta...*, op. cit., fols. 87v y 90rv.

E si alguno muriese sin testamento, e fincasse un nieto de un su fijo, que fuese ya muerto, e de otro fijo que fuese ya finado le fincassen tres nietos o mas: este uno solo, tanta parte abra en la heredad del abuelo, como todos los otros sus primos, porque pocos o muchos que sean, fincan en lugar de su padre, e heredan todo lo que heredaría si biviessse.

Gregorio López<sup>156</sup>, comentando el precepto, en relación con la cita directa que se hace a la mujer, no duda en afirmar que a veces, *ex natura oneris appositi*, parece que son llamados los varones y excluidas las mujeres, p. ej. si el rey otorga un castillo u otra cosa, para que el hijo mayor u otros descendientes sirvan al rey en un oficio varonil, aunque matiza que el estatuto en el que se excluye la hembra a favor del macho, aunque sea por motivos de un bien público de conservar el patrimonio familiar, “*tamen non est aequum: imo odiosum quia quidquid est contra iustitiam aequitatis, est odiosum*”, según Baldo en la ley *certum* col. 1 C. *unde cognati*<sup>157</sup> y en l. *omnes populi* col. 9 del Digesto 1, 1, *de iustitia et iure*<sup>158</sup>. Si el estatuto afirma que sucede el primogénito, y no el segundo génito, sin que se extienda a la primogénita, afirma el glosador de Partidas que “*tale*

---

<sup>156</sup>ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas*. T. III. *Partidas quinta, sexta y séptima. Sexta partida...*, eod. loc., fols. 87v-90r nota s. v mujeres.

<sup>157</sup> C. 6, 15, 5. Diocleciano y Maximiano. “Es cierto que por derecho de cognación nadie puede suceder sin la admisión de la posesión de los bienes, pero los cognados del difunto que no quieran suceder no son apremiados a pedir la posesión de los bienes”.

<sup>158</sup> D. 1, 1, 9. “Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte de su propio derecho, y en parte del derecho común a todos los hombres... el derecho que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado igualmente por todos, y se denomina derecho de gentes, como derecho del que usan todos los pueblos”.

*statutum esse odiosum et irrationabile, eo quia in natura pati non debent contraria statui*"<sup>159</sup>.

El Fuero Real en 3, 5, 1 excluye de concurrir con los hijos legítimos a los hijos naturales<sup>160</sup>, aunque en 3, 5, 4 protege el supuesto de buena fe. En 3, 5, 5 dispone que si faltasen hijos legítimos, y el difunto adoptase alguno, éste heredará, salvo que nazca algún hijo legítimo, que será el único heredero, a no ser que haya privilegio regio a su favor, conforme a 3, 5, 17.

A principios del siglo XVI, la ley 6 de Toro<sup>161</sup>, que luego pasa a Nueva Recopilación 5, 8, 1<sup>162</sup>, dispone:

Recopilación 5, 8, 1. Sus descendientes sean legítimos herederos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean. Es el mismo texto que la Nov. Recop. 10 20, 1<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> Gregorio López hace un excursu muy largo sobre la sucesión en los mayorazgos y la primogenitura, que permite la exclusión de las mujeres, en general, aunque observa que hay estatutos que les reconocen el derecho, y no solamente en caso de defecto de hermanos varones.

<sup>160</sup> ALFONSO X EL SABIO, *Fuero real. Edición, estudio y glosario de A. Palacios Alcaine*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 72-74: 3, 5, 1; "Todo ome que oviere fijos o nietos, o dent ayuso, de mugier de bendición, non puedan heredar con ellos otros fijos que aya de barragana... Fuero real 3, 5, 4: Si ome que ovier casare con otra e oviere fijos della, si esta con quien casa non sopiere que él era casado, estos fijos sean herederos et ella aya la meetat de los bienes que ganaren de con so uno. E si, por aventura, lo ella sabie, los fijos non sean herederos... Fuero real 3, 5, 5: Todo ome que non oviere fijos de bendición et quisiere rezebir a alguno por fijo et heredarle en sos bienes puédalo fazer. E si, por aventura, después oviere fijos de bendición, hereden ellos et non aquel que recibió. E esto mismo sea por el fijo de la barragana que fue recebido por fijo et heredero. Fuero real 3, 5, 17: Maguer que el fijo que non es de bendición non debe heredar, segund que manda la ley; pero si el rey quisiere fazer mercet, puédal fazer legitimo et sea heredero, tan bien como si fuesse de mugier de bendición...".

<sup>161</sup> Ley de Toro 6: Derecho y modo de suceder los ascendientes legítimos a sus descendientes, como esos a aquellos *ex testamento* y *ab intestato*. Vid. LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico-jurídico-literario a las 83 leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, Compañía de impresores y libreros del Reino, 1852, pp.57-62.

<sup>162</sup> Novísima Recop. 10, 20, 1.

---

<sup>163</sup> Recopilación 5, 8, 3: D. Fernando y doña Juana, leyes de Toro, cap. 19: “Quando los hijos vienen a heredar a sus padres y partir la herencia, que es lo que han de traer a colación... Quando algún hijo, o hija viniere a heredar, o partir los bienes de su padre o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos a traer a colación, y partición, la dote y donación propter nuptias, y las otras donaciones que uvieren recibido de aquel cuyos bienes vienen a heredar. Recopilación 5, 8, 6: Que los hijos de los clérigos no le hereden, ni ayan por titulo oneroso los bienes de los padres, ni de los parientes de parte de padre. Recopilación 5, 8, 7: Leyes de Toro de 1505, cap. 9: Como y quando los hijos bastardos, y de dañado ayuntamiento, y de frayles, y clérigos, y monjas pueden suceder a las madres, o aver alimentos. Los hijos bastardos, o ilegítimos de qualquier calidad que sean, no puedan heredar a sus madres ex testamento, ni abintestato, en caso que tengan sus madres hijo, o hijos o descendientes legítimos... mandamos que el hijo o hijos o descendientes que tuviere naturales, o espurios por su orden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que non puedan heredar a sus madres ex testamento, ni abintestato. Recopilación 5, 8, 9: Leyes de Toro cap. 11. Quales se dizen ser hijos naturales. Y porque no se pueda dudar quales son hijos naturales, ordenamos y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieren, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no aya tenido la mujer de quien lo uvo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural. Novísima Recopilación 10, 20, 1: Derecho y modo de suceder los ascendientes legítimos a sus descendientes, como estos a aquellos *ex testamento* y *ab intestato*. Los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha sucedan ex testamento y ab intestato a sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes a ellos, en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos, o que hayan derecho de los heredar... Recopilación 5, 8, 1. Nov. Recop. 10 20, 4: Incapacidad de los hijos de clérigos para heredar los bienes de estos y de sus parientes. Recop. 5, 8, 6. Nov. Recop. 10, 20, 5. Ley 5 de Toro. Casos en que los hijos bastardos e ilegítimos pueden o no heredar a sus madres ex testamento y ab intestato (en caso que tengan sus madres hijo o hijos, o descendientes legítimos,.. En caso que no tenga la madre hijos o descendientes legítimos, aunque tenga padre o madre o ascendientes legítimos, mandamos, que el hijo o hijos, o descendientes que tuviere naturales o espurios, por su orden y grado le sean herederos legítimos ex testamento y ab intestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos, que no puedan heredar a sus madres ex testamento ni ab intestato... Entonces queremos que se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos o frayles, o de monjas

No se puede ignorar la situación creada respecto de los hijos legitimados, que ya fue equiparada a la de los legítimos en Derecho justinianeo, pero a los que se les excluye, por influencia del Derecho canónico en la normativa patria de la Edad Moderna, como podemos apreciar en Recopilación 5, 8, 10: Que el hijo legitimado, aviendo descendientes legítimos, no pueda suceder a sus padres: pero en todas las cosas sea avido como nacido de legitimo matrimonio.

Leyes de Toro, de 1505, cap. 12. Si alguno fuere legitimado por rescripto, o privilegio nuestro, o de los Reyes de que de Nos vinieren aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, o madres, o de sus abuelos, y después su padre, o madre, o abuelos huvieren algún hijo, o nieto, o descendiente legitimo, o de legitimo matrimonio nacido, o legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos o descendientes legitimos en los bienes de sus padres, ni madres, ni de sus ascendientes ab intestato, ni ex testamento...<sup>164</sup>.

En Derecho romano, entre los *sui heredes* del *ius civile*, y más tarde en el orden sucesorio intestado de las Novelas justinianas, la herencia se reparte por cabezas, sin distinción de sexo<sup>165</sup>. En época

---

profesas, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde la ley Nov. Recop. 10, 20, 4. Recop. 5, 8, 7.

<sup>164</sup> Nov. Recop. 10, 20, 7: Sucesión de hijo legitimado por Real rescripto, para heredar a sus padres, en defecto de legítimos (o por subsiguiente matrimonio), dispone (el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos o descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes *ab intestato* ni *ex testamento*... Recop. 5, 8, 10.

<sup>165</sup> Como en el Derecho romano, en el Derecho común, la sucesión intestada se aplica si falta el testamento, es nulo o el heredero no acepta, presentando principios que obtiene del derecho romano-justinianeo, del derecho canónico y

Bajomedieval se estableció una regla de prelación con un orden de llamadas en la sucesión legítima, cuyo fundamento canónico estaba en razones afectivas generales, suponiendo que era el orden seguido por el *decius*, si hubiera manifestado su voluntad: descendientes, primando hijos legítimos sobre naturales, ascendientes, colaterales hasta el décimo grado, cónyuge supérstite y el fisco, que es el orden de Partidas. Este orden se modificó en las Leyes de Toro, que pasaron a las Recopilaciones ulteriores, diferenciando a los legítimos de los que no lo eran, y restringiendo las posibilidades de los colaterales, y excluyendo al cónyuge viudo, que hereda por vía de usufructo una cuota igual a la de uno de los hijos, omitiéndose además la llamada al fisco<sup>166</sup>.

En Cataluña, el *usatge Si a vicecomitibus*, Constituciones 6, 4<sup>167</sup>, se aplica supletoriamente el Derecho romano-justiniano, llamando en la sucesión intestada: descendientes, ascendientes, colaterales, cónyuge sobreviviente. En Derecho aragonés se excluye a los hijos que no sean los legítimos y adoptados. En el Derecho navarro, se mantuvieron los principios de troncalidad y diferenciación según la

---

algunos elementos desarrollado durante la época medieval a través del derecho local.

<sup>166</sup> El orden de llamada en caso de sucesión *ab intestato* era: en primer lugar los descendientes, pero ante todo correspondía a los hijos y descendientes legítimos, y a los legitimados por subsiguiente matrimonio; después venían los legitimados por rescripto del rey con derecho a sucesión; posteriormente los hijos naturales (con diferencias respecto al padre y a la madre), los hijos espúreos, los hijos adoptivos, con diferencia entre los juristas. Venían a continuación los ascendientes, hermanos de doble vínculo, hermanos consanguíneos y uterinos y sus hijos, colaterales hasta el cuarto grado y finalmente el fisco. Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., pp. 404-406.

<sup>167</sup> *De successió abintestat. Constitutions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtut del capitol de Cort 82...*, introducció J. M. Pons i Guri, Barcelona, Generalitat, 1995, p. 358

naturaleza de los bienes, pero hay diferencia si se trata de nobles o hijos de padres hidalgos e infanzones, o bien hijos de padres villanos y labradores, matizando en el primer supuesto el principio de primogenitura masculina. En Vizcaya hay principio de troncalidad, conforme a la naturaleza de los bienes, y además no admite el derecho de representación en la línea recta: heredan los hijos legítimos o descendientes por su orden y grado: Fuero de Vizcaya 21 8<sup>168</sup>.

En lo relativo a las regulaciones de la primera clase de herederos<sup>169</sup>, se discutía en este período Bajomedieval, e incluso a principios de la Edad Moderna, si por la Novela 118 se había derogado o no el Edicto *de coniugendis cum emancipato liberis* (D. 37, 8), a favor de cuya interpretación se mostró partidario Jacques Cujas<sup>170</sup>. Es decir, se debatía si eran llamados hijos de diversos matrimonios del *de cuius*, y se defendió muchas veces que la herencia del padre, y causante de todos los bienes patrimoniales que éste había recibido del

---

<sup>168</sup> En el derecho medieval español, uno de los principios rectores esta consideración inicial de igualdad de los hijos, tanto de mujer de bendición como de barragana, aunque hay tendencia a la exclusión de derechos hereditarios en estos últimos, por influencia de la Iglesia, mediante la simple omisión o por la exigencia del previo reconocimiento de derechos por parte del padre, proceso que se observa en Castilla, y aparece en los fueros de Soria, Brihuega y Molina, pero también en Aragón, *Compilación privada del Derecho aragonés*, 41. Cf. MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia...*, op. cit., p. 391,

<sup>169</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., p. 760.

<sup>170</sup> "Novela 118. *De aequalitate agnatici et cognatici juris... videamus quis inter eos ordo servetur in successione ab intestato. P4imo loco vocantur liberi tam sui quam emancipati, sed diverso iure: sui iure civil; emancipati iure praetorio*<<. *Qua differentiam haec Novella non tollit... primo ordine liberos vocari tam cognatos quam agnatos, ut avo non tantum nepotes ex filio succedunt, sed etiam nepotes ex filia et pronepotes proneptesve ex nepte ex filio filiave nata, vel ex nepote ex filia nato cum cartae partit deminutione, quae suis heredibusd vel agnatis defuncti accrescit ex Constitutionibus: hodie sine ulla deininutione ex hac Novella et 18...*". CUJAS, Jacques, *Operum*, t. II, Neapoli, ex typ. Moriana, 1758, cols. 1141-1143.

patrimonio de su madre, correspondían a los hijos del primer matrimonio de, es decir, había que hacer una división de los bienes de acuerdo con su procedencia u origen, de donde arrancó la máxima *paterna-paternis* y *materna-maternis*.

No obstante, en general fueron recibidas las reglas sobre el derecho hereditario de los ilegítimos<sup>171</sup>. En los *libri feudorum* no tienen derecho a heredar las hijas: *Libri feudorum* II, 36, ni tampoco los ascendientes, II, 50, ni el fisco. En caso de fideicomisos, se aplica regularmente el principio de la primogenitura<sup>172</sup>.

El Derecho común, en criterio de Coing<sup>173</sup>, casi nunca se aplicó en toda su integridad, como afirmaba Stryk: “*vix ullibi locorum Ius Civile per omnia observatur, ut ei per statuta particularia vel per consuetudines speciales derogatum non sit*”. Sobre todo, son excluidas o postergadas en la herencia las hijas, madres y parientes maternos, en interés de la conservación del patrimonio familiar. En Francia, las costumbres tienen reglas sucesorias propias. Respecto del feudo y de los bienes alodiales de la nobleza, el hijo mayor recibe no solo el castillo

---

<sup>171</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 762-763. Básicamente heredan solo de la madre y de sus parientes.-- La opinión divergente de Cujas, *Observationes* 26, 23 con respecto a los parientes maternos, no logró imponerse--; respecto del padre solamente se puso en vigor en los casos excepcionales de la Novela 89.12.4. En este contexto se discute la diferencia de las fuentes entre los hijos naturales-nacidos de concubinato, y los *spurii* o nacidos de *damnato coitu*, que no tienen derecho a heredar, porque proceden de una unión castigada con pena secular: C. 5, 5, 6, 1, caso del incesto, y Nov. 89.15, adulterinos. Los hijos de los clérigos católicos se consideran como incestuosos. Como señala Pothier, en el derecho francés, los ilegítimos fundamentalmente no tienen derecho a heredar, recordando este planteamiento el francés POTHIER, Robert Joseph, *Traité des successions*, en *Oeuvres*, VIII, París 1847, cap. 1 art. 3. Según una disposición practicada en Derecho Común, proveniente de Roma, C. 6, 57 5, tampoco heredan de una *mater illustris*.

<sup>172</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., p. 763.

<sup>173</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 764-765.

familiar con jardines, sino también una porción hereditaria superior, y no puede olvidarse que en los Países Bajos del Norte, el derecho Romano estaba excluido<sup>174</sup>. En Alemania, con frecuencia, las hijas están situadas peor que los hijos, particularmente si han recibido una dote. En muchos derechos, en este caso, son excluidas, incluso de las legítimas. Esta idea es aceptada por las regulaciones estatutarias, mientras que en Austria, en el estamento de la nobleza, las hijas que concurren con hijos, tienen que renunciar a la herencia, si bien esta diferencia fue suprimida solo por la patente de sucesión de José II, del año 1786<sup>175</sup>.

Los estudiosos hispanos de este período, hacen una síntesis de la normativa romana y su recepción medieval en los territorios españoles, como vemos en Juan Sala<sup>176</sup>, quien comienza por sentar las causas para la sucesión intestada. Este pavorde valenciano se expresa paladinamente respecto de la reforma radical justiniana:

“Las leyes romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira a los hombres, que

---

<sup>174</sup> Vid. LEPOINTE, Gabriel, *Les successions dans l’Ancien Droit*, Paris 1945.

<sup>175</sup> Es la explicación realizada por COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, op. cit., pp. 766-767. En general, siguen al Derecho romano, sobre todo, *Las Siete Partidas*, en los Reinos de Castilla, y en Alemania, el *Codex Maximilianeus*, así como los Estatutos y Ordenanzas sucesorias de 1720.

<sup>176</sup> SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, t. I Coruña, Imp. de Gregorio, 1837, pp. 235-240: intestado porque o no hizo testamento, o lo hizo pero es nulo, o el testamento se rompió o rescindió: Partidas 6, 13, 1 (Inst. Iust. 3, 1 pr), o si el heredero no acepta la herencia en Roma, pero no en derecho español, que está derogado por Nov. Rec. 10, 18, 1.

primero aman a sus descendientes, después a sus ascendientes, y en tercer lugar a sus parientes laterales o de travieso: Nov. 118”.

A la luz de la historia, puede sostener que nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales: Partidas 6, 13, 2 y ss.

En España el primer orden de suceder *ab intestato* corresponde a los descendientes del difunto, sin distinción entre varones o hembras, retenidos en la patria potestad, o salidos de ella: Partidas 6, 13, 3. Comprende a todos los descendientes, que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son los hijos y los nietos, cuyo padre haya ya fallecido. Estos últimos entran ocupando el lugar de su padre, por representación del mismo, y no obtienen más porción que la que correspondería a su progenitor, si viviera, dividiéndose entre ellos en partes iguales. Los intérpretes han hecho una regla, diciendo que las sucesiones son en stirpes o en cabezas, y la primera es por derecho de representación<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Es similar a la exposición de Jordán de Asso y Manuel (JORDÁN DE ASSO, Ignacio-MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5ª ed., corr. notab. aum., Madrid, Ramón Ruiz, 1792, pp. 128-129), cuando afirman que en las sucesiones *ab intestato* tiene el primer lugar un llamamiento a favor de los descendientes, y entre estos los hijos sin distinción de sexo, que heredan los bienes del finado: Partidas 6,13, 3. Como en la línea recta tiene lugar el derecho de representación de una persona a otra, de aquí nace: 1. Muerto alguno sin testamento, dexando un hijo y un nieto, hijo de algún hijo, o hija, que fuesen ya muertos, y el hijo, y nieto sucederán igualmente: porque el nieto representa a la persona del padre. 2. Si los nietos fuesen muchos, como representan una sola persona, sucederán en la mitad de la herencia, reservando la otra mitad para el tío, o hijo del finado: lo que se llama suceder *in stirpem*. 3. Si el que muerte *intestato* dexare un nieto de un hijo suyo, que hubiese ya muerto, y tres, o más de otro ya difuntos, estos sucederán

En esta línea de descendientes, la representación es infinita, es decir, no tiene término señalado. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos; ceden a ellos los legitimados para heredar a sus padres por rescripto del príncipe, aunque este fuere anterior al nacimiento o legitimación de aquellos, tanto en la sucesión del padre como en la de la madre: Nov. Rec. 10, 20, 7, que es la ley 12 de Toro, con la que corrige lo dispuesto en Partidas 6, 13, 11, en cuanto llamaba a los hijos naturales, juntamente con los legítimos, a la sucesión de la madre<sup>178</sup>.

---

en la mitad de los bienes juntamente con su primo; porque aunque sean muchos, representan la sola persona de su padre. Como suele haber hijos bastardos, incestuosos y de dañado coito de un miso padre, y de diversa madre, o al contrario, se ha de advertir: 1. Que ningún bastardo hereda primero que no esté legitimado: Fuero Real 13, 6, 17: Acevedo a la ley de Recopilación 5, 8, 7, en el n 7. 2. Que aun los legitimados no pueden suceder, habiendo legítimos: Recopilación 3, 18, 10. 3. Que los ilegítimos sucedan a la madre en falta de legítimos, y son preferidos a los ascendientes, porque consta de la madre, pero no del padre. Se exceptúan los habidos de dañado coito, quando la madre por tal ayuntamiento merece pena de muerte: Recop. 5, 8, 17, por la qual cesan las normas de Partidas 6, 13, 89, y 10-11.

<sup>178</sup> Si el padre difunto no dejó hijos legítimos ni legitimados, sino solo naturales, le sucederán en dos partes de las 12 en que regularmente se divide la herencia, que partirán con su madre, Partidas 6, 13, 8, sin que lo embarace la viuda del dicho difunto: Partidas 6, 13, 9. De los espurios no hallamos que estén llamados a la sucesión de su padre, antes persuade no estarlo la ley Partidas 6, 20, 5, que pasó a la ley 9 de Toro, que solo los llama para suceder a su madre. Suceden a la madre los hijos naturales y los espurios, aunque le sobrevivan ascendientes por su orden y grado, Partidas 6, 13, 7, esto es, primero los naturales, y en su defecto los espurios, según la mayor proximidad. La ley 7 citada afirma que tales hijos son herederos de la madre *tam ex testamento quam abintestato*. Los nacidos de dañado coito y punible ayuntamiento están excluidos, conforme a Partidas 6, 13, 5. La misma exclusión tienen los nacidos de clérigos ordenados en órdenes mayores, o de frailes o monjas profesas: Partidas 6, 13, 5 y 4. Hijo natural es el nacido de padre que al tiempo del nacimiento o concepción podían casar justamente sin dispensa: con tanto que el padre lo reconozca su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola. Definición sacada de Nov. Rec. 10, 5, 1, tomada de la ley 11 de Toro, de modo que hay dos maneras de probar ser hijo natural: reconocimiento del padre o el haber nacido de una concubina o mujer que tenía el padre en su casa, sin tener

Jordán de Asso y Manuel recuerdan que en Aragón<sup>179</sup>, dentro de la sucesión *ab intestato*, se consideran tres órdenes de sucesores: 1. Descendientes. 2. Consanguíneos. 3. Ascendientes. Todos los hijos, sin distinción de sexo, y de diferentes matrimonios, suceden a los padres. No se admiten a esta sucesión los ilegítimos. El hijo religioso puede adquirir en beneficio de su monasterio. Los nietos suceden a los abuelos, y si hay tíos, suceden con estos *in stirpem* por derecho de representación, que solo se admite en los descendientes. Los padres y abuelos no suceden a los hijos y nietos, salvo que el hijo deje bienes profecticios, o que adquirió de su padre.

##### **5. La Edad Moderna. Iusnaturalismo racionalista**

En Alemania, el *usus modernus Pandectarum* es la aportación de los juristas alemanes después de la Recepción, con su orientación positivista<sup>180</sup>, ya que se entiende el *Corpus Iuris* no como monumento de historia jurídica sino como fuente del derecho vigente, por lo que incorpora los usos jurídicos divergentes del territorio como modificaciones consuetudinarias del derecho común. El *usus modernus* era positivista, pero cercano a la vida y sirvió a una

---

otra. El reconocimiento no debe ser necesariamente expreso, y basta que sea tácito. En cuanto a los hijos adoptivos les dan derecho a suceder a su padre las leyes de Partidas 6, 16, 8 y 9, pero conforme a Fuero Real 3, 6, 56 y 4, 22, 1, los intérpretes consideran que debe esto entenderse cuando el padre adoptivo no tuviere hijos legítimos y naturales: Gregorio López glosa 5 a Partidas 6, 16, 8, aunque hay división en la doctrina.

<sup>179</sup> JORDÁN DE ASSO, Ignacio-MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla...*, op. cit., pp. 133-134.

<sup>180</sup> Cf. WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª ed. alemana, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 188-189.

necesidad real<sup>181</sup>, sentando las bases para la Pandectística<sup>182</sup>. Los holandeses y franceses desarrollaron otra corriente intelectual de interpretación de las fuentes justinianas, con un enfoque más amplio y adaptado a las necesidades de la sociedad ilustrada, que dio origen al jusnaturalismo racionalista, base de los modernos códigos civiles europeos e iberoamericanos, especialmente con el *Code civil* napoleónico, por lo que será objeto de análisis en primer lugar, antes de la aportación de los pandectistas germanos.

Esta corriente doctrinal europea sentó las bases del régimen sucesorio intestado que se plasmó en muchos códigos de los siglos XVIII y XIX. La época clásica del Derecho natural pertenece a los siglos XVII y XVIII, gracias a la enseñanza universitaria y a la legislación. Como advierten Wesener-Wesenberg<sup>183</sup>, es un derecho suprapositivo, y una corriente doctrinal que va de Grocio hasta Wolff: algunos iusnaturalistas han deducido de los principios generales normas superiores de conducta concretas. La consideración iusnaturalista del Derecho romano pretendía que el derecho de Justiniano rigiera solamente *imperio rationis*, y lo

---

<sup>181</sup> Los principales representantes de esta corriente intelectual, según Wesenberg-Wesener, son: Hermann Conring, Benedickt Carpzov, Johan Brunnemann, Wolfgang A. Lauterbach, G. A. Struve, Augustin von Leyser, con sus famosas *Meditationes ad Pandectas*, y dio nombre a la corriente Samuel Struk con su *Usus Modernus Pandectarum*.

<sup>182</sup> La obra más monumental pertenece a Federico Glück, quien con sus 34 tomos de comentario a las *Pandectas*, realizó la obra de estudio del Derecho justiniano más importante en toda Europa, siendo traducida al italiano por Carlo Fadda y Filippo Serafini.

<sup>183</sup> WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª ed. alemana, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 221-225.

proponen como un derecho cuya validez pudiera invocarse para todos los pueblos.

A pesar de su admiración por el Derecho romano, Grocio siempre tuvo la mirada abierta para la práctica e hizo avanzar el Derecho romano en rectitud y equidad. Midió el derecho positivo con la razón del hombre dotado de impulso comunitario. El nuevo derecho natural es un derecho laico, válido para todos los pueblos y épocas, y un derecho determinado por un fin, el del bienestar de los ciudadanos.

Son famosas las palabras del proyecto de la comisión encargada por Napoleón I para el *Code civil* de 1804: “*il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes*”. Desde entonces se utiliza un sistema deductivo para articular un orden normativo sistemático, como vemos en Samuel Pufendorf, con su obra principal *De iure naturae et Gentium*, Christian Thomasius con sus *Fundamenta iuris naturae et Gentium*, y Christian Wolff.

Los cuatro principales artesanos del *Code civil* fueron: Tronchet, Bigot-Préameneu, Maleville y Portalis, autor del *Discurso preliminar*, sin olvidar las decisivas intervenciones reiteradas del Emperador. Destacaba Arnauld<sup>184</sup>, que además del notorio influjo de la doctrina del Derecho natural racionalista, representada por los autores holandeses, Grocio, Pufendorf y Thomassius, este último incluso a través de su discípulo Heinecio, con sus *Elementa iuris naturae et Gentium*, no faltaron otros juristas franceses, algunos de ellos

---

<sup>184</sup> ARNAUD André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, LGDJ, 1969, pp. 215-216.

romanistas muy distinguidos, como Domat y Pothier, por lo que Arnauld no duda en afirmar, siguiendo a Sorel: "*Le code civil, c'est la jurisprudence du Droit romain et l'usage des coutumes combinés ensemble, et adaptés à la Déclaration des Droits de l'Homme, selon les moeurs, convenances et conditions de la nation française*", para añadir que hay dos elementos muy importantes para la elaboración del *Code civil*: una aportación estrictamente positivista, consistente en la contribución del Derecho romano y del derecho consuetudinario y, por otro lado, la corriente racionalista moderna, que se expresa, entre otros lugares, en la *Déclaration des Droits de l'Homme*.

Los dos pilares fundamentales fueron: la libertad y la propiedad, y en la pugna entre las diversas fuentes jurídicas precedentes - (Derecho romano, costumbres, legislación real, y Derecho canónico)-, triunfa finalmente el jusnaturalismo racionalista y axiomático moderno, porque como afirma Portalis: quisimos hacer transacción entre el Derecho romano y las costumbres, en la medida posible, para conciliar sus disposiciones, o modificarlas unas por las otras, sin romper la unidad del sistema y sin que pudiera afectar al espíritu general. Por este motivo llegó a afirmar, "es útil conservar todo lo que no es necesario destruir"<sup>185</sup>, lo que demuestra que la

---

<sup>185</sup> CAMBACÈRÈS, Jean-Jacques Régis de, *Projet de Code civil*, París, E. Duchemin, 1977, p. 51: Discurso preliminar. Hemos procurado mantener, con ligeras modificaciones, los cambios que se han solicitado por interés social y por interés doméstico, sin olvidar que la ley debe tener un carácter de inmutabilidad y permanencia que inspiren respeto. Se uniformizan las reglas relativas a las sucesiones, eliminando las distinciones introducidas por las costumbres, y entre otras novedades se quita al aislamiento de las familias haciendo concurrir conjuntamente los parientes de diversas líneas, asegurando un derecho igual en las sucesiones no solamente en los parientes más próximos, tanto en línea directa como transversal sino también a favor de los que las representan, es decir, los descendientes ulteriores: "*il maintient la paix et l'égalité*

base del Código era el derecho precedente, con un nuevo enfoque, por ejemplo en la filiación, respecto de los hijos bastardos.

A pesar de que la terminología del *Code civil*, que mantenía las expresiones de filiación legítima y natural<sup>186</sup>, se equipararon ambas, aunque no absolutamente, porque el art. 334 declaraba la igualdad de derechos entre hijo natural y legítimo, pero la expresión “en general” indicaba que no siempre tenía lugar dicha igualdad. En las reformas del derecho de sucesiones, la ley de 3 de diciembre de 2001 debió ajustar el texto codificado al Derecho de sucesiones de la Convención Europea de los Derechos del hombre, mediante la supresión de la discriminación que todavía se contemplaba en la regulación respecto de los hijos adulterinos, de modo que el nuevo texto del art. 733 se dispone que “*la ley no distingue entre la filiación legítima y la natural para determinar los parientes llamados a suceder*”, reemplazando la discriminación existente en materia de derechos sucesorios para el hijo adulterino, aunque se había mantenido la legitimación a través de la cual el hijo natural o adulterino podía obtener la plenitud de derechos. En la reforma legislativa de 1972 se conservó el instituto de la legitimación, añadiendo a la legitimación por matrimonio, la efectuada por resolución judicial, si el matrimonio entre los padres no fuera posible, y por la posesión de estado.

---

*dans les familles, en apportant également tous les enfans dans la succession des auteurs de leurs jours*”.

<sup>186</sup> CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, trad. al español, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. LXXXIII-LXXXIV.

Será suficiente recordar los preceptos de los arts. 733-735<sup>187</sup>: art. 733: “La ley no distingue entre la filiación legítima y la natural para determinar los parientes llamados a suceder”. Art. 734: “A falta de cónyuge con derecho a suceder, son llamados los parientes como sigue: 1.º Los hijos y sus descendientes...”, y art. 735, p. 384: los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes, sin distinción de sexo ni de primogenitura, incluso si son nacidos de uniones diferentes.

No se puede olvidar que la *Convention europeen*, en su art. 14<sup>188</sup>, protege claramente, bajo el ángulo del principio de no discriminación, el derecho a una vida familiar normal. No se admite ninguna discriminación en perjuicio de los hijos naturales, aunque la reforma de la ley de 3 de diciembre de 2001 ha dejado subsistente la ley de 3 de enero de 1972. Entre los principios fundamentales del derecho de sucesiones<sup>189</sup>, es evidente que primero son los descendientes y luego los ascendientes; se garantiza la igualdad, tanto entre individuos (igualdad entre hijos) e igualdad entre las líneas (ascendientes y descendientes, en este caso con derecho de representación)<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, trad. al español..., op. cit., p. 383.

<sup>188</sup> LE CODE CIVIL 1804-2004, *Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz, 2004, pp. 286-287.

<sup>189</sup> LE CODE CIVIL 1804-2004, *Livre du Bicentenaire...*, op. cit., p. 289.

<sup>190</sup> La literalidad de los preceptos vigentes, quedan referidos en CODE CIVIL, 112ª ed., París, Dalloz, 2013, pp. 944-945: art. 733: la ley no distingue ‘*selon les modes d’établissement de la filiation*’ pour déterminer les parents appelés à succéder”. Art. 734: “*En l’absence de conjoint successible, les prents sont appelés à succéder ainsi qu’il suit: 1º. Les enfants et leurs descendants. 2. Les père et mère; les frères et soeurs et les descendants de ces derniers; 3º. Les ascendants autres que le père et mère; 4º Les collatéraux autres que les fr+ere et soeurs et les descendants de ces derniers. Chacun de ces quatre catégories fonstitue un ordre d’héritiers qui exclut les suivants*”. Art. 735:

El derecho consuetudinario, previo al código, mantenía discriminaciones de los hijos por razón de sexo, que hoy no pueden aplicarse, como reconocen Ourliac-Gazzaniga<sup>191</sup>, al señalar que en Normandía, la igualdad de los hijos es absoluta. Los hijos deben colacionar lo que les hayan donado sus padres. Ningún hijo puede tener ventaja sobre otro, porque como dice la *Summa XXXV, 1*, un hijo no puede ser mejor que otro. Los hijos de matrimonios diferentes tienen los mismos derechos. En estas costumbres, las hijas están excluidas de la sucesión por sus hermanos: si se casan, reciben la dote; y si no lo hacen, están bajo guarda de sus hermanos y recibirán en el futuro la dote para encontrar un marido acorde con su condición<sup>192</sup>.

---

*“Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants, sans distinction de sexe, ni de primogéniture, même s'ils son issus d'unions différentes”.*

<sup>191</sup> OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil*, París, Albin Michel, 1985, pp. 321-322.

<sup>192</sup> En otras costumbres, el padre de familia podía hacer que su hijo más querido aventajase al resto de hijos, dando más a uno y menos a otro, permitiendo al hijo dotado que venga a la sucesión sin aportar su dote. La división de bienes se hacía según las uniones, de modo que los bienes del primer matrimonio van a parar a los hijos nacidos de esa unión. En algunas costumbres se ignoraba el derecho de representación, y la herencia se repartía en función de la proximidad de grado. En la región de París, el que vivía en casa se quedaba con todo lo del padre y la madre. El emancipado y dotado podía venir a la sucesión, pero optando entre la dote o la donación y su cuota sucesoria. La sucesión por vínculos de aplicaba en Bourgogne o en Agenais, mientras en el Midi y en el Centro y Este, Montpellier, Toulouse, Bordeaux, Bayonne, el *paterfamilias* tenía una gran libertad, porque el liberalismo estaba muy presente en los países de derecho escrito. En los feudos se aplicaba la primogenitura, y la indivisión del patrimonio inmobiliario. La exclusión de las mujeres fue la más antigua, ya que no podían heredar en Normandía más que faltando cualquier heredero.

La tradición de la igualdad<sup>193</sup> estaba fuertemente arraigada en el Midi, llegando a aplicarse a los feudos, a través de la co-señoría, e incluso dividiendo el castillo. Los hijos eran siempre llamados igualmente a la sucesión mobiliaria de su padre y de su madre; no obstante, la igualdad podía venir modificada por prácticas comunitarias<sup>194</sup>.

En nombre de la igualdad, la ley de los días 8-14 de abril de 1791 suprimió todos los privilegios que se apoyaban en la primogenitura (prioridad de nacimiento), en el sexo o en la sucesión de vínculos matrimoniales<sup>195</sup>. En virtud de una ley posterior, la *Convention* admitió el sistema de parentelas, la representación al infinito, la igualdad de hijos naturales y legítimos, y se aplicó a la norma un carácter retroactivo, eliminando la libertad de los padres para favorecer a alguno de sus hijos. No se puede ignorar que los redactores del *Code* eran discípulos de Pothier, formados en el Derecho romano, pero fieles a las soluciones moderadas del *Ius Commune* consuetudinario, introduciendo algunas reglas como la representación, que no se admite más que en caso de descendientes y de los hijos de hermanos, que era la regulación impuesta por Justiniano.

---

<sup>193</sup> OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil...*, op. cit., pp. 329 y 321.

<sup>194</sup> El hijo dotado o emancipado no participaba en la sucesión, aunque en París podía ser llamado a la sucesión de sus generantes, aunque normalmente debí aportar lo que ha recibido (colacionar) a favor de sus hermanos y hermanas.

<sup>195</sup> OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil...*, op. cit., p. 334.

Recordaba Coing<sup>196</sup> que para esta Escuela de Derecho natural, la sucesión legal se basa en la idea de propiedad, y con ello solamente en la supuesta voluntad del causante. Tiene la idea que el *decius* presumiblemente habría ordenado lo que es equitativo, como es lo relativo a los cuidados y alimentos. De este modo, Grocio<sup>197</sup> llega a un orden de llamada en la sucesión, a falta de testamento, que incluye los siguientes órdenes: a) descendientes b) padres y hermanos, y c) otros ascendientes, si bien para los bienes heredados debe valer la regla de *paterna paternis, materna maternis*, defendiendo que han de respetarse estas reglas en el testamento. Comparten este planteamiento Samuel Pufendorf<sup>198</sup> y Christian Wolff<sup>199</sup>.

Según Grocio<sup>200</sup>, la sucesión que se dice *ab intestato*, puesto el dominio, y quitada toda ley civil, tiene origen natural proveniente de la conjetura de la voluntad<sup>201</sup>, de modo que puede ser transferido a otro por voluntad del dueño, aun por causa de muerte. Si alguno no hubiese dado testimonio de su voluntad, no siendo creíble, que de tal pensar cediese después de su muerte sus bienes a quien los ocupase, se seguiría que se entendían ser de aquél los bienes de

---

<sup>196</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, p. 767:

<sup>197</sup> GROCIO, Hugo, *De iure belli ac pacis* II, 7, 3-10,

<sup>198</sup> PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et gentium*, IV, 11.

<sup>199</sup> WOLFF, Christian, *Institutiones iuris naturae et gentium*, pars VII cap. 5

<sup>200</sup> GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, Madrid, Reus, 1925, p. 83, cap. VII.3.

<sup>201</sup> Matiza el jurista holandés: Lo que hemos dicho de la conjetura de la voluntad, se entiende así, a no ser que queden indicios en contrario, como la desheredación entre los romanos. Hase de creer, a falta de indicios expresos de la voluntad, que cada uno estableció acerca de la sucesión propia aquello que quiere la ley o la costumbre del pueblo, no solo por la fuerza del mandato, sino por conjetura. GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op. cit., p. 96, X.2: La sucesión *ab intestato* no es otra cosa que un testamento tácito por conjetura de la voluntad (si no hay hijos, la herencia va a los parientes más cercanos).

quien es muy probable que el difunto quiso lo fueran, porque como afirma Plinio el joven, *Haber entendido la voluntad de los difuntos equivale al derecho*. En la duda, se cree que cada uno quiso aquello que es más justo y honesto. Y en este género, la primera causa es la de aquello que se debe, y la próxima, la de aquello que, aunque no se deba, conviene al oficio.

Para el jurista holandés<sup>202</sup>, aun cuando a los nacidos de concubito condenado por las leyes nada querían que se les dejase las leyes romanas, como también había prevenido la ley de Solón, que no era necesario dejar cosa alguna a los hijos naturales, los cánones de la piedad cristiana corrigieron este rigor, los cuales enseñan que a cualesquiera hijos déjaseles esto rectamente, y aún, si es necesario, se ha de dejar también lo que es necesario en cuanto a los alimentos<sup>203</sup>. Y deben ser alimentados no solo los hijos de primer grado, sino también los de segundo, si así se presenta la situación, y los de grado ulterior; lo cual muestra Justiniano, el cual prescribe que no sólo a los hijos, sino también a sus sucesores que proceden de nosotros por línea femenina, si no pueden ser alimentados por otro lado.

Fuera del auxilio de la ley civil, para Grocio<sup>204</sup>, la primera sucesión de los bienes se aplica a los hijos. Se entiende que los padres quisieron ubérrimamente proveerles, como a partes de su cuerpo, no solo de lo necesario, sino también de aquello que contribuye a

---

<sup>202</sup> GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op. cit., pp. 85-86.

<sup>203</sup> Se reafirma el jurista: "Ni de otra manera se ha de tomar lo que suele decirse, que la legítima no puede quitarse por las leyes humanas, en cuanto en la legítima se comprenden los alimentos necesarios; pues lo que está de más puede quitarse sin que se oponga la naturaleza".

<sup>204</sup> GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op. cit., pp. 87-88, V.2.

hacer pasar con mayor suavidad y honestidad la vida, principalmente desde aquel tiempo en que ellos no puedan ya gozar de sus cosas. *La razón natural*, dice el jurisconsulto Paulo, *como una ley tácita aplica a los hijos la herencia de los padres, como llamándolos a la debida sucesión*. Y Papiniano: *No se debe lo mismo la herencia de los hijos a los padres, como la de los padres a los hijos. A los bienes de los hijos admite a los padres la razón de la misericordia; a los hijos simultáneamente el voto común de la naturaleza y de los padres*.

Es decir, a los hijos les sigue la herencia, parte por la precisa deuda natural, parte por la conjetura natural, por la cual se cree que los padres quieren esto, que se provea a los hijos cuanto mejor pueda ser. *Da a la sangre el debido honor*, dice Valerio Máximo de Quinto Hortensio, que había nombrado heredero suyo al hijo poco grato a él mismo, y a esto se refiere el apóstol San Pablo: *“No los hijos para los padres, sino los padres para los hijos deben almacenar y conservar las cosas”*<sup>205</sup>.

No se olvida el holandés de los hijos naturales, y de los diversos modos de equipararlos a los legítimos, aunque no eliminara diferencias en algunos supuestos<sup>206</sup>, lo que le lleva a reconocer que

---

<sup>205</sup> 2 Cor. 12, 14. GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op cit., pp 88-89, VI. Mientras viven los padres, de ordinario no están obligados a darles alimentos los abuelos y abuelas; cuando aquéllos o alguno de ellos faltare es justo que abuelo y abuela tomen, haciendo la vez del hijo o la hija muertos, el cuidado de nietos y nietas; lo cual procede también en los padres más remotos, por parecida razón. Y de ahí trajo origen aquel derecho, que el nieto suceda en lugar del hijo, según expresión de Ulpiano, y esto mismo dijo Modestino y Justiniano, e Iseo acerca de la herencia de Filoctemon, El judío Filón dice: “los nietos, muertos los padres, ocupan cerca de los abuelos el lugar de hijos”. A esta sucesión vicaria, que se hace por la stirpe, prefieren llamarla representación los modernos jurisconsultos.

<sup>206</sup> GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op cit., p. 91, VIII.2. Los naturales, aun después de introducida por la ley su diferencia de los

la conjetura no es lo mismo que el derecho, y por ello puede ser objeto de quebrantamiento. Estas son sus palabras<sup>207</sup>:

Lo que es muy conforme a la conjetura natural, no es, sin embargo, necesario por derecho natural. Por consiguiente puede violarse por las diversas causas que mueven la voluntad humana: pactos, leyes, costumbres, las cuales admiten representación en algunos grados y en otros no la admiten; en unas partes se distingue de dónde vienen los bienes, en otras tienen esto por demás. Hay lugares donde los primogénitos llevan más que los nacidos después, como entre los hebreos; los hay donde son igualados entre sí. Hay lugares donde se tiene preferencia por los descendientes del padre; los hay donde cualesquiera descendientes, de padre o de madre, son igualados. También el sexo tiene en algunas partes importancia, y en otras no la tiene. En unos la razón de parentesco tiénese entre los grados más próximos, en otros se extiende a los más distantes, etc.

Samuel von Pufendorf<sup>208</sup> hace su exposición, de modo similar a Grocio a partir de la transferencia del dominio, defendiendo la voluntad presunta del difunto en caso de sucesión intestada, porque en la duda se presume que quiso hacer lo que le impulsaba simultáneamente su inclinación natural y su deber:

---

legítimos, pueden ser adoptados, si no se opone la ley. Esto lo permitía antiguamente la ley romana de Anastasio, pero después hallóse en favor del matrimonio cierta muy difícil razón de igualarlos a los legítimos, también se pudo hacer por oblación a la cura o por subsiguiente matrimonio. Ejemplo de la vieja adopción de los hijos naturales hállase en los hijos de Jacob, fue fueron igualados por el padre a los hijos de las mujeres libres y llamados a la herencia en partes iguales.

<sup>207</sup> GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, op cit., pp. 96-97, XI.1.

<sup>208</sup> PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io. Barbeyraci* t. I, Francofurti et Lipsiae, ex off. Knochio-Eslingeriana, 1759, pp. 615-617.

*Ex dispositione legis naturalis, sine expresso et peculiari facto prioris domini, dominia rerum transire dicuntur in successione ab intestato... Sequendam heic defuncti voluntatem probabilissime praesumptam ratio naturalis dictabat: Nimirum duo sunt, quibus innititur successio ab intestato, ratio naturalis et coniectura voluntatis. In dubio praesumitur quemque id voluisse, quod naturali inclinationi simul ac officio quam maxime congruit.*

Reconoce Punferdof que el vínculo de sangre, que relaciona los ascendientes con los descendientes, justifica que la voluntad del difunto, en caso de sucesión intestada, no se aplique como desearía el difunto, sino como corresponde a su deber, asignando porciones hereditarias iguales, en lugar de atribuir alguna porción superior a alguno de los hijos, atendiendo a la inclinación común de los hombres, pero sobre todo para evitar litigios entre los herederos<sup>209</sup>. Además, los hijos son preferidos al resto de parientes de sangre, incluidos los ascendientes, a lo que contribuye la obligación de alimentarlos y educarlos, a pesar de la conducta delictiva en que

---

<sup>209</sup> “II. Inclinationis naturalis regulariter eo fertur ut nostra opera quam prolixissime sit prospectum iis, qui ex nobis descendunt; et iuxta hos aliis sanguine nobis iunctis... in hac materia voluntas defuncti respicitur non tam qualis fuerit, quam qualis esse debuerit, et prout ad regulas officii congruebat. Nihil frequentius, quam ut pater unum ex pluribus liberis ardentissimo prae caeteris amore prosequatur... Et nihilominus ubi intestatus decesserit, aequis portionibus haereditatem cernent; non quod iuri naturali repugnet uni ex liberis suis eximiam quandam portionem assignare; sed quia infinite lites inter fratres erant surrecturae, si ex modo paterni affectus patrimonium foret dividendum. Unde apparet, rationem naturalem, quae de successione arbitratur, ubi ultimae dispositiones desunt, non nudam defuncti voluntatem respicere; sed prout ea cum communi hominum inclinatione et officio congruit, ac ne litibus fomes suggeratur”. PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., p. 616.

hayan incurrido, o del excesivo rigor en el comportamiento paterno<sup>210</sup>.

Este deber de alimentar a los hijos alcanza a los descendientes de ambos sexos y no solamente a los de primer grado, sino también a los hijos ilegítimos, naturales o incestuosos, matizando: “*Si tamen cum talibus concurrant legitimi, isti vix postulare poterunt, ut cum his ad aequales portiones admittantur, nisi expresse hoc parentes voluerint*”, admitiendo que el padre en el testamento puede dividir la herencia en porciones diversas, atendiendo a los respectivos méritos de los hijos, o al afecto singular, o a una esperanza futura mejor<sup>211</sup>.

Si alguien fallece sin testamento, y las leyes civiles no establecen otra cosa, los hijos heredarán partes iguales, porque se considera que fueron amados con la misma intensidad, a lo que contribuye, no solo las leyes civiles, sino también la razón natural, que protege más intensamente a los hijos legítimos, ya que a pesar de tener el mismo origen paterno con los naturales, no se les puede comparar aquellos

---

<sup>210</sup> PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., pp. 617-618: “*In successione igitur ex intestato, ipsa duce ratione, et consensu omnium, quas novimus, Gentium liberi proferuntur reliquis etiam ipsis parentibus. 2 Cor. 12, 14. Rom. 8, 17. Aristoteles, Etica ad Nicom. 8, 14, etc. Favet autem liberis tum parentum obligatio, qua ad liberos alendos, et bene educandos a natura adstringuntur, tum affectus vehementissimus, quem non nisi raro enormia liberorum scelera, aut inusitata parentum feritas extinguit. Ibid., pp. 619-620: Sub nomine autem liberorum comprehenduntur non illi tantum, qui primi sunt gradus, sed et qui secundi et ulteriorum, sive ex filiis, sive ex filiabus descendant; siquidem a propioribus parentibus ali nequeant. Alimenta debentur non legitimis tantum liberis, sed et naturalibus, imo et illis, qui ex incesto concubitu nati sunt*”.

<sup>211</sup> PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., pp. 621-622: “*patri quoque non est necessum, ut aequis portionibus bona inter lieros dividat; sed potest uni atque alteri prae caeteris eximii quid assignare ob singularia merita, aut praeclaram spem, vel etiam ob peculiarem affectum*”.

que han sido generados para propagar la familia y convertirlos en sus herederos<sup>212</sup>.

Uno de los últimos representantes de la Escuela de Derecho natural, discípulo de Thomassius, Vinnio, y Voet, fue Heinecio, quien lleva a cabo una exposición sistemática de las instituciones jurídicas romanas, incluyendo la sucesión testada e intestada, sosteniendo que el fundamento de la antigua sucesión romana fue la conservación de la familia, cuyo jefe era el *paterfamilias*, llamando en la delación, por falta de testamento, a los hijos y a los agnados excluyendo a los emancipados y parientes de sangre<sup>213</sup>, si bien Justiniano, con su Novela 118, dispone un régimen sucesorio

---

<sup>212</sup> PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo...*, op. cit., pp. 623-624: "*ubi sine testamento pater decesserit, neque civilibus legibus aliter dispositum fuerit, liberi aequis portionibus succedunt, quia in dubio aequali gradu defunctum attingentes aequaliter dilecti censentur... Non leges tantum civiles, sed et ipsam naturalem rationem magis favere liberis legitimis, quam naturalibus, licet hi tantundem trahant ex sanguine paterno, quam illi. Nam qui praeter patris intentionem per vagam libidinem provenerunt, nullo modo comparare se possunt cum his, qui procreati sunt ad familiam propagandam, et ut quis suos haeredes haberet*". Cabe la legitimación de los hijos naturales, si las leyes civiles lo permiten. Ibid., p. 625: *Filios ab intestato succedere, si modo constet, eos ab isto esse genitos, aut non contrariae voluntatis indicia extiterint. Praecipuum argumentum habentur ipsae nuptiae.*

<sup>213</sup> HEINECIO, Johan G., *Elementa iuris romani*, 1ª ed. hispana, Compluti, E. Amigo, 1808, pp. 233-234: *De hereditatibus quae ab intestato deferuntur, "nullo existente testamento vel eo infirmato"*, n 660. N° 662: "*Fundamentum successionis veteris erat conservatio familiarum, cuius princeps est paterfamilias. Liberi et agnati... tantum succedebant, qui erant pars familiae: non emancipati et cognati. Liberi = heredes sui = naturales et adoptivi, non ergo emancipati emancipataeve, quos praetor naturali aequitate motus ad bonorum possessionem vocabat edicto. Una ratio Veteri iure exponit Iustinianus in Institutionibus, alia ratio ex iure novo per Novellam 118*".

nuevo<sup>214</sup>, en el que se llama en primer lugar a los que se piensa que eran más amados por el difunto, calificados de legítimos<sup>215</sup>:

---

<sup>214</sup> HEINECIO, Johan G., *Elementa iuris romani*, op. cit., pp. 250-252: Novela 118. *De successione descendantium: a favor de los que se piensa que más amaba el difunto. Legitimi - legitimati - adoptivi vel illegitimi.*

<sup>215</sup> En otra obra del mismo autor (HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho civil romano*. Trad. al castellano, anot. y adic. por L. de Collantes y Bustamante, 8 ed., t. II, Valencia, Pascual Aguilar, 1888, pp. 227-231; 236-241 y 242-261): los antiguos romanos, en la sucesión de los intestados, no trataban de que fuesen herederos los que parecía que debían merecer al difunto mayor afecto que los demás, principio que después siguió Justiniano, sino que las facultades permaneciesen en la familia y no pasasen a otras gentes, llamando a los que eran de su mismo tronco y familia: los herederos suyos, en virtud de las XII Tablas: estos eran *ipso iure* herederos, y el derecho de herederos suyos los hacía en cierto modo dueños aún en vida del padre, por lo que más que como herencia, era como una continuación del dominio, según Cujacio. Eran los que estaban bajo potestad del difunto y obtenían el lugar próximo en esta potestad: tales eran los hijos y las hijas. En este punto los decenviros no habían seguido el derecho ateniense, el cual en primer lugar admitía a los hijos, y después de ellos a las hijas, a la herencia paterna: Iseo. Orat. IX. Pero en Roma, desde un principio tenían igual derecho los hijos y las hijas, así como los nietos y nietas nacidos de hijos varones que el abuelo tenía en su poder, con tal que no hubiesen de recaer bajo la potestad del padre, y no era esencial que estos hijos fueran naturales o adoptivos, y aún la mujer bajo potestad del marido, y la nuera bajo la del hijo. El mismo derecho tenían en la edad siguiente los hijos, ya fuesen legitimados por subsiguiente matrimonio, ya por oblación a la curia, ya por rescripto del príncipe, con tal que estos últimos hubiesen sido legitimados con el fin de suceder. También los póstumos, porque si hubieran nacido en vida del padre, estarían bajo su potestad. Los que volvían de la cautividad por el *ius postliminii* y los dados en mancipio por primera y segunda emancipación o venta, ya que hasta la tercera no se liberaban del poder paterno. También los que nacidos de matrimonio contraído por error, cuya causa había sido aprobada, ciudadano y extranjera, erróneamente tomada por ciudadana. En la partición de la herencia, los hijos e hijas sucedían por cabezas, pero los más remotos por estirpes, en el lugar y porción de su padre. No había diferencia alguna entre hijos e hijas, nietos y nietas, pues sin consideración ninguna al sexo conseguían las herencias de los difuntos en iguales porciones, hasta la ley Voconia. Según Polibio, Escipión el Africano había dejado a sus hermanas la herencia materna, “de la cual nada pertenecía a ellas según las leyes”, entendiéndose por leyes la ley Voconia. Los nietos y nietas eran los descendientes por el lado masculino, porque los nacidos de hijas, nietos, y de nietas, bisnietos, no eran llamados juntamente con los hijos e hijas, ni con los nietos por parte de los hijos, sino que entraban entre los cognados, después de los agnados. Los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, dispusieron que los nietos por

*Legitimi = omnes sive masculos sive feminas sive suos sive emancipatos. Primi gradus succedunt per capita, posteriores per stirpes, iure repraesentationis. Omnes succedunt aequaliter, licet sint ex diversis matrimoniis nati.*

*Legitimati per subsequens matrimonium, eodem iure succedunt ac legitimis.*

*Adoptivi, cuiuscunque generis, patri ab intestato eodem iure succedunt, ac naturales.*

*Illegitimi indictincte matri succedunt una cum legitimis, nisi mater sit illustris cuius filius vulgo quaesitus sit, a legitimis excluditur<sup>216</sup>.*

Heinecio<sup>217</sup> no tiene reparo en aportar la valoración de Justiniano respecto del orden de llamada precedente, de la que discrepa el iusnaturalista, porque a este derecho lo llama bárbaro Justiniano en la Novela 21, part. II, siendo así que el mismo Dios estableció que los hijos deben ser preferidos a las hijas en la herencia, según Números 27, 8. Los herederos suyos, por ser tales *ipso iure*, aunque lo ignorasen, conseguían la herencia, como los furiosos, los infantes o los que viajaban por países extraños, y los pupilos, que no necesitaban la autoridad del tutor, ni el consentimiento del curador por parte de los furiosos<sup>218</sup>.

---

parte de hija sucediesen al abuelo materno y a la abuela juntamente con los hijos e hijas del difunto, pero solamente recibirían dos partes de la porción materna y la otra tercera parte quedaba en poder de los hijos e hijas, aunque esto lo mudó después Justiniano en la Novela 118, 1.

<sup>216</sup> Los naturales suceden al padre a falta de hijos legítimos y de esposa, y reparten la herencia con la madre. Los nacidos de adulterio e incesto nada heredan, ni siquiera alimentos.

<sup>217</sup> HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho civil romano...*, op. cit, p. 230, nota 1.

<sup>218</sup> PS 4, 8, 5 y 6.

Interpreta Coing<sup>219</sup>, que ninguno de los códigos de la Ilustración recogió la regulación del Derecho común, sino la influencia de los iusnaturalistas, en lo que coincide la generalidad de los estudiosos de las codificaciones y su fundamentación, aunque en la llamada a la herencia de los hijos e hijas es verificable la influencia justiniana<sup>220</sup>, como vemos en el prusiano *ALR II*, 2, &&300 y ss.; 489 y ss; II, 3, 31 y s.; en el austríaco *ABGB* &731 y s.; o en el francés *Code Civil*<sup>221</sup>, arts. 731 y ss.<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo...*, t. I, p. 767.

<sup>220</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín*, vol. II. Siglo XIX, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996, pp. 766-768: Derecho común, que sitúa como primera clase de herederos a los descendientes. Prusia, *ALR*. Primera clase: descendientes. Code civil. Francia. Primera clase: descendientes por estirpes. Austria. *ABGB*. Seis parentelas en primera clase. Italia. *Codice civile*. Primera clase: descendientes. España. Código civil. Primera clase. Descendientes. Portugal: Código civil. Primera clase. Descendientes. Holanda. *Burgwerlijk Wetboek*. Primera clase, descendientes. *BGB*. Imperio alemán. Primera clase: seis parentelas. Suiza. *ZGB*. Primera clase. Las tres primeras parentelas. Se acudió al sistema de la representación o sucesión por estirpes, especialmente en el llamamiento de los descendientes e hijos de hermanos.

<sup>221</sup> Advierten, en síntesis, WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, pp. 252-255, que “El *Code civil* napoleónico parte de varios proyectos de Cambacères, que no fueron admitidos. Luego en 1800, Napoleón, como primer cónsul, nombra una comisión legislativa en la que estuvieron Tronchet y Portalis, aprobándose como resumen de las 36 leyes singulares anteriormente promulgadas, por ley de 21 de marzo de 1804, basándose en los trabajos preparatorios del Antiguo Régimen. El libro tercero relativo a los modos de adquisición de la propiedad, dedica su principal contenido al derecho hereditario y de obligaciones, apoyándose en las doctrinas de R. J. Pothier. Es modelo en Bélgica, Luxemburgo, Holanda, partes de Alemania, Polonia, Italia, España y Rumanía, en varios códigos civiles de Sudamérica, incluido el Código civil de Brasil, América Central y territorios de USA y Canadá. El *Code* se convirtió en un código de los pueblos románicos. Quiso unir sin violencia el presente con el pasado, Es iusnaturalista también sobre la base del Derecho romano el *ABGB* austríaco.

<sup>222</sup> Resultan suficientemente motivadas las reflexiones de WESENBERG, Gerhard - WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., pp. 238 y 248, al tratar de las aportaciones del Derecho de

Ello no impide que la presencia del Derecho justiniano se manifieste en la normativa positiva actualmente vigente tanto en Alemania como en Suiza, tal como puso de manifiesto Mas Kaser<sup>223</sup>, quien no duda en sostener: Este sistema justiniano se asemeja al actual de muchos ordenamientos centroeuropeos, con algunas diferencias, p. ej. en el sistema de Justiniano los hermanos heredan conjuntamente con los padres, mientras en el orden de las parentelas son excluidos por éstos, aunque no hay diferencia alguna en la primera clase de llamadas, en el actual de las parentelas, a saber, sucesión según ordenamientos, §1924 y ss. del *BGB* alemán; líneas de los §§730 y ss. del Código civil austríaco; estirpes, art. 457 y ss. de Código civil suizo.

---

la razón en el ámbito del derecho sucesorio, porque queda patente que “el orden de parentelas, con derecho de representación, como sistema de sucesión legal, tal como se articula en el *ABGB* austríaco y en el *BGB* alemán, porque son un producto, al menos en parte, de la doctrina del derecho natural: representan un desarrollo racionalista y una transformación de la sucesión abintestato justiniana. En el siglo XVIII, Leibniz defendió en su juventud la redacción de un breve espéculo jurídico que debía contener las ideas principales de la *Compilación de Justiniano*, cuya vigencia no pretendía derogar. Conring promovió la idea de un código alemán en lugar del *Corpus iuris*, cuyas normas pretendía deducir en parte de la equidad natural, pero también de fuentes autóctonas y costumbres, respaldando este programa de codificación Thomasius. Federico II de Prusia encargó a Samuel von Cocceji que redactara un derecho alemán general del territorio, basado simplemente en la razón y en la constitución del país, en lugar del impreciso derecho latino-romano. Para Cocceji el Derecho romano era la *ratio scripta*, de manera que pudo limitarse a mejoras sistemáticas, eliminando sutileza de los doctores, para que resultara un *ius certum et universale*. El *ALR* prusiano se basa en el *usus modernus* y en el derecho natural, bajo el influjo de Thomasius y Wolff. Sus redactores manifiestan que “quieren fijar el derecho romano aplicable”.

<sup>223</sup> KASER, Max, *Derecho privado romano...* op. cit., p. 310.

Será suficiente recordar el parágrafo 1924<sup>224</sup>, a tenor del cual son herederos legales de primer orden 1. Los descendientes del causante. 2. Un descendiente que vive en el momento de la muerte del causante excluye de la sucesión a los descendientes emparentados con el causante a través de aquél. 3. Ocupan la posición de un descendiente que ya no vive en el momento de la muerte del causante los descendientes emparentados con el causante a través de aquel (sucesión por estirpes). 4. Los hijos heredan por partes iguales<sup>225</sup>.

Por su parte, el Código civil suizo dispone la siguiente regulación<sup>226</sup>, en su art. 457: “1. *Les héritiers les plus proches sont les descendant. 2. Les enfants succèdent par tête. 3. Les enfants précédés sont représentés par leurs descendants, qui succèdent par souche à tous les degrés*”, mientras que en el art. 461, se regula el régimen de los hijos naturales: “*Les parents naturels ont, du côté maternel, les mêmes droits successoraux que les légitimes. 2. Ils n’ont ces droits, du côté paternel, que si l’enfant suit la condition du père en vertu d’une reconnaissance ou d’une déclaration de paternité. 3. Lorsque, dans la famille paternelle, un parent naturel ou son descendant est en concours avec des descendants légitimes du père, son*

---

<sup>224</sup> CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. *Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. al cast. dir. A. Lamarca Marqués, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 445:

<sup>225</sup> Cf. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (BGB), trad. de C. Melón Infante, Barcelona, Bosch, 1955, p. 394, parágrafo 1924: Herederos legítimos de primer orden son los descendientes del causante. Un descendiente que viva al tiempo de la muerte del causante excluye de la sucesión a los descendientes emparentados con el causante a través de él. En la posición de un descendiente que ya no vive al tiempo de la muerte del causante, entran los descendientes emparentados con el causante a través de él (sucesión por estirpes). Los hijos heredan por partes iguales.

<sup>226</sup> CODE CIVIL SUISSE, de 10 de diciembre de 1907, s. l., Chancellerie Fédérale, 1967, pp. 79-80: libro III, primera parte, título 13.

*droit est réduit à la moitié de la part afférente à un enfant légitime ou à ses descendants*”, y el art. 465 sobre los hijos adoptivos: “*L’adopté et ses descendants ont envers l’adoptant le même droit de succession que les descendants légitimes*”.

## 6. La pandectística

A partir de Savigny, y con la Pandectística, el Derecho romano plenamente separado de su entorno social, proporcionó el material necesario para una gigantesca construcción de carácter abstracto y sistemático, en la que el ciudadano libre, desligado de sus vinculaciones de clase, podía vivir sus derechos subjetivos en la medida en que no colisionara con el derecho de otro, compaginando la configuración del derecho privado con la organización de la economía liberal.

En las zonas de Derecho común, en principio, siguió rigiendo el derecho sucesorio *abintestato* justiniano<sup>227</sup>, que fue presentado en las Universidades como derecho vigente, aunque se introdujeron muchas modificaciones, mediante estatutos y costumbres, que tenían preferencia sobre la ordenación iuscomunitaria, por lo que era un derecho mixto.

La Pandectística resolvió muchas cuestiones dudosas suscitadas por las Novelas justinianas 118 y 127, por ejemplo ya no se discutió sobre la vigencia del *Edictum de coniugendis cum emancipato liberis*. Se resolvió la cuestión de si cuando un *decius* deja hijos de matrimonios diferentes, corresponden a los hijos del primer

---

<sup>227</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín, vol. II. Siglo XIX...*, op. cit., pp. 761-769.

matrimonio todos los beneficios patrimoniales que el *decius* había recibido de la madre de ellos sobre la base del matrimonio<sup>228</sup>.

En el siglo XIX se consiguió por primera vez una unificación de la sucesión legal en cada uno de los Estados<sup>229</sup>. Esta normativa mantuvo firmemente la idea de que para la sucesión legal entraban en consideración en primer lugar los parientes y el cónyuge del *decius*.

La legislación de la decimonovena centuria parte de concepciones distintas a las del Antiguo Régimen, sobre la función social del derecho sucesorio<sup>230</sup>. Si en esta etapa, el derecho de sucesiones fue un medio para conseguir patrimonio y poder por parte de las familias dirigentes, ahora es puesto al servicio de la idea de igualdad. En la división de la herencia se ve un medio para desmembrar de nuevo grandes patrimonios, y de este modo impedir numerosas desigualdades en la sociedad. Esto se manifiesta sobre todo en la configuración del derecho hereditario de los descendientes. Todos los hijos deben ser tratados por igual. Se eliminan los derechos preferentes de los hijos, o de los primogénitos, así como la exclusión o posición peyorativa de las hijas.

En la misma orientación se sitúa la tendencia a recibir toda la herencia del difunto de acuerdo con principios básicos iguales. Se

---

<sup>228</sup> WINDSCHEID, Bernard, *Diritto delle Pandette...*, op. cit., p. 228: Si el causante ha contraído varios matrimonios, los hijos del segundo reciben la dote y la donación matrimonial de este matrimonio, del mismo modo que a los hijos del primer matrimonio le fueron devueltas la dote y donación nupcial con la celebración del segundo matrimonio.

<sup>229</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín*, vol. II. Siglo XIX..., op. cit., pp. 763-769.

<sup>230</sup> COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín*, vol. II. Siglo XIX..., op. cit., p. 764.

suprimen las numerosas sucesiones especiales de determinados bienes existentes en el derecho del Antiguo Régimen, como los feudos y los mayorazgos. Tampoco se sigue la idea de conservar el patrimonio familiar mediante la aplicación de la regla *paterna paternis*, aunque en países como Austria o Prusia se aplicaron divergencias en la configuración del derecho sucesorio para las casas de labranza, cuya desmembración se quería evitar. De esta manera, la nueva regulación legislativa se acercó fuertemente al derecho propiamente romano justiniano de los parientes, suprimiendo muchas formaciones especiales del derecho medieval<sup>231</sup>.

Arndts<sup>232</sup>, después de reconocer que en el antiguo derecho civil romano, la sucesión legítima se basaba en la agnación o parentesco civil, en el que, según observa Filippo Serafini, entre los agnados próximos, las mujeres entraban, pero solo la consanguínea, insiste

---

<sup>231</sup> Un problema especial era el tratamiento del derecho hereditario relativo a los hijos ilegítimos. La solución depende naturalmente de la concepción básica que se tenga sobre su posición en la familia jurídica, por lo que las soluciones son muy diferentes en los diversos ordenamientos. Por lo que se refiere a los hijos ilegítimos, en el Derecho común, hemos visto cómo heredan, siguiendo al Derecho romano, solo frente a la madre y parientes de ella; eventualmente los hijos de la novia frente al padre. Prusia-*ALR*: solo frente a la madre; pero tienen preferencia sus hijos legítimos. Francia-*Code*: cuando son reconocidos. Participación distinta en la herencia según la clase con que concurren. Austria-*ABGB*: solo frente a la madre. Italia-*Code*: si son reconocidos junto a parientes con una participación pequeña. España-Código: tercera clase hijos ilegítimos reconocidos o legitimados, además una cuota  $\frac{1}{4}$  junto a descendientes y ascendientes. Portugal-Código civil: Si son reconocidos. Holanda-*Burgerlijk Werboek*: no se contemplan en particular. *BGB*-Imperio alemán: solo frente a la madre y los parientes de ésta. Suiza-*ZGB*: por completo frente a la madre y los parientes de ella; frente al padre solo si es reconocido.

<sup>232</sup> ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette, con note appendici e confronti di Filippo Serafini*, vol. III, ed. riv. e arr., Bologna, Fava e Garagnani, 1879, pp. 140-158.

en su modificación, en parte gracias al pretor, y en parte a una serie de leyes que acordaron fundarla sobre la cognación. Justiniano estableció con su Novela 118 un “nuovo e semplice ordine di successione legittima”, en el que se rechaza la preferencia de los agnados, y se funda exclusivamente en la cognación, aplicándose tanto a los que están bajo potestad del difunto, como de los que ya no están sujetos al mismo<sup>233</sup>:

*Praefatio. Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hac causa positibus de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus.*

En el capítulo 4 todavía remarca más su objetivo, acorde con nuestro estudio, ya que se refiere a la plena igualdad de sexos:

*Nullam vero volumus esse differentiam in quacunq[ue] successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionebus agnatorum cognatorumque differentiam vocare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus<sup>234</sup>.*

---

<sup>233</sup> Es la Novela 118 de la colección griega, pero la 113 *del Authenticum*.

<sup>234</sup> Para indicar la antítesis entre agnados y cognados, el texto griego conserva los términos latinos. En sentido amplio, *cognatio* y *cognati* comprenden *agnati* y

La llamada, por consiguiente, se realiza sin distinción de sexo, a favor de todos los grados de parentesco, con tal que puedan demostrarse ese vínculo, y como este es una relación bilateral, se aplica la posibilidad de ser heredero legítimo por reciprocidad<sup>235</sup>. El parentesco ilegítimo se equipara al legítimo por lo que concierne a las relaciones del hijo y sus descendientes frente a la madre<sup>236</sup>, y sus parientes. No obstante, respecto del padre no vienen considerados como consanguíneos, con pleno derecho de sucesión ordinaria, aunque los hijos legitimados se equiparan a los legítimos<sup>237</sup>, como ocurre igualmente con los hijos nacidos de un matrimonio putativo celebrado con las debidas formalidades, si bien los progenitores que

---

*cognati*: D. 38 10, 10, 1. ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette*, con note appendici e confronti di Flippio Serafini..., op. cit., pp. 142-143, nota 4.

<sup>235</sup> La adopción plena y la adrogación general un perfecto y recíproco derecho de sucesión entre el adoptado y sus descendientes agnaticos, de una parte, y el padre adoptante y sus agnados de la otra, mientras subsiste la relación de adopción. También existe el derecho de sucesión cognaticia entre el adoptado y el padre natural. Si la adopción es menos plena, hay un excepcional derecho de sucesión del adoptado respecto del adoptante. Si la adopción se hace por medio de una mujer, hay derecho de sucesión recíproca entre la mujer y su hijo adoptivo, que abarca a los descendientes del hijo, pero no al resto de sus parientes o de la madre. En la práctica germánica moderna, los hijos de los prometidos tienen derecho a la sucesión del padre, si hubo promesa válida de matrimonio, y este no se celebró por muerte de uno de los prometido, o por infundado rechazo del esposo. Esta práctica se funda en la Decretal X 4.17.12, *qui filii sint legitimi*, aunque hubo diversidad de criterios en la doctrina alemana, a favor y en contra de esta interpretación.

<sup>236</sup> Justiniano dispuso, en C. 6, 57, 6, que a la denominada *mater illustris*, con otros hijos legítimos, no pudieran sucederle sus hijos naturales, matización que hoy no tiene valor práctico. Es discutido si los hijos nacidos *ex damnato coitu*, como son los nacidos de adulterio, bigamia o incesto, tengan derecho a suceder a su madre, aunque algunos solamente lo niegan a los incestuosos, C. 5, 5, 6, defendiendo otros que la norma de la Novela 12, cap. 1, está abrogada.

<sup>237</sup> Los de la Nov. 74 caps. 1 y 2, y Nov. 89, caps. 9 y 11, para los hijos legitimados por rescripto del príncipe, pero también en la legitimación per oblationem curiae, carente de valor práctico en derecho moderno, que fundaba un derecho de sucesión solo entre el legitimado y su padre natural, pero no frente a los parientes de este último Nov. 89 caps. 2-4, 11.

sufren el impedimento para el matrimonio, carecen de la sucesión respecto de aquellos<sup>238</sup>.

En el orden de llamada a la sucesión intestada, figuran en primer lugar los hijos, sus hijos y ulteriores descendientes, por derecho de representación, los cuales vienen excluidos si el parentesco, que les une al difunto, viene de un progenitor todavía vivo. Este principio básico de la herencia ab intestato, vigente desde Justiniano, queda referido explícitamente en el cap. 1 de la Novela 118, del año 543<sup>239</sup>:

*Si quis igitur descendantium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sint, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuit, tamen eius filios, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum alias nostras leges patribus non acquiruntur (nam in usu harum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus): sic tamen, ut, si quem horum descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis loco succedere, sive sub potestate defuncti sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticun-que sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducta differentia, sive masculi sive*

---

<sup>238</sup> Sobre la regulación jurídica de la sucesión intestada para los hijos naturales, en el *Codice Civile* italiano de 1865, vid. ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette*, con note appendici e confronti di Flippio Serafini..., op. cit., pp. 145-146, nota 5.

<sup>239</sup> ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette*, con note appendici e confronti di Flippio Serafini..., op. cit., pp. 146-151.

*feminae sint, et sive ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis sive sub potestate sint constituti.*

El último gran exponente de este corriente intelectual en la Alemania del siglo XIX, e inspirador del BGB de 1896, puesto en vigor el 1 de enero de 1900, fue Bernard Windscheid<sup>240</sup>, quien después de reconocer que la sucesión legal o *ab intestato* no tiene lugar más que cuando no hay testamento, o el testamento es inválido, o el testamento resulta ineficaz, por lo que entonces no tiene lugar inmediatamente después del fallecimiento del difunto, llama a heredar en primer lugar a los descendientes “senza riguardo a patria potestà, conforme a la Novela 118, cap. 1, y al sexo, a diferencia del régimen jurídico del antiguo derecho civil, que solamente llamaba a los descendientes bajo *potestas*, aunque el edicto pretorio, bajo el término *liberi*, se incluye a los emancipados.

En comparación con el derecho germano histórico, Windscheid<sup>241</sup> deja patente que “*una prevalenza del sexo maschile sul femminile, non fu del resto mai conosciuta dal diritto germano nella classe dei discendenti*”, es decir, estuvo siempre vigente en Alemania la igualdad completa de las personas en razón de sexo en la sucesión paterna<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> WINDSCHEID, Bernard, *Diritto della Pandette*. Trad. al ital. de C. Fadda y P. E. Bensa, vol. III, rist. st., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1930, pp. 219-232.

<sup>241</sup> WINDSCHEID, Bernard, *Diritto della Pandette...*, op. cit., p. 226, nota 3.

<sup>242</sup> Los llamados en en proximidad de grado heredan por cabezas, y los de grado ulterior, si el ascendiente ha fallecido, por stirpes, porque no reciben la llamada por derecho propio, sino por el derecho de representación, recibiendo en conjunto la parte que habría recibido su predifunto *parens*, si hubiera venido a la sucesión, conforme a la misma Novela 118, cap. 1, además de I. Iust. 3, 1, 6, y Gayo 3, 8.

El italiano Ferrini<sup>243</sup>, entiende que Justiniano otorgó otra base más amplia y comprensiva para la sucesión intestada, porque anteriormente, en el *Ius Civile*, donde no hay sucesión ni de clases ni de grados, al referirse al agnado próximo, conforme a la norma de las XII Tablas, no hay distinción en los hijos, pero la jurisprudencia excluyó a las mujeres *ultra consanguineas*, conforme a *Pauli Sententiae* 4, 8, 20. En la llamada pretoria, en los *liberi*, son herederos los hijos bajo potestad y emancipados, con sus descendientes, y añade: “*non chiama liberi emancipati dall’adottante, bensì, dopo tale emancipazione, a quella del loro naturale ascendente*”, según Ulpiano, *Títuli ex corpore Ulpiani* 28, 8. Además, el padre emancipado concurre con los hijos que quedaron bajo potestad del ascendiente, conforme a la nueva cláusula de Juliano, referida en D. 37, 8, 3<sup>244</sup>.

El emperador bizantino del siglo VI, quitó importancia a las reformas parciales precedentes, frente al “nuovo e grandioso assetto dato da lui nelle Novelle al sistema delle successioni legittime”, con las Noveles 118 y 127.

## 7. Codificación española

---

<sup>243</sup> FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*. 4 ed. cur. E int. da G. Grosso, Milano, Società editrice librería, 1953, pp. 613-619.

<sup>244</sup> Después de los SC Tertuliano, bajo Adriano, y Orficiano, del 178 d. C., el primero de los cuales llama a la sucesión a la madre con *ius liberorum*, y en defecto de *liberi*, entre otros, a sus descendientes, mientras el segundo llama al hijo a la sucesión de la madre, y en ambos SC no se exige que los hijos hayan nacido de justo matrimonio, confirmada la orientación por una constitución de Valentiniano, Arcadio y Teodosio, referida en C. Th. 5, 1, 4, al disponer el derecho de sucesión legítima sobre los bienes de los ascendientes maternos a favor de los descendientes, Justiniano amplía el derecho a suceder de la madre aunque no tenga *ius liberorum*, además de eliminar cualquier restricción a la sucesión legítima de las agnadas, conforme a C. 6, 58, 14 pr.

Antes de los diversos proyectos de Código, la ley de 11 de octubre de 1820, prohibió toda clase de vinculaciones, de modo que suprimió el régimen de los mayorazgos, además de la inaplicación de la regla *paterna paternis – materna maternis*, para lo sucesivo, y no puede olvidarse la incidencia de la denominada ley de mostrencos, de 16 de mayo de 1835, con influjo directo en la sucesión intestada de Castilla.

El primer proyecto de Código Civil español data del año 1821, y fue elaborado por la comisión especial de las Cortes<sup>245</sup>, nombrada el 22 de agosto del año precedente, señalando en su discurso preliminar que “la legislación y la moral reconocen un mismo centro”, si bien la circunferencia de esta última es incomparablemente más extensa, para añadir que “jamás perdió de vista las verdaderas máximas de una razón sólidamente ilustrada para adoptarlas en el Código”.

Después de advertir los problemas que planteaba la legislación española precedente, enuncia la Pragmática de 6 de julio de 1792, que “sentó por base la absoluta incapacidad de los religiosos profesos para suceder, por ser contraria a la esencia de su estado de abdicación”, y sin embargo solamente los excluyó de la sucesión intestada

Prueba de la desigualdad de los hijos es la normativa del libro II, título II, cap. I bajo el título “de la diferente calidad de los hijos”, separando en el art. 357, los hijos legítimos de los ilegítimos, y especificando en el precepto siguiente los que tienen este apelativo:

---

<sup>245</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 7-13.

a) naturales, de personas no impedidas para contraer matrimonio; b) espurios, si nacieron de soltera o viuda y se ignora el padre; c) incestuosos, si son procreados por personas incapacitadas para contraer matrimonio entre sí por parentesco o cuasi parentesco al tiempo de la concepción; d) bastardos, si fueron engendrados por personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, o al menos una, por la profesión religiosa u orden sacro; e) adulterinos, procreados por personas, al menos una, que tenía vínculo matrimonial. Estos últimos quedan excluidos de la legitimación, mientras que el resto pueden convertirse en legítimos, según el art. 364, por subsiguiente matrimonio de los padres, y quedan plenamente equiparados en derechos a los legítimos. Aunque se preveía una normativa sobre los derechos sucesorios de los hijos en la herencia de los padres, dentro del libro III del Código, su falta de redacción hace que no podamos presentar esa regulación que preparaba la comisión codificadora.

El proyecto de CC de 1836, formado por José Ayuso, Eugenio Tapia y Tomás M<sup>a</sup> Vizmanos, ya deja notorio en su exposición de motivos, al tratar de las llamadas a heredar, que frente al Derecho romano, distinguiendo hijos emancipados y no emancipados, debe argumentarse conforme a la equidad natural, aunque esta reflexión lo hacen en aras de la transmisión de la herencia. Después de enumerar que en el Fuero Juzgo, existiendo sucesión intestada, se llamaba en primer lugar a los descendientes, a continuación a los ascendientes, y más tarde a los transversales-cognaticios hasta el séptimo grado, y en último lugar, en defecto de ellos, al cónyuge, la Ley de Partidas llamó a los colaterales hasta el décimo grado, y

después al cónyuge, mientras la Recopilación de Felipe II y la Novísima de principios del siglo XIX restringió la llamada al cuarto grado, excluyendo al consorte y beneficiando en último lugar al fisco, de modo que los legisladores pueden afirmar literalmente<sup>246</sup>:

En el orden de sucesión intestada, establecido por nuestro Derecho, se consultó menos a las leyes de la naturaleza que a la utilidad del fisco que... limitaron el derecho de suceder a los parientes transversales al cuarto grado, derogando la ley de Partida, que lo extendió hasta el décimo... Tampoco se atendió por aquellas leyes en el modo debido al derecho que da la naturaleza o el afecto personal a los hijos naturales, a los legitimados por Real gracia, a los adoptivos y al cónyuge sobreviviente. La ley debe ponerse en lugar del testador para distribuir los bienes de éste según es verosímil que lo hiciera él mismo si pudiese, siguiendo cierto orden de predilección... Así pues, en concepto de la comisión, deben ser llamados a la sucesión intestada todos los comprendidos en la siguiente escala de graduación por el orden que se establece en la misma, a saber:

1º. Descendientes legítimos del difunto, o legitimados por el siguiente matrimonio.

2º. Descendientes legitimados por Real gracia<sup>247</sup>.

La explicación aportada por los legisladores evita cualquier comentario, ya que expresa de modo explícito que “la comisión se lisonjea de haber procedido con equidad en llamar a la sucesión

---

<sup>246</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit., pp. 325-327.

<sup>247</sup> “3º. Padres... 7º. Hijos adoptivos, a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres. 8º. Hijos o padres naturales reconocidos...”. 10º. Hijos naturales simplemente declarados...Este orden de sucesión en las herencias *abintestato* se recoge literalmente en el libro IV, título I, cap. II, art.2211.

intestada a todas las personas comprendidas en la escala anterior”, matizando que “no está igualmente convencida de su acierto, en cuanto al orden de preferencia que ha dado a las mismas. Esto no se halla sujeto a una exactitud matemática y depende en gran parte del grado de estimación... alguien querrá favorecer todavía más a los hijos naturales no reconocidos, aquel excluirlos de la sucesión”, etc., para concluir: “la comisión desnuda de afectos y miras personales, tratando siempre de conciliar la moral pública con los afectos naturales, ha procurado seguir un rumbo apartado de opiniones extremas o exagerados afectos”.

El proyecto de CC de 1851, redactado por García Goyena, y suscrito por el citado jurista junto al presidente de la comisión, Bravo Murillo, y el secretario de la misma, Sánchez Puy, además de Antón de Luzuriaga, trata de la herencia intestada en el libro III, título II, cap. II, comenzando por la línea recta descendiente, arts. 761-763, que es la que viene llamada en primer lugar<sup>248</sup>:

Los hijos del difunto le heredan siempre por su propio derecho y en partes iguales.

Mientras el art. siguiente sienta el principio del derecho de representación a favor de los nietos y demás ascendientes, conforme al art. 755 del mismo proyecto codificado<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit. p. 386.

<sup>249</sup> Art. 763: “Los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación con arreglo al art. 755”. Posteriormente sigue con la línea ascendente, y más tarde la colateral, que ahora se amplía hasta el séptimo grado, mientras se dedica la sección 3 a las herencias de los hijos naturales reconocidos, a partir del derecho de alimentos. Los arts. 101-140 regulan lo

García Goyena reconoce que el régimen legal propuesto coincide “en todos los códigos antiguos y modernos”, aunque algunos introducían privilegios a favor de algunos hijos, como el de Baviera, libro 3 cap. 12, a favor del hijo mayor en caso de familia noble, o el de Cerdeña, art. 942 y ss., con reducción de derechos para las hembras, pero no deja de anotar que los arts. 762-763 equivalen al art. 745 del *Code civil* napoleónico. El autor del proyecto desglosa su contenido en dos preceptos, por motivos que el autor califica “de claridad y precisión”. El primer párrafo de este último artículo del Código francés, presenta el siguiente tenor literal:

Los hijos o sus descendientes heredan a su padre y madre, abuelos, abuelas u otros ascendientes, sin distinción de sexo, ni de primogenitura, y aunque procedan de diversos matrimonios<sup>250</sup>.

Su reflexión final sobre el origen de su propuesta, deja patente en su discurso la fundamentación del texto normativo que presentaba a debate<sup>251</sup>:

Estos dos artículos (762-763) forman el capítulo 1 de la Novela 118, y se encuentran, aunque con menor espresion, en las leyes 2, título 2, y 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo; el Real está más espreso en

---

concerniente a los hijos legítimos, legitimación de los hijos naturales por subsiguiente matrimonio, y equiparados a los legítimos “para todos los efectos legales”, reconocimiento de los mismos por los padres, y los hijos adoptivos.

<sup>250</sup> “Ellos heredan por partes iguales y por cabezas, cuando están todos en el primer grado, y son llamados por derecho propio; pero heredan por estirpes, cuando vienen todos o parte por representación”.

<sup>251</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, Sociedad tipográfico-editorial, 1852, p. 180.

las leyes 1 y 7, título 6, libro 3, y todavía lo está mas la ley 3, título 13 Partida 6<sup>252</sup>.

El proyecto del libro primero del CC de 1869, del ministro Romero Ortiz, refiere en la memoria presentada para las Cortes Constituyentes, asume la diferenciación de hijos, en función del matrimonio o no de sus generantes, partiendo del privilegio que se otorga a los legítimos, a los que se añaden los legitimados por subsiguiente matrimonio, que únicamente procede en los hijos naturales, eliminando la legitimación por rescripto, y limitando la adopción, sin que pudiera investigarse la paternidad y maternidad ilegítima en caso de hijos adulterinos, sacrílegos e incestuosos<sup>253</sup>.

Alonso Martínez presentó el anteproyecto de CC de 1882, respecto de los libros primero y segundo, recogiendo la normativa de la filiación y sus diversas situaciones, y poco después lo concerniente al libro IV, en el que se dedica el cap. II a la sucesión intestada<sup>254</sup>, disponiendo el art. 940 (761 del proyecto): “la ley llama en primer lugar a la línea recta descendente”, para añadir en el precepto posterior, art. 941:

Los hijos legítimos y sus descendientes sucederán a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> La merma de derechos otorgada a los hijos naturales reconocidos viene recogida en los arts. 774-780.

<sup>253</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit., pp. 516-520, arts. 130-175.

<sup>254</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II..., op. cit., p. 639.

<sup>255</sup> Tienen en correspondencia el art. 736 del CC italiano de 1865, y el art. 1985 del portugués de ese período.

Después de especificar los que heredan *per capita* y los que suceden *per stirpes*, en los art. 948-954 regula la herencia intestada del hijo natural y sus descendientes, siempre que sean legalmente reconocidos, o bien legitimados por concesión regia, admitiendo para sus descendientes el derecho de representación, sin olvidar los preceptos 826-827 que previnieron la concurrencia de estos descendientes con hijos o ascendientes legítimos.

El proyecto de ley de bases de 1885, dedica la XVII a la sucesión intestada, enumerando los grupos de personas llamadas y su orden:

1.º Los descendientes... desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto a los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro...

En la discusión de la comisión se hizo notoria la concordancia en el criterio de suceder al difunto, en primer lugar, sus hijos y descendientes, suscitándose disputa sobre el lugar que corresponde a los hijos naturales frente a los ascendientes, que eran llamados en segundo lugar, argumentando que las legislaciones positivas han organizado la familia “sobre el modelo de la naturaleza”<sup>256</sup>.

En una de sus intervenciones, Alonso Martínez presentó un bosquejo histórico de la sucesión intestada en los pueblos antiguos, incluyendo el romano. Según este jurista, los legisladores acomodaron el sistema de sucesión a la organización peculiar de la familia en cada comunidad política, “sin preocuparse mucho, ni

---

<sup>256</sup> LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, pp. 495-501.

poco, ni nada de las simpatías y los afectos del difunto”, de modo que han sido “el principio cristiano, junto a las costumbres germánicas y a la civilización moderna”, los que informan los Códigos europeos y americanos, haciendo triunfar “el tipo de familia natural, en la que los derechos y deberes jurídicos guardan perfecta armonía con los sentimientos humanos”.

El art. 658 del Cc previene la sucesión intestada a falta de testamento, y se adhiere al sistema vigente en tiempos de Justiniano, que es el que se mantuvo en Las Partidas, mientras en el Fuero real solamente se reconocía el derecho de representación a favor de los descendientes. La ley de bases de 11 de mayo de 1888, en su base 18, sitúa a los descendientes naturales detrás de los ascendientes legítimos. Posteriores reformas de su articulado, llevó a cabo el reconocimiento de derechos sucesorios del adoptado respecto del adoptante, en la sucesión intestada.

El art. 33 de la Constitución Española de 1978 reconoce el derecho a la propiedad privada “y a la herencia”, aunque la función social de estos derechos delimitará su contenido conforme a las leyes, de donde dimana el derecho de los parientes en línea recta, como hijos y ulteriores descendientes del causante, a recibir parte del patrimonio del *de cuius*, como manifestación del deber que tiene de compartir sus bienes con las personas próximas dentro de la familia, si hubiera disposición *mortis causa*, porque en otro supuesto la ley hace el llamamiento sucesivo a la herencia, comenzando por los descendientes en línea recta<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil*, vol. V. Sucesiones, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 5-6.

Un precepto anterior, del mismo cuerpo legal, proclama la unidad de la sucesión, sin atender a la filiación matrimonial o extramatrimonial, de un único matrimonio o de varios sucesivos a lo largo de la vida del causante, mientras el art. 14 de la CE de 1978, proclama: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” .

Consecuentemente con este precepto, la reforma del CC de 1981 eliminó la distinción entre parientes legítimos y naturales, otorgando los mismos derechos a ambos grupos. De ahí, que el art. 912 disponga los supuestos en los que tiene lugar la sucesión legítima, aunque sea una enumeración incompleta, y el art. 930 establece que hereden en primer lugar los integrantes de la línea recta descendente, sin limitación de grado, mientras el art. 931 matiza: “los hijos y sus descendientes suceden a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación”, con lo cual elimina los privilegios históricos unidos a la primogenitura y masculinidad, así como la diferenciación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales llamados a la sucesión de sus ascendientes. En el precepto siguiente queda dispuesto que los hijos heredan siempre por su propio derecho, y dividen la herencia en partes iguales, mientras los ulteriores lo hacen por estirpes, en virtud del derecho de representación (art. 933)<sup>258</sup>,

---

<sup>258</sup> Enseñan Díez Picazo y Gullón, que esta sucesión recibe el nombre de intestada porque tiene lugar a falta de testamento, y legal o legítima porque la dispone la ley, encontrando su fundamento en el mismo que el del fenómeno sucesorio en general, habiendo dado prioridad a la sucesión testamentaria,

Recuerdan Díez Picazo y Elvira Perales<sup>259</sup>, que el texto constitucional español citado, es parte de una constitución rígida y suprallegal, por lo que exige particulares requisitos y solemnidades para su reforma, mientras sus disposiciones prevalecen sobre todo el conjunto del ordenamiento jurídico, elevándose a constitución suprema, y conformando un documento jurídico plenamente eficaz. Algunos de sus preceptos tienen eficacia directa, aplicándose sin necesidad de venir desarrollados por el legislador, como los preceptos que regulan los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el que acabamos de señalar, aunque afortunadamente cuenta con una Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales de la persona, que facilita la tutela de los derechos y libertades ante todos los tribunales ordinarios, garantizando la efectividad de los mismos

Martínez Martínez<sup>260</sup>, discurre sobre la oportunidad de sustituir en la normativa positiva codificada hispana los términos sucesión legítima y herederos legítimos, por los de sucesión intestada y herederos *abintestato*, anteriormente criticada por Mucio Scaevola, Castán Tobeñas, Vallet de Goytisolo y Lacruz Berdejo, entre otros civilistas. Entiende la autora que dada la diversidad de términos

---

llenando la laguna que generaría la ausencia de un testamento eficaz, discutiendo la doctrina sobre posibles causas de la selección de esas personas y no otras en la llamada intestada. DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 468-471.

<sup>259</sup> DÍEZ PICAZO, Luis-ELVIRA PERALES, Ascensión, *La Constitución de 1978*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 62-64,

<sup>260</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, 'La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil', en AA VV., *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, Murcia, Universidad, 2006, pp. 460-462.

utilizados como sinónimos, y su reflejo en las legislaciones forales, sería conveniente, para evitar equívocos, ya que bajo la denominación de sucesión legal entraría, por ejemplo, la forzosa o legitimaria, retornar a la denominación romana de sucesión intestada, en los arts. 188, 912 y 981 del CC, aunque en el último precepto se hablaría en plural de “sucesiones *abintestato*”, mientras los arts. 764 y 958, emplean los de “herederos legítimos”, y deberían ser reemplazados por “herederos *abintestato*”.

## 8. Consideración final

Podemos concluir con algunas palabras del enigma que figura en el claustro del Edificio Histórico de la Universidad de Salamanca, en el que podemos leer: “*iustitia recta... nuda et ponderata liberalitas, regnum firmiter servat*”, completadas con las palabras del jurisconsulto clásico Ulpiano, contenidas en el Digesto<sup>261</sup> y reproducidas por el emperador bizantino Justiniano en sus Instituciones<sup>262</sup>: “*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”, siguiendo la herencia cultural de Roma, de donde proviene el aforismo medieval “*lex non videtur quae iusta non est*”. Recordaba Enrico Besta<sup>263</sup>, cómo los padres de la Iglesia, a pesar de combatir ardientemente los vicios de los romanos, sin embargo reconocieron que las leyes de esa comunidad política estaban “*recte et sapienter constitutae*”, sin omitir la necesaria adaptación de sus

---

<sup>261</sup> D. 1, 1, 10pr. Ulpiano libro I Regularum.

<sup>262</sup> Inst. Iust. 1, 1pr, sustituyendo el futuro *tribuendi* por el participio de presente, *tribuens*.

<sup>263</sup> BESTA, Enrico, *Fonti del Diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano sino ai nostri tempi*, rist., 2ª ed. riv., Milano, A. Giuffrè, 1962, p. 1.

instituciones y preceptos al contexto histórico, cultural, social, económico y político de cada pueblo.

### BIBLIOGRAFÍA

AA. VV., *Istituzioni di Diritto romano*, 2ª ed. total. rif., rist., Napoli, Simone, s. a.

AA.VV., *Le Bréviaire d'Alaric. Aux origines du Code civil*, dir. M. Rouche et Bruno Dumézil, París, PUPS, 2009.

ALFONSO X EL SABIO, *Fuero real. Edición, estudio y glosario de A. Palacios Alcaide*, Barcelona, PPU, 1991.

ALFONSO X EL SABIO, *Las siete Partidas*, t. III. *Partidas quinta, sexta y séptima. Sexta partida con la glosa de Gregorio López*, en Salamanca, por Andrea de Portonariis, 1555, ed. facs., Madrid, BOE, 1974.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, "Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri", en *Scritti di Diritto romano*, vol. I, Camerino, Università-Jovene, 1974, pp. 461-487.

ARCHI, Gian Gualberto, *Giustiniano legislatore*, Bologna, Il Mulino, 1970.

ARNAUD André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, LGDJ, 1969.

ARNDTS, Ludovico, *Trattato delle Pandette, con note appendici e confronti di Flippio Serafini*, vol. III, ed. riv. e arr., Bologna, Fava e Garagnani, 1879.

AZONIS, *Lectura super codicem, Augustae Taurinorum*, ex of. Erasmiana, 1966.

AZZARA, Cl. - GASPARRI, St., *Le fondi. Le leggi dei longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germánico*, Milano, La Storia, 1992.

BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Tractatus de successione ab intestato, en Consilia, quaestiones et tractatus*, Venetiis 1590.

BEAUCHET, Ludovic, *Histoire du Droit privé de la République Athénienne*, t. III. *Le droit de propriété*, Amsterdam, RODOPI, 1969.

BESTA, Enrico, *Fonti del Diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero Romano sino ai nostri tempi*, rist., 2<sup>a</sup> ed. riv., Milano, A. Giuffrè, 1962.

BESTA, Enrico, *Le successioni nella storia del diritto italiano*, rist., Milano, A. Giuffrè, 1961.

BIONDI, Biondo, *Diritto romano cristiano, vol. III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, A. Giuffrè, 1954, pp. 339-342.

BIONDI, Biondo, *Giustiniano primo, príncipe e legislatore cattolico*, Milano, Vita e Pensiero, 1936.

BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto romano, vol. I. Diritto di famiglia*, rit., Milano, A. Giuffrè, 1963.

BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8<sup>a</sup> ed. ital. por L. Bacci y A. Larrosa, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Reus, 1965.

BUSSI, Emilio, *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, rist. anast., Padova, Antonio Milani, 1971.

CALASSO, Francesco, "Il problema storico del diritto comune", en *Studi di Storia e diritto in onore di Enrico Besta*, per il XL anno del suo insegnamento, vol. II, Milano, A. Giuffrè, 1939.

CAMBACÈRÉS, Jean-Jacques Régis de, *Projet de Code civil*, París, E. Duchemin, 1977.

CODE CIVIL SUISSE, de 10 de diciembre de 1907, s. 1., Chancellerie Fédérale, 1967.

CODE CIVIL, 112<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2013.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN (BGB), trad. de C. Melón Infante, Barcelona, Bosch, 1955.

CÓDIGO CIVIL ALEMÁN. *Bürgerliches Gesetzbuch*, trad. al cast. dir. A. Lamarca Marqués, Madrid, Marcial Pons, 2013.

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, trad. al español, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. LXXXIII-LXXXIV.

COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín, vol. I, (1500-1800)*, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996.

COING, Helmut, *Derecho privado europeo. Trad. del alemán por A. Pérez Martín, vol. II. Siglo XIX*, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 1996.

COVARRUBIAS, Diego de, *Practicarum quaestionum, caput 38, Operum*, t. II, Lugduni, sumptibus Phil. Tinghi, 1574.

*De successió abintestat. Constitutions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtut del capitol de Cort 82...*, introducció J. M. Pons i Guri, Barcelona, Generalitat, 1995.

DÍEZ PICAZO, Luis - ELVIRA PERALES, Ascensión, *La Constitución de 1978*, Madrid, Iustel, 2008.

DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

DINO DA MUGELLO, *Tractatus peculiaris de successione ab intestato*, en AA. VV., *Tractatus illustrium de successione tam ex testamento quam ab intestato*, Coloniae Agrippinae, apud Johannem Gymnicum, 1590.

*El Código de Eurico*. Edición, palíngenesia, e índices por Alvaro D'Ors, Roma-Madrid, IJE, 1960.

FERRINI, Contardo, *Manuale di Pandette*. 4 ed. cur. E int. da G. Grosso, Milano, Società editrice librería, 1953.

FIRA. *Pars altera. Edidit notisque illustravit, Johannes Baviera*, Florentiae, Barbèra, 1940.

FUERO JUZGO. Ed. de la RAE, 1815, Madrid, BOE, 2015.

GARCIA FUEYO, Beatriz, *Alonso Antonio de San Martín, obispo de Oviedo y Cuenca e hijo de Felipe IV*, Oviedo, Universidad, 2012.

GARCÍA FUEYO, Beatriz, *Recepción de las instituciones romanas en la biografía de Alonso Antonio de San Martín, hijo de Felipe IV*, Santiago de Compostela, Andavira, editora, 2015.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, Sociedad tipográfico-editorial, 1852.

GAUDEMET, Jean, "La transmission des constitutions relatives au droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares", en *RIDA* 7 (1960) 399-435, reimpr. en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 315-351.

GAUDEMET, Jean, "Le statut de la femme dans l'Empire romain", en *Recueils de la Société Jean Bodin XI*, Bruxelles 1959, pp. 191-222, y en *Études de droit romain*, vol. III, Camerino, Jovene, 1979, pp. 227-258.

GROCIO, Hugo, *Del Derecho de la guerra y de la paz*, t. II, Madrid, Reus, 1925.

HÄNEL, Gustav F., *Lex romana visigothorum*, reimpr. de la ed. de Leipzig, Teubner, 1849, Pamplona, Analecta, 2006.

HEINECIO, Johan G., *Elementa iuris romani*, 1ª ed. hispana, Compluti, E. Amigo, 1808.

HEINECIO, Juan, *Recitaciones del Derecho civil romano*. Trad. al castellano, anot. y adic. por L. de Collantes y Bustamante, 8 ed., t. II, Valencia, Pascual Aguilar, 1888.

HERRERA BRAVO, Ramón, “Reformas posclásicas y justinianas en la sucesión intestada, y su evolución en la tradición jurídica romano-germánica”, *Revista internacional de Derecho romano (RIDROM)* 21 (2018) 326-398.

IGLESIAS, Juan, “La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno”, en *Estudios. Historia de Roma – Derecho Romano – Derecho Moderno*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, pp. 264-270.

JORDÁN DE ASSO, Ignacio-MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5ª ed., corr. notab. aum., Madrid, Ramón Ruiz, 1792.

KASER, Max, *Derecho privado romano*. Trad. esp. de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil*, vol. V. *Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2009.

LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, Ariel, 1978.

LANATA, Giuliana, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (génesis e historia del Código)*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

LE CODE CIVIL 1804-2004, *Livre du Bicentenaire*, París, Dalloz, 2004.

LEPOINTE, Gabriel, *Les successions dans l'Ancien Droit*, Paris, Domat Montchrestien, 1945.

LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico-jurídico-literal a las 83 leyes de Toro*, 2ª ed., Madrid, Compañía de impresores y librereros del Reino, 1852.

*Lo Codi en castellano, según los mss. 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional. Edición y estudio preliminar de Juan A. Arias Bonet*, Madrid, Universidad Complutense, 1986.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, "La reforma de la sucesión intestada en el Código Civil", en AA VV., *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII jornadas de la Asociación de profesores de Derecho Civil, Murcia, Universidad, 2006, pp. 460-462.

MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I. Parte teórica, Madrid, Universitas-UNED, 2002.

OURLIAC, Paul-GAZZANIGA, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français, de l'an mil au Code civil*, París, Albin Michel, 1985.

PÉREZ PRENDES, José Manuel, en *Las Bienaventuranzas del Derecho romano*, Madrid, Iustel, 2010.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, José Manuel, *Historia del Derecho español*, vols. I y II, Madrid, Universidad Complutense, 2004.

PUFENDORF, Samuel von, *De iure naturae et Gentium, libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii atque Io.*

*Barbeyraci* t. I, Francofurti et Lipsiae, ex off. Knochio-Eslingeriana, 1759.

RESINA SOLA Pedro, "La condición jurídica de la mujer en Roma", en *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*. eds. A. López, C. Martínez y A. Pociña, Granada, Universidad, 1990, pp. 98-119.

SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, t. I , Coruña, Imp. de Gregorio, 1837.

SANTUCCI, Gianni, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010.

*Summa Codicis des Irnerius, mit einer Einteilung*. Herausgegeben von Hermann Fitting, Berlin, J. Guttentad, 1894.

SUSA, Enrico da, *Summa aurea*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1568.

TROPLONG, Raymond Théodore, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, reimp. de la 3<sup>a</sup> ed. de Paris 1868, Darmstadt-Aalen, Scientia Verlag, 1975.

VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano, vol. II. Parte speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2<sup>a</sup> ed. rif., Milano, A. Giuffrè, 1963.

VOCI, Pasquale, *Studi di Diritto romano*, vol. II, Padova, CEDAM, 1985.

WESENBERG, Gerhard-WESENER, Gunter, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4<sup>a</sup> ed. alemana, Valladolid, Lex Nova, 1998.

WINDSCHEID, Bernard, *Diritto della Pandette*. Trad. al ital. de C. Fadda y P. E. Bensa, vol. III, rist. st., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1930.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

Abril-2022

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

Fecha de recepción: 14/02/2022	Fecha de aceptación: 10/03/2022
Palabras clave: <i>Iura novit curia, iudex, arbiter.</i>	Keywords: <i>Iura novit curia, iudex, arbiter, judge, arbitrator.</i>



## EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA EN EL SISTEMA PROCESAL ROMANO.

## THE IURA NOVIT CURIA PRINCIPLE IN THE ROMAN PROCEDURAL SYSTEM.

**María Olga Gil García**

Profesora Contratada Doctor de Derecho Romano

Universidad de Burgos

ogil@ubu.es

ORCID: 0000-0003-3167-5337

(GIL, María Olga. El principio iura novit curia en el sistema procesal romano. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 185-274 <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

Respecto a este aforismo, la doctrina romanista entiende que se presume que el juez conoce el derecho, e incluso que en la mayor parte de las ocasiones lo aplica. Sin embargo, esto no siempre es así en todas sus etapas, lo ideal, es que el proceso y su solución se adopten conforme a derecho; y es más que éste sea conocido por el juez cuando emite su sentencia. En este estudio revisamos los distintos sistemas procesales romanos, para analizar si de facto es de aplicación tal principio en Derecho romano y como consecuencia dónde podemos encontrar su posible origen.

### Abstract:

With regard to this aphorism, the presumption in Romanist doctrine is understood to be that the judge knows and even applies the Law on most occasions. However, that is not always so at all stages; ideally, both process and solution take place in accordance with the Law and the judge knows the Law when delivering a sentence. In this study, we will review the different Roman procedural systems, in order to analyze whether such a principle is of de facto application in Roman Law, and in consequence, where its possible origin may be found.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Aproximación a su concepto. 3. Origen. 4. Diferentes locuciones para describir el principio. 5. Doctrina romanista al respecto. 6. Imposibilidad de su asunción en el derecho arcaico. 7. *Ordo iudiciorum privatorum*: 7.1 Las *legis actiones*. 7.2 El procedimiento formulario. 7.3 El conocimiento del derecho por parte del *iudex* y del *arbiter*. 7.3. 1) *Arbiter*. 7.3. 2) *Iudex*. 7.4 *Iurisdictio* del pretor y principio *iura novit curia*. 8. En la *cognitio extra ordinem*. 8.1 Medios de impugnación por razón de desconocimiento del derecho: *appellatio*-nulidad. 9. Procedimiento postclásico y vulgarización del derecho. 10. La prueba de la costumbre. 11. Breve referencia a este principio en la recepción hasta la actualidad. 12. Recapitulando.

## 1. Introducción. -

Este brocardo latino forma parte de nuestra cultura jurídica actual, está integrado en nuestro derecho. Su contenido indica que el juez conoce el derecho. Forma parte de los aforismos que conforman la estructura jurídica procesal europea del Derecho continental, extendiendo su influencia a Latinoamérica e incluso Asia. Aforismo que consigue formular un concepto atemporal que se ha adaptado a diferentes ordenamientos jurídicos, ya históricos, como coetáneos.

Revisar los orígenes de esta máxima en el Derecho romano, hacer una pequeña referencia a su reflejo en la Recepción, cuándo se reafirma, y a su expresión articulada a partir de la Codificación es el fin de este estudio, para con todo ello comprender mejor su extenso contenido actual, incluso con reflejo en el presente Derecho europeo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> REINOSO- BARBERO, F., “*Paroemia et regulae iuris romanorum*: Desde el *ius commune* a la jurisprudencia de la Unión Europea” *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13, 2016, p. 593-594 indica que los brocardos nacen con un criterio de utilidad probablemente para facilitar un triple fin: a) la asimilación conjunta de

Aunque como ya observó JAVOLENO, uno de los máximos exponentes de la escuela Sabiniana (D.50.17.202 *Libro XI Epistolarum*), *Omnis definitio in iure civil periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit*<sup>2</sup>. Sin embargo, en los aforismos se recogen axiomas que, aunque mantienen una formulación histórica pasada, como en el caso que nos ocupa, su esencia se mantiene en el tiempo, formando parte de un cierto derecho integral<sup>3</sup> en el sentido más laxo del término, como normal, habitual, frecuente en varios ordenamientos presentes y pasados.

### 1. Aproximación a su concepto.

Su contenido viene a expresar que en el contexto de un juicio se presume que el juez conoce el derecho, *iura novit curia*, por lo tanto, le damos los hechos y él nos dará el derecho, *da mihi factum dabo tibi ius*, principios unidos y vinculados íntimamente aplicables en el proceso civil<sup>4</sup>.

---

los grandes hilos conductores de las doctrinas jurisprudenciales de los jurisconsultos, b) permitir con ello una visión global del sistema jurídico y c) enseñar el derecho a los discípulos mediante epítomes y colecciones de brocados, con sus aplicaciones y sus excepciones.

<sup>2</sup> En derecho civil toda definición es peligrosa, porque es difícil que no pueda ser alterada.

<sup>3</sup> No utilizamos el término global porque ese concepto explicado por DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho Global?* CGPJ. Madrid. 2008, no permite incluir este aforismo en el derecho global definido por el autor, sino que más bien nos referimos al derecho habitual o frecuente en varios ordenamientos.

<sup>4</sup> En ocasiones se habla de él como si fuera una presunción *iuris et de iure*, el juez conoce el derecho y esto es indiscutible y no admite prueba en contrario, sin embargo, en técnica procesal no es presunción porque las presunciones son

Se dice que proviene de una misma anécdota procesal, un juez medieval interrumpió el discurso desmedido de un abogado con la recriminación *venite ad factum, iura novit curia*<sup>5</sup>, también expresado como “*Venite ad factum. Curia iura novit*”<sup>6</sup>. Con la expresión queda nítido que en un proceso las partes aportan los hechos: *venite ad factum* y el juez el derecho: *iura novit curia*, dicho de otro modo, los hechos son el dominio de las partes y el derecho es el reino del juez<sup>7</sup>.

Es importante reseñar que, aunque unidos, estos dos principios son diversos, en derecho procesal romano *iura novit curia* simplemente es que el juez conoce el derecho, pero al no tener su definición en textos, y dado que es un principio de origen medieval, deberemos considerar si en Derecho romano también existe, aunque

---

probatorias y afectan a los hechos no al derecho, como es el caso, siendo un método probatorio, no un medio de prueba al uso.

<sup>5</sup> Según relata el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* permiten al tribunal no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar la sentencia, pudiendo apoyarse en otros, aunque no hayan sido invocados por los litigantes. En SENTIS MELENDO, S., *El Juez y el derecho. (Iura novit curia)*. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957, p. 14-16 cita a AUGENTI G., *L'onore de la prova*, Roma 1932, p. 42 y a PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*. Paris. 1923, 9 ed. T. II, p 2 como los que recogen esta anécdota. Señala que el primero de estos dos autores refiere textos con el aforismo ya en el siglo XIV, y en Francia se dice que la ley y la costumbre deben ser conocidas por el juez, ya en el siglo XII.

<sup>6</sup> También se formula como *iura novit curia*, o *iura curia novit*, o incluso *curia novit leges*.

<sup>7</sup> ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004. p. 22.

sea *de facto*. En definitiva, si el juez romano tiene el deber conocer, y el deber de aplicar el derecho<sup>8</sup>.

El adagio, en versión abreviada, "*iura novit curia*" elimina la referencia a la actividad o esfera de las partes, en otras palabras al principio dispositivo o de aportación de parte, centrándose sólo en el deber de la autoridad, rompiendo la armonía que mantiene en pie de igualdad el dominio de las partes que aportan los hechos en el proceso, y el del juzgador, cuya aportación es la aplicación del derecho en la sentencia<sup>9</sup>, una vez ha considerado los hechos demostrados.

## 2. Origen.

---

<sup>8</sup>*Da mihi factum*, se refiere al principio de aportación de parte, cuya formulación original es "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*" sin referencia a *partium* como demuestra PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*. Bosch. Barcelona. 2007.. Según el resultado de este estudio la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, basado en D. 1.18.6,1, repercute incluso en la actualidad. Demuestra como una máxima erróneamente admitida, formulada como: "*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*" o "*secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet*" o "*Judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*" se extiende y generaliza, e incluso se ve recibida en la ley de enjuiciamiento civil española ley 1/2000 art. 216, siendo un claro ejemplo de cómo la historia - inexactamente recibida- influye en la regulación vigente.

<sup>9</sup> CALVINHO, G., "*El brocárdico iura novit curia.*" Revista de derecho procesal nº 1-2009.

No encontramos su origen literal en Derecho romano, se formula<sup>10</sup> en época medieval en el *Corpus Iuris Canonici*<sup>11</sup>, cuando como advierte BRUNELLI el conocimiento del derecho era patrimonio exclusivo de los hombres de leyes, y las leyes no eran tan numerosas, ni se renovaban con tanta frecuencia como ahora, cuando es difícil, incluso para jurisconsultos expertos, conocer todo el patrimonio legislativo del Estado<sup>12</sup>.

Se dice que hoy día esta máxima comporta, no solo que el juez conoce el derecho, lo que parece imposible dada la ingente cantidad de normas que se publican que lo hace inabarcable, sino que tiene el deber de conocerlo y aplicarlo, de encontrar la norma e interpretarla adecuadamente. De ahí que se diga, que este deber solo se le pueda exigir respecto del derecho interno, escrito y vigente, pero no respecto a las otras manifestaciones del derecho, como es el derecho extranjero

---

<sup>10</sup> ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Iura novit curia*. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Marcial Pons. Madrid Barcelona, 2007: p. 22 Según el autor la máxima no tiene su origen en las fuentes romanas y desde sus orígenes medievales hasta la actualidad ha experimentado una notable transformación o más bien, una considerable ampliación de su significado.

<sup>11</sup> *Iura novit curia*, ya aparecía en el *Corpus Iuris Canonici*.

<sup>12</sup> BRUNELLI voz: "*Iura novit curia*". *Nuovo Digesto italiano*. Vol. VII., p. 474. "Questo aforisma, molto lusinghiero per la curia, è di formazione medioevale, quando la conoscenza del diritto era patrimonio esclusivo degli uomini di legge e le leggi non erano così numerose e di rápido rinnovamento come oggi, in cui é difficile che anche giureconsulti esperti e attenti abbiano conoscenza del patrimonio legislativo del proprio Stato. L' aforisma, però, contine un principio che è fundamentalmente giusto, vale a dire che il magistrato deve conoscere la legge." Además, este autor añade que no sólo es el conocimiento de la ley propiamente tal, sino también reglamentos, decretos, Tratados Internacionales....

o el consuetudinario, de las que deberá probarse tanto su existencia como su vigencia<sup>13</sup>.

Admitido el origen del brocardo en época de la Recepción, es curioso como COING nos informa de su origen en la relación *ius commune- ius municipale*. Así en la época de los Glosadores se concebía el Derecho Romano como derecho universal, como *ius commune* frente a los estatutos de las ciudades y su derecho local<sup>14</sup>. Cuando el ordenamiento local, al que debe referirse el juez no tiene norma aplicable, debe buscar la respuesta en el *ius commune*. Como advierte este autor estos derechos se interpretan con reglas distintas, de tal manera que el *iura novit curia* se aplica siempre respecto al *ius commune*, pero no con relación a los derechos locales, puesto que el *ius commune* está vigente en todo el territorio, por tanto, es el que debe conocer el juzgador, siendo el ordenamiento general que completa el *ius locii*. Así las costumbres o los fueros locales, no incluidos en estos repertorios de normas, debían ser aportados por la parte y tratados como hechos, es decir, debían ser probados. Una vez probados, vinculaban al juez. Esta postura es interesante, porque no solo refiere el origen del principio, sino que incluso se observa el inicio simultáneo de sus excepciones, la necesidad de probar las costumbres y el derecho del lugar. Pero sea como fuere como advierte SENTIS

---

<sup>13</sup> En la actualidad en un estado autonómico como España se habla de extender las excepciones del *iura novit curia* al derecho autonómico, que también debería probarse y aportarlo por la parte, junto al derecho extranjero y las costumbres.

<sup>14</sup> COING, H. *Derecho Privado europeo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*. Traducido Antonio Pérez Martín. Fundación cultural del notariado, 1996, Madrid, pp. 124 y ss.

MELENDO los brocardos no siempre son, en su formación, el producto de un momento sino a veces el resultado de una lenta elaboración.... Sabemos cómo nos ha llegado la máxima, pero no cuándo ni cómo se formó<sup>15</sup>.

Si tratamos de esta máxima en Derecho romano, tenemos que considerar quien es la “*curia*”: el órgano llamado a juzgar. Suponemos que conocer todo el Derecho romano, por parte de los llamados a impartir su justicia debía ser igualmente complicado, dada la complejidad de su historia, la carencia de derogación expresa de multitud de normas, la dificultad de su sistema de fuentes, inicialmente orales, la continua creación y construcción a la que se ve sometido un derecho en continua formación, situaciones que harán difícil saber si el órgano llamado a impartir justicia era conocedor de un derecho tan poco delimitado... Sin embargo, como vamos a ver, tanto en aquel tiempo como ahora existirán mecanismos para que el que imparte justicia, se aproxime en su sentencia a las normas existentes, que en el fondo es lo que subyace en esta máxima, es decir, que el juez decida en derecho.

Este principio es básico porque en la *litis* observamos la verdadera aplicación práctica del derecho al caso concreto. En ese momento el derecho se hace vivo y ejecutivo. El proceso será garantía de que el derecho existe, cuándo se ve plasmado en la realidad de las cosas, en la resolución pacífica de los conflictos. Con este principio

---

<sup>15</sup> SENTIS MELENDO, S., *El juez ... cit.*, p. 30-31.

entendemos que lo que se procura es romper la arbitrariedad para hacer justicia. Supone que ante un mismo caso se debe dar una solución similar, seguridad en la resolución del caso e igualdad para los iguales, puesto que el juez conoce el derecho y este es el mismo para todos los que están la misma situación jurídica.

Evidentemente, que el juez sepa derecho no es útil si sólo lo mantiene en su fuero interno, si no lo aplica, lo que verdaderamente expresamos con el *iura novit curia* es que el derecho debe aplicarse, con independencia de que, con carácter anterior al caso, quien dicta la sentencia fuera o no lego, e incluso que las partes lo hayan aportado o no al juicio. En Derecho romano también será un reflejo de la paulatina sumisión del juez al derecho, evitando la arbitrariedad.

Es indiscutible que si contamos con actores jurídicos conocedores del derecho y éste está codificado todo será más sencillo, como sucede con el derecho positivo codificado, pero esta circunstancia no es imprescindible si finalmente, el contenido de la sentencia dice derecho y contiene las normas del momento. Pues bien, esta circunstancia, ya sabemos que sucedió en Derecho romano, el derecho se aplicó en sus sentencias, aunque no en todas sus etapas, ni en todos sus procedimientos, sobre todo en los más antiguos.

Como premisa queremos señalar que hablaremos de proceso, de Derecho procesal romano, porque el aforismo se refiere a que el juez conoce el derecho en su quehacer judicial, en el proceso, con su máxima expresión en la sentencia. El proceso existió con sus

características principales como son: conseguir la resolución pacífica de los conflictos siguiendo una sucesión de trámites ordenados, ante un órgano juzgador imparcial, en los que se llegan a aplicar principios tales como la dualidad, la contradicción, la defensa, la igualdad de armas, en materias de Derecho civil también el principio dispositivo, el de aportación de parte, el de valoración y carga de la prueba, el de oralidad que a su vez comporta inmediación, concentración, publicidad, ... y que finalizan por una sentencia, en ocasiones apelable, a la que se atribuye el principio, este sí de origen romano de *res iudicata*<sup>16</sup>, dato este último que distingue claramente cualquier mero procedimiento o trámite de un verdadero proceso<sup>17</sup>.

### 3. Diferentes locuciones para expresar el principio.

Esta expresión se invoca de diferentes formas: la más conocida *iura novit curia* y en menos ocasiones encontramos: *ius novit curia*, o

---

<sup>16</sup> Ulpiano en D. 1.5.25 y en D. 50.17.207. *Res iudicata pro veritate accipitur*. También recogido en Partidas 7.34.32 Glosa de Gregorio Lopez.a las Partidas, P. 7, 34, 32: *sententia, quae transiit in rem iudicata, pro veritate habetur* -la sentencia, al convertirse en cosa juzgada, se acepta como verdad-; *iudicis sententia pro veritate accipitur*--'la sentencia del juez se tiene por verdad'-; *iudicium pro veritate accipitur* -'el juicio se tiene por verdad'-; y *res iudicata pro veritate habetur* -'la cosa juzgada se tiene por verdad'.

<sup>17</sup> Utilizaremos el término proceso, porque, aunque en las fuentes no encontremos frecuentemente esa expresión (lo encontramos en D. 1 .2. 2.0 Pomponio, en D. 1.2. 13.en CTh. 11. 2. 3. 0. (377 spt. 17) en Nov. Val. 30.1, Nov. Ius. 67 caput I, Nov. Ius.105 caput I) entendemos que no solo es un sistema de acciones como indica D'ORS *op.cit.* 122, puesto que adquiere algo más, en el sentido que es una secuencia de trámites que no sólo obedecen a actos singulares, sino que tienen una función, también en Roma, cual es la de resolver conflictos, aunque sean privados, con solución en forma de sentencia que no se aplican en otros procedimientos. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho romano*. 6ªed Ed. Ariel. Barcelona, Caracas, Mexico. 1979, pp 187 y ss. también habla sólo de procedimiento civil, no de proceso.

*iura curia novit*. Si bien, no parece que tenga trascendencia el orden de las tres palabras principales, lo que sí puede ser de mayor importancia es el utilizar en ocasiones el término *iura* y en otras el vocablo *ius*. Tanto en uno como en otro caso, el aforismo se refiere a que la curia conoce en todo caso el derecho objetivo, si bien su utilización en singular parece remarcar más aún este significado, así utilizan el término en singular SAVIGNY<sup>18</sup> o MANZINI<sup>19</sup>. Sin embargo, compartimos con SENTIS MELENDO que “El aforismo, en su nacimiento y en su auténtico sentido jurídico, ha contemplado el derecho objetivo; pero, en su frecuente aplicación, ha comprendido tanto la norma jurídica como los derechos subjetivos”<sup>20</sup>. En todo caso el término derecho deberemos entenderlo de forma amplia, sabemos que es un término polisémico<sup>21</sup> y en cuanto a conocerlo, no resulta imprescindible que lo sea antes del juicio, ni siquiera que el juez lo

---

<sup>18</sup> SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*. Traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro editorial de Góngora. Madrid, 2ª ed.T. I, p.172.

<sup>19</sup> MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano. Vol. 1, La scienza del diritto penale, relazioni e fonti del diritto penale, diritto transitorio, diritto penale internazionale, i soggetti, il reato, l'imputabilità*. 5ª ed. aggiornata / dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia. Torino: UTET, 1985.

<sup>20</sup> SENTIS MELENDO, S., *El Juez...* cit., p. 36 Respecto al término *novit*, p.26 parece ser que se puede sentar esta afirmación: “del derecho de los derechos objetivos que el juez conoce, que le son conocidos, se debe decir *novit*. De los derechos subjetivos, que los conoce en el proceso, que los está conociendo, se debería decir, *noscit*.” Es importante este punto porque el principio se refiere al conocimiento del derecho objetivo como bien se reseña e indica atendiendo a la etimología del verbo. Y en cuanto al término *iura*, en p. 37, SENTIS MELENDO, concluye que el significado exacto del aforismo es el conocimiento del derecho objetivo, de la norma jurídica, por parte del juez. La extensión del aforismo y aplicación normal del mismo también alcanza a los derechos subjetivos hechos valer por los litigantes.

<sup>21</sup>EZQUIAGA GANUZAS, F.J., “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho. Ed. Olejnik ,Santiago de Chile. 2018. p. 138-140.

investigue, puede ser otro integrante del órgano judicial quien se lo aporte, basta con que lo conozca para emitir su *opinio*.

En cuanto a su enunciación también debemos señalar que en ocasiones se formula junto al otro principio: “*Venite ad factum. Curia iura novit*”, o “*Venite ad factum. Curia novit ius*” que ya hemos mencionado y que son dos: el principio dispositivo y de aportación de parte junto al que estamos estudiando. Y esto es así, porque únicamente lo que las partes quieren ventilar en el proceso es a lo que incumbe el derecho aplicable, porque las partes son dueñas del proceso<sup>22</sup>, el juez debe ser congruente respecto a esos hechos<sup>23</sup>. El juez no puede investigar la verdad material de lo acaecido, más allá del material fáctico aportado por las partes<sup>24</sup>.

Respecto a su redacción SENTIS MELENDO analiza, palabra por palabra esta máxima empezando por su análisis gramatical<sup>25</sup>. Con respecto al término *curia* no parece referirse sólo al *iudex*, o al órgano que conoce los hechos y juzga, el término es suficientemente amplio<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Expresión literal que tan bien lo define, y que proviene de la redacción del inicio de la tercera Partida III de Alfonso X el Sabio.

<sup>23</sup> GIL GARCÍA, O., “La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano”. *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*. BOE. Vol. II. 2020 [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DR-2020-155\\_2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DR-2020-155_2), pp. 223 y ss.

<sup>24</sup> Afirmación que resulta aplicable en el procedimiento formulario pero que más limitada en la *cognitio extra ordinem* cuando el juez público puede buscar la verdad material de los hechos acaecidos en la fase probatoria.

<sup>25</sup> SENTIS MELENDO, *El juez ...*, cit. p. 20 y ss.

<sup>26</sup> SENTIS MELENDO, S., *El juez cit...* p. 20, observa como respecto a la palabra *curia*, su contenido en el momento de nacimiento de la expresión, no podía significar sólo jueces y tribunales. Cuando el autor escribe su estudio el diccionario de la RAE recogía una acepción que hoy no tiene, se refería “al conjunto de todas las

como para incluir en sí a todo el que opera para conseguir el resultado final de impartir justicia. Si traducimos de forma literal, el principio quedaría así: la curia conoce el derecho, el término curia, no parece referirse sólo al juez, ni siquiera en su formulación colegiada como tribunal, por tanto, adquiere sentido que en Roma estudiemos el adagio referido al órgano juzgador en su conjunto.

Para tratar esta máxima es conveniente tratar algunas premisas atendiendo primero a que sistema procesal romano nos referimos, y dentro de él a quién o quiénes son llamados a juzgar, para así presumir cuál era su conocimiento del derecho, y cuando lo adquiría, reseñando la certeza de las fuentes jurídicas que se utilizan y que nos indicarán si es o no posible que el órgano juzgador conozca el derecho.

Así cuando pensamos en el juez, deberemos revisar quienes son los llamados a juzgar, si son terceros imparciales, si son legos, si son técnicos.... También deberemos observar la manera en que se estructuran los pleitos, que como sabemos es muy diferente en el *ordo iudiciorum privatorum* y en la *cognitio extra ordinem*.

---

personas que componen la familia y comitiva del rey". En p. 23 advierte que etimológicamente su significado es Senado, Palacio, Corte. Este autor encuentra en *Quiris* el origen de la palabra, significa lanza, de ahí el *ius quiritium*, a todo en conjunto se le llamó *Quiria* o curia. El pueblo romano se reunía en curias, curia equivalía a autoridad del pueblo romano. En el Imperio y en el Bajo Imperio va surgiendo otra palabra que sustituye que es cohorte, con el significado de comitiva real equivalente a curia.

Respecto al término “conocer” el derecho, deberemos plantearnos cuales son las fuentes del derecho del momento, es decir, si existe la certeza jurídica suficiente como para poder abarcar los conocimientos jurídicos de la época. Además, deberemos observar si es imprescindible conocer todas las normas antes del propio juicio o basta con conocer las aplicables *ad hoc*, con la anterioridad y profundidad imprescindible para poder emitir juicio. Con todo ello, intentaremos concluir si en Derecho romano por etapas y sistemas se aplica esta regla *de facto*.

#### 4. Doctrina romanista al respecto.

Desde la doctrina romanista son pocos los autores que se refieren expresamente a esta máxima, posiblemente porque no hemos encontrado su origen en las fuentes romanas. D´ORS advierte que el *iura novit curia* no es de formulación romana, pero al hablar del procedimiento formulario en su fase *apud iudicem*, añade que, aunque los jueces no solían conocer el Derecho, las partes debían presumir lo contrario y abstenerse de probarlo<sup>27</sup>, como si fuera una suerte de presunción *iuris et de iure*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> D´ORS, Derecho Privado Romano. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed., p. 147.

<sup>28</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.J., “*Iura novit curia*” ... cit., p.14-15. indica que bajo el aforismo se esconden dos usos: como presunción y como principio jurídico. Así como presunción exime a la parte de alegar y probar los materiales jurídicos en los que funda sus peticiones, y como principio normativo es la obligación de los jueces de sujetarse al derecho lo que implica conocerlo.

TORRENT<sup>29</sup> advierte que, en Derecho romano, tal aforismo está implícito y expresa que el Derecho es conocido por el juez, las partes tenían que aportar los hechos que depusiesen indubitadamente, en sostenimiento de las razones alegadas, no el Derecho. Incluso, sugiere TALAMANCA<sup>30</sup> que el *iura novit curia* rige sin estar abiertamente formulado, como iremos viendo en este estudio.

Sin alusión expresa al principio, autores como VOCI, dentro del contexto de la explicación del procedimiento formulario nos aproxima a él cuando dice “*Il giudice deve obediare alla legge e alla formula. Alla legge, in quanto deve applicare il diritto. Alla formula, in quanto deve accettare per tema della controversia quello che in essa è descritto, e deve attenersi alle istruzioni specifiche che la formula gli dà.*”<sup>31</sup>. No dice que el juez conoce el derecho, pero admite directamente que lo aplica, lo que resulta poco probable sino lo conoce. RASCÓN advierte que hasta que se impuso la extraordinaria *cognitio* el magistrado, en el ejercicio de la *iurisdictio*, al conocer o denegar el juicio actuaba sometido al derecho<sup>32</sup>. O ya más tarde, en el contexto de la *appellatio*, ORESTANO dirá a propósito de su instauración, que supuso la “*progressiva sottomissione del giudice alla norma*”<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> TORRENT, *Diccionario de derecho romano*. Edisofer, 2005. Voz “*iura novit curia*.”

<sup>30</sup> TALAMANCA, M., *Instituzioni di Diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 354.

<sup>31</sup> VOCI, P., *Manuale di Diritto romano*. Giuffrè editores. Milano. 1998. 2ª ed. Vol. II, p. 469.

<sup>32</sup> RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*. Madrid. 2007, Tecnos. 2ªed., pp. 81-82.

<sup>33</sup> ORESTANO, s.v. “*Appello*” en *Enciclopedia del Diritto* II. Annali II. Giuffrè editores. Milano.

Lo que parece desprenderse de la doctrina romanista, es que el aforismo significa que se presume que el juez conoce el derecho, no que deba conocerlo con carácter anterior a su decisión, y que en muchas ocasiones se aplica<sup>34</sup>. Sin embargo, no siempre será así, deberemos contextualizarlo en los diferentes sistemas procesales para ver en cuáles de ellos se aplica esta máxima. Lo común, tanto para el Derecho romano como para el Derecho positivo es que el proceso y su solución se adopte conforme a derecho, y que este sea conocido por el juez cuando da su *opinio*, su *sententia* que es lo que subyace en este brocardo, aunque en Roma esto no suceda en todas sus etapas.

## 5. Imposibilidad de su asunción en el Derecho arcaico.

En esta primera etapa del Derecho romano cualquier conflicto se resolvía dentro del ámbito familiar por el *pater familias*, aplicando los *mores*<sup>35</sup>. La justicia se imparte dentro de ese ámbito privado, y ese poder no está ni siquiera estructurado dentro de un estado, puesto

---

<sup>34</sup> CALAMANDREI, P., “*Diritto consuetudinario in cassazione*”. *Rivista di diritto processuale civile*. XV, 1938. P. II, p. 120. desde el derecho procesal se nos indica que el contenido de este principio tiene dos caras inseparables, el deber del juez de conocer el derecho y el de aplicarlo de oficio, es decir, el poder del juez de investigar y aplicar la norma, aunque la parte interesada no la haya alegado, ni siquiera probado su existencia, excepción hecha del derecho consuetudinario y del derecho extranjero. Añade que cuando se debe aplicar derecho consuetudinario solo se aplica en el sentido de poder, no de deber, el juez no tiene por qué conocer de oficio el derecho consuetudinario; lo mismo vale para el derecho extranjero, y para el derecho antiguo.

<sup>35</sup> Si revisamos las normas desde los orígenes de Roma hasta finales del siglo I a.C. lo fundamental fueron las costumbres, apenas hay referencias a *leges* de derecho privado.

que se carece de una estructura suficiente como para asumir la función judicial. Falta un tercero imparcial llamado a decidir, del que, de existir, diremos que conoce el derecho. El *pater familias*, tiene un amplio poder sancionatorio, pero no es imparcial. Forma parte de una estructura jerárquica que carece de esa necesaria distancia e independencia que debe separar al juez de la parte, que sí que se contempla cuando hablamos del juez en el *iura novit curia*. Se impone una defensa privada, apoyada en la venganza infligida por el grupo familiar<sup>36</sup>.

Estas evidencias implican que los orígenes del procedimiento romano son autocompositivos, difícilmente compatibles con este adagio, al carecer de esta tercera figura. Necesitamos que el proceso evolucione y se transforme en heterocompositivo, para que primero: un tercero imparcial resuelva y segundo: que lo haga “conociendo el derecho”, que en esta etapa aún estaba mezclado con la religiosidad, con la legitimidad de la defensa privada, con la venganza como solución ejecutiva, que también lo impiden.

Las fuentes de esta etapa son orales, fundamentalmente los *mores maiorum*. Durante los primeros tiempos de su historia la supremacía de la costumbre como fuente del derecho privado es incuestionable. Ni siquiera las normas del derecho y de la religión estaban separadas, lo religioso impregnaba toda la vida pública y privada, cuyo centro era la familia agnaticia. Los *mores maiorum*,

---

<sup>36</sup> VOCI, *Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1996 4ªed., p.6.

costumbres ceremoniales mezcladas con la devoción religiosa, eran fuentes de derecho basadas en la oralidad, lo que en cierto modo impide la certeza que requiere el principio estudiado. Son hechos repetidos, pautas de comportamiento reiteradas, usos, pero que debían someterse a la *interpretatio* de los juristas, quienes poco a poco fueron elaborando el *ius civile*. Necesitamos un derecho cierto, definido y público para que se aplique este principio. El derecho de la época es tan incierto que Juliano advierte, en D. 1. 3. 20, que no puede darse la razón de todas las disposiciones que fueron establecidas por nuestros mayores y en ese caso como ya advirtió BOBBIO el derecho o es cierto o ni siquiera es derecho<sup>37</sup>.

Si a ese derecho incierto le añadimos que en época arcaica, se juzgaba en el ámbito doméstico, que el estado estaba en construcción y no tiene atribuida la función de juzgar, se nos hace imposible determinar primero, que podamos hablar de un juez como tal, y segundo, que el derecho, al ser tan embrionario, sea difícil entenderlo como un cuerpo de normas que se puedan conocer con certidumbre, lo que nos invita a pensar que el principio *iura novit curia* no se aplica por la falta de esas premisas esenciales que hemos señalado.

Las XII Tablas serán un hito importante en lo que podemos considerar cierto avance en este principio, ya son normas escritas y ciertas, que interesan en los juicios privados, lo que resulta un avance respecto a la seguridad jurídica, la norma queda inamovible, está

---

<sup>37</sup> BOBBIO, N., afirmó che *il diritto o è certo o non è neppure diritto*, BURDESE. A., *Miscellanea romanística*. Madrid, 1994, p.1.

escrita, aunque su origen proceda de antiguas reglas consuetudinarias orales.

Las tres primeras tablas recogen normas procesales, en ellas tenemos conocimiento de las *legis actiones* en las que ya estamos ante un fenómeno judicial basado en la heterotutela. La función jurisdiccional sale del ámbito privado, (que solo se mantiene para la ejecución) para empezar a ser una función de tercero imparcial, aunque aún no sea una función pública. Las normas laicas se van separando de las religiosas. El proceso se ritualiza y el órgano juzgador debe empezar a conocer esas reglas, que tendrá en cuenta en sus decisiones. El *principio iura novit curia* empieza a tener contenido, la forma escrita del derecho ayuda a delimitarlo y evita la arbitrariedad de los magistrados patricios. Si el juez puede conocer el derecho, es porque el derecho empieza a tener confines que se pueden abarcar con el conocimiento, en este caso de las acciones de ley.

Por otro lado, las XII Tablas secularizan el *lege agere*, que supone una idea de *iurisdictio* en cuanto poder del magistrado, que ya se erige en director del proceso, para indicar la norma y vigilar el ritual del caso que debía decidir el juez<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> TORRENT, A., *La "iurisdictio" de los magistrados municipales*. Salamanca. 1970, publicaciones de la Universidad de Salamanca. p. 8.3

## 6. *Ordo iudiciorum privatorum*:

### 6.1 Las *legis actiones*.

En la etapa del *ordo iudiciorum privatorum*, concretamente en las *legis actiones*, la oralidad de este proceso, junto con el escaso conocimiento que tenemos de él, complica la aseveración de que la curia conoce el derecho<sup>39</sup>. Sí que sabemos de su rigidez respecto a la necesaria fidelidad que debe existir entre la petición y la pretendida acción de ley (Gayo I. 4. 11) pero también observamos que lo sentenciado son decisiones meramente declarativas, orales y que la cuestión litigiosa de base, como sucede en las *legis actio per sacramentum in rem*, quedaba como algo secundario, tras la complicada ceremonia del *sacramentum*<sup>40</sup>. La parte ni siquiera tiene la libertad de poder aportar todos los hechos controvertidos, sino sólo aquéllos que puedan subsumirse en la concreta acción de ley, por tanto, ni siquiera cabe la aplicación del *da mihi factum*<sup>41</sup>, tan necesaria para que, a esos hechos controvertidos, *a posteriori* se les aplique el Derecho. Antes de aplicar la norma debemos poder aportar todos los hechos discutidos que queremos que sean juzgados, si esto no es así, difícilmente podremos concluir que es de aplicación el aforismo *iura*

---

<sup>39</sup> D. 1.2.2.6 refiere el nacimiento de las *legis actiones*, de las que Pomponio dice que nacen para que las acciones fueran ciertas y solemnes, acciones legítimas.

<sup>40</sup> MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El Proceso*<sup>2a</sup> ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983, p. 141.

<sup>41</sup> Aunque lo aleguemos en este punto, este aforismo tampoco tiene un contenido cierto y expreso en la época, pero sí que resulta aplicable desde el procedimiento formulario, como se demuestra de la necesaria congruencia entre lo pedido y lo solicitado.

*novit curia*, porque ni siquiera podemos someter a juicio todos los hechos controvertidos.

Las partes no pueden aportar los hechos libremente, sino solo aquellos que pueden ser resueltos por estas acciones, por lo que incluso se ve afectada la congruencia, que está esencialmente unida a *iura novit curia*. Por otro lado, la sentencia en las *legis actiones* tampoco estaba motivada<sup>42</sup>, salvando el caso de las resoluciones de los *centumviri* que eran colegiadas (pero de los que no podemos olvidar su condición de legos, luego tampoco tenían porqué conocer el derecho). Además, el juez *privatus* elegido para desempeñar una función pública, no es necesario que sea conocedor del derecho, porque se asesora por un *consilium* de expertos jurídicos. Su función consiste en revisar la prueba y sólo se pronuncia sobre quien tiene la razón respecto a la acción ejercitada. Por todo lo visto anteriormente no podemos concluir que en la etapa de las *legis actiones* fuera de aplicación el principio *iura novit curia*. Las *legis actiones* mueren por su excesivo formalismo (Gayo 4, 30) la sociedad cada vez más compleja requiere de un proceso y un derecho cada vez más elaborado, que no pueden resolver las *legis actiones*, que resultan insuficientes, por ser demasiado rígidas y formales.

## 6.2 Procedimiento formulario.

---

<sup>42</sup> MOLE, M., s. v. "Sentenza" (Diritto romano), en NNDI, XVI, Torino, 1969, ristampa 1982, p. 1085, n<sup>o</sup>. 3.

La *lex Aebutia de formulis* y la *lex Iulia iudiciorum privatorum* fueron poniendo fin a este procedimiento, y se dará inicio al procedimiento *per formulas*, concediendo al pretor la función jurisdiccional, como posteriormente determinará la *lex licinia de iudices postulationem*. Tanto el pretor, como órgano llamado a intervenir en el proceso, así como el concepto de *iurisdictio* necesitan precisiones que consideramos importantes para determinar si el juez conoce el derecho. La primera que el pretor no juzga, a su función jurisdiccional, *iurisdictio*, deberá unir el concurso del *iudex* o el *arbiter* con su *iudicium*, y fruto de todo ello se resolverá la acción sometida a su criterio.

Respecto al pretor, en 367 a. C se separa la administración de la justicia del poder del cónsul, que recae en el *praetor urbanus*, quien solo resolverá litigios entre ciudadanos romanos. Tenemos que recordar que el conocimiento del derecho no era su función principal, era un órgano político que tenía atribuidas otras competencias por un tiempo de mandato limitado, y que muchas veces ocupa la pretura para escalar en el *cursus honorum*. Tenía los conocimientos jurídicos requeridos en un hombre de buena cuna que suponemos suficientes, puesto que era vergonzoso para un patricio, noble y orador ignorar el derecho en que se ocupaba, (D. 1. 2. 2. 43 Pomponio, *Libro singulari Encchiridii*) incluso sabemos que ciertos jurisconsultos llegaron a ser

pretore escalando así en su *cursus honorum*, pero el pretor no hace de su conocimiento del derecho su profesión, es un hombre político<sup>43</sup>.

La *iurisdictio* del Pretor suponía que éste debe indicar a las partes y al juez del proceso las normas y el ritual vinculante para la solución del conflicto, la frase testimoniada por VARRON, (*de lingua latina* 6,30) en la que define los verba *legitima*: *do, dico, addico*, ya nos señala que el pretor *do* (*dare iudicem*, da o deniega acción y nombra juez o árbitro), pero lo que es más importante desde el punto de vista del *nova iuris curia* es la función de *dico* (*dicere ius*, pronuncia lo que es derecho en un proceso determinado) lo que junto a la *addico* (dar satisfacción al requerimiento del demandante si lo encuentra fundado, concede derechos constitutivos) conforman sus tres funciones principales. Si pronuncia lo que es derecho es que de alguna forma lo conoce, lo investiga por sí o por el *consilium*, aunque quien lo aplique sea el *iudex* o el *arbiter*, quienes deberán juzgar conforme a ese derecho invocado en la fórmula del pretor, es decir, cuando asumen esa función judicial y juran su cargo, el *officium iudicis*. En este sentido se dice que la actividad del magistrado sería declarar la norma en la fase *in iure*, la *iurisdictio* es la base del derecho, independiente del *iudicium dare* y de otros actos que realiza en esta fase<sup>44</sup>. Otros autores creen que la función de aportar el derecho en la

---

<sup>43</sup> VOCI, *Istituzioni*... cit. p. 195. Añade que los pretore podían ser grandes juristas como no conocer derecho, pero tanto los pretore como los jueces eran asistidos por un *consilium*, en el que entraban personas expertas en derecho, e incluso podía darse el caso de que participaran juristas de renombre. También en VOCI, *Manuale*... cit, p. 461.

<sup>44</sup> DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova. 1937., p. 149

*litis* es de los consultores juristas<sup>45</sup>. KASER también entiende que la *iurisdictio* del pretor sirve para fijar el derecho<sup>46</sup>.

En estos procesos del *ordo iudiciorum privatorum*, el magistrado preside la primera fase *in iure*. En ella velaba por el cumplimiento de las normas del proceso, incluyendo supervisar el nombramiento del *iudex*<sup>47</sup>, siendo ambos actores esenciales e imprescindibles formando un todo a la hora de impartir justicia. “L’esperienza pratica e la conoscenza giuridica si univano per il conseguimento dello stesso fine; e l’applicazione del diritto non fu un rito esoterico”<sup>48</sup>. Como advierten FERNÁNDEZ BARREIRO Y GARCIA CAMIÑAS la concepción de la administración de la justicia a la que responde este procedimiento es la diferenciación de la potestad jurisdiccional que corresponde al magistrado elegido por la asamblea de ciudadanos, y la función judicial, que se atribuye a un juez privado elegido por los litigantes<sup>49</sup>. Siguiendo esta diferencia ya estudiada por la doctrina romanista, deberemos distinguir por un lado lo que es la *iurisdictio* y, por otro lado, la función judicial, *iudicatio*. La distinción entre *iurisdictio* y

---

<sup>45</sup> PUGLIESE, *Il processo civile romano* Milán 1963. T.I p. 152-4. aclara que la fijación del derecho se refiere al caso concreto, no a poner normas abstractas como podían ser las *mores* o las *leges*, que no existían en el ordenamiento romano primitivo, de las que no puede derivarse una norma lógica que determine un silogismo, sino que debía parcialmente crearla por sí mismo. *Ius* sería la regla declarada para el caso concreto, y esta se forma por la praxis consuetudinaria.

<sup>46</sup> KASER... *op.cit.* pp 355.

<sup>47</sup> El *Consilium magistratum*, asesoraba al pretor que no era experto en cuestiones jurídicas.

<sup>48</sup> VOCI *Manuale* ... cit, p. 461.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. “Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15-2011, p. 579.

*iudicatio*<sup>50</sup>, es decir, entre los aspectos formales y los materiales del proceso, fue una de las más sutiles y fecundas conquistas del genio jurídico romano<sup>51</sup>. Funciones que tan sólo aparecen desgajadas y atribuidas a personas diferentes en ciertas manifestaciones de las *legis actiones* y en el proceso formulario.

### 6.3 El conocimiento del derecho por parte del *iudex* y del *arbiter*

#### 7.3 1) *Arbiter*.

El origen de la figura del árbitro<sup>52</sup> (*arbiter*), a diferencia de la del juez (*iudex*), parece que fue al margen del ámbito procesal oficial, con

---

<sup>50</sup> FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986. Pp 31 y ss. TORRENT, A. *La iurisdictio de los magistrados municipales ..*, cit., pp 81 y ss, SCIALOJA, V., *Procedura civile romana*. Roma 1936. DE MARTINO, F., *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova 1937. PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano ... cit ..*, p 140. BOVE, L., *Nov. Dig. Italiano*. S.V. "Iurisdicito", p., 347 LUZZATO G.I., *Enciclopedia del Diritto*, S.V. "giurisdizione".

<sup>51</sup> DIAZ BAUTISTA, A, Prólogo a *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma*. Madrid. 2009. Dykinson, p. 16.

<sup>52</sup> PARICIO, J., *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica*, Madrid, 2014." p. 21 "Desde un punto de vista terminológico, aunque el vocablo *arbiter* siguió empleándose tanto para el árbitro que interviene como juzgador en procesos oficiales como para el árbitro de los arbitrajes compromisarios, es muy explicable que en los primeros tendiese a prevalecer la denominación omnicomprendensiva de *iudex* para designar al juzgador unipersonal, mientras que el de *arbiter* tendiera a reservarse a los segundos; aunque no se tratara de una regla de validez absoluta, e incluso, a veces, al *arbiter ex compromisso* se lo denomina *iudex*. Por eso mismo, en el ámbito de los arbitrajes o juicios de buena fe, frente a la denominación más antigua de *arbitria bonae fidei*, tiende a prevalecer la de *iudicia bonae fidei*".

ulterior recepción en el mismo”<sup>53</sup>. Cicerón distingue entre jueces y árbitros, señalando *¿quid est in iudicio? Directum asperum, simplex. Quid est in arbitro? Mite, moderatum*<sup>54</sup>, Pudiendo parecer que el *iudex* está más sujeto a la ley, a la fórmula del magistrado, mientras que el árbitro es más técnico en su labor<sup>55</sup>. Una de las diferencias entre ambos suele ser el tipo de acción que se plantea<sup>56</sup> se dice que el nombre de *iudex* se aplicó al juez dotado de un arbitrio más amplio.

Sí que nos gustaría indicar que no es lo mismo la intervención de un *iudex* o de un *arbiter*, pues como dice TORRENT el *iudex* valora los hechos, guiado por criterios estrictamente jurídicos, en cambio el *arbiter* lo hace cuando se requiere una específica competencia<sup>57</sup>. Para este autor, aunque el *iudex* no tenía por qué ser un técnico en derecho era un cometido que “cada miembro de la clase dirigente, o cada ciudadano, o incluso cualquier hombre púber y sano de mente debía saber realizar”. Desde la óptica del *iura novit curia*, el *iudex* parece más

---

<sup>53</sup>PARICIO. J., *Los arbitrajes privados ...cit.* pp 20-21. La primera recepción del *arbiter* en la esfera oficial se habría producido en época decemviral, y otra posterior en los siglos III-II a. C. con los *arbitria bonae fidei*, y de entre estos los más antiguos según el autor, serían los de *fiducia (actio fiduciae)* y dote (*actio rei uxoriae*), y tal vez también el de sociedad (*actio pro socio*). Y a estas dos recepciones operadas en el ámbito procesal del *ius civile* se añadirá la tercera que es el arbitraje compromisario, sólo que ésta en el ámbito del llamado *ius honorarium*.

<sup>54</sup> *Cic. Pro Roscio Com.* 4,11. Aunque el mismo Cicerón advierte en *Ci. Pro Mur.* 12, 27, que ya en su época no existe esta diferencia entre los dos actores judiciales referidos.

<sup>55</sup> Los árbitros resolvían temas de herencias, sociedades (Paul 6 ad Sab. D. 17.2 38 pr.), de servidumbres rústicas (D. 39. 3. 24. 2), (D. 8. 3. 13. 2), (D. 8. 2. 11. 1)

<sup>56</sup> Por ejemplo, en la *legis actio per sacramentum* siempre se resolvía por el primero, la *legis actio arbitrive postulationem* podía plantearse ante cualquiera de las dos. En todo caso el factor principal es la voluntad de las partes.

<sup>57</sup>PARICIO. J., “*Iurare sibi non liquere*”, en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988), p. 122.

vinculado con el derecho, que el *arbiter* que es alguien más experto en la resolución de asuntos de hecho, en los que es elegido por su pericia, parece que el árbitro se elige para casos en los que existe más discrecionalidad para juzgar, entre otros en los juicios divisorios<sup>58</sup>. Por otro lado, no se suele nombrar *arbiter* en las acciones *stricti iuris*<sup>59</sup>, en las que se pide al *Iudex* que decida sobre una concreta cuestión de derecho, sin posibilidad de pronunciarse respecto a otra, ya sea de hecho o de derecho, normalmente basadas en negocios *stricti iuris*, negocios que se hallan fija y previamente determinados por la letra de la ley, a la cual es necesario atenerse, aun cuando al llevarla a la práctica, choque con los postulados de la equidad. Esta peculiaridad nos permite interpretar que el *iudex*, al menos en algunas ocasiones, tenía conocimientos jurídicos.

En cuanto al *arbiter*, y por el ámbito competencial que maneja no podemos deducir si conoce o no el derecho, o sólo según su arbitrio basado en los hechos probados. De hecho, no es una cuestión pacífica, con seguridad no sabemos si el árbitro romano juzgaba en derecho o en equidad. Creen que el árbitro emitía su laudo sin

---

<sup>58</sup> Sabemos que el árbitro conoce de juicios divisorios de herencia, división de cosa común entre condóminos, también resolvían sobre créditos concertados en obligaciones verbales, en casos de sociedades D. 17. 2. 76, en casos de delimitación de lindes D. 4. 8. 44 (47)

<sup>59</sup> Tampoco eran competentes para ventilar *iudicium publicum*, en D. 4. 8. 32 (35).6 Paulo describe como habiéndose nombrado árbitro en una acción sobre delito infamante, el preteur de debe prohibir pronunciar sentencia arbitral.

sujeción al derecho MARRONE<sup>60</sup>, DE GIOVANNI<sup>61</sup> y PARICIO<sup>62</sup>. Concretamente PARICIO da por zanjado el hecho de que la sentencia del árbitro compromisario no debe dictarse con arreglo a derecho, sino sólo emitir su juicio según su propio saber y entender<sup>63</sup>. Sin embargo, TALAMANCA apunta que el *arbiter* estaba vinculado al derecho objetivo, siempre que las partes en el compromiso no lo hubieran liberado de la observancia de éste<sup>64</sup>.

Nosotros pensamos, en la misma línea que TALAMANCA que, aunque se dicte laudo en equidad es complicado sustraerse al derecho objetivo, más si el árbitro es experto en lo que se somete a su criterio. En ese sentido las diferentes razones que da PARICIO recogidas en D. 4. 8. 19. pr., cuando advierte que al pretor no le importa como sea la sentencia que dictó el árbitro con tal de que lo haga conforme a su parecer, u otra razón, como que se obligue a acatar la sentencia justa o injusta<sup>65</sup>, o la última acatar incluso el laudo absurdo<sup>66</sup>, no indican que se desoiga el derecho, de lo que nos hablan es de que el laudo es ejecutivo como una sentencia, no tiene

---

<sup>60</sup> MARRONE, M., “Sull’arbitrato privato nell’esperienza giuridica romana”. *Rivista arbitrale*. 1996, 1., cit 9.

<sup>61</sup> DE GIOVANNI, L., “L’arbitrato nell’esperienza giuridica romana”. En *Sull’arbitrato. Studi offerti a G. Vere. Napoli. 2010, p., 334.*

<sup>62</sup> PARICIO, J., “Notas sobre la sentencia del *arbiter ex compromisso*. Sanción contra el árbitro que no dio sentencia”. *RIDA XXXI*, 1984, p. 288.

<sup>63</sup> PARICIO, J., *Los arbitrajes privados ...*, cit., p. 47.

<sup>64</sup> TALAMANCA .. p.28. “*l’ipotesi più probabile è che, ..., l’arbitro fosse legato al diritto oggettivo, purchè le parti nel compromesso non lo avessero svincolato dall’osservanza di esso.*

<sup>65</sup> D. 17 .2. 76.

<sup>66</sup> D. 4. 8. 27.2.

posibilidad de recurso, punto que debe ser tenido en cuenta por quienes eligen este modo de solución de controversias.

El propio TALAMANCA<sup>67</sup> señala lo que es lógico, que si se quiere un arbitraje en derecho se contemple en el compromiso, pero de no hacerlo así, tampoco nada impide que al resolver en equidad se aplique el derecho, más cuando en el campo de las obligaciones el Derecho romano, tanto el *ius civile* como el *ius honorarium*, es de una tipicidad muy rígida. Así que el arbitraje compromisario se resuelva en equidad, no impide que el *arbiter* conozca y atienda las prescripciones de derecho objetivo, cuya aplicación cabe, incluso cuando no se reconozca expresamente en el compromiso<sup>68</sup>. Por tanto, aunque en Roma sólo podamos hablar estrictamente de arbitraje de equidad, esto no impide que dentro de éste, se resolviera trayendo al proceso arbitral máximas y conceptos jurídicos, que aplicarán los árbitros cuyo saber y entender fuera, además de los propios, el jurídico.

---

<sup>67</sup> TALAMANCA. M., *Richerche....cit.* p. 28 cita 65: “Naturalmente l’arbitro ove fosse vincolato al diritto oggettivo, avrebbe dovuto applicare il *ius civi,e* ed il *ius honorarium*, senza che, per l’applicazione di quist’ultimo, dovesse essere facoltizzato espressamente nel *compromissum*” ...“Della possibilità di compromettere in *bonum et aequum* controversia su pretese che non fossero tutelate dal diritto oggettivo, il che poteva avere la sua importanza, soprattutto in materia di obbligazioni, data la rigida tipicità dell’ordinamento romano, non abbiamo esempio nelle fonti; ma dal punto di vista lógico non embrano potersi formulare,alriguardo, obiezioni fondate”.

<sup>68</sup> GIL GARCIA, O., “Las cualidades del *arbiter ex compromisso*: especial mención a la imparcialidad”. En *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Dykinson, 2016, pp. 407-408.

BUIGUES<sup>69</sup> en cuanto a la diferencia entre *arbiter* y *iudex* nos añade otro matiz interesante, el *arbiter ex compromisso* no tiene que obedecer a lo dispuesto en la fórmula, escrita redactada en presencia de y con la aprobación del pretor, sino que goza de completa libertad para dictar la sentencia que pone fin al litigio, con la única limitación del contenido del *compromissum* celebrado entre las partes. Esto nos enlaza con la regla *iura novit curia* en el sentido que luego trataremos, si para el juez la fórmula contiene derecho que debe aplicarse en el caso concreto, cuando el *iudex* asume su encargo, puede conocerlo. El árbitro como hemos visto y con carácter general no está afectado por el brocardo, puede o no conocer el derecho.

### 7.3 2) *Iudex*.

Si nos centramos en el *iudex privatus*, el juramento que presta al iniciar la fase *in iure*, cuando se le elegía, implicaba unos deberes que venían prescritos por el *officium iudicis*<sup>70</sup>, la función jurisdiccional ya no era privada sino un *munus publicum*, que el ciudadano no podía

---

<sup>69</sup> BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el "arbiter ex compromisso"*. Madrid. 1990, p. 136 y ss.

<sup>70</sup> Los deberes del *officium iudicis* eran según MURGA., *Derecho romano clásico II. El Proceso* 2ª ed., cit. p. 313 estar presente y presidir las alegaciones de los litigantes, con la obligación de escuchar a los dos, examinar los medios de prueba con amplia potestad decisoria sobre ella, pronunciar órdenes verbales, y la más importante emitir su *iudicium*. El *officium iudicis* también se impone al juez público de la *cognitio*, asimismo suponía que no es válido lo hecho por un juez sino corresponde a su oficio (D. 50, 17, 170).

excusar salvo por contadas razones<sup>71</sup>, tenía la obligación de juzgar, juzgar era un deber<sup>72</sup>, que hoy resulta inexcusable pero que en Roma se podía excusar.

Cuando el *iudex* era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar *cum veritate et legum observatione*<sup>73</sup>, el juez debe juzgar conforme al derecho y conforme a la verdad<sup>74</sup>. Este juramento parece que obliga a conocer y aplicar el derecho, y que, por

---

<sup>71</sup> Como se observa en Ulp. D. 50.5.13.pr. estas podían ser enfermedad, sacerdocio, ausencia justificada, parentesco con alguna de las partes, para lo que debía reforzar su petición de excusa con juramento. Ninguna de ellas por desconocimiento del asunto.

En el D. 4. 8. 15 (Ulp. 13 ad Ed.) se señalan causas de parcialidad que pueden hacer que el árbitro se excuse de su llamamiento, en palabras de hoy, que se abstenga, como son: ser difamado por los litigantes, (D. 4. 8. 9. 4 Ulp. 13 ad Ed.); (D. 4. 8. 15. Ulp. 13 ad Ed.) enemistad mortal, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público, ... tampoco cabe arbitraje sobre asunto propio (D. 4. 9. 51) sería causa de excusa. Como ejemplo, Caracalla, en un caso de árbitro que resulta ser enemigo de uno de los litigantes e interpelado para que no dicte sentencia, la dicta (D. 4.8.32.15), y resuelve por rescripto, que el lesionado puede oponer excepción de dolo malo, frente a la reclamación de la pena.

Sabemos que ya Ulpiano (D. 4. 8. 3. 3. *Ulp. 13 ad Ed.*) y Paulo (D. 4. 8. 4 *Paul. 13 ad Ed.*) señalaba que el árbitro no podía desempeñar una magistratura de igual o mayor potestad que la del pretor, así este último tenía *coercitio* ante él y le podía obligar a sentenciar entre otras cosas *per maiore potestas*.

<sup>72</sup> Este punto une este aforismo con otro no poco importante, como la actual prohibición de *non liquet* de nuestros jueces y magistrados, que también era obligación en Roma sólo eludible por el juramento *de sibi non liquet*. En Roma si el juez no tiene un buen conocimiento del asunto se puede apartar de él, precisamente por no poder resolverlo (D. 4. 8. 13. 4). Sin que esto implique que lo que resulta obligatorio es que a las partes se le dé solución a su conflicto. Hoy en cambio el juez debe resolver y no puede apartarse de un pleito por desconocimiento, *iura novit curia*, así 1.7 C.C le impone el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de los que conozca ateniéndose al sistema de fuentes, art. 11.3 LOPJ siendo castigado penal o disciplinariamente por no hacerlo.

<sup>73</sup> Justiniano en una Constitución referida en C. 3. 1. 14. pr. menciona la antigua obligación de jurar de los jueces, de cómo iban a acordar sentencia definitiva conforme a la verdad y a la observancia de las leyes.

<sup>74</sup> Expresión utilizada por KASER, *op. cit.* p. 378.

tanto, *de facto*, fuera de observancia el *iura novit curia*. Más adelante, el juramento de actuar conforme a la *veritas* y las *leges* que fue exigido a partir de la constitución de Justiniano del año 530 recogido en C.J. 3.1.14.1<sup>75</sup> recoge claramente la obligación del juez privado, y su sumisión al derecho, juramento que no se exigía al árbitro<sup>76</sup>. El árbitro parece que no está vinculado al derecho objetivo, aunque su conocimiento sea de indudable utilidad para el mejor desempeño de sus funciones, así en Nov. 83. 11 pr. del año 539, se reprocha a los litigantes que utilizan como árbitros a personas ignorantes en derecho, acudiendo después a tribunales al no quedar conforme con la sentencia arbitral. Pero esta novela nos desvela algo más, que los tribunales resuelven conociendo el derecho, cosa que puede no hacerse en el arbitraje privado.

No es una aplicación rígida del principio, puesto que antes de sentenciar se acompañaban del *consilium*, pero era soberano al decidir, en el sentido de que el parecer de tal consejo ni siquiera le vinculaba<sup>77</sup>.

Por otro lado, el juez romano no estaba obligado a sentenciar, porque si el juez no puede adoptar el fallo por las dificultades que la cuestión sometida a su criterio ofrece, podía volver a jurar *rem sibi non liquere*, es decir, no ver clara la solución del pleito, señalándolo en la

---

<sup>75</sup> PARICIO, J. *Sobre la Administración de Justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados romanos*, Madrid, 1987. p. 119.

<sup>76</sup> FERNANDEZ BARREIRO, A., GARCIA CAMIÑAS, J., "Arbitraje y Justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios...", cit., p 584.

<sup>77</sup> KASER, *op. cit.* p 378.

tablilla con NL. De tal manera que, al liberarse del primer juramento, se podía nombrar otro *iudex*<sup>78</sup> más preparado, mediante el procedimiento de la *mutatio iudicis*. Una de las consecuencias actuales de la aplicación del principio que nos ocupa es que el juez de hoy conoce “todo” el derecho<sup>79</sup> y esto implica que debe sentenciar en todo caso, no pudiendo apartarse de un asunto por esta razón. El juez romano si no se veía con conocimientos para juzgar se podía apartar del asunto, y ese no ver claro, no sabemos con exactitud si también podía afectar a su desconocimiento del derecho aplicable al caso, aunque no lo podamos descartar. Si esto fuera así, y el juez si no conoce el derecho se puede apartar de la causa, debemos deducir que no era obligatorio conocer el derecho, y por tanto puede ser una razón más, para suponer que el juez romano no estaba afectado en esta etapa, por la máxima *iura novit curia*. Pero lo más probable es que, a la hora de sentenciar y si no se apartaba del caso, es porque precisamente conocía los aspectos, tanto fácticos como jurídicos, imprescindibles para acometer su función, aunque no fuera obligatorio ese conocimiento de la norma.

---

<sup>78</sup> Tenemos pocas noticias sobre esta práctica, sabemos que antes de dar este paso el juez tenía la opción de retrasar su veredicto utilizando un aplazamiento por medio de la *diffissio*, (Ulpiano, D. 4. 8. 13. 4. (Ulp. 13 ad ed.) indica que, si el juez es apremiado por el pretor para dictar sentencia, será muy justo que, si jura no estar aún bien instruido, se le dé espacio para pronunciar su juicio) pero si después seguía sin argumentos para resolver, podía *iurare sibi non liquere*, véase PARICIO, J., “Iurare sibi non liquere”, en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988), pp. 414-416. Del mismo autor *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 21 y ss.

<sup>79</sup> El juez actual, accede a su cargo, en su mayor parte por oposición en la que se valoran sus conocimientos jurídicos que completa posteriormente en la Centro de Estudios Judiciales art. 301 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los jueces, unipersonales o colegiados, en el desempeño de su función judicial, debían ceñirse a los hechos, valorar las pruebas y dictar sentencia, en aplicación de principios que, éstos si, rigen en el procedimiento formulario de Derecho romano, como son el principio dispositivo y el de aportación de parte. Pero como hemos advertido, podía ser juez cualquier ciudadano, y su función acababa con la decisión de cada proceso, si bien es verdad, que su tarea fue lo suficientemente importante como para provocar grandes tensiones y rivalidades, a fin de decidir qué tipos de personas podían llegar a desempeñar la tarea judicial.

Sabemos que en un principio tal función fue realizada por senadores, aunque no en cuanto tales, sino simplemente por su propia categoría humana e intelectual y sin duda, también por su natural independencia a la hora de dictar sentencia<sup>80</sup>. El *iudex privatus* era elegido del *album iudicum*, que se elaboraba anualmente con ciudadanos a los que no se les exigían conocimientos especiales de derecho<sup>81</sup>. El juez es un ciudadano que se destina a esa función por su

---

<sup>80</sup> MURGA, *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza. 1983, pp. 64-65. Como añade el autor una de las más significativas reivindicaciones de las guerras civiles fue precisamente lograr que también los *equites* fuesen llamados para cumplir la misión de juez.

<sup>81</sup> GIL GARCIA, O., "Las cualidades del *arbiter ex compromisso*. Especial mención a la imparcialidad." Op. Cit. p. 406. No podían ser jueces, y se excepcionaban el pupilo, el loco, el sordo o mudo (D. 4. 8. 9. 1 Ulp. 16 ad Ed.) los impúberes (D. 4. 8. 41), los esclavos (D. 4.8.7 pr. (Ulp. 13 ad Ed.) y D. 4. 8. 9 pr. (Ulp. 13 ad Ed.)), o las mujeres por aplicación de la costumbre (D. 5. 1. 12. 2). Sin embargo, en la Partidas III.4.4 la mujer no puede ser juez, pero sí árbitro, cuando tenga jurisdicción sobre un territorio, si bien en ese caso ha de estar aconsejada de hombres entendidos en derecho. Esto sucedía con las Reinas, Condesas u otras

respetabilidad y su inclusión en el censo, no por su ciencia<sup>82</sup>. Como advierte D´ORS, y ya señalamos, los jueces no suelen conocer el derecho (aunque las partes deben presumir lo contrario y abstenerse de probarlo), por lo que recabarán el asesoramiento de los juristas<sup>83</sup>, lo que en sí mismo parece una paradoja, sin conocerlo *a priori*, deben aplicarlo sino por sí, por la intervención de asesores.

Los jueces o los árbitros se elegían por las partes de común acuerdo, o se extraían por sorteo del *album iudicum*<sup>84 85</sup>. Lo que parece

---

dueñas. Será después, con las leyes de enjuiciamiento de causas y negocios de comercio de 1830 y en la ley de enjuiciamiento civil de 1855 cuando se vete la posibilidad de ser árbitro a la mujer, pese a ser normas más modernas. Tampoco los expulsados del Senado, como advierte Paulo (D. 5.1.12.2).

<sup>82</sup> Cic. P, Planc. 25, 62 “*Virtus, probitas, integritas in candidato, non ars, non stientia requiri solet*”. <https://institucional.us.es/revistas/habis/18-19/30%20rodriguez%20neila.pdf>

<sup>83</sup> D´ORS. *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed., p. 147.

<sup>84</sup> Los criterios para la confección de estas listas variaron mucho en Roma, Según la *Lex Acilia repetundarum* del 123 a. C. las listas las redactaba el pretor cada año. Si están de acuerdo en el nombramiento perfecto, sino lo están *album iudicum selectorum* se eligen entre ciudadanos del orden senatorial, más tarde se incorporan del orden equestre, pero fue motivo de luchas políticas. Las partes tienen un derecho limitado de recusación (*reiectio*)... pero a efectos del *iura novit curia*, son personas con cierto nivel social, que a quienes se les puede presuponer ciertos conocimientos jurídicos por las ocupaciones que han desempeñado para poder estar incluidos en el *album*.

<sup>85</sup> Tampoco podían juzgar aquellos que, *reiectio*, estaban manchados de parcialidad con alguna de los litigantes por tener por vínculo de parentesco, enemistad, ... En el D. 4. 8. 15 (Ulp. 13 ad Ed.) se señalan causas de parcialidad que pueden hacer que el árbitro se excuse de su llamamiento, en palabras de hoy que se abstenga, como ser difamado por los litigantes, (D. 4. 8 .9. 4 Ulp. 13 ad Ed.); (D .4. 8. 15. Ulp. 13 ad Ed.) enemistad mortal, por razón de edad, enfermedad sobrevenida, desempeño de cargo público, ... tampoco cabe arbitraje sobre asunto propio (D. 4. 9. 51) sería causa de excusa. Como ejemplo, Caracalla, en un caso de árbitro que resulta ser enemigo de uno de los litigantes e interpelado para que no dicte sentencia, la dicta (D. 4. 8. 32. 15), resuelve por rescripto, que el lesionado puede oponer excepción de dolo malo, frente a la reclamación de la pena. En D. 4. 8. 9. 2 se refiere otro caso de parcialidad, que el

señalar que lo que se pretendía con esa elección era prioritariamente elegir prácticos, que pudieran comprender de forma idónea los hechos y la prueba sobre los que versaba el asunto *ad hoc*. Por su elección podemos colegir que, aunque los hechos son el núcleo de decisión del *iudex*, más que el derecho, su intervención es sumamente jurídica porque si como advierte Paulo el derecho no puede abolir los hechos (D. 41. 2. 1. 4), que definen la singularidad de cada proceso, eso quiere decir a *sensu contrario* que hay que aplicar el derecho. Pero también sabemos que debe hacerlo, pues como advierte Celso en D. 1. 3. 24 es contrario al derecho civil juzgar o responder teniendo en cuenta sólo una pequeña parte de la ley, sin contemplarla en su totalidad, luego deducimos que el juez debe aplicar la totalidad de la ley, por tanto, la ley.

En D. 1. 3. 8 Ulpiano, advierte que el derecho no se establece para las personas singulares, sino con carácter general, *Iura non in singulas persona, sed generaliter consituuntur*. Como dice Ulpiano *omne, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur* Ulp. D. 47. 10. 1 pr. todo lo que no se hace con arreglo a derecho se dice que se hace contra derecho, si esto es así para la generalidad de ciudadanos, cuanto más para el juez al juzgar.

---

juez tiene prohibido hacerse cargo del arbitraje de un asunto que tiene como objeto una causa de su competencia. En las Partidas III. 4. 24 cuando se alude a esta prohibición sólo se aplica a los arbitrajes en derecho, la razón además de por la posible parcialidad, también era económica, porque en la práctica se evitaba el proceso y con él se eludían los pagos al erario público por tasas del juicio.

Por otro lado, no podemos excluir otra razón, apoyada en una máxima, *ignorantia iuris nocet*, (Paulo D. 22. 6. 9 pr.) en su aplicación entendemos que al juez no le es lícito ignorar la ley, como a nadie<sup>86</sup>. La ley pública se da al pueblo y luego se expone su texto en público de ahí que todos deban conocerla, y sea inexcusable su ignorancia, y entendemos que en este “pueblo” se incluyen los jueces, aunque sean legos, puesto que forman parte de él. Como nos recuerda D’ORS<sup>87</sup> no podemos olvidar que *leges* son muchas, y muchas de ellas afectan al derecho privado, son *ius cogens*, por ejemplo las que atañen a la *libertas* D. 4.5.53 pr., a la *usucapio* D.39.2.18.1, a la *quarta Falcidia* D. 35.2.15.1, a las excusas de la tutela D. 27.1.30.3, a la revocación de lo vendido en fraude D. 26. 1. 8, a la responsabilidad en los transportes marítimos D. 14. 1. 1. 20, al derecho de recuperar la dote D. 23. 3. 2, al plazo para considerar a una persona difunta en cinco años, D. 4. 15. 2. 1, a no gravar la manumisión testamentaria con cargas D. 38. 1. 42, al derecho fiscal D. 2. 14. 42. Todos ellos casos en los que entendemos que el juez conoce y aplica el derecho, y no puede ignorarlo.

Contamos con algunos ejemplos en los que el *iudex* debe ser quien resuelva por considerar que su función es esclarecer los hechos, entendiendo que el derecho es una consecuencia de la fijación fáctica. En D. 24. 1. 47 se plantea una cuestión sobre gastos que hacía el esposo

---

<sup>86</sup> Se recepciona de forma más explícita en el Fuero Juzgo, 2.1.3 de Recesvinto: a nadie es lícito ignorar las leyes.

<sup>87</sup> D’ORS *Derecho privado* ...cit. pp 64 indica que la afirmación general del deber de conocer las leyes es de época tardía, C Th.1.1.2 o CJ 1.18.12 del 391, donde incluso, se equiparará la ley con el edicto, que también es público (D.21.1.1.2itp. pero este derecho será inexcusable y es obligatorio, no se puede alterar por la voluntad de los particulares, es *ius cogens*.

en favor de su mujer: cuales se deben considerar donaciones de las prohibidas entre cónyuges. Celso diferenciaba los gastos necesarios para el cumplimiento de los deberes propios de un esposo, que serían donaciones, de los gastos en la administración de los negocios por el esposo en favor de ella, que no se consideran donaciones. Pero que un gasto fuera de una u otra categoría entendía que era una cuestión de hecho, y eso lo debía decidir el *iudex*. El otro caso D. 39. 5. 2. 7, se habla de la entrega de dinero a Ticio para que comprara un esclavo, Stico, entregado el dinero, no se pudo llegar a comprar por fallecimiento del esclavo, aquél que entregó el dinero pregunta si puede reclamarlo en algún concepto. Juliano entiende que es una cuestión de hecho dilucidar si la entrega del dinero se hubiera hecho como condición, para la compra o se hubiera hecho como donación. Y Juliano parece que pensó que debía ser el *iudex* el que debe esclarecer que sucedió<sup>88</sup>. La función de este juzgador se parece a la función de un jurado a quien le pedimos que determine los hechos porque el derecho será consecuencia de esa decisión, como ya advierte KASER el *iudex* único es un particular a quien se confía como jurado una función judicial<sup>89</sup>.

La obligación del juez de conocer el derecho está confirmada por otra razón más, porque si el juez comete una infracción, incluidas las de Derecho se ve sometido a responsabilidad. El juez del procedimiento formulario si incurre en nulidad de la sentencia

---

<sup>88</sup> Más adelante Justiniano, en C 5. 16. 25. 2, también a propósito de unas donaciones decide abandonar la distinción entre *a quaestio iuris* y *a quaestio factum*.

<sup>89</sup> KASER *op. cit.* p. 366.

porque ésta se dicta *contra legem*, debe soportar su responsabilidad y debe hacer propia la *litis* (D. 42. 1. 27. 1) más si esta decisión del *iudex* es preclusiva, es decir, comporta la imposibilidad material para las partes procesales de iniciar otro pleito con la misma acción por los mismos hechos. Recordemos que aún no existe la posibilidad de apelar que nace con la *cognitio*, de ahí que fuera imprescindible que en ese caso el juez fuera responsable, subrogándose en la posición del condenado. (D. 5. 1. 15. 1) como dice BURDESE *quanto meno in uno specifico caso di dolosa frode alla legge da parte del giudice, sul presupposto della nullità della relativa sentenza*<sup>90</sup>.

El juez romano tiene un deber esencial, para eso es nombrado: sentenciar. Como nos recuerda Juliano en D. 5. 1. 74 pr., es más, de no sentenciar incurre en responsabilidad como se advierte en D. 42. 1. 55, Ulp. ad Sab.. En C. 7. 44. 2 (Imppp Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Probum Praefectum Praetorio) se dice que se debe resolver *statim*, es decir, rápido para impedir dilaciones. Sabemos que cabía prórroga para dictar la sentencia, aunque esto fuera lo excepcional, (D. 4. 8. 13. 4), sabemos que la sentencia dictada fuera de plazo era nula, y no incurre en pena el que no la acata (C. 2. 55. 1 año 213)<sup>91</sup>, e incluso que una sentencia dictada con posterioridad

---

<sup>90</sup> BURDESE, A., *Miscellanea romanística*...cit, pp.119-120. En cambio, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* se supera esta concepción y la responsabilidad del juez civil, que no es juez privado sino público, se reduce más a causas de parcialidad. La nulidad de la sentencia dictada contra normas deviene nula pero no es preclusiva, de ahí que el juez no resulta responsable, las partes pueden volver a plantear el pleito, arbitrándose una nueva solución: contra su sentencia cabe apelación.

<sup>91</sup> Incluso D.4.8.50 queda fuera de plazo la dictada en tiempo de prórroga sólo acordado por el juez, si no habían comparecido los litigantes.

al año de mandato del magistrado carecía de validez y la acción procesal no podía volver a ejercitarse, lo que provocaba la caducidad de la instancia igual que si no se ajustaba a la fórmula (Gai. 4. 52).

Esto cambia con la *cognitio extra ordinem* puesto que en este caso la dilación de esos plazos para finalizar los pleitos (C.T. 1. 16. 1 año 313), 2. 15. 1 año 319, 12. 1. 181 pr. año 416, no produce caducidad del litigio. En el mismo sentido la legislación justiniana. Es más, las partes procesales pueden acordar otro plazo que el juez está obligado a aceptar si la demora es por su culpa (D. 4. 8. 21. 5)<sup>92</sup>

#### **7.4 *Iurisdictio* del pretor y principio *iura novit curia*.**

Garantes de la *iurisdictio* serán primero el pretor urbano, luego el pretor peregrino e incluso más tarde, los magistrados municipales. POMPONIO respecto al primero de ellos (Pomp. D. 1. 2. 2. 10) nos dice como los magistrados restituían derechos, y para que los ciudadanos supieran que derecho iba a declarar en cada caso constituyeron edictos, que conformaron el derecho honorario. Sus funciones eran como advierte PAPIANO en sus definiciones (Pap. D. 1. 1. 7. 1): ayudar, suplir o corregir el derecho civil. Para poder desarrollar esta

---

<sup>92</sup> Hoy la prohibición del *non liquet* se recoge en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dice: "Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las Leyes."

función es indudable que debían poder llegar a conocer el derecho del caso concreto y así poder transformarlo. Y ese derecho es el que servían en la fórmula, para que el *iudex* sentenciara sin necesidad de conocerlo previamente, centrando su actividad en valorar la prueba, los hechos, y a estos aplicando el saber que tenía por su pericia en la materia de fondo y la autoridad que adquiriría al ser llamado juez por elección de las partes procesales<sup>93</sup>.

Estos magistrados estaban acompañados por un *consilium* que les ayudaba en materias jurídicas, también los propios litigantes podían contar con el asesoramiento de los jurisconsultos cuando desempeñaban su función de *agere*. El demandante *qui agere vult*, aportaba al proceso el asesoramiento sobre las acciones y la fórmula, incluso la norma a aplicar para la buena defensa de sus derechos. Resulta difícil pensar, que para realizar estas tareas el magistrado no conociera además y por él mismo, gran parte del derecho imprescindible para actuar en cada caso.

Respecto a la fórmula “*Or, ce sont justement les formules qui ont joué le rôle principal dans le développement de la science juridique chez les romaines. Etant elles mêmes les produits d’un esprit juridique d’une exactitude et d’une souplesse étonnantes, elles ont posé à la jurisprudence des points de repère, qui lui ont évité la peine de chercher par ci par là, au*

---

<sup>93</sup> En esos casos también podríamos incluir los asuntos en los que interviene un jurado, que evidentemente está formado por miembros legos, que se pronuncia sobre los hechos y, sin embargo, se aplica el derecho, aunque ayudados por el magistrado ponente, que hará las preguntas necesarias para poder aplicar después el derecho. Nadie diría que un juicio por jurados no se aplica el derecho, es decir, *iura novit curia*.

*hasard des intérêts publics et privés, les critères de classification et d'interprétation des situations juridiques.*"<sup>94</sup>. Al pretor le corresponde aplicar la ley existente, una vez escuchados los litigantes y definidos los términos del proceso, dentro de la fase *in iure*, el *iudex* recibida la fórmula determina los datos fácticos y jurídicos de la disputa<sup>95</sup>, para emitir su sentencia, *apud iudicem*. Si no hay norma existente, el magistrado asistido por su *consilium* (este sí, compuesto por juristas) decide si la petición es digna de protección y define un medio procesal para ella, otorga una acción. Ésta una vez concedida, se tramita como siempre, pero con esa innovación jurídica que ha introducido el pretor.

Más tarde, el pretor peregrino, sobre el siglo III a C., años 242-241 a. C., también nace con función de *dicere ius*, ahora para resolver los cada vez más numerosos conflictos que nacen de las relaciones comerciales con los *peregrini*, e incluso entre estos mismos (*dicere ius inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma*). Su tarea es más amplia que cuando el pretor solo resuelve entre *cives* romanos, por medio de las *legis actiones* y en aplicación del *ius civile*. Ahora el procedimiento formulario se va extendiendo, crean reglas nuevas adaptadas al caso concreto basadas en la *fides*. El pretor urbano ejercía su jurisdicción en Roma, pero también los Magistrados municipales tenían jurisdicción<sup>96</sup>, bien por delegación del pretor romano o por la

---

<sup>94</sup> ARANGIO-RUIZ, V., "*Les formules des actions et le système du droit romain classique.*" *Scritti di diritto romano* II. Ed. Jovene editore. 1974. P. 421.

<sup>95</sup> VOCI, *Manuale ...op*, cit, vol. I, p. 106.

<sup>96</sup> En general y para revisar la jurisdicción de los magistrados municipales TORRENT, A. *La iurisdictio ...*, cit.

ley institutiva de cada municipio, este derecho se ejercía por los *praefecti iure dicundo*, (como los *praefecti Capuam Cumas*) o por los *duoviri* o *quattuorviri iure dicundo* elegidos por los *comitia* municipales<sup>97</sup>.

Ante el magistrado se desarrollan las actuaciones encaminadas a la instrucción del proceso, en tanto que la práctica de la prueba tiene lugar ante el juez que resuelve la controversia con una sentencia definitiva con valor de cosa juzgada. El mencionado magistrado resuelve la *causa cognitio*, desde el derecho, y subrayamos esto último, ya que otorgaba acción o no, determinaba si había habido *litis pendencia*, admitía a las partes procesales observando si tenían o carecían de legitimación activa y pasiva (*is qui agit, is cum quo agitur*), fijaba el objeto del proceso la *causa petendi*, centraba el debate, revisaba su competencia, supervisaba el nombramiento del *iudex*, e incluso decidía e impulsaba los actos *magis imperii quam iurisdictionis*, que a la postre aseguraban el buen fin y el cumplimiento cierto de la futura sentencia. Por todo ello, entendemos que, *de facto*, conoce el derecho. Es más, decide sobre asuntos que provocan el efecto de *res iudicata*, tal es el caso del allanamiento, *confessio in iure*, que genera una *actio ex confessione*<sup>98</sup>, o de la propia *transactio*.

---

<sup>97</sup> Estas magistraturas tenían competencias jurisdiccionales, instruían causas relativas a crimina cometidas en su municipio, y en el campo civil, resolvían controversias entre particulares, salvo en ciertas materias reservadas al pretor de Roma: *causae liberales, famosae*, actos *magis imperii quam iurisdictionis*. Otro límite de competencia es la cuantía, que, si sobrepasa los 10.000 sextercios, debía ser resuelta por el pretor.

<sup>98</sup> Incluso en las *legis actiones* se podía actuar contra el *confessus* por medio de la *manus iniectio iudicati*.

Cuando el pretor deniega la acción, se comporta como un juez, y su decisión se parece a una sentencia, aunque se pueda plantear de otra manera para que sea admitida. Incluso, cuando los jueces, investidos por el magistrado no tienen ley que aplicar, siguen las instrucciones del pretor peregrino conforme a la buena fe que recogían las costumbres comerciales<sup>99</sup>.

Todas estas tareas mencionadas anteriormente tienen un contenido básicamente procesal, con naturaleza de *ius cogens*, e indican que este magistrado estaba aplicando un derecho de elaborada técnica procesal. Como señala afinadamente KASER refiriéndose al pretor “la *iuris dictio* del magistrado consiste en la declaración de lo que es derecho, no en dictar sentencias”<sup>100</sup>. Para ello, este magistrado elegía e incluso en ocasiones creaba el derecho imprescindible para cada caso concreto, ya por conocimiento propio, ya por asesoramiento.

La actividad de este magistrado no es baladí, porque como todos sabemos con su quehacer se desarrolla el *ius honorarium*, cuando cada pretor publicaba al inicio de su año de mandato su edicto con los criterios por los que iba a regir los *iudicia*. Es más, este magistrado quizá no aplica, pero si conoce e incluso crea gran parte del Derecho romano, incluyendo el procesal romano<sup>101</sup>. Su labor fue

---

<sup>99</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Les formules ... cit.*, p. 451.

<sup>100</sup> KASER, op. cit. p. 355.

<sup>101</sup> En las *intentio in factum concepta*, Gayo 4. 46, si el demandante no encontraba suficiente apoyo en el derecho establecido, podía solicitar el amparo del

creadora del *ius praetorium*, en D. 1. 1. 7. 1 se afirma..... la *aequitas* y la *bona fides* de su jurisdicción dotó al derecho de criterios de ponderación, de analogía, de atención a las circunstancias objetivas y subjetivas, de proporcionalidad, y este hecho implica no solo la aplicación del derecho, sino que incluso lo crea *ad hoc*.

El pretor aplica al derecho formulario la realización del *bonum et aequum*, en ocasiones no aplicaba el derecho en vigor, y denegaba la *actio* o la *exceptio* para el caso concreto denegando la norma general y abstracta, pero el magistrado anticipa las consecuencias jurídicas de los hechos alegados, que después se exponen al *iudicium*.

El pretor recoge en esta fase esa fórmula a la que el juez está vinculado y en ella el conjunto de cuestiones tanto jurídicas como fácticas del caso, para que el juez condene o absuelva, en función de la prueba, y como consecuencia de ello, si los hechos estaban o no fundados en las pretensiones jurídicas recogidas en la fórmula. El derecho aplicable estaba en la elección de la propia fórmula, en su admisión y en cómo se redactaba. El juez aprehendía el derecho de la fórmula y por congruencia no podía salirse de lo pedido por la parte<sup>102</sup>, porque como advierte KASER la fórmula contiene, además del nombramiento del juez, el programa o pauta del litigio, esto es el conjunto de cuestiones jurídicas y fácticas, cuya solución depende de

---

Magistrado y que éste le concedía una protección procesal, se proseguía el *iudicium* y se creaba esa acción pretoria, que incluso luego pasa al derecho civil.

<sup>102</sup> GIL GARCÍA, O., "La congruencia de la sentencia en el proceso civil romano". *Revista jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro*, 17 - 1, pp. 149-150.

la sentencia del juez<sup>103</sup> . En este procedimiento “la ley para el juez era la fórmula”<sup>104</sup>.

Precisamente en la *intentio*, junto con la identificación de las partes procesales, la descripción del acto que generaba el pleito, se debía determinar la situación jurídica que daba lugar a la *actio*, según Celso el *ius persecuendi iudicio quod sibi debeat*, el fundamento jurídico protegido procesalmente. En la *intentio in ius concepta*, Gayo 4. 45, indica como en esos casos la pretensión se refiere a derecho civil, señala las que pretenden la propiedad civil, o cuando se debe dar algo, o indemnizar por hurto. Con todo ello, el juez conozca o no el derecho lo aplicará en función de su incorporación a la fórmula, después de la valoración de los hechos como ciertos. Pero esto, no quiere decir que sea de aplicación el *iura novit curia*, el juez como hemos visto, *ab initio* puede no conocer el derecho, es más incluso puede apartarse del pleito si jura no ver claro.

En el procedimiento formulario la conexión pretor y juez hacen que *de facto* se aplique el *iura novit curia*<sup>105</sup> en sus resoluciones. Pero con una interpretación estricta, y si solo nos referimos al *iudex* deberemos concluir que no tiene por qué conocer el derecho, al menos con carácter anterior a que se le nombre y tenga que decidir cuál ha

---

<sup>103</sup> KASER *Derecho ... cit.*, p.370.

<sup>104</sup> PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, p. 75.

<sup>105</sup> Hoy día, que existe jurado para algunos procedimientos, es de aplicación el *iura novit curia* por la conjunción jurado-juez profesional y su sentencia se emite con los hechos declarados por el jurado, y el derecho aplicable elegido congruentemente por el juez.

sido la realidad de los hechos sometidos a su consideración. Una vez nombrado, su juramento hace que se vincule su decisión al conocimiento del derecho, con la salvedad del *non liquet*, que sí está permitido en Roma, dando paso a que otro juzgue en su lugar.

Respecto a la certeza del derecho aplicable, en el procedimiento formulario romano se da mucha libertad a los sujetos juzgadores, su intervención crea derecho. Su resolución práctica y en continua evolución quizá hiciera imposible conocer todo el derecho, pero esa labor creadora del órgano judicial implícitamente supone conocimientos jurídicos. En conjunto magistrado y juez acaban conociendo y aplicando el derecho, pero no siempre y no en todos los casos, por lo que en puridad no podemos concluir que sea de aplicación el *iura novit curia*.

Si asumimos la descripción del principio que hace EZQUIAGA, es un principio estructural del sistema jurídico que se sustenta en la ficción de un juez profesional, sin poder creativo, que se limita a aplicar (las comparta o no) las soluciones normativas que le proporcionan los órganos legislativos, debemos concluir que en el proceso formulario no se aplica el *iura novit curia*<sup>106</sup>, puesto que sus

---

<sup>106</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.J., "*Iura novit curia*" ... cit. p.14-15. indica que uno de los usos del aforismo es considerarlo principio jurídico y como principio normativo conlleva la obligación de los jueces de sujetarse al derecho, lo que implica conocerlo. Según el autor, actualmente no se puede conocer todo el derecho, por tanto, es un principio estructural del sistema jurídico que se sustenta en la ficción de un juez profesional, sin poder creativo, que se limita a aplicar (las comparta o no) las soluciones normativas que le proporcionan los órganos legislativos.

órganos judiciales no aplican el derecho, van más allá, incluso lo crean<sup>107</sup>.

## 7. En la *cognitio extra ordinem*.

Es el modelo procesal civil de la etapa del imperio. Nace con Augusto en el Principado, s. I a.C. coincide con el procedimiento formulario hasta el s. IV, en el 342 se hace proceso ordinario, perdiendo la excepcionalidad que lo hizo nacer: resolver más rápido y de forma extraordinaria los pleitos, en plena expansión comercial del imperio. Sobre la base del proceso cognitorio romano postclásico y justiniano se han ido erigiendo muchas de las reglas y principios del Derecho procesal moderno<sup>108</sup>. El proceso pierde esa nota de voluntariedad que en el pasado imprimían los litigantes, y administrar justicia, esto es, el ejercicio de la jurisdicción pasa a

---

<sup>107</sup>Este principio es extraño a los sistemas de derecho anglosajones y está muy unido al movimiento codificador y constitucionalista, al juez profesional, elegido según las coordenadas de la división de poderes, en la que la función de creación del derecho descansa en el poder legislativo, muchas veces con impulso del ejecutivo cuya función se ciñe a la aplicación del derecho al caso concreto, en un contexto de estricta sumisión al imperio de la ley.

<sup>108</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Derecho Privado Romano*. La “*Cognitio Extra Ordinem*”. 2018. Reus. Colección jurídica general, p. 98. Como advierte el autor cuestiones de índole procesal como la dependencia de las partes litigantes respecto del juez, el predominio de la escritura respecto a la oralidad, la citación por edictos, el derecho a recurrir una sentencia y que ésta sea revisada por un órgano superior al que la emitió, los plazos y requisitos de los escritos de demanda y contestación a la demanda, el sistema de las presunciones, las costas procesales, etc.. son algunas de las novedades más relevantes del derecho procesal posclásico y justiniano que constituyeron la base del proceso romano-canónico vigente durante el periodo de derecho intermedio y que ha inspirado las modernas legislaciones.

convertirse en una verdadera función pública reclamada por el poder imperial<sup>109</sup>.

De todos los sistemas procesales romanos es el que más se asemeja al proceso civil actual y del que tenemos más noticias pues, como dice BIONDI, el proceso moderno es de origen y estructura romana<sup>110 111</sup>. Esto hará que la aplicación del *iura novit curia* sea más aproximada a lo que hoy entendemos por tal.

Para determinar si los jueces conocen o no el derecho debemos analizar cuáles son los órganos llamados a impartir justicia en la *cognitio extra ordinem*. La cuestión varía sustancialmente con el *ordo iudiciorum privatorum*, dado que es de fase única y aquí la *iurisdictio* y el *iudicium* recaen en el mismo órgano. El estado ya contempla la función de juzgar como una de sus funciones, y lo hará con sus propios medios. Este procedimiento que se fija en la *lex Iulia*, se desarrolla fuera del *ordo iudiciorum privatorum*, siendo el órgano que imparte justicia, parte del estado, bien un magistrado de la antigua estructura republicana, bien un funcionario de la carrera imperial.

---

<sup>109</sup> CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., op. cit., p 99.

<sup>110</sup> BIONDI, B., "Intorno alla rominità del processo civile moderno", BIDR 42, Roma, 1934, p. 430: "Il processo moderno è dunque di origine ed impostazione romana, sempreché intendiamo riferirci non a quel processo formulare, típicamente latino, che è tramontato per sempre, ma a quella *cognitio extra ordinem* che sorge fin dai primi tempi dell'Impero, si consolida ed allarga via via nella prassi giudiziaria, finchè con Giustiniano si afferma come único sistema processuale."

<sup>111</sup> Las fuentes proceden fundamentalmente de las constituciones imperiales, incluidas en el Codex justiniano como en el Código Teodosiano. El Digesto tiene poca información salvo la relacionada con la *appellatio*, y en las instituciones de Gayo no se refiere este proceso.

No podemos olvidar que estos magistrados no tienen sólo función jurisdiccional, unen estas atribuciones a otras de carácter político, pero parece que deben conocer el derecho. En las labores judiciales se cuenta con magistrados y así en D. 1. 2. 2. 13 (*Pomp. L.s. Enchiridii*), se declara que el objeto del derecho se logra por medio de los que están puestos para proferir derecho; pues ¿de qué serviría que en una ciudad hubiera derecho, si faltaban quienes pudieran aplicar las leyes? ... y añade, porque no puede subsistir el derecho, sino hay un jurisperito por quien diariamente pueda mejorarse.

Magistrados con poder de *cognitio* son los cónsules y los pretores, que van aumentando y se van especializando, *praetores fideicommissarii*, *praetor tutelaris*, *praetor de liberalibus causis*. También eran importantes en la capital *praefecti praetorio* (en apelaciones), *praefectus urbi* (con funciones que ya incorporan de los pretores y también en apelaciones), *praefectus vigilum* (para asuntos de seguridad en la ciudad), *praefectus annonae* (competente en orden público) *praefectus aerarii* (en orden fiscal). Fuera de Roma funcionarios periféricos. Todos ellos tienen más atribuciones que las propiamente judiciales, por ello se ayudan de un *iudex datus* (D. 4. 4. 18. 4; D. 5. 1. 81<sup>112</sup>; D. 49. 3. 3), o *pedaneus* (D. 2. 7. 3. 1; D. 26 .5. 4) que son tenidos como subordinados, bien lejanos del otro *iudex privatus* del procedimiento formulario, no sujeto a nadie<sup>113</sup> por su manera de

---

<sup>112</sup> En este párrafo del Digesto se indica por Ulpiano que el que ni ejerce jurisdicción, ni fue investido de alguna potestad por el *Princeps*, ni fue nombrado por el que tiene facultad de nombrar jueces, ni fue elegido en virtud de compromiso, o confirmado por ley. no puede ser juez.

<sup>113</sup> VOICI, *Manuale* ... cit, p 493.

elección. Esta súper especialización parece indicar que debían conocer al menos la materia relacionada con sus competencias, tiene sentido pensar que en la medida en que esto sucede quien juzga, bien él o sus órganos de apoyo, sean cada vez más expertos jurídicamente hablando, lo que le puede permitir resolver los posibles conflictos que se planteen con mayor conocimiento.

En provincias y municipios se encargan de estos procesos desde los gobernadores provinciales hasta encargados de zonas más pequeñas, como los *praesides*, *correctores*, *vicarii*, *procónsules*, *defensores civitatum* quienes a su vez también podían elegir y delegar en un *pedaneus* que contaba con auxilio y asesoramiento.

Respecto a las fuentes del derecho y su posible conocimiento, estamos en una etapa en la que, aunque el derecho pierde calidad gana certeza, lo que a efectos del *iura novit curia* es imprescindible. Para dictar sentencia el juez cada vez más se plegará a las directrices imperiales, poco a poco pierde importancia la jurisprudencia civil, para sustentarse en aquellas normas que se dictan desde la Cancillería imperial, con una clara tendencia a la unificación de las fuentes del derecho. El rescripto imperial, *rescriptum*, es una potente fuente de derecho<sup>114</sup>. Asistimos a las primeras compilaciones de *iura* y de *leges*, y por contacto con otras culturas va surgiendo el fenómeno llamado derecho vulgar. Precisamente de esas culturas se van reconociendo

---

<sup>114</sup> Ya antes incluso en el Alto Imperio se crearon en la Cancillería el *officium a libellis*, para causas civiles y criminales y *officium a epistulis*, para asesorar y resolver peticiones de particulares mediante *decretum*.

costumbres de ese derecho local, que, probadas en juicio, son aplicables y que guardan cierta semejanza con las excepciones del principio actuales, probar las costumbres y el derecho “extranjero”, pudiendo llegar a ser el origen de ellas.

Pero no se puede asegurar, que en la *cognitio extra ordinem* los órganos llamados a impartir justicia conozcan el derecho, lo aplican, puesto que después de varias resoluciones sobre casos parecidos, se dotan de normas de carácter general, lo que VOCI llama otro modo de formar el derecho *giudiziale*<sup>115</sup>.

Este juez tiene gran poder discrecional, ceden las fórmulas, y las partes procesales pierden libertad, puesto que ya no eligen juzgador, no deciden las pruebas sino que el juez público puede requerir nuevas pruebas, principio inquisitivo, y el juez pierde su valoración libre de la prueba que ahora pasa a ser tasada, la *litis contestatio* se reduce a un mero trámite, la fijación de los términos del proceso es más difusa, por lo que a efectos de congruencia no se predetermina el contenido de la sentencia con tanta concisión. Así, esta coherencia consistirá en que haya armonía entre lo solicitado por las partes (incluyendo reconvencciones, réplicas y dúplicas) y lo concedido o denegado por el juez, pero respecto a los hechos, no al derecho que podrá invocar aún sin ser alegado por las partes. Circunstancia que claramente nos aproxima al concepto de la máxima *iura novit curia*. Prueba de ello son los rescriptos que pueden ser planteados por los

---

<sup>115</sup> VOCI, *Manuale* ..... cit, p. Vol. I, p.113. de este tipo nace la validez del fideicomiso, la obligación de alimentos, la manumisión de los esclavos, ...

magistrados constante el proceso, que se podían denegar cuando no se planteaban cuestiones jurídicas. Estas *rescripta principis* de época imperial se imponen dado que ahora son vinculantes para el juez (Gayo 1. 5).

Esta posibilidad que tiene el juez de la *cognitio* de decidir conforme a derecho, aunque este no haya sido alegado por la parte, ni referido en una fórmula permite que entendamos que el brocardo *iura novit curia* sea de aplicación, puesto que una de sus características es que el juez conoce el derecho e independientemente de su alegación o no por la parte, lo puede traer al proceso. La sentencia establece la aplicación del derecho al caso concreto, y la sentencia válida es revisable en apelación, por disconformidad con la interpretación de las pruebas o del derecho aplicable<sup>116</sup>, incluso la resolución de la apelación puede crear derecho cuando el emperador lo considere (D. 28. 4. 3).

La propia función del *responsum*, nos refuerza la idea de que se debe conocer el derecho por el juez, dado que solo podía ser sobre materias de derecho. Esto lo sabemos porque el asesoramiento *a quaestio iuris* se resuelve, denegando las que eran *a quaestio factum*. En el mismo sentido advierte MARCIANO en D. 22. 1. 31. pr. *Neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione dicidi posse*, un hecho

---

<sup>116</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. "Arbitraje..." cit, p. 581. Estos autores señalan como esta apelación no se extiende al arbitraje compromisario que sigue al margen de los procesos civiles y que confluye con ellos al necesitar que se ejecute el laudo, momento en el que la jurisprudencia establece los requisitos para esto

no puede ser resuelto ni por una constitución, ni por una consulta a los juristas. La función del *responsum* es que sea de aplicación el derecho, y aunque en inicio la respuesta no fuera vinculante, lo acabará siendo.

Si atendemos a la motivación de la sentencia también podemos reflexionar sobre el principio *iura novit curia*, así MURILLO<sup>117</sup> advierte que la motivación de las sentencias es algo connatural a cualquier proceso, negarla en la *cognitio* oficial, es minusvalorar la técnica procesal romana. Añade que, según las fuentes, hasta el siglo III no encontramos ni juristas, ni constituciones, que expongan o recojan cuestiones acerca de las sentencias motivadas y su exigibilidad<sup>118</sup>. Pero del análisis conjunto de D. 49. 8. 1 y C. 7. 64. 2 deduce que las sentencias contra el *ius constitutiones* carecen de fuerza vinculante, mientras que las emitidas contra el *ius litigatoris* son perfectamente vinculantes por el juego nulidad *versus* apelación, que conlleva a que el error de derecho del juez provoca la primera, mientras que el error de hecho o de derecho relacionado con el derecho subjetivo de las partes, lleva a la segunda.

---

<sup>117</sup> MURILLO VILLAR, A., "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano". *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995, p. 45 y en p. 35. También del mismo autor: "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español." *Teoría e storia del diritto privato*, 2012, pp. 8 y ss. Sobre la motivación ORTELLS RAMOS, M., "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977, nº 4, pp. 899 y ss.

<sup>118</sup> Será a partir del siglo IV, según C. Th. 4. 17. 2 y C. 7. 44. 2, cuando pasará a ser una exigencia formal. Ni siquiera una vez obligatoria la motivación se mantiene en el tiempo, así en la Novísima Recopilación de las leyes de España T.V. Libro XI, título XVI, Ley VIII, Don Carlos II, por Real Cédula de 23 de junio de 1778 obliga a que cese la práctica de motivar las sentencias y extenderlas en latín.

Se dice de la sentencia de la *cognitio* que es un procedimiento en el que, dado que el juez puede elegir más fácilmente el contenido de su sentencia, esta libertad impulsa, como advierte MURILLO<sup>119</sup> a creer en la necesidad de un razonamiento o motivación de esta, como algo que justifique lo que realmente decide el juez, desde el punto de vista del derecho y de los hechos. Si esto es así y en la sentencia se justifica el derecho, en este proceso el juez conoce y aplica el derecho. El juez como consecuencia del desarrollo de las condiciones de vida y del aumento de las transacciones de la época, como señala el mismo autor, expuso en su sentencia una explicación, a grandes rasgos, de los hechos y del derecho aplicado<sup>120</sup>.

Por todo lo expuesto, este órgano judicial que resuelve por *cognitio extra ordinem*, ya no es lego en sentido estricto. Son funcionarios imperiales con cierto orden jerárquico, lo que permite que se plantee la apelación ante un juez y lo resuelva otro, que en el organigrama tenga más competencias, siendo el último de ellos el propio *Princeps*, quedando en suspenso la ejecución de la causa. Este juez *ad quem* puede admitirla o no, según los plazos, e imponer una *cautio* si considera simplemente que la finalidad de la apelación era solo dilatoria. Pero debemos detenernos en los medios de impugnación y su relación con el *iura novit curia*, para observar si en ellos se puede reclamar cuando el juez no conozca la norma, lo que a *sensu contrario* puede significar que tenía obligación de conocerla.

---

<sup>119</sup> MURILLO VILLAR, A. "La motivación ...", cit., pp.14-15

<sup>120</sup> MURILLO VILLAR, A.. "La motivación...." cit., p. 17.

## 8.1 Medios de impugnación por razón de desconocimiento del derecho: *appellatio*-nulidad.

Existen variados remedios procesales de impugnación de las sentencias, el principal es la apelación que es el medio de impugnación por excelencia, que se caracteriza por volver a conocer de un asunto ya sentenciado, por un órgano diferente al que resolvió en primera, y volver a emitir sentencia, ésta si con efecto de cosa juzgada, pero existen otros. ZIINO señala estos: la nulidad de la sentencia por la *in integrum resitutio*, de derecho pretorio, cuando se denegaba acción; la *infitiatio* que consistía en negar la existencia de lo juzgado, como remedio que paralizaban la ejecución de la sentencia de las *legis actiones*; la acción contra el juez o el arbiter, *iudex qui litem suam fecerit*<sup>121</sup>; e incluso alude a la *intercessio*, basada en la colegialidad de los magistrados, que aunque no era una institución pensada para su uso en el proceso, era un medio generalizado para evitar abusos o errores de los magistrados<sup>122</sup>. Pero nosotros queremos observar solo

---

<sup>121</sup> En este caso en Instituciones de Gayo 4, 52 al final se indica que esta responsabilidad puede surgir por violación de la fórmula, y ya hemos visto que para el juez privado la fórmula contiene los hechos y el derecho que le obligan, y que por ella puede llegar a conocer el derecho *ad hoc*.

<sup>122</sup> ZIINO, S., "I remiedi contro l'ingustizia della sentenza nel diritto romano". *Rivista di diritto processuale*. Luglio-octobre 2016, p. 1116 explica como Cicerón refiere como Verre, podía abusar de su poder nombrando jueces injustos, y preparando fórmulas incorrectas porque era propretor en Sicilia, y era un magistrado monocrático, por lo tanto, nadie le podía interponer una *intercessio*. En p. 1118 indica que en la época del principado la *intercessio* se afirmaba como un importante instrumento de control del órgano jurisdiccional, que era sentida como necesaria para evitar los abusos o errores de los magistrados. E indica como la doctrina más reciente ha vuelto a subrayar la continuidad entre *intercessio* y *appellatio*.

aquellos medios de impugnación que se puedan plantear por una razón: que el juez no haya aplicado el derecho, lo que induce a pensar que lo debía haber conocido para que su opinión no pudiera ser impugnable.

Así en cuanto a la apelación es un remedio contra las sentencias de instancia, que se desarrolla completamente dentro del contexto de la *cognitio extraordinem* asumiendo una organización jerárquica y procedimental que comenzaron a fraguarse en la época de Augusto, aunque existen precedentes en etapas anteriores<sup>123</sup>. Supone una consecuencia de las transformaciones en la estructura de los órganos dedicados a la administración de justicia, del nuevo derecho. Parece ser que, debido al considerable número de apelaciones, el *Princeps* tuvo que delegar sus funciones primero al pretor urbano, luego al *praefectus urbi*. También tuvo que rodearse de juristas que pudieran ayudarlo en esta actividad judicial. Pero la apelación se fundamenta más en la disconformidad con los hechos probados, no en el derecho aplicado.

Esto es así porque si el juez no aplica el derecho, las herramientas procesales de la época llevan a plantear la nulidad, no la apelación, parece que la nulidad es la forma acertada de impugnar por vicios "procesales"<sup>124</sup>. Según CALAMANDREI "*la nullitâ da una*

---

<sup>123</sup> ZIINO, S., "*I remiedi contro...*", cit., p. 1107 y ss. SAVIGNY *Sistema del derecho romano actual*. Editorial Góngora, 2ª ed. Madrid. 2004. T. V. p., 366-367

<sup>124</sup> D. 49.1.19 Modestino advierte que, si expresamente se hubiere dado sentencia contra el rigor del derecho, no debe ser válida, y, por tanto, aún sin apelación se puede promover de nuevo la causa. No se profiere en derecho sentencia, si

*parte e ll'appello deall'altra ebbero al meno in teoria campi di efficienza ben separati*"<sup>125</sup>. En el período de *cognitio extra ordinem*, se podía plantear la nulidad por errores sobre la existencia de la ley, declarándose la nulidad de la sentencia por contraria a la ley, *contra leges et constitutiones*, se cree que es una innovación introducida por el emperador para fortalecer su propia autoridad<sup>126</sup>. Así no hay necesidad de apelación si se dicta una resolución contraria a una constitución imperial (D. 49. 1. 19) puesto que la sentencia emanada de un juez que desatiende los principios de derecho sancionados en las constituciones imperiales o en otras fuentes normativas de autoridad provocan la nulidad de la sentencia<sup>127</sup>. Confirma esta apreciación una Constitución imperial de C. TH. 4. 17. 2 (*Impp. Valentinauns* .... en la que se comunica al prefecto del pretorio que el juez cuando dicte sentencia, además de examinar todo lo que los negocios encierran debe estar atento a no incurrir en error, que su sentencia la revise y la escriba para que no se eche de nuevo a la suerte comenzar de nuevo el pleito<sup>128</sup>.

---

hubiere sido pronunciada especialmente contra leyes, o contra Senadoconsultos, o contra una Constitución. Por lo cual, si alguno hubiere apelado tal sentencia, y hubiera sido repelido por la prescripción, no se confirma de ningún modo la sentencia, por lo cual se puede ventilar la causa desde su principio.

<sup>125</sup> CALAMANDREI, "La cassazione...." Vol I, cit 73

<sup>126</sup> CALAMANDREI,, "La cassazione civile", vol. I, cit., 21 ss. e 46 ss.

<sup>127</sup> ORESTANO, R., "L'appello civile in diritto romano", Torino, 1953 p. 276 y ss. Raggi, I., *Studi sulla impugnazioni civile nel processo romano*. I Milán. 1962, p. 21 y ss.. PUGLIESE, G., "Note sulla ingiustizia della sentenza nel diritto romano". En *Studi di Betti*. Milán. 1962 p. 755, not. 77.

<sup>128</sup> Otras sentencias no recurribles en apelación: la sentencia emitida por juez incompetente, el caso del error de cálculo, ...

De alguna manera se exige al juez que conozca el derecho, puesto que, si no se provoca la nulidad de las actuaciones, de tal suerte que cuando el juez desconoce la norma aplicable, la sentencia no ha existido (D. 49. 1. 19) y cuando el juez conoce la norma, la sentencia es válida y cabe la posibilidad de apelar. El juez por tanto está sometido a la ley<sup>129</sup> si lo que se espera de su decisión, es que vincule y produzca los efectos pertinentes.

Pero no existe una dicotomía tan clara, a la hora de decidir entre apelación o nulidad, "*nessun elemento consente, infatti, di affermare che sussistesse un divieto per le parti di utilizzare l'appello per fare valere quelli che oggi consideriamo vizi processuali o motivi di nullità della sentenza*"<sup>130</sup>. Si revisamos algunos casos, en época de la *cognitio extra ordinem* veremos cómo casos, que *a priori* supondríamos que debieran haber sido tramitados por nulidad se resuelven en apelación, por ejemplo, el caso de una sentencia emitida por juez que no era el competente (D. 37. 14. 24) en la que se nos relata cómo Camelia Pía había apelado de Hermógenes porque decía que el juez de la división de la herencia dividió entre él y su coheredero no solamente las cosas sino también los libertos, y eso lo hizo sin derecho alguno, y se determinó que era nula la división de los libertos y válida la de los alimentos.

Cuando la apelación se generaliza ya en tiempos de Constantino, se dicta una constitución que establece que deben admitirse todas las apelaciones C.Th. 11. 30. 4: "*Officii cura est, ut*

---

<sup>129</sup> ORESTANO, "L'appello Civile.... p. 284.

<sup>130</sup> ZIINO. S., *op., cit.*, p. 1123.

*omnes omnino appellationes, quaecumque fuerint interpositae solemniter, curet accipere.*" En cuanto a la forma del recurso, la falta de los requisitos relacionados conduce a su rechazo, es necesario distinguir entre un recurso oral y un recurso escrito. En cuanto al primero, basta recordar aquí que las fuentes aluden a la posibilidad de que la voluntad de impugnar la sentencia se exprese simplemente a través de la palabra "*appello*" (D. 49. 1. 2 Macer. D. 49. 1. 5. 4). Por otro lado, como acertadamente señala la doctrina<sup>131</sup>, el sentido mismo del verbo "apelar" está ligado a un ejercicio oral de este remedio procesal.

De esta revisión de la apelación y la nulidad de las sentencias de la *cognitio extra ordinem* podemos concluir que efectivamente se exige que el órgano juzgador emita sentencia conforme a derecho, lo que unido a la especialización por materias que se da en los órganos llamados a impartir justicia de esta etapa, hace pensar que de facto se aplica la máxima *iura novit curia*.

## **8. Procedimiento postclásico y vulgarización del derecho.**

Ya en época postclásica la posible aplicación del *iura novit curia* se ve más comprometida por otro motivo que es la grave incertidumbre que existe respecto a las fuentes, que se concentran en la Cancillería. Las constituciones serán las normas principales, que emanando de los emperadores se impongan en los procesos. Se acude a redactar epítomes, reediciones que recogen el pensamiento clásico,

---

<sup>131</sup> ORESTANO, *op. cit.*, p. 227.

pero no es posible una aplicación estricta del Derecho romano lo que impide que este juez, ahora público, pueda conocer el derecho, falta la imprescindible certeza del derecho.

Ante la vulgarización normativa surge la necesidad de probar la norma y esto es contrario al principio que nos ocupa. Los abogados presentan su *recitatio legis* y esta después deberá ser cotejada con otros ejemplares *collatio codicum*. La parte, por tanto, debía probar el derecho, no solo los hechos controvertidos<sup>132</sup>, que además dejan de ser patrimonio de la parte, puesto que al juez se le permite investigar y ampliar los hechos con una concepción de la prueba que así se lo permite. Las razones son la falsedad de algunas fuentes, la gran profusión de textos, la falta de ediciones oficiales, ... por todo esto, se practica en juicio la presentación del libro que contenía las leyes alegadas, la *recitatio legis* (D. 49. 14. 45. 8), seguido de la comprobación por cotejo con otros ejemplares o *collatio codicum*.

Más adelante, la propia Ley de citas, Constitución imperial de 7 de noviembre de 426, nos muestra lo imposible que era conocer el derecho y la incertidumbre que se generaba por esta falta de seguridad jurídica. Precisamente, esta ley surge porque los *iura* eran reflejo del *ius controversium* y eso podía dar soluciones diferentes a supuestos muy similares, lo que dificulta ese conocimiento del derecho por parte del órgano juzgador. A partir de esta ley el derecho

---

<sup>132</sup> Los rescriptos falsos empiezan a preocupar ya en época clásica, CJ 9.22.3 (4) del 227 y comienzos de la postclásica, así MODESTINO D. 48.10.25: incluso la falsificación del Edicto D.48, 10, 25.

adquiere más certeza, al solo poder invocar a los cinco juristas clásicos, PAPINIANO, GAYO, ULPIANO, MODESTINO Y PAULO, si sus opiniones eran coincidentes vinculaban al juez, y si no lo eran prevalecía la de PAPINIANO, los juristas tienen una preparación más deficiente, conocen poco el derecho que pierde calidad. Esta situación nos invita a pensar que el juez no conoce el derecho por falta de certidumbre, lo que se nos llevaría a la entender que en esta etapa no se pudo aplicar el principio.

En el procedimiento postclásico basado en la *cognitio*, las cuestiones jurídicas se plantean a requerimiento de los funcionarios, el procedimiento es escrito y se resuelve por medio de *rescripta* o *epistulae*. Los rescriptos se plantean por los funcionarios mediante, *relationes, consultationes, suggestiones* o a los particulares por medio de *libelli, preces, supplicationes*; estos últimos para preparar un futuro proceso, con el que se resolvían temas jurídicos de forma vinculante para los órganos jurisdiccionales; estos se respondían de forma general con el parecer imperial, y de esa publicación, en lugares públicos, el solicitante se procuraba una copia. Estos *rescripta* o *epistulae* tienen valor indiscutible y vinculante para los jueces (Gayo 1. 5) y en esos casos se traían al caso como ejemplo. *Ad exemplum trahuntur* (D. 1. 4. 1. 2) Aquí la parte aporta el derecho como una prueba previa que se plantea con el pleito, el juez por tanto conocerá y estará vinculado por ese derecho aportado por la parte, pero no por su saber jurídico, sino por su obligación de asumir el contenido del rescripto. La parte aporta el derecho, suponemos que en previsión de que el juez no lo conociera, pero por esta vía se vea obligado a

acatarlo. En este momento al juez no se le presume el conocimiento del derecho y es la parte la que lo aporta y lo prueba, bien por sí o por la consulta anterior en forma de *rescripta*. No se aplica, por tanto, el principio del *iura novit curia*.

Sin embargo, y ya en 539, en la Constitución 83 del Emperador Justiniano a Juan, Prefecto de los Pretorios de Oriente, determina en su prefacio que para poner orden en la materia, deciden que no conviene que imperitos en leyes tenga el nombre de jueces algunos dado que se apoyan en sus asesores, que les suplen en sus ocupaciones, y se dice ¿cómo no resultaría grandísimo daño a la república de no confiar los litigios a los que por si sepan lo que se ha de hacer, sino de dejar que ellos busquen otros, de quienes les sea lícito aprender lo que es conveniente que ellos mismo pronuncien al juzgar? Y a propósito de esta observación, en el capítulo I, acuden a abogados magistrados reputados para que sean nombrados jueces. En el capítulo XIII de dicha constitución incluso se manda que todo juez guarde las leyes y profiera sus sentencias con arreglo a ellas, porque quieren que prevalezca lo que determinan sus leyes.

## **9. La prueba de la costumbre.**

Una de las excepciones del *iura novit curia* es la que el juez no tiene porqué conocer la costumbre y en ese caso, debemos probarle su existencia. En Derecho romano, la costumbre vertebraba su

ordenamiento, siendo la fuente original de su derecho los *mores*, manteniendo su importancia, aunque paulatinamente vaya perdiendo su fuerza cuando la ganan otras fuentes de derecho, éstas escritas, como las constituciones, la ley, ... Las costumbres que se mantienen son las costumbres de los derechos locales, que se incorporan en los procesos en época postclásica pero que debían probarse en los pleitos romanos.

Para centrar el tema excluimos las costumbres que acaban siendo otra norma por su incorporación dentro de otras, por ejemplo, las que se incluyen en las XII Tablas, o las que puedan recogerse en rescriptos, ...puesto que en estos casos adoptan la fuerza de las normas que las acogen. Tampoco nos referimos a las *consuetudo fori* o *mos iudiciorum*<sup>133</sup>, que atañen a aspectos más procesales. Nos referimos, más concretamente, a los casos en que hay una costumbre local<sup>134</sup>, que no es conocida por el juez y que hay que probar<sup>135</sup>. A partir de la *Constitutio Antoniana* del 212 los nuevos ciudadanos seguían apegados a sus anteriores “derechos populares” y pretendían

---

<sup>133</sup> BOVE, L., *La consuetudine in diritto romano, I, Dalla Repubblica all'eta dei Severi. Napoli*, 1971, p. 116.

<sup>134</sup> No podemos hablar propiamente, de derecho extranjero en derecho romano, pero sí que es cierto que las costumbres fuera de Roma son las que se deben probar, las que no son notorias y conocidas, y ese derecho de pueblos sometidos en influidos por Roma podríamos entenderlo, con todas las matizaciones posibles como derecho extranjero, derecho que en ocasiones no es escrito y que se conforma de costumbres. Lo indicamos porque el *iura novit curia* también excepciona de su aplicación el derecho extranjero, y hay cierto paralelismo en ello.

<sup>135</sup> Lo que recuerda las normas actuales, dado que aun actualmente hay que probar as costumbres en los procesos, siendo una de las excepciones del *iura novit curia*.

que estos se tuvieran en cuenta a la hora de encauzar sus controversias, la costumbre que no se opone al orden público recibe un impulso decisivo<sup>136</sup>.

La herramienta por la que el beneficiado por esa costumbre podía aportarla a juicio y que tuviera valor normativo puede ser la que se nos ofrece en D. 1. 3. 34, cuando si alguno parece apoyarse en la costumbre de una ciudad o de una provincia, se considera que primero debe investigarse primero si alguna vez ha sido también confirmada esa costumbre en juicio contradictorio. Parece que la prueba de esa costumbre, en vez de ser los medios probatorios al uso, como pueden ser testigos o documentos, se acuda al “precedente”, es decir, que ya haya sido considerada en algún otro proceso anterior. Se confirma esta apreciación (D. 1. 3. 38) cuando en un rescripto resuelto por el Emperador Severo advierte que en las ambigüedades que nacen de las leyes, debe tener fuerza de ley la costumbre, o la autoridad de las cosas juzgadas perpetuamente de análoga manera. Ciertamente se dan dos opciones, la costumbre, por un lado, o la autoridad de las cosas juzgadas ..., siendo esta última la que corrobora el primer texto. Pero precisamente con base en esa dicotomía, podríamos pensar que la costumbre también podría ser probada por otros medios.

---

<sup>136</sup> CUENA BOY, F., ‘La prueba de la costumbre del derecho romano al derecho indiano de los indígenas’. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. T IV. Vol. II. *Derecho Procesal Romano*. Ed. AIDROM-BOE. Madrid. 2021, p. 173.

No obstante, la preferencia de la costumbre ya aplicada en procesos anteriores parece ser la elección primera, pero entonces nos preguntamos cómo se consigue esa primera sentencia vinculada por la costumbre, sino fue porque se acudió a otros medios de prueba como testigos o documentos, que la dieron por probada. No parece por tanto que el único medio de prueba de la costumbre, en exclusiva, fuera el haber sido considerada previamente en otro juicio contradictorio, aunque fuera el más frecuente.

En C. 8. 53 (52) 1 a 3 sobre la costumbre de largo tiempo, el Emperador Alejandro, C. 8. 53 (52) 1 se refiere a que el presidente de la provincia determinará lo que en la misma ciudad se haya observado con frecuencia en el mismo género de controversias, se ha de observar la costumbre precedente y la razón que la aconsejó (año 224). Constantino C. 8. 53 (52) 2, año 319 indica que, aunque no es despreciable la autoridad de la costumbre, ésta no debe prevalecer sobre la razón o la ley.

En D. 1. 3. 32 se toman en cuenta las costumbres locales y ya se advierte que se aplican las que son *secundum legem*, o *praeter legem*, es decir, las que tienen el mismo contenido que la ley o aquellas que no están reguladas específicamente por leyes. En otros textos la costumbre sirve como medio para interpretar las leyes: así en D. 1. 3. 37 si se trata de interpretar la ley, ha de investigarse primero de que derecho había usado antes la ciudad en semejantes casos, porque la costumbre el mejor intérprete de las leyes. Y se completa con D. 1. 3. 32. en aquellos casos que no usamos leyes escritas, conviene que se

guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma.

Ejemplos con referencias a la costumbre local como fuente de derecho son muchos: en D. 2. 12. 4 los presidentes de las provincias suelen señalar el tiempo para la recolección de las mieses y para las vendimias según la costumbre; en D. 18. 1. 71 se presenta un rescripto en el que se contesta por los Emperadores Antonino y Vero que estaba en la potestad de los contratantes con qué medidas o con qué precios comprarían vinos los negociantes; porque a nadie es obligado a vender, si le desagradara o el precio, o la medida, mayormente si no se hiciera nada contra la costumbre de la región. En el rescripto se da a entender que para emitirlo han tenido en cuenta la costumbre y además no se pide nada contra esa costumbre, luego alguien la ha aportado al solicitar el rescripto. En D. 21. 2. 6, si se hubiere vendido un fundo, debe darse caución por la evicción, según la costumbre de aquella región en que se hizo el negocio. En D. 22. 1. 1 pr.; cuando se litiga en juicio de buena fe, se establece al arbitrio del juez la cuantía de los intereses según la costumbre de la región en que se contrató, pero de modo que no se falte a la ley; En D. 25. 4. 1. 15 el pretor determina que se debe atender a la costumbre del país, y conforme a ella debe inspeccionarse el vientre, y el parto, y el recién nacido. En D. 26. 7. 7. 10 respecto a los intereses pupilares, en ciertos casos se pagarán conforme a la costumbre de la provincia. En C. 4. 65. 19

respecto a arrendamientos se observa el contrato especialmente si no se expresa nada contra la costumbre de la región.

Otras referencias a la costumbre, que indica que habrá que probarlas, son las señaladas en D. 21. 1 si el vendedor del esclavo no diera caución del duplo, como es frecuente, se determinó por ello que también pudiera ejercitarse la acción de compra; porque lo que es de uso y costumbre debe venir comprendido en los juicios de buena fe. Una vez conocida o probada esa costumbre es de aplicación. En D. 50. 12. 13. 1; en este caso referido a una condición impuesta en una donación se refiere a que son tolerables las cosas que comprueba una antigua costumbre. O en D. 50. 13. 1. 10; se refieren a la determinación de honorarios de abogado por el juez entre otras cosas tendrán en cuenta la costumbre del foro.

El uso reiterado de la costumbre tiene relevancia jurídica, pero entendemos que se tendrá que probar, salvo el caso de una costumbre notoria e indubitada por las partes. La referencia a la costumbre como fuente nos habla de esa sabiduría jurídica romana, porque permite flexibilidad y adaptación al lugar del juicio, y tiempo en el que se aplica, resulta diferente y simultánea para cada lugar de influencia, y sirve para ensamblar el Derecho romano con el del lugar del proceso.

En los textos de la Recepción tampoco se presume que el juez conozca las costumbres, salvo si son notorias o redactadas escritas, pero tienen que ser alegadas. En este momento lo que no es dudoso es que su inclusión en el pleito también lo puede ser por los medios

ordinarios de prueba, fundamentalmente las declaraciones de testigos. La costumbre se considera un hecho y debe ser probada como tal. Las Partidas hablan del uso, e de la costumbre y del fuero, el testigo debe aseverar el uso, no la mera existencia de la costumbre. En la Partida I, 2, ley 5ª habla de diez a veinte años de uso, en los que al menos en dos casos un juez la haya confirmado.

De todo lo anterior extraemos una conclusión, también en Derecho romano, al menos a partir de 212 podemos indicar que hay que probar la costumbre, sobretodo la “extranjera” por tanto, no tiene que ser conocida por el juez y es de aplicación esta excepción de *iura novit curia* como hoy día. El juez tiene el poder, pero no el deber de conocerla.

## **11. Breve referencia a este principio desde la Recepción hasta la actualidad.**

Antes de la recepción del derecho común primaba la dispersión normativa, prevalecía el derecho consuetudinario y el derecho local plasmado en los fueros. Los fueros locales eran de aplicación antes que el derecho común. Esto ya tiene su origen en D. 1. 1. 9 (GAYO *Instituciones. Libro 1*) donde se indica como todos los pueblos, que se rigen por leyes y por costumbres, usan en parte del suyo propio y en parte del derecho común a todos los hombres. Cada pueblo tiene su derecho peculiar, y otro del que se valen todos los pueblos. Estas creaciones jurídicas locales tienen su origen en la importancia del derecho consuetudinario y en su uso, ya que de no aplicarse decaen.

La *consuetudo* debe ser probada y una vez hecho, vincula al juez, excepción hecha de la costumbre *notoria* o *publica auctoritaten scripum redacta*.

En Castilla, en la Edad Media contamos con grandes textos jurídicos, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas de Alfonso X que recogen ese derecho de tradición romana. En el Ordenamiento de Alcalá se establece que cuando las leyes o los Fueros locales no tuvieran solución se deben aplicar las Partidas Antes de ellas, y resumiendo existen lugares y villas con fueros propios, otras ciudades que se gobiernan por el Fuero Juzgo y otros, menos numerosos, por el Fuero Real. Si además añadimos la importancia del derecho consuetudinario, el embrollo jurídico de Castilla antes de las Partidas era considerable. Precisamente la aplicación del *iura novit curia* va a aclarar esta situación al presuponer que el juez conoce el *Ius Commune*, es decir, el Derecho romano-canónico, y el *ius scriptum* del lugar del tribunal, sus estatutos<sup>137</sup>. Sin embargo, la *consuetudo* necesita ser tratada como un hecho, *consuetudo est facti*, y por tanto la parte debe alegarla y demostrarla<sup>138</sup>.

Para ver si es posible que el juez conozca el derecho conozcamos el tratamiento que tiene en algunos de estos textos. Así en el *Liber Iudiciorum* 2.1.27, se dice que todo aquél que ha recibido la potestad

---

<sup>137</sup> COING, H., *opus cit.* p. 177. También advierte que las normas *extravagantes*, es decir, que no están recogidas en colección oficial, debe el juez preguntar a la autoridad promulgante e informarse de los nuevos estatutos o *reformationes* aún no recogidos en las colecciones.

<sup>138</sup> *Diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (Inst. 1.2.9). Las costumbres antiguas confirmadas por el consenso de los que las usan semejan a las leyes.

de juzgar tiene el nombre de juez y que a la vez que han recibido el derecho de juzgar, deben atender tanto los beneficios (*commoda*), como las penas (*damna*) de las leyes. Para ello, en el mismo texto 2.1.29 indica, que en si en un juicio cualquiera, no se ha hecho de acuerdo con la justicia y las leyes debidas, sino por orden o por miedo de los príncipes, aquello que se haya juzgado y sentenciado contra la justicia y las leyes no tenga validez alguna, y que aquellos que dieron la sentencia y que fueron obligados a hacerlo no deben ser manchados por ninguna nota de infamia, ni eso les debe acarrear algún daño en sus bienes. Asimismo, estos jueces sólo quedarán inmunes de las penas de la ley si confirmaren con juramento (*iuramento*) que, si juzgaron inicuaamente, no fue por maldad suya (*sua pra vitate*), sino por fuerza del rey. Del texto se infiere que el juez debe juzgar atendiendo al derecho. Observamos la misma consecuencia que se prevé en Derecho romano cuando lo sentenciado lo ha sido contra la ley: la nulidad.

En relación a las Partidas, obra jurídica de referencia en España durante seis siglos hasta el XIX, el hombre letrado las conocía y el iletrado se regía por los fueros y costumbres. Jacobo de las Leyes fue el autor de la Partida III dedicada al derecho procesal. Fueron supletorias del Ordenamiento de Alcalá, 1348, y de la Leyes de Toro 1505.

En el proceso que dibuja la Tercera Partida, la aportación de parte y la disposición sobre el objeto del proceso está presente en el inicio de su redacción. Lo primero que trata y dice es que las partes son “las dueñas de los pleitos” y solo se inicia si una lo quiere. Las

partes cuentan con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa, no tienen límites porque debe acabar con esa cuestión para siempre y esta solución tendrá efectos de cosa juzgada material. Era un proceso único, y no se observan procesos especiales por la pretensión o por los órganos juzgadores. Durante los seis siglos señalados, se dictaron multitud de normas, pero no tenían disposiciones derogatorias, lo que produce un fenómeno de confusión legislativa considerable hasta llegar a saber cual estaba en vigor.

Respecto al conocimiento por parte del juez del derecho, (P. 3. Libro 4 primera ley) dedicada a lo que quiere decir juez, y cuantas maneras hay de juzgadores, ya se advierte que los juzgadores que hacen su oficio como deben, son puestos para mandar y hacer derecho. Ciertamente que este término derecho aquí puede ser polisémico y querer decir que deben actuar rectamente. Pasa parecido en la ley tercera del mismo título, que se refiere a que deben tener sabiduría para juzgar derechamente, bien por su saber o por su uso largo tiempo. Pero al menos en cuanto a la aplicación de las partidas la sexta indica que los pleitos ya libres lo hagan lealmente y por las leyes de este libro y no por otras *“e que por amor, nin por desamor, nin parte al por miedo, nin por don, que les den, nin les prometan dar, que non se desvien dela verdad, nin del derecho”*

En la Novísima Recopilación libro 11. Título 1 de los jueces ordinarios en la ley 1, (ley 41 tit.3 del Ordenamiento de Alcalá) cuando se refiere a los jueces ordinario y sus calidades repite que deben tener sabiduría para juzgar los pleitos derechamente por su

saber y por su seso. Pero en la ley sexta ya se exige expresamente que sean letrados para que puedan acceder a los oficios de justicia, dice que no hay oficio ni cargo de justicia, ... ni en Audiencia ni en Chancillería, ni en ciudad, ni en villa, sino consta por fe de los notarios que ha estudiado Derecho canónico o civil, o al menos ha estudiado por espacio de diez años en alguna Universidad, del reino o fuera de ellos. Además, añade que tengan cierta edad, 26 años. Con estos requisitos se asegura que el juez conoce el derecho al menos de forma académica, impidiendo que acceda a esta función si no tiene formación. Si lo conoce y está obligado a aplicarlo, estamos ante una aplicación de *facto* del *iura novit curia*.

Si atendemos a textos que tuvieron su origen en la codificación, su regulación en nuestra legislación española descansa en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, que es bastante descriptivo, y guarda cierto aroma a prescripciones de Derecho romano. Primero se refiere a la congruencia: “1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito<sup>139</sup>. Seguido hace referencia al *iura novit curia*: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas

---

<sup>139</sup> “1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.”

por los litigantes.”<sup>140</sup>, y en su punto segundo alude a la motivación: “2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.”<sup>141</sup>, finalizando con una referencia a la exhaustividad de la sentencia: 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el

---

<sup>140</sup> Actualmente el principio *iura novit curia* comporta que el derecho alegado por la parte no obliga al juzgador a efectos de congruencia, siempre que no modifique la *causa petendi*, lo contrario STA TC 166/2006 de 5 de junio, sería dictar resolución sin debate. Según esta sentencia del TC, FJ 5, concurre una incongruencia omisiva y una incongruencia *extra petitum*, aplicándose por parte de este Tribunal los cánones de enjuiciamiento aplicados a esos dos tipos de incongruencia. “Sobre el vicio de incongruencia con relevancia constitucional numerosas resoluciones de este Tribunal han configurado un cuerpo de doctrina, según el cual «el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum* –. Ciéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*»” (SSTC 264/2005, 24 de octubre, F. 2, y 40/2006, de 13 de febrero, F. 2). Incluso jurisprudencia constitucional referida a la ley de Enjuiciamiento anterior como la STA TC 20 de mayo de 1991, también nos advierte de que “los tribunales no tienen necesidad ni obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos.... Sin que ello suponga incongruencia procesal alguna”.

<sup>141</sup> En general: MURILLO VILLAR, A., La motivación ...cit. También del mismo autor: Antecedentes históricos de la obligación de motivar ... cit. También sobre la motivación ORTELLS RAMOS, M., Origen histórico del deber ... cit.

*tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*"<sup>142</sup>.

El art 1. 3 del Código Civil dice que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada, lo que guarda relación con el art. 281.2 de la Ley de enjuiciamiento civil: También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Para GIMENO SENDRA, los aforismos romanos: *da mihi factum dabo tibi ius, iura novit curia* permanecen válidos en la esfera del proceso civil. "Tales axiomas nos indican que al demandante le incumbe ineludiblemente la carga de alegar los hechos constitutivos de su petición, en tanto que al juez le asiste, más que el Derecho, la obligación de examinar la petición y su fundamentación fáctica desde todos los ángulos y puntos de vista legales posibles, y ello con el objeto de aplicar, en su momento, tan sólo aquellas normas del

---

<sup>142</sup> Recuerda la *C. Th. 4. 17. 2 (Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Clearchum Praefectum Praetorio)* cuando se advierte al prefecto del pretorio que el juez al dictar sentencia debe examinar todo lo que a los negocios encierra para evitar volver a tener que celebrar el juicio.

ordenamiento sustantivo que, hayan sido o no invocadas formalmente por las partes, sean las únicas reclamables a los hechos sustanciadores de la petición.”<sup>143</sup>. Esta forma de aplicar el derecho nos recuerda al juez profesional romano de la *cognitio extra ordinem* quien, si por rescripto, debía aplicar una norma no alegada en el proceso, lo hacía independientemente de su alegación o no por la parte.

La ley de Enjuiciamiento anterior, sin embargo, permitía interpretaciones más controvertidas y así consideraban que debía existir gran vinculación entre la calificación jurídica hecha por los actores del proceso y la del juez. Para PRIETO CASTRO<sup>144</sup> la causa de pedir incluye el elemento normativo, no sólo los hechos en los que funda su pretensión, lo contrario implica trasgredir el principio dispositivo. Para DE LA OLIVA SANTOS, el fundamento de la pretensión no puede ser variado por la fundamentación jurídica del juez “no sólo la forma de presentar los argumentos, sino los concretos elementos jurídicos aducidos: los preceptos legales y principios jurídicos citados y el entendimiento que de ellos se hace, así como la doctrina judicial aducida y su interpretación”<sup>145</sup>. Según el mismo autor, las partes no pueden verse sorprendidas por argumentos jurídicos del tribunal que no esperaban y que no se han podido

---

<sup>143</sup> GIMENO SENDRA, V., Derecho Procesal Civil. Parte General. 4º ed. Madrid 2001, p. 126.

<sup>144</sup> PRIETO CASTRO, “El cambio de punto de vista jurídico”. *Revista de Derecho Procesal*. nº 1. 1956, p.3.

<sup>145</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración ..., 3ªed. 2004 p. 457. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid. 2005. p 69.

debatir el proceso eludiendo su estructura contradictoria y las garantías de defensa en juicio.<sup>146</sup>

Otros autores sin embargo, no observan tanta vinculación, así GUASP<sup>147</sup>, refiriéndose a la LECiv de 1881 entiende que el juez tiene gran libertad respecto a los términos jurídicos planteados por las partes demandante y demandada, y que la vinculación sólo lo es al *petitum*. Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 son autores con la misma opinión MONTERO AROCA<sup>148</sup>, ORTELLS RAMOS: “el juzgador no está vinculado a resolver según las tesis jurídicas sostenidas por las partes, sino que, respetando los hechos y la petición que identifican el objeto del proceso, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta y lo mismo puede hacer con aquellos hechos no identificadores del objeto del proceso”<sup>149</sup>.

En cuanto a su contenido, desde comienzos del siglo XXI esta máxima, adquiere un contenido más amplio que el que tuvo en Derecho romano, dado que el juez no sólo conoce el Derecho, sino que actualmente tiene la obligación legal expresa de aplicarlo<sup>150</sup>. La

---

<sup>146</sup> DE LA OLIVA SANTOS Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Madrid. 2005. p 71.

<sup>147</sup>GUASP, Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho en el proceso. Barcelona. 1943. P. 48.

<sup>148</sup> MONTERO AROCA Derecho Jurisdiccional II. Tirant lo Blanch. Valencia 2016 P. 158 cuando dedica un epígrafe a la irrelevancia de la fundamentación jurídica.

<sup>149</sup>. ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil. Pamplona. 2005, p. 258....

<sup>150</sup> La esencia del *iura novit curia* reside en la concepción del Estado moderno, constitucionalista, cuyo eje principal es el sometimiento a la ley democráticamente elaborada, véase el art. 1 de la Constitución:” España se

consecuencia es que éste no debe ser alegado ni probado por la parte, y si lo alega puede no ser tenido en cuenta, tal es el caso en el que el juzgador considere que no está vigente o que no es de aplicación. Esto es así porque el juez está sometido a la ley y al estado de derecho, en otras palabras, se debe al principio de legalidad<sup>151</sup>. Sin embargo, hay dos excepciones a la ausencia de prueba del derecho: cuando sea derecho extranjero o si es una costumbre, idea en la que insistiremos más adelante<sup>152</sup> y que como hemos visto ya tienen origen en Derecho romano.

Hoy el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 constitucional convierte en derecho fundamental, el que nuestros conflictos se resuelvan con sumisión a la ley, con una resolución fundada en Derecho. El artículo 117.5 nos dice que están sometidos al imperio de la ley.

---

constituye en un Estado social y democrático de Derecho”; en el que según el art. 9 del mismo Texto legal, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y en el que la función de los Jueces y Magistrados, art. 117, es administrar justicia sometidos al imperio de la ley. Y para administrar justicia deben conocer el derecho, salvo algunas excepciones. De ahí que para su ingreso se exija un conocimiento extenso del ordenamiento jurídico e incluso el paso por el Centro de Estudios Judiciales. En cuanto a su aplicación el principio descansa en los art. 39.2 LOTC, 218.1 LECIV.

<sup>151</sup> Ciertamente estas afirmaciones se ven matizadas legalmente, así el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 advierte que el tribunal puede resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido alegadas acertadamente por los litigantes, siempre que no se aparten de la causa de pedir. La jurisprudencia añade que estas circunstancias no pueden provocar indefensión, al no haber podido alegar lo que estime conveniente respecto a esas normas.

Desde un punto de vista del órgano llamado a impartir justicia, el ordenamiento jurídico prevé que el juez debe conocer el derecho y para ello se asegura que su ingreso en la carrera judicial así lo obligue. Con carácter general la mayor parte de órganos jurisdiccionales españoles están servidos por jueces técnicos en derecho que han superado una oposición y un curso en el Centro de Estudios Judiciales. No obstante, encontramos excepciones, y así no es necesario que el juez sea experto en lo jurídico cuando hablamos de los Jueces de Paz, los miembros del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y en el orden penal, el jurado. Por otro lado, y fuera de la jurisdicción ordinaria, contamos con el Arbitraje, que ya existía en Roma y que en una de sus versiones puede serlo de equidad, como sucede en materia de consumo, así la junta arbitral juzga y sus resoluciones pueden tener fuerza de cosa juzgada, siendo sus árbitros legos. Por tanto, ni todos los jueces se ven afectados por el *iura novit curia*, ni siempre tienen que conocer el derecho, si bien deben aplicarlo en la medida en que “todos”, poderes públicos y ciudadanos estamos sometidos a la ley, también los jueces legos (Art. 9.1 de la Constitución española de 1978)

En Derecho europeo, TJUE y TEDH, es curioso comprobar como el *iura novit curia* que no rige en todas las etapas de Derecho romano, tampoco rige ante el juez del TJUE respecto a los derechos internos de los estados<sup>153</sup>. Esta situación se aproxima más a la romana,

---

<sup>153</sup> El adagio es citado con cierta frecuencia en la jurisprudencia europea, incluso en las conclusiones del Abogado general CRUZ VILLALÓN presentadas el 30 de mayo de 2013 (asunto C-85/12), ap. 72 establece una peculiaridad más el

dado que el juez aplicará la máxima al derecho nacional de cada estado respecto a sus propios jueces a los que, si exige conocer su respectivo derecho, excepción hecha de los del *common law*, a los que no se les aplica esta máxima<sup>154</sup>.

REINOSO-BARBERO opina que la intrascendencia de este importante principio en la UE es relativamente similar a la presentada en el Derecho romano por diferentes razones: primera el juez romano no tiene obligación de conocer el derecho (eso es materia del pretor) ni el juez de la Unión el derecho nacional; y segundo, esta circunstancia obliga a quien actúe ante ambos jueces – el de Roma y el europeo- a probar ante ellos la realidad del derecho alegado. Así en Derecho romano postclásico su demostración son la *recitatio legis*, y la *collatio codicum*<sup>155</sup>. Lo que suscribimos con ciertas matizaciones, sólo si nos referimos al juez privado del proceso formulario y teniendo en cuenta, que entonces los ejemplos de Derecho romano postclásico no son correctos, porque se refieren a la *cognitio extra*

---

principio *iura novit curia* no solo no toca al juez de la Unión respecto del derecho nacional sino tampoco al juez nacional cuando debe aplicar el derecho de otro Estado.

<sup>154</sup> El principio *nova iuris curia* es de aplicación en el sistema procesal continental y en los de su influencia, mientras que el sistema anglosajón no lo reconoce. En este último sistema el juez es imparcial y neutral si juzga en virtud de los hechos, fundamentos jurídicos y pruebas aducidos por las partes, con una actitud pasiva y distante (*adversarial system*). En los sistemas europeos se entiende que la esencia de la potestad jurisdiccional pertenece a los tribunales, y consiste en que estos apliquen el derecho conforme a los hechos alegados en juicio, *da mihi factum, dabo tibi ius*, más si cabe cuando este no haya sido invocado correctamente.

<sup>155</sup> REINOSO- BARBERO, F., “*Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*” *cit.*, p. 608.

*ordinem*, a la etapa de vulgarización del derecho y de las primeras compilaciones.

## 12. Recapitulando.

Respecto a este principio la doctrina romanista, entiende que se presume que el juez conoce el derecho, e incluso que en la mayor parte de las ocasiones lo aplica. Sin embargo, esto no siempre es así, en todas sus etapas, lo común, tanto para el Derecho romano como para el Derecho positivo es que el proceso y su solución se adopte conforme a derecho; y es más que éste sea conocido por el juez cuando da su *opinio*, su *sententia* que es lo que subyace en este brocardo.

En la etapa arcaica nos encontramos un derecho incierto, se juzgaba en el ámbito doméstico, el estado estaba en construcción y no tiene atribuida la función de juzgar, esto hace imposible determinar primero, que podamos hablar de un juez como tal, y segundo, que el derecho, al ser tan embrionario, sea difícil entenderlo como un cuerpo de normas que se puedan conocer con certidumbre, lo que nos invita a pensar que la máxima *iura novit curia* no se aplica por la falta de esas premisas esenciales que hemos señalado.

Con el *ordo iudiciorum privatorum*, concretamente con las *legis actiones* el juez *privatus*, elegido para desempeñar una función pública, no es necesario que sea conocedor del derecho, porque se

asesora por un *consilium* de expertos jurídicos. Su función consiste en revisar la prueba y sólo se pronuncia sobre quien tiene la razón respecto a la acción ejercitada. Lo que, unido a la falta del principio de aportación de parte, y el dispositivo que impide que la parte aporte los hechos controvertidos, y la escasez de acciones existentes no podemos concluir que en la etapa de las *legis actiones* fuera de aplicación el aforismo *iura novit curia*.

En cambio, la aparición del procedimiento formulario, también afectado por la bipartición del proceso, trae algo diferente: la fórmula, que puede contener el derecho aplicable, por tanto, cuando el *iudex* o el *arbiter* asumen su función, ejercen su *iudicium*, pueden ser conocedores del derecho, pero no siempre. El *arbiter ex compromiso* no tiene que obedecer a lo dispuesto en la fórmula, redactada en presencia de y con la aprobación del pretor, sino que goza de completa libertad para dictar la sentencia que pone fin al litigio, con la única limitación del contenido del *compromissum* celebrado entre las partes, por esto el árbitro no está afectado por el brocardo, puede o no conocer el derecho. El *iudex*, sin embargo, cuando era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar *cum veritate et legum observatione*, el juez debe juzgar conforme al derecho y conforme a la verdad, este juramento parece que obliga a conocer y aplicar el derecho, y que, por tanto, *de facto*, fuera de observancia el principio *iura novit curia*.

Respecto a la certeza del derecho aplicable, en el procedimiento formulario romano se da mucha libertad a los sujetos juzgadores, su

intervención crea derecho. El pretor crea derecho y esa labor creadora del órgano judicial supone implícitamente, por una parte, conocimientos jurídicos, pero por otra precisamente que no existan previamente, puesto que se van construyendo a propósito de la resolución continuada de casos. En conjunto magistrado y juez acababan conociendo y aplicando el derecho, pero no siempre y no en todos los casos, por lo que en puridad no podemos concluir que sea de aplicación el principio *iura novit curia*, puesto que sus órganos judiciales no aplican el derecho, van más allá, incluso lo crean.

En la *cognitio extra ordinem*, cambian los sujetos juzgadores que se especializan, *praetores fideicommissarii*, *praetor tutelaris*, *praetor de liberalibus causis*. También eran importantes en la capital *praefecti praetorio* (en apelaciones), *praefectus urbi* (con funciones que ya incorporan de los pretores y también en apelaciones), *praefectus vigilum* (para asuntos de seguridad en la ciudad), *praefectus annonae* (competente en orden público) *praefectus aerarii* (en orden fiscal). Esto indica que al menos en esas materias cada vez más eran conocedores del derecho a aplicar. Respecto a las fuentes del derecho y su posible conocimiento, estamos en una etapa en la que, aunque el derecho pierde calidad gana certeza. El juez de la *cognitio* puede decidir conforme a derecho, aunque este no haya sido alegado por la parte, ni referido en una fórmula y esto permite que entendamos que el brocardo *iura novit curia* sea de aplicación, puesto que ésta es una de sus características principales.

En la *cognitio* aparece la apelación y revisando los medios de impugnación los hay que permiten ante la resolución en la que el juez no haya aplicado el derecho, lo que induce a pensar que lo debía haber conocido para que su opinión no pudiera ser impugnada. En el período de *cognitio extra ordinem*, se podía plantear la nulidad por errores sobre la existencia de la ley, declarándose la nulidad de la sentencia por contraria a la ley, *contra leges et constitutiones*, se cree que es una innovación introducida por el emperador para fortalecer su propia autoridad lo que nos lleva a pensar que hay sumisión al derecho, puesto que de no ser así la sentencia es impugnable.

De la revisión de la apelación y la nulidad de las sentencias de la *cognitio extra ordinem* podemos concluir que efectivamente se exige que el órgano juzgador emita sentencia conforme a derecho, lo que unido a la especialización por materias que se da en los órganos llamados a impartir justicia de esta etapa, hace pensar que *de facto* se aplica la máxima *iura novit curia*.

En época postclásica la posible aplicación del principio *iura novit curia* se ve más comprometida por otro motivo, que es la grave incertidumbre que existe respecto a las fuentes. La parte debía probar el derecho, *recitatio legis* (D. 49. 14. 45. 8) comparándolo con otros ejemplares *collatio codicum* lo que es precisamente contrario a esta máxima.

En cuanto a la necesidad de probar la costumbre que acompaña al brocardo, también la observamos en Roma, dónde hay que probar

la costumbre, sobretodo la “extranjera” por tanto, no tiene que ser conocida por el juez y es de aplicación esta excepción de la máxima *iura novit curia* como hoy día. El juez tiene el poder, pero no el deber de conocer esta fuente del derecho.

Desde la Novísima Recopilación libro 11. Título 1 de los jueces ordinarios en la ley 1, (ley 41 tit.3 del Ordenamiento de Alcalá) ya se exige expresamente que para poder acceder a los oficios de justicia, debe constar por fe de los notarios que se ha estudiado Derecho canónico o civil, o al menos ha estudiado por espacio de diez años en alguna Universidad, del reino o fuera de ellos. Desde ese momento, y con carácter general aunque con alguna matización, al juez se le exige el conocimiento del derecho, requisito que se mantiene en la etapa de la codificación. No obstante, hay excepciones al principio *iura novit curia* que aún hoy se mantienen.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y de la costumbre en el proceso civil español*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

ARANGIO-RUIZ, V., "Les formules des actions et le système du droit romain classique". *Scritti di diritto romano II*. Ed. Jovene editore. 1974.

BIONDI, B., "Intorno alla rominità del processo civile moderno, BIDR 42, Roma, 1934.

BOVE, L., *La consuetudine in diritto romano, I, Dalla Repubblica all'eta dei Severi*. Napoli, 1971.

BOVE, L., *Nov. Dig. Italiano. s.v.. "Iurisdicitio"*.

BRUNELLI voz: *Nuovo Digesto italiano. Vol. VII. s.v. "Iura novit curia"*.

BUIGUES, G., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el "arbiter ex compromisso"*. Madrid. 1990.

BURDESE. A., *Miscellanea romanística*. Madrid, 1994.

CALAMANDREI, P., "Diritto consuetudinario in cassazione". *Rivista di diritto processuale civile. XV, 1938*.

CALVINHO, G., *El brocárdico iura novit curia. Revista de derecho procesal n° 1- 2009*.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Derecho Privado Romano. La "Cognitio Extra Ordinem"*. 2018. Reus. Colección jurídica general.

COING, H. *Derecho Privado europeo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*. Traducido Antonio Pérez Martín. Fundación cultural del notariado, 1996, Madrid.

CUENA BOY, F., "La prueba de la costumbre del derecho romano al derecho indiano de los indígenas". *Fundamentos romanísticos del*

*derecho contemporáneo*. T IV. Vol. II. Derecho Procesal Romano. Ed. AIDROM-BOE. Madrid. 2021

D'ORS, *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona 1987. 7ª Ed.

DE GIOVANNI, L., "L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana". *En Sull'arbitrato. Studi oferti a G. Vere. Napoli*. 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*. El proceso de declaración. 3ªed. 2004

DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova. 1937.

DIAZ BAUTISTA, A, Prólogo a *Magistrados, Jueces y Árbitros en Roma*. Dykinson. Madrid. 2009.

DOMINGO OSLE, R., *¿Qué es el Derecho Global?* CGPJ. Madrid. 2008.

EZQUIAGA GANUZAS, F.J., "Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho. Ed. Olejnik. Santiago de Chile. 2018.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. Y GARCIA CAMIÑAS, J. "Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 15-2011.

FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*. Parte General. 4º ed. Madrid 2001.

GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho en el proceso*. Barcelona. 1943.

IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho romano*. 6ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, Caracas, Mexico. 1979

KASER, M., *Derecho romano privado*. Traducido por SANTA CRUZ TEIJEIRO, J., Instituto editorial Reus. Reus 1982, 2 ed.

LUZZATO G.I., *Enciclopedia del Diritto*, s.v.. "giurisdizione".

MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano. Vol. 1, La scienza del diritto penale, relazioni e fonti del diritto penale, diritto transitorio, diritto penale internazionale, i soggetti, il reato, l'imputabilità*. 5ª ed. aggiornata / dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia. Torino: UTET, 1985.

MARRONE, M., "Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana". *Rivista arbitrale*. 1996, 1

MOLE, M., s. v. *Sentenza* (Diritto romano), en NNDI, XVI, Torino, 1969, ed., 1982.

MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II*. Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El Proceso* 2ª ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983.

MURILLO VILLAR, A., "La motivación de la sentencia en el proceso civil romano". *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995.

MURILLO VILLAR, A., "Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español". *Teoría e storia del diritto privato*, 2012.

ORESTANO, R., s.v. "Appello", en *Enciclopedia del Diritto* II. Annali II. Giufre editores. Milano.

ORESTANO, R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953

ORESTANO, R., Raggi, I., *Studi sulla impugnazioni civile nel processo romano*. I Milán. 1962,

ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Marcial Pons. Madrid Barcelona, 2007.

ORTELLS RAMOS, M., "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977

PARICIO, J., *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica*, Madrid, 2014.

PARICIO, J., "Notas sobre la sentencia del *arbiter ex compromiso*. Sanción contra el árbitro que no dio sentencia". RIDA XXXI, 1984.

PARICIO, J. *Sobre la Administración de Justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados romanos*, Madrid, 1987.

PARICIO, J., "*Iurare sibi non liquere*", en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988)

PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba*. Bosch. Barcelona. 2007.

PRIETO CASTRO, "El cambio de punto de vista jurídico". *Revista de Derecho Procesal*.nº 1. 1956.

PUGLIESE, G., *Il proceso civile romano II. Processo formulare*. Milán, 1963.

PUGLIESE, G., "Note sulla i'ingiustizia della sentenza nel diritto romano". En *Studi di Betti*. Milán. 1962.

RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*. Madrid. 2007, Tecnos 2ªed.

REINOSO- BARBERO, F., “*Paroemia et regulae iuris romanorum: Desde el ius commune a la jurisprudencia de la Unión Europea*” *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13, 2016.

SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*. Traducido por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro editorial de Góngora. Madrid, 2ª ed.

SCIALOJA, V., *Procedura civile romana*. Roma 1936.

SENTIS MELENDO, S., *El Juez y el derecho. (Iura novit curia)*. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1957.

TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990.

TALAMANCA, M, *Richerche in tema di “compromissum”*, Milán, 1958.

TORRENT, A. *Diccionario de derecho romano*. Edisofer, 2005. s.v. “*iura novit curia*”.

TORRENT, A., *La” iurisdictio” de los magistrados municipales*. Salamanca. 1970, publicaciones de la Universidad de Salamanca.

VOCI, *Istituzioni di diritto romano*. Milano. 1996 4ªed.

VOCI, P., *Manuale di Diritto romano*. Giufre editores. Milano. 1998. 2ª ed.Vol. II.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

<b>Fecha de recepción:</b> 19/02/2022	<b>Fecha de aceptación:</b> 25/02/2022
<b>Palabras clave:</b> <i>Monogamia, poligamia, poliginia, matrimonio romano, cristianismo, igualdad de los cónyuges.</i>	<b>Keywords:</b> <i>Monogamy, polygamy, polygyny, Roman marriage, Christianity, equality in marriage.</i>



## LA MONOGAMIA COMO FUNDAMENTO DE LAS ESTRUCTURAS CONYUGALES EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS OCCIDENTALES: UN APORTE ROMANÍSTICO

## MONOGAMY AS BASIS OF MARITAL STRUCTURES IN WESTERN LEGAL SYSTEMS: A ROMANISTIC CONTRIBUTION

**Carmen Lázaro Guillamón**

Profesora Titular de Derecho Romano

Universitat Jaume I

mclazaro@uji.es

ORCID: 0000-0003-4229-8522

(LÁZARO, Carmen. La monogamia como fundamento de las estructuras conyugales en los sistemas jurídicos occidentales: un aporte romanístico.

RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 275-394

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

Este trabajo pretende poner de manifiesto que el principio monogámico es característico del matrimonio romano. Desde este contexto, comprender e integrar los principios de las estructuras conyugales del Derecho Romano y seguir su iter histórico-jurídico es esencial a fin de fortalecer el principio monogámico que informa el actual sistema, puesto que dicho principio ofrece las bases tanto de la estructura familiar privada, como de la ordenación y la gestión de lo público en los denominados Estados Sociales y Democráticos de Derecho.

### Abstract:

This paper aims to show that the monogamous principle is characteristic of Roman marriage. In this context, understanding and integrating the principles of the conjugal structures of Roman law and following its historical-legal iter is essential in order to strengthen the monogamous principle that informs the current system, since this principle provides the basis for both the private family structure and the organisation and management of public affairs in the so-called social and democratic states governed by the rule of law.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El contexto romano. 2.1. Divorcio y monogamia: un binomio. 2.2. La *paelex*, la *amica*, la concubina y los hijos ilegítimos. 2.3. Sobre la poliandria. 2.4. El castigo de bigamia. 3. Sobre la atribución del principio monogámico a la moral cristiana y a la construcción canónica del matrimonio. 4. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

En los distintos ordenamientos jurídico-civiles de los países que conforman el marco territorial europeo, la poligamia (que comprende tanto la poliginia como la poliandria, aunque la primera es más habitual) está prohibida. De esta forma, la monogamia se constituye en uno de los principios<sup>1</sup> capitales de la legislación matrimonial de los sistemas

---

<sup>1</sup> Sirva de ejemplo el dato de que, en nuestro ordenamiento jurídico español, el artículo 32.1 de la Constitución de 1978 no recoge esta característica expresamente – quizá no se aventuraba la necesidad de su inclusión en el año 1978-. Así, Iván C. IBÁN PÉREZ, “El matrimonio en la Constitución”, en *Revista de Derecho Privado*, 64, mes 1 (1980), 137-145, p. 139, mantiene que del empleo del singular, “el hombre y la mujer”, que se contiene en el texto constitucional, puede deducirse que nuestra Constitución excluye la poligamia. Otros autores la infieren de otros artículos de la Constitución no expresamente referidos al matrimonio. Sí la recoge el Código Civil, concretamente en los artículos 46.2 y 68, en particular, el artículo 68 del Código Civil dispone que “los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad”. De hecho, Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ – Antonio TORRES DEL MORAL, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, D.L, 1990, p. 219, consideran que la monogamia es una exigencia de la regulación restrictiva que realiza el Código Civil y no el texto constitucional, al no afirmar este

jurídicos occidentales y es característica común de los países de ese contexto. No obstante, en ese mismo espacio y a pesar del impedimento legal, en la sociedad multicultural que se ha venido formando en los últimos tiempos a causa de la globalización y las migraciones, los supuestos de unión de un hombre con varias mujeres son un hecho. Téngase en cuenta que, en al menos medio centenar de países de religión

---

último que una persona solo pueda contraer válidamente un único matrimonio, de lo que se deduce la posibilidad de admitir la poligamia en el ordenamiento jurídico español sin incurrir en menoscabo de la norma fundamental; concluyen los autores que el marco constitucional es mucho más amplio en cuanto a posibilidades de regulación que del Código Civil, así, “no habría dificultad constitucional en admitir la posibilidad de contraer dos o más matrimonios, una mera reforma de la ley civil permitiría, sin quebranto constitucional, ampliar ese margen contractual y permitir, la celebración de un nuevo matrimonio subsistiendo otros anteriores”. En el contexto internacional se observa una prohibición implícita en la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al consagrarse la igualdad de los cónyuges, en concreto, José M<sup>a</sup> MARTÍ, “«Ius connubii» y regulación del matrimonio”, en *Humana iura* 5 (1995) 149-176, p. 166, determina que en estos la exclusión de la poligamia se deduce del empleo del singular al designar los sujetos del Derecho, igualmente Carlos M<sup>a</sup>. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio (en la legislación actual y en la historia)*, Pamplona: Aranzadi, 1982, p. 43, afirma “que solo puedan ser dos los contrayentes parece ser una condición obvia, pero la debemos realizar como exigencia natural, aunque en ciertas fases históricas y en ciertos pueblos se haya dado el matrimonio de grupo, por más que modernos movimientos ácratas pretendan hoy implantar ese espécimen; esta pretensión, hay que reconocerlo, no merece comentario”.

musulmana cuya población normalmente emigra con destino a Europa, la poliginia es socialmente aceptada y está permitida legalmente<sup>2</sup>. Así, en Europa, estas uniones poligámicas, sean matrimoniales o no<sup>3</sup>, aprovechan fisuras del ordenamiento jurídico, se instalan *de facto*, e incluso llegan a reconocerse, de modo que la incorporación de la poligamia (más concretamente de la poliginia) en el contexto jurídico o

---

<sup>2</sup> Y no solo en tiempos actuales, como afirma Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, “La tutela penal de la unidad matrimonial en el Derecho histórico español”, en *Il Diritto Ecclesiastico* 107 (1) (enero-marzo 1996) 64-124, p. 65, “España es uno de los países occidentales que desde tiempos más remotos, ha tenido que dar una solución jurídica en su Derecho matrimonial a las uniones poligámicas de algunos sectores de su población –de importancia numérica variable a lo largo de los siglos-, como es el caso de las comunidades judías, musulmanas e indígenas durante la época de la colonización. Se trataba de minorías religiosas cuyos credos admitían como legítima la poligamia y que ostentaban, al mismo tiempo, la condición de súbditos españoles, sometidos, por lo tanto, a una legislación civil defensora de la unidad matrimonial”. Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ – M<sup>a</sup> José AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Acuerdos matrimoniales e infidelidad. Ayer y hoy”, en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Camino Sanciñena Asurmendi (dir.) – Ignacio Fernández Chacón y Clara Gago Simarro (coord.), Pamplona: Aranzadi, 2021, 473-558, p. 474, hacen notar que en algunos contratos matrimoniales islámicos se incluye la cláusula de monogamia en cuya virtud el marido se compromete a no contraer otro matrimonio, *vid.* bibliografía allí citada al respecto. Sirva de ejemplo el artículo 30 del Código de Familia Marroquí

<sup>3</sup> Anotamos que por eso se considera más oportuna la referencia a estructuras conyugales o a relaciones de pareja estable para referir estas situaciones y es la que se empleará a lo largo de estas páginas.

metajurídico europeo, representa un cambio de modelo no solo, desde un punto de vista privado, en la estructura de la familia, sino también en la conceptualización y gestión de lo público que quizá no es acorde y socaba los fundamentos del propio sistema jurídico, sociocultural y económico (piénsese, por ejemplo, en la sostenibilidad del actual sistema de estado del bienestar<sup>4</sup>). En definitiva, la unidad matrimonial de carácter monogámico es considerada como una cuestión de orden

---

<sup>4</sup> Sin duda, como anota Agustín MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, Granada: Comares, 2018, p. 88, la posibilidad de la poligamia plantea no pocos efectos importantes y significativos en la sociedad europea que pueden afectar a la economía y a la fiscalidad, gravando al sector público con ayudas o pensiones que se multiplican por esposas e hijos.

público<sup>5</sup> que se encuentra por encima del principio de libertad religiosa<sup>6</sup>. No en vano, en opinión de Vallet de Goytisolo<sup>7</sup>, el concepto de orden

---

<sup>5</sup> Que en el contexto español viene establecido por el núcleo normativo de la Constitución de 1978 de la que se infieren los principios que informan el ordenamiento jurídico español. Concreta Joaquín CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona: EUNSA, 1984, p. 127, que “la noción de orden público recoge, en los distintos ordenamientos jurídicos, los principios que, aún con un diverso rango, no pueden ser desconocidos en la aplicación del Derecho”; en sentido similar, Eduardo BAURA, “El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 4 (1988) 337-374, p. 337, tras la promulgación de la Constitución de 1978, el orden público está integrado principalmente por “los principios de justicia y de igualdad y apoyado en el reconocimiento de la dignidad de la persona y orientado a su servicio, a fin de conseguir el pleno desarrollo de los Derechos Humanos”. En el ámbito civil, José Antonio DORAL, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1967, p. 71, considera que el orden público “no es simple estructura del orden social establecido, sino el núcleo mismo de este orden, nunca acabado y perfecto porque el dinamismo tiende a perfeccionarse más y más en sucesivos logros, por ello, no es mera entidad conceptual que expresa una realidad estática acabada, sino algo vivo, dotado de una fuerza expansiva, orientadora de la dinámica social, a la que sirve como instrumento operativo”, así, el orden público es utilizado para limitar los pactos cláusulas y condiciones que pueden establecer los contratantes -recordemos el dictado del artículo 1.255 del Código Civil-. En definitiva, el orden público parece remitir a ciertas convicciones básicas de la colectividad sobre los fundamentos de su propia organización y de su propio ordenamiento jurídico, de forma que su razonable plasmación en el tráfico jurídico dependerá, básicamente, de la prudencia de quienes aplican el Derecho, en efecto, el artículo 12.3 del Código Civil establece: “En ningún

---

caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Sobre este particular *vid.* Antonio GORDILLO CAÑAS, s.v. “orden público (Derecho Privado)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Madrid: Civitas, 1995, pp. 4.635ss. Por ello, siguiendo a Luis DÍEZ PICAZO, “El Negocio jurídico del Derecho de familia”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 6 (junio 1962) 771-795, p. 779, la transformación del ordenamiento jurídico producida como consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1978, debe entenderse como “la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad”. En particular, y por lo que respecta al Derecho matrimonial, entre otras, es cuestión de orden público, a decir de José M<sup>a</sup> ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid: Civitas, 1996, pp. 122-130, la que tiene que ver con la monogamia.

<sup>6</sup> Así, Iván C. IBÁN PÉREZ, “El matrimonio en la Constitución”, *cit.* p. 139, quien posiblemente alude a la poligamia musulmana y la concibe como una manifestación religiosa de los musulmanes. En todo caso, es relevante en este sentido la opinión de Enrique FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1981, p. 190, quien determina que la prohibición de la poligamia es consecuencia del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, y de la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 32.1 del mismo texto, sin necesidad de recurrir a las creencias religiosas del varón que pretenda celebrar sucesivos matrimonios simultáneos con distintas esposas, más que como una restricción por razón de orden público de la libertad religiosa, ya que puede que determinados ciudadanos españoles aduzcan que su religión admita dicho estado matrimonial múltiple, con efectos civiles. En definitiva, la justificación de la prohibición de la poligamia se concreta en que la dignidad de la mujer debe ser igual a la del varón, pues de considerarse como una restricción de una creencia religiosa no occidental, las personas afectadas pueden alegar que se

público encuentra origen en el Derecho Romano en el que se consideraba que el *ius publicum* era una cuestión que la voluntad de las partes no podía modificar<sup>8</sup>.

Nuestra sociedad occidental está constituida, además de por la ciudadanía (y por tanto, por nacionales de los propios estados), por

---

está vulnerando su tradición y su forma de organizar la familia, es decir, la poliginia está prohibida no ya por imperativo religioso, sino porque el ordenamiento jurídico vigente no puede permitir al hombre celebrar matrimonio simultáneo con distintas mujeres y que ello no sea posible a las mujeres, la vulneración del principio de igualdad es clara de suerte que no es posible reconocer, en el ordenamiento jurídico vigente, un matrimonio en el que los requisitos impuestos al hombre y a la mujer sean distintos.

<sup>7</sup> Juan B. VALLET DE GOYTISOLO – Ramón FRAGUAS MASSIP – José L. MARTÍNEZ GIL – Vicente L. SIMÓ SANTONJA, “Conflictos de leyes en materia de sucesión por causa de muerte: cuestiones preliminares e incidentales, orden público, capacidad, transmisión y adquisición”, en *Revista de Derecho Notarial* (1968) 149-241, p. 179.

<sup>8</sup> En efecto, afirma Federico DE CASTRO, *Derecho civil de España, Tomo I*. 2ª ed., Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 602, que “el interés o orden público se invocan por el carácter irrenunciable de los derechos y facultades unidos al ser de la persona como los derechos de la personalidad... y todos los derechos que regulan el estado civil y la familia”. Igualmente, Joaquín CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso...*, *cit.*, p. 117, y Luis Díez-PICAZO – Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil I*, Madrid: Tecnos, 1974, p. 214, quienes afirman que “se consideran generalmente como de orden público las leyes que regulan el estado civil, la capacidad de las personas, por lo que son irrenunciables los derechos inherentes a la personalidad, son también de orden público las normas de Derecho de familia”.

personas migrantes de distinta nacionalidad y origen para las que, evidentemente, rigen y deben regir las normas sobre derechos fundamentales y libertades públicas del país europeo en el que residen como forma de garantizar la primacía de la igualdad y la dignidad de la persona frente a situaciones que signifiquen o que construyan modelos familiares que atenten contra estos principios<sup>9</sup> y que, en la actual Europa, hace bastantes siglos que se superaron.

Desde estas premisas y a fin de delimitar convenientemente el objeto de este estudio, debe advertirse que quedan fuera de su ámbito las situaciones no convivenciales más o menos continuadas desprovistas de la idea de exclusividad y no reconocidas en el ordenamiento jurídico, en

---

<sup>9</sup> Claudio DI MAIO, "Famiglia e migranti. La surrettizia introduzione del divieto di poligamia nell'ordinamento giuridico italiano", en Edoardo C. Raffiotta, Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano (Dirs.) *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y religión*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2013, 211-218, p. 212, afirma que este es, precisamente, el caso de la poligamia, institución presente en ordenamientos jurídicos islámicos que ha proporcionado muchos interrogantes relativos a la libertad de los sujetos, a la paridad de tratamiento y al criterio de valoración en cuanto a acto contrario al orden público. En España se reconocen efectos civiles al matrimonio islámico desde la ratificación del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (BOE, núm. 272, de 12 de noviembre de 1992, en particular, artículo 7) que, evidentemente, solo alcanza al matrimonio celebrado con una esposa; de producirse ulteriores vínculos con otras mujeres no alcanzaría a estas y tampoco, entre otras consecuencias jurídicas, podría tener lugar a su favor la sucesión. Sobre el matrimonio islámico *vid.* Muhammad ABDUL-RAUF, *Marriage in Islam*, Kuala Lumpur: Pustaka Antara, 1989.

otras palabras, nos centraremos en las parejas de hecho y en los matrimonios, es decir, en relaciones de pareja que se circunscriben a los cánones de una estructura conyugal jurídicamente reconocida, sea o no matrimonial. Esto es, en el trabajo no se considerarán relaciones estables aquellas en las que el vínculo entre las personas queda fuera de contextos socioculturalmente aceptados o reconocidos jurídicamente hablando, en otras palabras, el estudio no incluye las relaciones afectivas íntimas que desde un punto de vista moral sí vulneran la promesa de fidelidad pero que, jurídicamente hablando, no afectan a la monogamia<sup>10</sup>. Sirvan de ejemplo los supuestos que el Derecho Romano conceptualiza como no matrimoniales: el concubinato (sobre el que nos detendremos más adelante), el contubernio, la unión formada por patricios y plebeyos cuando estuvo prohibida, el matrimonio *contra mandata*, el vínculo fuera del matrimonio con persona deportada o desterrada a una isla u oasis, la relación surgida durante el

---

<sup>10</sup> Quedarían fuera, por tanto, situaciones como las descritas por Juvenal, *Sat.* XIV.165: [...] *saturabat glebula talis patrem ipsum turbamque casae, qua feta iacebat uxor et infantes ludebant quattuor, unus vernula, tres domini*; [...], donde alude a una escena doméstica en la que los hijos juegan juntos, siendo unos nacidos de una joven esclava y otros de la esposa. En sentido similar, Demóstenes, *Contra Neera*, LIX.122, afirma sin pudor que la esposa se tiene para que los hijos se consideren descendientes legítimos y que guarden el hogar, para el placer se tienen hetairas, y para el cuidado diario del cuerpo se tienen sirvientas.

cumplimiento del servicio militar y la unión homosexual<sup>11</sup>. Es más, siguiendo la recomendación de Cristaldi<sup>12</sup>, tampoco es conveniente usar en relación con el Derecho Romano, ni, a nuestro entender, en lo concerniente a cualquier otro sistema jurídico, la expresión “pareja de hecho” o “unión de hecho” dado que, en la experiencia jurídica romana, su sentido alude también a las uniones propiamente matrimoniales. En efecto, es bien sabido que el matrimonio romano desde el período preclásico no requería formalidades constitutivas, bastaba con la convivencia estable acompañada de la intención (*affectio maritalis*) de los cónyuges que habrían de ser ciudadanos romanos y tener *ius connubii*, de forma que, tanto las relaciones matrimoniales, como las que no lo eran<sup>13</sup>, pueden confundirse con el actual concepto de parejas de hecho a las que también afecta el principio monogámico. En cualquier caso,

---

<sup>11</sup> El caso de la unión homosexual, cuando se refiera a la regulación jurídica actual y si jurídicamente el país que la normativiza la contempla como estructura conyugal, evidentemente queda integrada entre las estructuras conyugales monogámicas.

<sup>12</sup> Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali a Roma”, en Filippo Romeo (Ed.), *Le realizzazioni affettive non matrimoniali*, Milano: UTET Giuridica, 2014, 141-200, p. 143.

<sup>13</sup> La existencia de una unión estable entre un hombre y una mujer diferente al matrimonio existe y está documentada desde antiguo, en este sentido *vid.* entre otros: Claude VATIN, *Recherches sur le mariage et la condition de la femme mariée a l'èpoque hellénistique*, Paris: E. de Boccard, 1970 pp. 238ss; Eva CANTARELLA, *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma: Editori riuniti, 1981, pp. 80ss; Arnaldo BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 100; Remo MARTINI, *Diritti greci*, Bologna: Zanichelli, 2005, p. 54.

sobre estas consideraciones volveremos en breve cuando se trate el contexto jurídico romano, se apuntan ahora a modo de ejemplo.

En resumen, estructuras conyugales referidas a matrimonios o relaciones de pareja estable (parejas de hecho) es el léxico con el que se aludirá a lo largo del trabajo al vínculo entre dos personas, independientemente de su sexo, y que se rigen por el principio monogámico en sistemas jurídicos occidentales<sup>14</sup>.

Con la finalidad de seguir acotando el escenario en el que se desarrolla el estudio, es necesario abundar en que se va a trabajar de manera exclusiva y, en la medida de lo posible, desde lo jurídico. A pesar de que el matrimonio y otras situaciones convivenciales asimiladas constituyen una realidad histórica, sociológica y cultural, con múltiples dimensiones y que interesa a distintas disciplinas, este estudio se circunscribe a la estructura conyugal entendida como comunidad formada por dos personas, cuyo propósito es acometer diversas funciones establecidas en la norma jurídica cuya configuración se deriva del acto en cuya virtud se constituye aquella estructura conyugal<sup>15</sup>. Así, desde el punto de vista

---

<sup>14</sup> Como afirma José M<sup>a</sup> MARTÍ, “«Ius connubii»...”, *cit.*, p. 164, los modelos matrimoniales de los distintos ordenamientos jurídicos “siempre habrán de conformarse con los valores superiores de dicho ordenamiento y que, por tanto, sería inadmisibles aquel matrimonio que chocase contra el orden público, como sería en el supuesto de los matrimonios poligámicos”.

<sup>15</sup> Entre otros, Diego ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, Vol. IV, Familia, 3<sup>a</sup>. ed. revisada y ampliada, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972, pp. 16-17; Enrique FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia...*, *cit.*, p. 186; José CASTÁN

jurídico formal, puede establecerse que el matrimonio o las relaciones de pareja asimiladas son un estado de las personas cuya unión ha sido consagrada por la ley<sup>16</sup>. En particular, afirma Hanisch<sup>17</sup> que “el matrimonio es una institución natural basada en la necesidad de la perpetuación de la especie humana, que la racionalidad del hombre ha elevado a un rango especial y ha estabilizado a través de las costumbres y las leyes”. Esto es, el matrimonio o las estructuras conyugales, son una creación jurídica que deriva de una institución natural que el Derecho

---

TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de familia vol.1º Relaciones conyugales*, 12ª ed., Madrid: Reus, 1994, p. 124; Manuel ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de familia*, 12ª ed, Madrid: Edisofer, 2013, pp. 31ss, afirman que el matrimonio no es una creación del Derecho, sino que es una institución natural que tiene trascendencia jurídica, social y política. En concreto, Iván C. IBÁN PÉREZ, “El matrimonio en la Constitución”, *cit.*, p. 139, explica que el matrimonio puede considerarse como un acto o celebración que genera un estado matrimonial (*matrimonio in fieri*), generado por aquel acto (*matrimonio in facto esse*).

<sup>16</sup> Entre otros: José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español...*, *cit.* p. 124; Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil. tomo IV, Derecho de Familia*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces 2012, p. 17; Hay que añadir, como afirma Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ – Antonio TORRES DEL MORAL, *Familia y matrimonio en la Constitución...*, *cit.*, p. 230, que el matrimonio es “un acuerdo de voluntad formal, [...], del que nacen efectos jurídicos, fundamentalmente, para las partes y, secundariamente, para los grupos familiares de los que estas devienen”.

<sup>17</sup> Hugo HANISCH ESPÍNDOLA, “Historia de la doctrina y legislación del matrimonio”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 3 (1979) 39-66, p. 39.

recoge y regula<sup>18</sup>, de esta suerte, en la institución matrimonial confluyen aspectos sociales, culturales, éticos, políticos y jurídicos que provocan variaciones en su estructura<sup>19</sup>. Entre estas variaciones es donde se integra la poligamia, incompatible con el modelo matrimonial occidental, eminentemente monogámico, en el que el *ius connubii* se basa en dicha concepción monógama del matrimonio<sup>20</sup>. Todo ello a pesar de

---

<sup>18</sup> Teresa PUENTE MUÑOZ, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil (artículo 95)*, coord. J.L. Lacruz Berdejo, Madrid: Civitas, 1994, p. 26, “el matrimonio es antes que nada una relación ética, moral e incluso social, que el Derecho no hace sino recoger y ordenar con vistas al bien común”. A decir de Miguel E. DE CARMONA, *La bigamia*, Barcelona: DUX, Ediciones y Publicaciones S.A, 1955, p. 99, la bigamia, o más concretamente, la poliginia “no se opone al Derecho Natural de modo absoluto, aunque es menos conforme al mismo que la monogamia”.

<sup>19</sup> Así, entre otros Carlos M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio...*, cit., p. 27; José L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Madrid: Civitas, 2011, p. 87; en particular, Manuel ALBALADEJO, *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona: Bosch, 1974, p. 31, afirma que “el matrimonio tiene importancia en su perspectiva jurídica, religiosa, social y política”.

<sup>20</sup> En este sentido, Carlos M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio...*, cit., p. 27, p. 223, afirma que “la monogamia es un principio familiar de orden público en nuestro entorno cultural”; igualmente, Salvador CARRIÓN OLMOS, “Comentario al artículo 46”, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, José L. Lacruz Berdejo (Coord.), Madrid: Civitas, 1982, 125-133, para quien la monogamia es un principio cardinal de las legislaciones matrimoniales de nuestra órbita cultural. Pablo SALVADOR CODERCH, “Comentario al artículo 46”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia I*, Madrid: Technos, 1984 139-171, p.

que desde un punto de vista histórico, es doctrinalmente pacífico que la monogamia no ha sido uno de los elementos esenciales del matrimonio, en efecto, parece ser que en determinados momentos históricos la pluralidad de matrimonios o uniones simultáneas era una realidad admitida<sup>21</sup>, de tal forma que la monogamia es el producto de una

---

167 establece que el artículo 46.2 del Código Civil, en estricta exégesis prohibiría la poligamia o poliandria sucesivas, es precisamente del conjunto del articulado del Código Civil de donde se infiere el principio prohibitivo; Gabriel GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid: CSIC, 1959, pp. 66ss; Víctor REINA – Josep M. MARTINELL, *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 294ss.

<sup>21</sup> Nuevamente, Miguel E. DE CARMONA, *La bigamia*, *cit.*, pp. 19ss, considera que el paso de la sociedad primitiva promiscua a la sociedad monogámica se produce en la etapa romana, en la que se perseguirá la unión bígama o polígama por ser un hecho contrario a la institución matrimonial. A la muy primitiva promiscuidad sexual que quizá se acompañó de períodos o sociedades en las que sería posible hallar grupos monógamos transitorios, suceden sociedades polígamas fruto de la dominación del varón en la organización social que se acompaña de un mínimo de riqueza colectiva, en esta fase se legitima la unión simultánea de un hombre con varias mujeres. En una fase sucesiva se prohíben estas formas de vínculo matrimonial concretándose el régimen monogámico del matrimonio en el que solo se van a permitir las uniones sucesivas, habiendo cesado las anteriores, como hechos excepcionales, es este el período romano. En este sentido, Erich FROMM – Max HORKHEIMER – Talcott PARSONS (*et al.*), *La familia*, Barcelona: Ediciones Península, 1970, pp. 6ss, afirman que la “familia ha sufrido una larga evolución a lo largo de la historia, iniciándose con la promiscuidad sexual, pasando al matrimonio en grupo, la poliandria, la poligamia y finalmente concluye con la monogamia”.

prohibición objetiva (jurídica), substanciada en un hecho cultural/ético/moral, es decir, se trata de un impedimento sin excepciones cuya transgresión tiene consecuencias penales (públicas), no se trata de una mera incapacidad para contraer nupcias o para constituir una estructura conyugal estable<sup>22</sup>, por eso nos centraremos en lo estrictamente jurídico.

Desde este contexto, para comprender el principio monogámico sobre el que se asientan las estructuras conyugales actuales en Europa, deudoras sin duda de nuestros antecedentes histórico-jurídicos, se estima necesario abordar su conformación en el Derecho Romano y proyectar su estela<sup>23</sup>, puesto que dicho principio ofrece las bases, tanto de la

---

<sup>22</sup> Así, Pablo SALVADOR CODERCH, “Comentario al artículo 46”, *cit.*, p. 146, afirma que “La prohibición [...] es un puro veto legal que presupone la capacidad de los sujetos interesados. No es consecuencia de una cualidad personal; por el contrario, la prohibición supone siempre la preexistencia de una relación [...] que afecta a las personas que pretenden establecer una nueva relación (en nuestro caso: el matrimonio, relación naturalmente diádica) entre sí: la Ley declara *incompatible* ambas relaciones y prohíbe el establecimiento de la segunda en cuanto subsista la primera”.

<sup>23</sup> Es indudable que, tanto el modelo matrimonial clásico hasta el menos restringido conceptualmente, como el modelo de pareja, matrimonial o no, se enraíza en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico. En particular, Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Madrid: Universidad Complutense, 1995, p. 293, afirma que “el matrimonio desde la promulgación de la Constitución de 1978 conserva elementos cristianos, pero que ya no pueden considerarse como tales, sino que están integrados

estructura familiar privada, como de la ordenación y la gestión de lo público<sup>24</sup>.

## 2. EL CONTEXTO ROMANO

---

en el acervo cultural de Occidente. Por ello el matrimonio hoy es uno de los cauces legalmente posibles para el libre desarrollo de la personalidad: la espiritualidad, afectividad y sexualidad, pero no el único cauce". Vid. también, Antonio ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 55ss; Ricardo PANERO GUTIÉRREZ, *Formación de los conceptos jurídicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 485ss; Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, 10<sup>a</sup> ed., Madrid: IUSTEL, 2017, pp. 254ss.

<sup>24</sup> Además, como advierte Ana M<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "La mujer y el Derecho Romano: de la Roma legendaria a las reformas matrimoniales de Augusto", en 'Nomos Àgraphos' - 'Nomos Éngraphos'. *Estudios de Derecho griego y romano*, Madrid: Dykinson, 2015, 109-148, p. 124, profundizar en el matrimonio romano es analizar el grado de consideración que el Derecho otorga a los roles de madre y esposa en el ámbito de estudios dedicados a la mujer romana, bien entendido que la propuesta que la autora realiza en su estudio es huir de los horizontes que precisamente marcan aquellas funciones. En efecto, en nuestra opinión, es indudable que el conocimiento del universo femenino desde las particularidades de su tiempo y huyendo de tópicos excesivamente simplistas y descriptivos, tiene entre sus bases de desarrollo fundamentales el análisis del matrimonio en Roma desde uno de sus principios informadores: la monogamia y cómo, desde un punto de vista general, esta describe la posición jurídico-social de la mujer romana.

No es objeto de este trabajo reeditar nuevamente las aportaciones doctrinales que desde antiguo tratan de manera global y absolutamente completa la institución del matrimonio romano<sup>25</sup>, según esta doctrina, es pacífica su consideración monógama<sup>26</sup>. Es más, en sentido estricto, en

---

<sup>25</sup> Nos remitimos a la nutrida bibliografía recogida por Alfonso CASTRO SANZ, "Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]* XXIII (2001) 75-112, p. 75, n. 1.

<sup>26</sup> Como bien asevera Giuseppino F. FALCHI. *Diritto penale romano. (I singoli reati)*, Padova: R. Zannoni 1932, pp. 126-127, la bigamia fue castigada inicialmente como crimen de adulterio o de estupro, dado que su tipo comprendía el matrimonio ilícito de una mujer ya casada con otro hombre, o de un hombre ya casado con una mujer libre. Sobre el principio monogámico del matrimonio romano, la literatura es numerosa, pero cabe destacar: Juan A. ARIAS BONET, "El matrimonio en el Derecho Romano", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 13 (1962) 5-23, pp. 8-9; Laura BETZIG, "Roman Polygyny", en *Ethology and Sociobiology* 13 (1992) 309-349, p. 309; Laura BETZIG, "Roman Monogamy", en *Ethology and Sociobiology* 13 (1992) 351-383, p. 352; Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada: Comares, 1997, pp. 43ss, quien afirma con razón que "se ha considerado erróneamente que la institución matrimonial monógama fue implantada en occidente por el cristianismo. El principio monogámico era indiscutible para el Derecho Romano desde sus orígenes, aunque no logró su efectiva y plena protección hasta la obra de los emperadores cristianos".

las fuentes jurídicas romanas no existe casuística alusiva a situaciones de poligamia jurídicamente reconocida<sup>27</sup>.

A decir de Schupfer<sup>28</sup>, en el matrimonio romano “los cónyuges deben identificarse en espíritu y en carne [...]: ha de ser un amor consumado

---

<sup>27</sup> Según Paul HUVELIN, *Derecho Romano I*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1969, p. 126, en la época primitiva, la monogamia vendría determinada por la escasez de mujeres. Aunque se reitera la idea, sagazmente expuesta por Laura BETZIG, “Roman Monogamy”, *cit.*, p. 352, de que a pesar de que en Roma se contraía matrimonio monogámicamente, era esta circunstancia la que les permitía emparejarse polígicamente sin efectos jurídicos fuera de los casos de ilícito penal, esencialmente porque las justas nupcias determinaban la legitimidad de la descendencia desde el punto de vista de la sucesión hereditaria, literalmente (*loc. ult. cit.* p. 364) “mating made children, marriage made heirs”.

<sup>28</sup> Francesco SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, Padova: F. Sacchetto, 1876, p. 59; cita el autor a Lucano, *Phars.* VIII.397-400: [...] *num barbara nobis / est ignota Venus, quae ritu caeca ferarum / polluit innumeris leges et foedera taedae / conjugibus thalami que patent secreta nefandi [...]*, también a Claudiano, *de Bello Gildonico*, 411-413: [...] *Connubia Mille / non ulli generis nexus, non pignora curae: / sed numero languet pietas: haec copia vulgi [...]*. Es más, estaban mal vistas situaciones poligámicas, así lo atestigua Terencio, *Phorm.* 1040-1043: [...] *Adeo hoc indignum tibi videtur, filius / homo adulescens si habet unam amicam, tu uxores duas? / nil pudere? quo ore illum obiurgabis? responde mihi*, donde Nausístrata rememora la opinión de un padre que penaba el hecho de que uno de sus hijos tuviera una amante y el otro dos esposas. Igualmente era obsceno el caso de la mujer que tuviera dos esposos, en este sentido Marcial, *Ep.* VI.90: *Moechum Gellia non habet nisi unum. / Turpe est hoc magis: uxor est duorum*. Con razón afirma Amparo MONTAÑANA CASANÍ, “Las hijas en la sucesión testamentaria. Presencia de las hijas en los testamentos”, en *Revista General de Derecho Romano* 35

interna y externamente, privada y públicamente, doméstica y civilmente, individual y socialmente, profana y religiosamente. Por eso el matrimonio es uno, y eso es significar su naturaleza monogámica". Mommsen<sup>29</sup> ratifica que "la mujer libre romana estaba moralmente obligada a no tener contacto sexual con nadie, antes del matrimonio, y a no tenerlo, durante este, más que con su marido. Por el contrario, el hombre solamente se hallaba sometido a esta prescripción moral hasta cierto punto, a saber: en cuanto no debía causar ofensa a la honestidad de las doncellas ni de las esposas de otros hombres" puesto que, "en el concepto romano del matrimonio se comprendía [...] toda forma de vida común matrimonial, siempre que tuviera carácter monogámico, y aun cuando no se hallara sancionada por el matrimonio legítimo".

En todo caso, es destacable señalar la falta de regulación del matrimonio en Roma<sup>30</sup> a excepción de sus consecuencias económicas en la vida de

---

(2020) 1-41, p. 5, afirma que las relaciones morales en el seno de la familia son expresión de un amor deontológico que, a su vez, pone de manifiesto el relevante punto de vista jurídico-patrimonial de la propia familia.

<sup>29</sup> Theodor MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1955, pp. 431 y 434.

<sup>30</sup> Muy acertadamente, señala Justo GARCÍA SÁNCHEZ, "El divorcio: de Roma a la Edad Media", en *Revista Española de Derecho Canónico* 48 (1991) 153-168, pp. 153-154, que los juristas romanos no dedicaron demasiada atención en sus estudios a la institución del matrimonio y, cuando se aborda, solo se hace porque es necesario para tratar de manera clara otras instituciones; por ello no es posible hallar una exposición orgánica sobre el matrimonio romano, únicamente aspectos concretos de

los cónyuges y en lo relativo a la legitimidad de la descendencia. Con razón afirma Schulz<sup>31</sup> que matrimonio y divorcio tienen lugar sin la intervención de lo público, el principio de aislamiento enunciado por el autor hace que “el fino sentido que los romanos tienen de los límites del Derecho excluye de la regulación jurídica ciertas materias, como la posición de la persona en la familia: el romano se contiene, por su exaltado sentido del decoro y de la decencia, de exponer ante un tribunal los *interna* de la vida conyugal y de la familia [...] su santo y seña en esta materia es ‘el menos Derecho posible’”. Siguiendo esa máxima, los romanos no consideraron la necesidad de otorgar carta de naturaleza al principio monogámico que rige las estructuras familiares jurídicamente relevantes hasta que, como veremos, el Derecho postclásico fue permeable a lo extrajurídico en este ámbito<sup>32</sup>.

---

su dinámica jurídica que, a nuestro entender, sí que supo aprovechar el Derecho Canónico para construir y dotar de estructura a la institución matrimonial.

<sup>31</sup> Fritz SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, trad. de Manuel Abellán Velasco, Madrid: Civitas - Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990, pp. 169-170.

<sup>32</sup> Nos permitimos anotar aquí, siguiendo la ideología que impregna el principio de aislamiento de Schulz, la reflexión sobre el impacto que debió tener en la sociedad romana, sobre todo en la clase aristocrática, la conformación del adulterio como ilícito de naturaleza pública al regularlo Augusto en la *lex Iulia de Adulteriis Coercendis*. Significaba que un ilícito ventilado en el seno de la familia se gestionaba desde lo público, cosa que muy probablemente no fue muy bien recibida por la sociedad romana a pesar de presentar la reforma como un rearme moral. En este sentido *vid.* David COHEN, “The Augustan Law on adultery. The social and cultura

## 2.1. Divorcio y monogamia: un binomio

Desde el período más arcaico el matrimonio en Roma es monógamo y en aquella época, además, casi indisoluble, dado que únicamente delitos graves cometidos por la mujer (adulterio e infanticidio), o por el varón (estupro) propiciaban su disolución<sup>33</sup>. En efecto, en cuanto al divorcio,

---

context", en *The Family in Italy from Antiquity to the Present*, David I. Kertzer and Richard P. Saller (Eds.), New Haven: Yale University Press, 1991, 109-126, p. 110; Susan TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 293; Laura BETZIG, "Roman Monogamy", *cit.*, p. 366.

<sup>33</sup> Es significativo, como afirma Plutarco, que en virtud de una norma atribuida a Rómulo, la mujer no puede repudiar al marido (Plutarco, *Vit. Rom.* XXII.3: *Constituit quoque leges quasdam, inter quas illa dura est, quae uxori non permittit divertere a marito, [...]*), el fragmento de Plutarco continúa haciendo referencia a unas leyes de Rómulo según las cuales únicamente el marido podría divorciarse y, además, con causa en tres supuestos tasados definidos por el comportamiento de la esposa: el caso de envenenamiento de los hijos (se duda sobre si también se incluye el aborto), la sustitución o sustracción de las llaves (que muy probablemente se encuentra relacionado con la prohibición de beber vino) y el adulterio. Si el divorcio se producía fuera de estos casos, el esposo perdía la totalidad de los bienes de los que una mitad iba a la esposa y la otra la diosa Ceres. *Vid.* Percy E. CORBETT, *The roman law of marriage*, Oxford: Clarendon Press, 1930, p. 143; Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma: Librería Editrice Università Gregoriana, 1970, p. 255. Es relevante destacar que no convalidar el matrimonio no se considera una causa para su disolución, así se desprende de D. 35.1.15 (Ulpianus 35 ad Sab.).- *Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupsisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in*

aunque parece que fue admitido en Roma desde antiguo, su práctica fue extraña, por lo menos hasta el siglo III a.C., solo se recoge memoria de algunos divorcios dignos de ser referidos por concurrir alguna

---

*cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*, es decir, como establece el texto *in fine*, es la voluntad, no la unión sexual, la constituye el matrimonio; en el mismo sentido D. 24.1.32.13 (Ulpianus 33 ad Sab.)- *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter Consulares personas subsequutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae, non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio; si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*; así como también D. 50.17.30 (Ulpianus 36 ad Sab.)- *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*. Sobre el particular, *vid.* Justo GARCÍA SÁNCHEZ, "El divorcio: de Roma a la Edad Media", *cit.*, pp. 157ss.

circunstancia específica<sup>34</sup>, el propio Cicerón<sup>35</sup> ratifica el dato. En este sentido, a decir de Urbanik<sup>36</sup>, la prohibición del repudio y, por tanto, del divorcio, favorece a las mujeres en el contexto de sociedades eminentemente patriarcales en las que la mujer sola no tiene ningún derecho. En efecto, la casi indisolubilidad del matrimonio y la

---

<sup>34</sup> Por ejemplo, alrededor del 230 a.C. el de Spurio Carvilio Ruga referido por Aulo Gelio. *Noct. Att.* 17.21.44 y 4.3.1-2; Dionisio de Halicarnaso, *Ant. Rom.*; Val. Máx.; *Factorum et dictorum memorialium libri novem*, 2.1.4: *Repudium inter uxorem et uirum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum intercessit. primus autem Sp. Caruilius uxorem sterilitatis causa dimisit. Qui, quamquam tolerabili ratione motus uidebatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur. Sed quo matronale decus uerecundiae munimento tutius esset, in ius uocanti matronam corpus eius adtingere non permiserunt, ut inuiolata manus alienae tactu stola relinqueretur*, cuya causa se encuentra en la esterilidad de la *uxor* y no en las comúnmente admitidas (*vid. supra* n. 33) y parece que Carvilio fue vilipendiado socialmente por divorciarse. De la misma época y también recogido Val. Máx., *Factorum et dictorum memorialium libri novem*, 2.9.2, se recoge el del senador Luccio Annio, a quien expulsaron del Senado por no haber tenido en cuenta la opinión de los amigos (i.e. del *iudicium domesticum*) –[...] *L. enim Annium senatu mouerunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum [in] consilio adhibito. At hoc crimen nescio an superiore maius: illo nam<que> coniugalia sacra spreta tantum, hoc etiam iniuriose tractata sunt. optimo ergo iudicio censores indignum eum aditu curiae existimauerunt.*

<sup>35</sup> Cic. *De Rep.* 6.2.2: *Firmiter enim maiores nostri stabilia matrimonia esse voluerunt.*

<sup>36</sup> Jakub URBANIK, “Del matrimonio con el fantasma a las uniones del mismo sexo. La función jurídica y social del matrimonio”, en *Cristianismo y mundo romano* (2012) 210-230, p. 223.

monogamia evitan que la mujer llegue a concurrir con otras esposas e hijos, circunstancia que, además, es querida por la familia de la mujer. Esta idea es independiente de la eventualidad de que el esposo no guarde respeto al principio de fidelidad con otras relaciones que no atentan de manera directa contra el principio monogámico del matrimonio romano *iustum* y que lo distinguen de otras uniones matrimoniales *sine connubio*, en definitiva, el adulterio del esposo no es relevante puesto que la fidelidad, en el ámbito de la familia<sup>37</sup>, solo se impone moral y jurídicamente a la mujer<sup>38</sup> que es sobre quien descansa la responsabilidad del mantenimiento de la “probidad de la estirpe” y asegurar su posición y la de sus hijos a través del principio monogámico. En el período preclásico y, esencialmente después del siglo III a.C., la práctica del divorcio se intensifica, ya no hay causa para el divorcio y,

---

<sup>37</sup> Aunque recoge Fritz SCHULZ, *Principios...*, cit., pp. 244-245, que “ser fiel es un principio vital, los romanos tienden seriamente hacia la fidelidad y para ellos la infidelidad es una mancha social”.

<sup>38</sup> Como afirma Michel HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et sociale*, Milano: Giuffrè Editore, 1972, pp. 59-69, socialmente no hay reprobación del divorcio, las segundas y ulteriores nupcias o el adulterio del marido. La promesa de fidelidad parece que era cosa de mujeres. Más aun, en la búsqueda de esposa, se persigue la “homogamia”, tal y como pone de manifiesto Amparo MONTAÑANA CASANÍ, “El papel de las madres en la transmisión patrimonial. Estudio de los testamentos femeninos desde una perspectiva de género”, en *Revista Internacional de Derecho Romano* (octubre 2021) 81-128, p. 111.

además, parece que tampoco forma<sup>39</sup>. La relativa facilidad del divorcio en la Roma republicana representado por una simple declaración de cese de la *affectio maritalis* es muestra de que, en este período, la noción de indisolubilidad del matrimonio romano primitivo ya no es relevante para una mujer que, a pesar de vivir en una sociedad patriarcalizada, está viviendo un proceso de emancipación acelerado<sup>40</sup>. Además, es a finales del siglo II y principios del siglo I a.C. cuando se introduce la *actio rei uxoriae*, cuyo origen se encuentra en las *cautiones rei uxoriae* adjuntas a la dote cuya finalidad era obligar al marido a devolver el patrimonio dotal en caso de divorcio siempre y cuando se verificara la falta de *culpa mulieris*<sup>41</sup>, es decir, uno de los suministros económicos del matrimonio

---

<sup>39</sup> Circunstancia que encuentra su contrapartida en que el vínculo matrimonial entre ciudadanos tiene origen en el *consensus* recíproco no solo inicial, sino continuado, esencialmente, así lo concluye Edoardo VOLTERRA, “Matrimonio (diritto romano)”, en *Scritti Giuridici II*, Napoli: Jovene, 1991, 223-304, pp. 224ss. En sentido similar y en relación con el divorcio: Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, cit., pp. 260ss; Justo GARCÍA SÁNCHEZ, “El divorcio: de Roma a la Edad Media”, cit., p. 160.

<sup>40</sup> Como bien resume Jakub URBANIK, “Del matrimonio con el fantasma...”, cit., p. 226, la emancipación de la mujer romana a partir de la República provoca que la posibilidad de disolver el matrimonio sea igual para las mujeres que para los hombres, circunstancia que favorece particularmente a las mujeres que son independientes (*sui iuris*) y, por tanto, titulares de su patrimonio.

<sup>41</sup> A decir de Carlo VENTURINI, “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, en *Nova tellus. Anuario del Centro de Estudios Clásicos*, 32-1 (2014) 105-120, pp. 108-109, se trata de un tema no muy estudiado y que, verificada

volvía a manos femeninas (o de la familia de la mujer) cuya culpa, en su caso, se determinaría en el pleito iniciado por el ejercicio de la *actio rei uxoriae* incoada cuando el marido retenía la dote injustamente. En este contexto, la monogamia sigue siendo un elemento clave, entre otras cosas, recuérdese que solo el matrimonio legítimo proporcionaría, además de descendencia legítima, nuevos ciudadanos romanos, esto es, sin duda, un fundamento de orden público para el Imperio. Muy acertadamente, Lobrano<sup>42</sup>, alude a la consideración de la esposa romana como “*socia*” y opone esta idea a la poligamia de otros pueblos.

---

la *culpa mulieris*, permitía al marido quedarse como máximo dos tercios del patrimonio dotal si el matrimonio había tenido hijos y casi nada o nada si no habían tenido descendencia. A falta de *culpa mulieris* no podía retenerse la dote y, sencillamente, de producirse divorcio, el marido debía reintegrar por entero el patrimonio dotal.

<sup>42</sup> Giovanni LOBRANO, *Uxor quodammodo domina: riflessioni su Paul. D. 25,2,1*, Sassari: Università di Sassari, 1989, pp. 44-48 y 49ss, en particular, el autor, se concentra en la definición de Modestino que entiende el matrimonio como un *consortium omnis vitae*, donde *consortium* tiene el sentido de sociedad, un sentido económico que trasunta la idea de un *dominium indivisum*, esta idea también aparece en Ovidio, *Metamorfosis* I. 319: [...] *cum consorte tori parva rate vectus adhaesit* [...]; VI. 94: [...] *cum consorte tori parva rate vectus adhaesit* [...]; X. 246: [...] *vivebat thalamique diu consorte carebat* [...], alude al matrimonio como consorcio, como sociedad de afectos y de bienes; Tertuliano, *De exhortatione castitatis* XII.2: *Nunc et consors onerum domesticorum necessaria est? Habe aliquam uxorem spiritalem. Assume de uiduis fide pulchram, paupertate dotatam, aetate signatam: bonas nuptias feceris. Huiusmodi uxores*

En el matrimonio romano, cuya esencia recoge Modestino en D. 23.2.1 (Modestinus 1 reg.)- *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communitae*, y Justiniano en Inst. 1.9.1.- *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*, lo relevante es el proyecto de vida en común, y este proyecto es, esencialmente, monógamo, tal y como apunta Gayo (Gai. I.63<sup>43</sup>) y el propio Justiniano (Inst. 1.10.6<sup>44</sup>), y se fundamenta en la convivencia conyugal continuada y honorable que, además, era la que proporcionaba hijos legítimos y, por tanto, herederos, y no *spurii* o *vulgo concepti* (Gai. I.64<sup>45</sup>). Desde esta perspectiva, es

---

*etiam plures haberi deo gratum est*, que utiliza claramente la expresión *consors onerum domesticorum*.

<sup>43</sup> Gai. I.63: *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam, quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere.*

<sup>44</sup> Inst. 1.10.6: *Affinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt: quod ita scilicet ita accipi debet, si fuit nurus aut privigna; nam si adhuc nurus est, id est si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris, quia eadem duobus nupta esse non potest; item si adhuc privigna tua est, id est si mater eius tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.*

<sup>45</sup> Gai. I.64: *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique; nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt hi, quos mater vulgo concepit: nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is et incertus sit; unde solent spurii*

imposible que una persona pueda unirse en matrimonio con otra al mismo tiempo dado que, o bien se entendía disuelto el primer matrimonio por *divortium*, o si este no se había disuelto, se producía una situación de concubinato entre el cónyuge y la (nueva) tercera persona<sup>46</sup>,

---

*filiis appellari vel a Graeca voce quasi σποράδην concepti vel quasi sine patre filii*. Y hay que tener en cuenta, además, que si la madre es soltera o viuda, los hijos seguirán su condición, recuérdese D. 1.5.19 (Celsus 29 dig.)- *Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: volgo quaesitus matrem sequitur*, y D. 1.5.24 (Ulpianus 27 ad Sab.)- *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*, al tiempo que D. 50.16.195.5 (Ulpianus 46 ad ed.)- *Mulier autem familiae suae et caput et finis est* en lo concerniente a que la mujer es principio y fin de su propia familia. El propio Gayo, al afirmar que las mujeres no pueden adoptar porque no pueden ejercer la patria potestad, verifica la existencia de hijos naturales, Gai. I. 104: *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*.

<sup>46</sup> La consideración monógama del matrimonio permitiría disolver el primer vínculo por divorcio a causa del consentimiento constante prestado en el segundo matrimonio. A decir de Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, cit., pp. 197- 198, al establecer las semejanzas entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico, sostiene que el vínculo nuevo no anulaba el anterior pero sí era una manifestación anímica indirecta y clara de cesación de la  *affectio maritalis* que disolvía el primero; Armando TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid: Edisofer, 2005, p. 132, s.v. bigamia; Susan TREGGIARI, *Roman Marriage...*, cit., p. 275. Alfonso CASTRO SÁENZ, "Consentimiento y consorcio...", cit., pp. 83ss, sintetiza acertadamente que en Roma el elemento subjetivo resulta imprescindible al ser una manifestación del consentimiento que, hecho consorcio, ha de mantenerse para que el vínculo no decaiga, teniendo además en cuenta los siguientes pasajes que ya

bien entendido que, como se desprende del testimonio de Cicerón, sobre la famosa causa (Cic. *de orat.* I.40.183<sup>47</sup>) que versa sobre la determinación de heredero respecto de los hijos nacidos de dos matrimonios sucesivos, en concreto, refiere el caso del ciudadano romano que contrae matrimonio en Hispania y de ese matrimonio nace un hijo, ese mismo ciudadano romano regresa a Roma donde contrae nuevas nupcias de las que nace otro hijo; la dificultad es que no consta el divorcio del primer matrimonio, de forma que el problema es determinar la legitimidad del hijo nacido del segundo matrimonio a los efectos de la sucesión, es decir, concretar si hubo o no divorcio; al respecto, afirma Cicerón que hubo gran discusión entre los más sabios jurisconsultos, de forma que ese debate jurídico ofrece prueba de que tanto en las fuentes de la época como en la doctrina más actual, parece que no fue cuestión pacífica determinar la necesidad o no de alguna formalidad para verificar el

---

hemos tenido ocasión de explicar (*vid. supra* n. 36) D. 24.1.32.13; D. 35.1.15 y D. 50.17.30.

<sup>47</sup> *Quid? De libertate, quo iudicium gravius esse nullum potest, nonne ex iure civili potest esse contentio, cum quaeritur, is, qui domini voluntate census sit, continuone, an, ubi lustrum sit conditum, liber sit? Quid? Quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset, mortuusque esset intestato et ex utraque filius natus esset, mediocrisne res in contentionem adducta est, cum quaereretur de duobus civium capitibus et de puero, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre, quae, si iudicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae locum duceretur?*

efectivo divorcio<sup>48</sup> que quizá fuera muy liviana, al estilo del testimonio que ofrece D. 24.2.2.1<sup>49</sup>. En cualquier caso, son escasísimas las fuentes que tratan supuestos de bigamia<sup>50</sup> dado que, natural y jurídicamente,

---

<sup>48</sup> Cic. *de orat.* I.56.238: *Nam, quod maximas centumviralis causas in iure positas protulisti, quae tandem earum causa fuit, quae ab homine eloquenti iuris imperito non ornatissime potuerit dici? Quibus quidem in causis omnibus, sicut in ipsa M. Curi, quae abs te nuper est dicta, et in C. Hostili Mancini controversia atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore, non remisso nuntio superiori, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio. Vid. Carlo VENTURINI, "Matrimonio y divorcio...", cit., p. 107.*

<sup>49</sup> D. 24.2.2.1 (Gaius 11 ad ed. provinc.)- *In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: "tuas res tibi habeto", item haec: "tuas res tibi agito".* Siguiendo lo que recoge D. 24.2.9; D. 38. 11(12).1.1, lo que requiere la *lex Iulia de adulteriis* es la comunicación del repudio por un liberto en presencia de siete ciudadanos púberos además del liberto de quien propusiera el divorcio. Aunque de no realizarse de tal forma, la ley no prevé que el matrimonio continúe, sino que se entiende disuelto imponiendo al cónyuge que incumplió las formalidades ciertas penas. *Vid. Juan IGLESIAS, Derecho Romano. Historia e Instituciones, 11ª ed. revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo, Barcelona: Ariel, 1993, p. 493.*

<sup>50</sup> M<sup>a</sup> Isabel NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1988, pp. 112-113, según la autora, comienza a pensarse en situaciones de bigamia cuando a mediados del siglo I d.C., Gayo Silio y Mesalina, esposa del emperador Claudio, mantienen una relación adultera que era conocida por el pueblo salvo por el propio Claudio quien, estando de viaje, no tuvo conocimiento del matrimonio solemne contraído públicamente entre Gayo Silio y Mesalina quienes fueron ejecutados por orden del propio Claudio en el año 48 d.C.

era ciertamente imposible<sup>51</sup>. La *lex Iulia de Adulteriis* sí que parece que introdujo la necesidad de determinada forma para la efectividad del divorcio, pero únicamente a fin de evitar que el matrimonio consecutivo fuera calificado de adulterio, bastaba con el sencillo envío de un *libellus* o de un *nuntius repudii*. La literatura del período preclásico y sobre todo, del clásico, alude a veces exageradamente al incremento de los divorcios, es cierto que la extinción de un matrimonio para contraer otro debido a estrategias políticas y sociales era una realidad y su realización relativamente sencilla desde un punto de vista jurídico<sup>52</sup>.

Siguiendo Robleda<sup>53</sup>, el divorcio era esencialmente libre en el Derecho clásico y así, no requería ni forma ni causa, sin embargo, en el Derecho postclásico se requiere formalidad y solo así se podría contraer segundo matrimonio. En efecto, es en el Derecho postclásico y justiniano cuando el matrimonio se objetiviza y se refuerza a través de ceremonias laicas o religiosas y pasa a un segundo plano la manifestación constante de voluntad conyugal. Este matrimonio, como el arcaico, es más difícil de disolver, recordemos, además, que la mujer romana de esta época ve

---

<sup>51</sup> Joanna MISZTAL-KONECKA, *Bigamia w prawie rzymskim*, Lublin: Wydawnictwo KUL, 2011, pp. 331-332.

<sup>52</sup> Justo GARCÍA SÁNCHEZ, “El divorcio: de Roma a la Edad Media”, *cit.*, p. 160. Entre muchos ejemplos ofrecidos por el autor, destacamos el de Telesilla narrado por Marcial (Mart. 6.7.4-5), quien se divorcia de su marido magistrado al pensar que el ejercicio de la magistratura le va a resultar excesivamente caro, es decir, estimamos que se trataría de una mujer con cierta posición económica que quería proteger.

<sup>53</sup> Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, *cit.*, pp. 258ss.

frenado su proceso de emancipación. En efecto, la legislación constantiniana estableció una serie de requisitos para permitir el divorcio, esto es, que el marido fuese un homicida, un hechicero o un destructor de tumbas, o la mujer una adúltera, una hechicera o una alcahueta (CTh. 3.16.1<sup>54</sup>, del año 331), y más adelante en el texto sucesivo del año 421 (CTh. 3.16.2), cuando se refieren una serie de supuestos que distinguen, en función de si se trata del esposo o de la esposa, entre el repudio sin causa o por diversas acciones. En concreto, el análisis más completo de las causas de repudio lícitas se contiene en C. 5.17.8<sup>55</sup>, del

---

<sup>54</sup> Aunque esta norma, a decir de Carlo VENTURINI, “Matrimonio y divorcio...”, *cit.*, p. 112, se trataría de la “reelaboración enfática de previsiones heterogéneas, que tenían preferentemente por objeto las acusaciones entre los cónyuges respecto a delitos particulares”. Para Justo GARCÍA SÁNCHEZ, “El divorcio: de Roma a la Edad Media”, *cit.*, p. 163, en virtud de las expresiones usadas en el texto, y también por las disposiciones que contiene, parece que su redacción no fue hecha por la cancillería imperial, sino influencia del ambiente eclesiástico cristiano.

<sup>55</sup> C. 5.17.8pr: Imperatores Theodosius, Valentinianus AA. Hormisdæ P.P.- *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi præcipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum* (a. 449), donde los emperadores hacen necesario el anuncio del repudio y aducen el necesario respeto a los hijos como causa para endurecer los requisitos del divorcio. C. 5.17.8.1: Imperatores Theodosius, Valentinianus AA. Hormisdæ P.P.- *Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus. Sicut enim sine iusta causa dissolvi matrimonia iusto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam, quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari* (a. 449), los emperadores, a pesar de no ser defensores del divorcio, posibilitan que situaciones de convivencia imposible puedan cesar. A continuación, disponen las *iustae causae* para el divorcio, tanto para

año 449. El colofón viene representado por la Nov. 22 en la que Justiniano recoge una perspectiva completa del matrimonio y hace referencia al divorcio unilateral y al consensual<sup>56</sup>.

---

el hombre como para la mujer. Para la mujer son el que su marido sea adúltero, homicida, envenenador, que maquine contra el imperio, que sea condenado por crimen de falsedad o violador de sepulcros, que sustraiga cosas en los edificios sagrados, que sea ladrón, encubridor de ladrones, cuatrero, plagiaro, que se reúna en su casa con mujeres impúdicas, o que atente contra la vida de su esposa con veneno, puñal o de otro modo o que castigue a su esposa. Para el marido son que su mujer sea adúltera, envenenadora, homicida, plagiaria, profanadora de sepulcros, que sustraiga cosas en los edificios sagrados, que sea encubridora de ladrones, que asista a banquetes bien ignorándolo el marido bien contra su voluntad o igualmente si contra la voluntad del marido, pernocta, sin causa razonable, fuera de casa, también si, prohibiéndoselo el marido, asiste a espectáculos del circo o teatro, si atenta contra la vida del esposo con veneno, puñal o de otro modo, igualmente, si es cómplice de maquinación contra el imperio, o si interviene en un crimen de falsedad o, en último caso, si le levantara la mano. En el año 533, Justiniano añade a estas otras causas de repudio a cargo de la mujer: el intento de aborto, tomar el baño en el edificio de los hombres y buscarse otro marido viviendo el primero. Estableció además que, si no existían ni la dote ni la donación nupcial, el cónyuge culpable debería remitir al otro (en plena propiedad si no había hijos, en usufructo si los había, reservando a éstos la nuda propiedad) la cuarta parte de su patrimonio, sin que se pudiese superar nunca la cifra de las cien libras de oro.

<sup>56</sup> Promulgada el 18 de enero del 536, Justiniano confirma las *iustae causae* y las penas patrimoniales fijadas por la constitución de Teodosio y la suya propia, repitiendo a menudo disposiciones precedentes incluso en su redacción, aunque clasificándolas en cuatro categorías: por común acuerdo, por causa inculpable o divorcio *bona gratia*

En definitiva, el divorcio, independientemente de la necesidad de forma, es un instrumento que permite discernir entre matrimonio (solo el primero es válido) y otras relaciones que solo afectan al concepto de fidelidad.

Siguiendo a Witte<sup>57</sup>, el Derecho Romano de todas las épocas presenta una doble moral sexual cuando prohíbe a las esposas cometer adulterio y permite a los maridos mantener impunemente relaciones sexuales con prostitutas y esclavas<sup>58</sup>, o acoge incluso jurídicamente otras uniones *sine*

---

(cuyas causas acaban siendo en la Nov. 117 la impotencia del varón, la entrada en la vida monástica de uno de los cónyuges y la cautividad de uno de ellos), divorcio sin causa y divorcio con causa justa. La mencionada Nov. 117 reorganiza toda la materia del divorcio con copia casi idéntica de las causas anteriores. *Vid.* Justo GARCÍA SÁNCHEZ, "El divorcio...", *cit.*, p. 165.

<sup>57</sup> John WITTE, Jr., *The Western Case for Monogamy over Polygamy*, New York and Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 103.

<sup>58</sup> Laura BETZIG, "Roman Monogamy", *cit.*, p. 353 afirma que hay evidencias de que los romanos sí criaban muchos hijos ilegítimos, especialmente nacidos de esclavas. La misma Laura BETZIG, "Roman Polygyny", *cit.*, pp. 322ss, reafirma que la poliginia en Roma está directamente relacionada con la esclavitud, en particular, una buena parte de esclavos eran concretamente esclavas entre cuyas funciones destacaba la de dedicarse a la crianza de los hijos de los dueños, tanto de los legítimos como de los naturales, en este sentido, hay evidencias de que los romanos, sobre todo aquellos con cierta capacidad económica, mantenían relaciones sexuales con sus esclavas e impedían a la vez que otros varones accedieran sexualmente a estas, en tanto que se podría intentar la acción de la *lex Aquilia* si una esclava virgen fuera corrompida (D. 47.10.25 y D. 48.5.6pr), así lo concreta Susan TREGGIARI, "Questions on women

*connubio* que llega a asimilar al matrimonio, pero como veremos más adelante, también acabarán estando informadas por el principio monogámico.

## 2.2. La *paelex*, la *amica*, la concubina y los hijos ilegítimos

Según lo expuesto, si la monogamia es el principio rector, la existencia de hijos ilegítimos o hijos tenidos fuera del matrimonio debería ser casi nula, pero evidentemente esa no era la realidad, por la vía de los hechos las relaciones afectivo-sexuales romanas eran poligínicas: una mayoría

---

domestics...”, *cit.*, p. 193; en el mismo sentido: Jane F. GARDNER, *Women in Roman Law...*, *cit.*, pp. 119, 207, 220. Desde un punto de vista jurídico, se habla de esclavas manumitidas madres de tres hijos, por ejemplo, en D. 1.5.15, donde el jurista Trifonio alude a la manumisión de la esclava Arescusa, madre de tres hijos, D. 40.7.3.16 en sentido similar en relación con el testamento hecho a favor de la esclava que se manumitiría con la condición de que fuera madre de tres hijos. En efecto, a decir de Moses FINLEY, *Ancient Slavery and Modern Ideology*, New York: Viking Press, 1980, p. 95, es indudable la evidencia en fuentes jurídicas y, esencialmente, literarias, la normalidad de las relaciones sexuales entre dueños y esclavas. Recoge muchos ejemplos de esta evidencia Carla RUBIERA CANCELAS, “Esclavitud femenina en la roma antigua. Entre la reproducción biológica y la maternidad”, en *Dialogues d’histoire ancienne*, 41/2 (2015) 151-170, *passim*.

de mujeres habrían tenido relaciones con una minoría de hombres<sup>59</sup>. Precisamente por eso hay necesidad de que el Derecho<sup>60</sup> se pronuncie

---

<sup>59</sup> Laura BETZIG, "Roman Polygyny", *cit.*, p. 309 quien sigue a Ronald SYME, "Bastards in the Roman aristocracy", en *Proceedings of the American Philosophical Society* 104, vol. 3, (1960) 323-327, p. 32; la autora afirma que tanto Jérôme CARCOPINO, *Daily Life in Ancient Rome. The People and the City at the Height of the Empire*, translated by Emily O. Lorimer, London: Routledge and Sons, 1940, pp. 101 y 102, como Paul VEYNE, *A History of Private Life, Volume I: From Pagan Rome to Byzantium*, Paul Veyne (Ed.), de la colección Philippe Aries y Georges Duby (Eds.) *A History of Private Life*, traducido por Arthur Goldhammer, Cambridge MA: Harvard University Press, 1987, pp. 33ss, hablan de "harenes" romanos. La misma Betzig (*loc. ult. cit.*, p. 310) aduce además que otra de las razones para suponer una poligamia de hecho, sobre todo en las clases aristocráticas romanas es que, si los romanos no fueron poligínicos, serían los únicos hombres poderosos en cualquier sociedad preindustrial que no lo fueron.

<sup>60</sup> Sobre referencias a esclavos como *fili naturales*, *vid.* John A. CROOK, *Law and life of Rome*, Ithaca NY: Cronell University Press, 1967; Jane F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society*, London and Sydney: Croon Helm, 1986; Alan WATSON, *Roman Slave Law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987. Concretamente, sobre hijos naturales en el contexto de los esclavos domésticos *vid.* Susan TREGGIARI, "Questions on women domestics in the Roman West", en *Schiavitù, Manomissione e Classi Dipendenti nel Mondo Antico*, Università degli Studi di Padova: Pubblicazioni dell'Istituto di Storia Antica 13, Roma: L'Erma de Bretschneider, 1979, 185-201. p. 188. Más concretamente, Beryl RAWSON "Spurii and the Roman view of illegitimacy", en *Antichthon* 23 (1989) 10-41, pp.23ss, determina que se presumen lazos consanguíneos entre el dueño y el esclavo en supuestos controvertidos en relación con manumisiones y herencia, en particular (p. 18) opina que el término *vernae*

sobre los hijos ilegítimos que serían los nacidos fuera del matrimonio<sup>61</sup>, es decir, entre otros, los hijos nacidos de relación con esclava<sup>62</sup>, con prostituta<sup>63</sup>, con alcahueta o con actriz<sup>64</sup>, o bien hijos fruto del concubinato, siendo todas estas mujeres solteras o viudas. En

---

(esclavos nacidos en casa) tiene connotaciones paterno-filiales de forma que estos esclavos han llegado a manumitirse y ser herederos del dueño.

<sup>61</sup> Concretamente, en Gai. I.19 entre las justas causas para la manumisión temprana, antes de los 30 años, se incluye el parentesco consanguíneo (que afecta evidentemente a los hijos naturales), la prestación de servicios futuros si el esclavo tenía más de 18 años, y la intención de casarse. En este último caso, es clara la alusión al matrimonio con libertas en un doble sentido, bien se manumite a la madre para que los hijos naturales sean libres al seguir la condición de la madre, o bien se libera a la esclava joven para contraer matrimonio y garantizar el nacimiento libre y ciudadano de los hijos. Al respecto, Susan TREGGIARI "Questions on women domestics...", *cit.*, p. 200, y de la misma autora *Roman Freedmen During the Late Republic*, Oxford: Clarendon, 1969, p. 213, donde afirma que manumitir a una esclava con la que se mantenían relaciones podría ser una forma de garantizar el nacimiento libre de los hijos.

<sup>62</sup> D. 48.5.6pr (Papinianus 1 de adult.).- *Inter liberas tantum personas adulterium stuprumve passas lex Iulia locum habet. quod autem ad servas pertinet, et legis aquiliae actio facile tenebit et iniuriarum quoque competit nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto: nec propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo.*

<sup>63</sup> D. 48.5.14.2 (Ulpianus 2 de adult.).- *Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur.*

<sup>64</sup> D. 48.5.11.2 (Papinianus 2 de adult.).- *Mulier, quae evitandae poenae adulterii gratia lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit, adulterii accusari damnarique ex senatus consulto potest.*

conclusión, hay un tipo de mujeres que tienen vedado el espacio reservado para las mujeres decentes que es la *domus* y el matrimonio, pero cuya condición favorece el acceso a otros contextos públicos y de intimidad masculina<sup>65</sup>.

Esto es, sin admitir la poliginia, se permiten situaciones en las que conviven la esposa con una *paelex*, así lo relata Aulo Gelio, *Nott. Att.*, 4.3.3: *Paelicem autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numa regis fuisse accipimus: 'Paelex aram Iunionis ne taginto: si tangit, Iunoni crinibus agnum feminam caedito*, donde Aulo refiere un caso de convivencia de la esposa y de la concubina (*uxor* y *paelex*) que es calificada de *probosa*, particularmente, la *paelex* tienen prohibido tocar el altar de Juno según se recogía en una antigua ley de Numa, dispone la *lex regia* que si lo tocaba, debía sacrificar un cordero. A decir de Giunti<sup>66</sup>, en este y otros casos similares, parece

---

<sup>65</sup> Carmen HERREROS GONZÁLEZ - M<sup>a</sup> Carmen SANTAPAU PASTOR, "Prostitución y matrimonio en Roma: ¿uniones de hecho o de derecho?", en *IBERIA* 8 (2005) 89-111, p. 98, es más, afirman las autoras (p. 105) que el concubinato fue aceptado por los varones romanos, pero nunca lo fue la dignidad de la concubina, al igual que hacía con la prostitución, es decir, se aceptaba el oficio, pero no a quien lo ejercía, todo ello quizá como la única forma de defenderse de la dependencia real que sentían sobre las mujeres.

<sup>66</sup> Patrizia GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano: Giuffrè, 1990, pp. 141 y 145. Igualmente, Isabella PIRO, "Unioni confarreate e 'difaerratio'", en *Index* 25 (1997) 253-299, p. 270; Leo PEPPE, "Paelex e spurius", en

que podría hablarse de una poligamia de hecho, en efecto, está claro que el giro *iuncta consuetaque* alude a un fuerte vínculo que, además, es continuado y habitual<sup>67</sup>, en definitiva, Aulo quiere dejar claro que existe una relación con dos mujeres pero con diferente *status*, no son las dos esposas, solo una lo es y, además, parece que consiente la relación con la *paelex*, pero insistimos, únicamente una es la *uxor*. El mismo Aulo Gelio *Nott. Att.*, 2.23<sup>68</sup> relata un supuesto en el que la relación entre el hombre casado y la *paelex* es indudablemente una relación estable que, no obstante, no es muy bien vista socialmente.

La antigua norma de Numa que acabamos de referir la recuerda Festo *s.v. pelices: Pelices nunc quidem appellantur alienis succumbentes non solum feminae, sed etiam mares. Antiqui proprie eam pelicem nominabant, quae uxorem habenti nubebat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a*

---

Michel Humbert - Yan Thomas (coords.) *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain*, Paris: Editions Panthéon-Assas, 1998, 343-359, p. 345; M<sup>a</sup> Eva, FERNÁNDEZ VAQUERO, "Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico", en Ramón López Rosa - Felipe J. del Pino Toscano (coords.) *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, 2004, 193-208, p. 207; Riccardo ASTOLFI, "Sintesi della storia della bigamia in Roma", en *SDHI* 76 (2010) 281-290, p. 281; Carlo BUSACCA, *Iustae nuptiae: l'evoluzione del matrimonio romano dalle fasi precittadine all'età classica*, Milano: Giuffrè, 2012, p. 174.

<sup>67</sup> Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", *cit.*, p. 146.

<sup>68</sup> *Ea me clam se cum mea ancilla ait consuetum, id me arguit, / ita plorando, orando, instando atque obiurgando me obtudit, / eam uti venderem; nunc credo inter suas / aequalis et cognatas sermonem serit: / "quis vestrarum fuit integra aetatula, / quae hoc idem a viro / impetrarit suo, quod ego anus modo / effeci, paelice ut meum privarem virum?"*.

*Numa Pompilio hac lege: Pelex aram Iunonis ne tangito; si tanget, Iunoni crinibus dimissis agnum feminam caedito.* En concreto, Festo recoge el ejemplo de la ley antigua en relación a la definición de *paelices*, por cuanto se refería a la mujer que mantenía relaciones sexuales con cierta estabilidad y continuidad con un varón que estaba casado, sin embargo, en la actualidad del gramático, *paelices* alude a personas (tanto varones como mujeres) que tienen relaciones íntimas con personas que tienen un

vínculo previo (*alienis*), sin que la continuidad de aquellas relaciones sea tan relevante<sup>69</sup>. En sentido similar, Livio<sup>70</sup>, Ovidio<sup>71</sup>, Plauto<sup>72</sup> y Cicerón<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Gennaro FRANCIOSI, *Leges regiae*, Napoli: Jovene, 2003, p. 104; Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", *cit.*, pp. 147-148.

<sup>70</sup> Livio 39.53: *Dum ea in Peloponneso, a quibus deuertit oratio, geruntur, reditus in Macedoniam Demetrii legatorumque aliter aliorum adfecerat animos. Vulgus Macedonum, quos belli ab Romanis imminentis metus terruerat, Demetrium ut pacis auctorem cum ingenti fauore conspiciebant, simul et spe haud dubia regnum ei post mortem patris destinabant. Nam etsi minor aetate quam Perseus esset, hunc iusta matre familiae, illum paelice ortum esse; illum ut ex uulgato corpore genitum nullam certi patris notam habere, hunc insignem Philippi similitudinem prae se ferre, al referirse a la madre de Perseo, hijo natural de Filippo quien tenía un hijo legítimo, Demetrio.*

<sup>71</sup> Ovidio, *Met.*, I.622: *Paelice donata non protinus exuit omnem / diua metum timuitque Iovem et fuit anxia furti, / donec Arestoridae seroandam tradidit Argo*, donde la joven Io se presenta como amante de Jupiter, también en cuanto a relaciones tormentosas entre divinidades, *Met.*, II.468: *causa morae nulla est, et iam puer Arcas (id ipsum / indoluit Iuno) fuerat de paelice natus. Met.*, II.527: *gurgite caeruleo septem prohibete triones / sideraque in caelo stupri mercede recepta / pellite, ne puro tinguatur in aequore paelex!*; *Met.*, X. 347: *tunc eris et matris paelex et adultera patris?* El mismo Ovidio, *Her.*, XIV.95: *illa Iovis magni paelex metuenda sorori / fronde leuas nimiam caespitibusque famem.*

<sup>72</sup> En la *Cistellaria* 36, una alcahueta se queja porque unas mujeres acusan a sus meretrices de *paelices* de sus maridos: *viris cum suis praedicant nos solere, / suas paelices esse aiunt, eunt depressum.* En el *Rudens* 1045: *metuo, propter vos ne uxor mea med extrudat aedibus, / quae me paelices adduxe dicet ante oculos suos*, el esposo teme que su mujer le acuse de meter a la *paelex* en casa.

<sup>73</sup> Cic. *Pro Cluent.*, 70.199: *At quae mater? Quam caecam crudelitate et scelere ferri videtis; cuius cupiditatem nulla umquam turpitudine retardavit; quae vitiis animi in deterrimas partes iura hominum convertit omnia; cuius ea stultitia est ut eam nemo hominem, ea vis ut nemo*

Entre las fuentes jurídicas, el texto clave es D. 50.16.144 (Paulus 10 ad l. Iul. et Pap.).- *Libro Memorialium Massurius scribit "pelicem" apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Faccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam παλλακὴν graeci vocant.* Se trata de un texto al que la doctrina ha

---

*feminam, ea crudelitas ut nemo matrem appellare possit. Atque etiam nomina necessitudinum, non solum naturae nomen et iura mutavit, – uxor generi, noverca filii, filiae paelix; eo iam denique adducta est ut sibi praeter formam nihil ad similitudinem hominis reservarit,* donde la madre de Cluentio, Sassia, que lo acusa de envenenar a su marido, es descrita como una madre tan ruin que ha subvertido las denominaciones de los vínculos familiares naturales y jurídicos, una de estas subversiones es la de ser la *paelix* respecto de su propia hija.

dedicado muchas líneas<sup>74</sup> en el que Paulo, en su comentario a la *lex Iulia et Papia* en relación con el término *paelex*, refiere dos opiniones jurisprudenciales: una la de Masurio<sup>75</sup>, quien escribe en el Libro de los

---

<sup>74</sup> Carlo CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano: Giuffrè, 1940, p. 13; Riccardo ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, vol. 1, Milano: Giuffrè, 1951, p. 350; Patrizia GIUNTI, *Adulterio e leggi regie...*, *cit.*, pp. 145ss; Matteo DE BERNARDI, "In margine a D. 50.16.144", *cit.*, p. 72; Riccardo ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, *cit.* p. 3; Carla FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio. Parte terza*, Roma: L'Erma di Bretchneider, 2005, p. 14; Bernardo ALBANESE, "Questioni di Diritto Romano arcaico: «Sex Suffragia». Sulla legge di Numa a riguardo della «paelex» Liv. 1.60.4 e la creazione della prima coppia consolare", en *Minima Epigraphica et Papyrologica* IX, 11 (2006) 43-58, p. 52; Renato QUADRATO, "Maris atque feminae coniunctio: matrimonium e unioni di fatto", en *Index*, 38 (2010), 223-252, p. 231; Maria Virginia SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, Napoli: Jovene Editore, 2012, pp. 175ss; Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", *cit.* p. 150 nt. 27.

<sup>75</sup> Se trata de Sabino (Massurius Sabinus), jurista del siglo I. Siguiendo a Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", *cit.*, p. 150, este hecho parece extraño dado que Paulo siempre cita a Sabino con su *nomen*, solo en otra ocasión se alude a Sabino llamándolo *Massurius* aunque no lo hace Paulo, sino Marcelo y, a nuestro entender, sin mayor importancia que incorporar el nombre completo -D. 30.80 (Marcellus not. ad Iul. 32 Dig.)- *Is, qui sola triginta reliquerat, Titio triginta legavit, Seio viginti, Maevio decem. Massurius Sabinus probat titium quindecim, Seium decem, Maevium quinque consecuturos, ita tamen, ut ex his pro rata portionis Falcidiae satisfiat*-. Sin embargo, sí que presenta cierto matiz en D. 50.16.144 que Paulo llame a Sabino exclusivamente por el *praenomen*, en efecto, a decir de Matteo DE BERNARDI, "In

Memoriales que en la antigüedad se llamaba “manceba” a la mujer que, no estando casada, convivía maritalmente con un varón, a esta mujer se la denomina ahora amiga o de manera más honesta, concubina<sup>76</sup>, en efecto, en D. 25.7.4<sup>77</sup>, advierte Paulo que es concubina la que un hombre tiene en tal condición por la mera intención; la otra opinión es la de Granio Flaco<sup>78</sup>, quien en su libro sobre Derecho Papiriano<sup>79</sup>, afirma que

---

marginé a D. 50.16.144”, en Gaetano Scherillo. *Atti del Convegno Milano 22-23 ottobre*, Milano: Cisalpino, 1994, 71-89, p. 72, que sigue Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali...”, *cit.*, pp. 150-151, nt. 30, quizá se debe al hecho de que los *Memorialia* es una obra de contenido no jurídico.

<sup>76</sup> Y que, además, era una mujer soltera. Vid. M<sup>a</sup> Dolores PARRA MARTÍN, “Mujer y concubinato en la Sociedad romana”, en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 23 (2005) 239-248, p. 243.

<sup>77</sup> D. 25.7.4 (Paulus 19 resp.).- *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*. En sentido similar: D. 24.1.3.1 y D. 24.7.3.1.

<sup>78</sup> Según Matteo DE BERNARDI, “In margine a D. 50.16.144”, *cit.*, p. 78, la vida de Granio Flaco se desarrollaría a finales del período republicano (posiblemente fuera coetáneo de Julio César), aunque se duda sobre su condición de jurista, puesto que no se encuentra en el listado de juristas de la Palingenesia de Lenel ni figura como autor de alguna de las obras jurídicas recogidas por Antonio GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli: Jovene, 1968. Jérôme CARCOPINO, “Les prétendues «lois royales»”, en *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 54 (1937), 344-376, pp. 344ss, identifica el Granio Flaco del *Ius Papiriarum* con el autor de la época de César que compone una obra titulada *De Indigitamentis*.

<sup>79</sup> Theodor MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1876, p. 39, nt. 4, afirma que el *ius Papiriarum* es una falsificación de época cesariana o augustea. Siguiendo el consejo de Francesca TAMBURI, “I Decreta Frontiana di Aristone”, en

vulgarmente se denomina manceba a la mujer que tiene relaciones carnales con varón casado y convive así maritalmente, a esta mujer los griegos la llaman concubina<sup>80</sup>.

Tanto Granio Flaco como Gelio definen a la *paelex* por su similitud con el concepto de concubina en la Grecia antigua, se trata de una mujer que convivía maritalmente con un hombre casado. Sabino recuerda precisamente esta opinión de los antiguos que redundaba en la idea de una mujer no casada que convivía con un hombre casado<sup>81</sup>. Otros autores de la misma época, como hemos visto, con *paelex* aludían solo a la amante, es decir, a la mujer que no convivía maritalmente, pero con la que existía

---

*Studi in Onore di Remo Martini III*, Giuffrè Editore, Milano: Giuffrè, 2010, 713-758, p. 754-755, no corresponde a esta sede la discusión sobre el contenido del *ius Papirianum*, si fue un compendio de *leges regiae*, o de prescripciones sobre el culto, o de normas que recogían sanciones de carácter religioso, en todo caso, es sugestivo y hay que tener en cuenta que dos autores sucesivos lo aluden en relación con citas anteriores de previsiones legales o judiciales.

<sup>80</sup> Determinada doctrina afirma que posiblemente esta llamada estaría interpolada, así: Patrizia GIUNTI, *Adulterio e leggi regie...*, cit. p. 145 n. 172; Riccardo ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano...*, cit. pp. 350ss, quien opina que en realidad se trata de una esposa, aunque no se haya celebrado solemnemente una ceremonia matrimonial.

<sup>81</sup> Presumimos que era esa su condición, puesto que tal como afirma Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", cit., p. 151, en el texto no hay referencia a la condición del varón, de forma que concluye que se trata de varón casado (p. 153).

una continuidad extramatrimonial en la relación, esto es, no se trataba de un encuentro íntimo fugaz o esporádico.

Por tanto, hay dos diversos significados que coexisten y que se diferencian por la evidencia o no de vida en común<sup>82</sup>, que, de existir, parece que se desarrollaba de manera natural, es decir *paelex* y esposa convivían en la misma casa presuntamente de manera pacífica, de tal suerte que incluso se sugiere una relación jerárquica de la *uxor* sobre la *paelex*.

En definitiva, lo relevante es que existe una situación poligámica de hecho en la que cada mujer tenía un estatus jurídico y social muy bien definido<sup>83</sup> en el que, en todo caso, el matrimonio es monogámico y así lo asevera el mismo Gelio cuando recoge la historia de Lucio Papirio Pretextato (Aulo Gelio *Nott. Att.* I.23), que cuenta a su madre las deliberaciones del Senado tras haberlo visitado con su padre; en particular le relata los hechos referidos por M. P. Catón sobre una de las discusiones que, precisamente, versó sobre qué sería mejor para la República, si que un varón contrajera matrimonio con dos esposas o que

---

<sup>82</sup> Patrizia GIUNTI, *Adulterio e leggi regie...*, cit. pp. 2 y 148; Salvatore TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, Roma: Pontificia Universitatis Lateranensis, 1971, p. 58, ambos opinan que se produjo una constante ampliación del significado, desde la mujer que convivía *more uxorio* hasta la amante no casual, de forma que los dos significados acabarán conviviendo.

<sup>83</sup> Patrizia GIUNTI, *Adulterio e leggi regie...*, cit., p. 149. En palabras de Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", cit., p. 154: "unione stabile che si svolgeva in concomitanza con il matrimonio".

una mujer contrajera matrimonio con dos esposos; este dilema provocó que al día siguiente un grupo de mujeres acudieran al Senado y, llorando, pidieran que se diera dos maridos a cada mujer mejor que dos esposas a cada marido<sup>84</sup>; el episodio presenta ciertas notas cómicas pero subrepticamente, transgrede el estricto concepto de poliginia al pretender incluir la poliandria en el sentido global de la poligamia como principio opuesto a la monogamia del matrimonio romano.

Independientemente de cómo se califique a la mujer que compone una relación no conyugal, desde el principio monogámico, conformar o no una relación de concubinato<sup>85</sup> depende de la decisión de quienes conforman la pareja si la mujer es de clase social similar –recordemos a Paulo en D. 25.7.4 (Paulus 19 resp.)- *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*-, y además, es tolerada social y legalmente si se tiene en cuenta el comentario ulpiano a *lex Iulia et Papia*<sup>86</sup> recogido en D. 25.7.1

---

<sup>84</sup> Como recoge Genaro FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6ª ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 171ss, algunos autores han querido ver relaciones matrimoniales no monógamas en este episodio, opinión que posiblemente deba cuestionarse.

<sup>85</sup> Que además es una unión no penada por ley a tenor de D. 25.7.3.1 (Marcianus 12 inst.)- *Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit.*

<sup>86</sup> La bibliografía de referencia es Riccardo ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova: Cedam, 1986; se trata de dos leyes absolutamente complementarias (La *lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. y la *lex Papia Poppaea nuptialis* del 9 d.C.), en palabras

pr (Ulpianus 2 ad l. Iul. et Pap.).- *Quae in concubinato est, ab invito patrono poterit discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut in concubinatum dare. Ego quidem probo in concubina adimendum ei conubium, si patronum invitum deserat, quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere, que considera que es más honesto tener a la liberta como concubina que como esposa*<sup>87</sup>.

---

del autor (p. XI), “la *lex Iulia* vuole che i romani si sposino, mentre la *lex Papia* intende che i matrimoni siano fecondi”.

<sup>87</sup> Aunque a tenor de las fuentes, parece que queda a elección del patrono la forma de vincularse con su liberta, así se desprende del comentario ulpiano a la *lex Iulia et Papia* (esencialmente, D. 23.2.45). En este sentido, es destacable que la mayoría de concubinas serían libertas -D. 24.1.3.1; D. 25.7.1pr; D. 25.7.2-, en este sentido, Susan TREGGIARI, “Questions on women domestics...”, *cit.*, p. 193. La concubina no recibía el calificativo de *mater familias* dado que el vínculo matrimonial no existe, sin embargo, en el caso de la liberta concubina unida a su patrón parece que sí que podía disfrutar de la condición de *mater familias*, *vid.* María SALAZAR REVUELTA, “Estatus jurídico y social de la *mater familias* en el marco de la ciudadanía romana”, en Rosalía Rodríguez López – M<sup>a</sup> José Bravo Bosch (eds.) *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*, Madrid: Dykinson, 2013, 199-222, pp. 202, 203 y 221, aunque como consecuencia de la evolución de la institución. En el mismo sentido Carla FAYER, *La familia romana...*, *cit.*, pp. 11, 12, 21 y 22; Carlo CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, *cit.*, pp. 7, 8 y 168; Francisco CIDONCHA REDONDO, “Libertae et coniuges: las uniones entre libertas y patronos en el imperio romano”, en *Marginación y Mujer en el Imperio Romano*, Roma: Edizioni Quasar, 2018, 636-392, p. 365.

En los inicios del período clásico, bajo los auspicios de las leyes augusteas, la posibilidad de estructuras de pareja no matrimoniales aumenta. La causa se encuentra en la política legislativa de Augusto que afecta directamente al ámbito privado, aunque su incidencia indirecta en lo público, en particular en las estructuras sociales y de clase, es más que notable. La *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del año 18 a.C., la *lex de adulteriis coercendis*, del año 17 o 16 a.C., y la *lex Papia Poppaea*, del año 9 d.C., son normas que tienen lugar, a decir de Spagnuolo Vigorita<sup>88</sup>, tras un largo período de guerras civiles en el que las familias aristocráticas habrían buscado “refugio en lo privado, en los amores sin vínculo, en lo refinado de la literatura, en la pasión por la escena y la emoción de la arena”, en este contexto, Augusto se presenta como un salvador de la patria que restaurará el viejo orden moral<sup>89</sup>, pero más que favorecer el

---

<sup>88</sup> Tullio SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus: un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea: Parte 1. e 2*, Napoli: Jovene, 1998, pp. 15-32, p. 21.

<sup>89</sup> El propio Augusto, *Res Gestae* 8 (*in fine*) afirma que [...] *Legibus novis me auctore latis multa exempla maiorum exolescentia iam ex nostro saeculo reduxi et ipse multarum rerum exempla imitanda posteris tradidi*. Recordamos, por cuanto respecta a la política matrimonial, que los varones desde los 25 a los 60 años y las mujeres de 20 a 50 años debían estar casados y tener hijos legítimos, dada la finalidad moralizante, a las mujeres se les prohibía contraer nuevo matrimonio antes de los dos años desde la muerte del cónyuge o de los 18 meses desde el divorcio. No cumplir estos mandamientos imposibilita, en tanto subsistan, no poder recibir patrimonio hereditario. Aunque esta limitación afecta a las clases con cierto estatus económico puesto que solo se aplica a quienes tenían un patrimonio superior a los cien mil sestercios en el caso de los varones y cincuenta mil en el caso de las mujeres y estaban

matrimonio y las conductas honorables, las normas supusieron un incremento de las uniones no matrimoniales, entre otras cosas, porque prohibieron el matrimonio a los soldados, así como las nupcias entre senadores y libertas y entre ingenuos y personas de mala reputación que evidentemente se seguían dando aunque fuera de lo jurídicamente reconocido. En palabras de Panero Oria<sup>90</sup> “este tipo de uniones,

---

excluidos los supuestos de herencias procedentes de parientes en línea recta hasta el tercer grado. Además, la ley también prohibía participar en espectáculos públicos y algunas prebendas, como el *ius liberorum* para las madres de tres (ingenuas) o cuatro (libertas) hijos, o la posibilidad de hacer rápida carrera política en el caso de los varones evitando ciertos requisitos de edad para acceder a determinados cargos públicos antes de la edad requerida. Como se observa, la intervención en el ámbito privado presenta consecuencias inmediatas en la organización social que van en contra de la fortaleza endogámica de las familias aristocráticas.

<sup>90</sup> Patricia PANERO ORIA, “El concubinatio romano como antecedente de las actuales parejas de hecho”, en *RIDROM* 5 (2010) 92-125, p. 97, teniendo en cuenta, además, como advierte la autora, que el concubinatio incluiría tanto a las parejas formadas bajo su paraguas a causa de las prohibiciones augusteas, como aquellas a las que no afectaban pero que habían decidido que su unión no era matrimonio (faltaba, por propia decisión, tanto la  *affectio maritalis* como el  *honor matrimonii*). Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali...”,  *cit.*, p. 164, afirma que la legislación augustea habría favorecido indirectamente el recurso al concubinatio, en el caso de la  *lex Iulia de adulteriis* al mencionar expresamente a las mujeres con quienes mantener una relación quedaba fuera del delito de estupro, al tiempo que la  *lex Iulia et Papia* incorpora prohibiciones a determinados ciudadanos respecto a contraer matrimonio con ciertas mujeres, de forma que la relación con ellas, de existir, no podría considerarse matrimonio, sino concubinatio.

adquieren relevancia gracias a la legislación matrimonial de Augusto que restringió, notablemente, el número de mujeres con las que casarse. Así, de un lado, se prohíben ciertas uniones (*lex Iulia et Papia Poppaea*) y de otro, no solo se declaran ilícitas algunas relaciones extramatrimoniales (*lex Iulia de adulteriis*) con cierto tipo de mujeres, sino que se establece, dentro de ellas, una categoría con las que no se puede contraer *iustum matrimonium*".

Estas acciones tuvieron impacto en la estructura social puesto que, paradójicamente, a pesar de que la procreación y la descendencia es el fin básico y exclusivo del matrimonio, parece que la sociedad romana, sobre todo la de las clases altas, no estaba compuesta precisamente por familias numerosas, sobre todo a partir del siglo I a.C., en efecto, a decir de Betzig<sup>91</sup>, los padres romanos, como los padres en todos los imperios,

---

<sup>91</sup> Laura BETZIG, "Roman Monogamy", *cit.*, pp. 352ss, en concreto, concluye que el matrimonio en Roma tenía mucho en común con el matrimonio de otros imperios. En primer lugar, el patrimonio hereditario se aumentaba por la endogamia, incluso el incesto, entre la aristocracia. En segundo lugar, la parentela se preservaba manteniendo a las esposas custodiadas y velando y favoreciendo su castidad al tiempo que se tenía otro tipo de compañeras. En tercer lugar, concentrando el patrimonio hereditario en un solo heredero por patrilinealidad y merced a la monogamia que permitía excluir a los hijos de las amantes, es decir, se pretendía en la práctica el establecimiento de una situación similar a la primogenitura y en la que primara la patrilinealidad en contra de las que intentaba imponer el Derecho (piénsese en la igualdad hereditaria de hijos e hijas legítimos recogida ya en las XII Tablas en el caso de la sucesión intestada y la legislación matrimonial de Augusto).

limitaron el número de sus herederos a fin de que la cuantía del patrimonio hereditario no tuviera que dividirse y, por tanto, menguara progresivamente con las generaciones sucesivas<sup>92</sup>. En particular, Betzig<sup>93</sup> sostiene que los romanos mantienen el número de sus herederos (hijos legítimos) pequeño y el de los hijos nacidos fuera del matrimonio grande, literalmente: “They married monogamously so they could mate polygynously”. La legislación augustea favoreció esta idea, el pretendido aumento de la natalidad reduciría, sin duda, los patrimonios hereditarios puesto que nacerían más niños, pero ilegítimos y, por tanto, con pocas posibilidades de ser herederos. En determinadas ocasiones, el anhelo de lo público en cuanto al aumento de la natalidad, no concuerda con la idea real de trascendencia y de organización social y familiar que se tiene desde el ámbito privado. Sirvan de ejemplo las opiniones

---

<sup>92</sup> Polibio (Polibio, *Hist.* 36.17.7) afirma que los romanos eran reacios a criar más que unos pocos hijos a fin de dejarles un sustancioso patrimonio en herencia. Brent SHAW, “The family in late antiquity. The experience of Augustine”, en *Past and Present*, 115 (1987) 3-51, p. 43, alude a San Agustín (San Agustín en Psalm. 137.8) quien afirma que la fertilidad es molesta a la gente rica, en el sentido en que la herencia se dividiría.

<sup>93</sup> Laura BETZIG, “Roman monogamy”, *cit.*, p. 352. Jérôme CARCOPINO, *Daily Life in Ancient Rome...*, *cit.*, pp. 90-91 afirma que las familias de las clases sociales más adineradas solían estar compuestas por muy pocos miembros. En efecto, Plinio alude al tedioso y duro trabajo de educar niños (Plin., *Epist.* 1.8.11); Suetonio (Suet. *Tib.*, 47) le cuenta al senador Hortalus, un joven senador, que la petición de Augusto para fomentar que nazcan hijos, ha hecho que estos empobrezcan al padre.

contrarias a las leyes augusteas ofrecidas, por Ovidio<sup>94</sup>, Tácito<sup>95</sup>, Dión Casio<sup>96</sup>, entre otros, así como la necesidad de publicar tras la norma del 18 a.C., la del 9 d.C., que introdujo nuevas sanciones.

En definitiva, la legislación augustea tuvo un marcado carácter intrusivo en lo privado con pretensión de incidir en lo público al presentar una finalidad de carácter eminentemente imperialista dirigida a reforzar la figura del emperador debilitando a las familias aristocráticas<sup>97</sup> que, a través de las leyes matrimoniales, veían alterada la estructura privada que las había fortalecido: tener un sucesor fuerte que concentrara el patrimonio gracias, entre otras cosas, al carácter monogámico del

---

<sup>94</sup> Rechazo reflejado en *Ars Amandi* de Ovidio que le costó el exilio

<sup>95</sup> Tácito, *Ann.* 3.25.1, que de manera muy directa afirma que a pesar de las leyes Julias y de la posterior ley *Papia Poppaea* que agravó las penalizaciones a los célibes, no aumentaron los matrimonios ni los nacimientos, es más, lo más común era no tener hijos y las dificultades encontraban su causa, igual que en el pasado, en la falta de virtud.

<sup>96</sup> Dión Casio. *Hist.* 54.16.7 afirma que se burlaron los preceptos de las leyes matrimoniales concertando esponsales entre niños, incluso algunas mujeres se hicieron inscribir como prostitutas para ser *probrosae* y escapar a las prohibiciones del adulterio.

<sup>97</sup> Como recoge Aline ROUSSELLE "La política de los cuerpos: entre la procreación y continencia en Roma" en *Historia de las mujeres en Occidente*. Vol 1, Georges Duby – Michelle Perrot (dirs.), Madrid: Taurus, 1991, 317-372, p. 323, las grandes familias nobles se extinguían; en efecto, parece que alrededor del año 100 solo quedaba la mitad de las familias senatoriales que había en el año 65, en el año 130 restaba una sola de las 45 familias patricias restauradas por Julio César en el 45 a.C.

matrimonio. La obligatoriedad de estar casado y con descendientes provocaba el riesgo de incrementar el número de herederos, cosa que intentaba evitarse con relaciones no reconocidas jurídicamente que proporcionaban hijos ilegítimos que, eso sí, podían ofrecer a falta de heredero legítimo, un heredero de contingencia, esto es, en caso de que la esposa no tuviera descendencia, el divorcio que propiciaba un matrimonio sucesivo, el concubinato, e incluso, la adopción, proporcionaban herederos de repuesto<sup>98</sup>.

La afectación de las leyes augusteas en el contexto femenino, siguiendo a Rousselle<sup>99</sup>, denota que las mujeres de clase alta eran educadas para la reproducción de su propia clase y no para el mantenimiento demográfico de la ciudad, eran otras mujeres las que contribuían a esa finalidad y, además, les ahorran los riesgos consustanciales a muchos embarazos y consiguientes partos. En efecto, basta con tener en consideración las cifras que ofrece la mortalidad femenina provocada

---

<sup>98</sup> Laura BETZIG, "Roman Monogamy", *cit.*, p. 352, es más, afirma la autora (p. 363) que el favor progresivo hacia el parentesco cognaticio y el matrimonio *sine manu* a partir de finales del siglo I a.C. hace que se manifieste un interés por las hijas como efectivas "herederas de contingencia" que persigue, en todo caso, que el patrimonio permanezca en la familia. En efecto, téngase en cuenta que las elevadas exigencias militares y de dedicación pública de los varones, tanto de clase elevada como de clases medias y bajas, haría que la escasez de herederos fuera más que una realidad que podrían paliar las hijas, vid. Amparo MONTAÑANA CASANÍ, "Las hijas en la sucesión testamentaria...", *cit.*, *passim*.

<sup>99</sup> Aline ROUSSELLE, "La política de los cuerpos...", *cit.*, pp. 343 y 369.

por embarazos y partos, según la autora, la esperanza de vida de las mujeres de todo el Imperio se sitúa entre los 20 y los 30 años, aunque quizá esta cifra debería desagregarse en función del estrato social. Concluimos con Betzig<sup>100</sup> que quizá los romanos de alta capacidad económica hubieran usado a sus concubinas para proporcionar “herederos de contingencia”, en efecto, si el matrimonio lo es con una esposa estéril, quizá los hijos de la concubina asciendan a la categoría de herederos. Todo ello teniendo en cuenta que el concubinato, además, servía para limitar el número de herederos legítimos, en palabras de la autora “una esposa da herederos, una concubina proporciona suplentes”. El concubinato, además, permitía a las mujeres casadas de clase alta –a la *uxor* legítima–, a través de la continencia sexual, evitar riesgos para su salud causados por embarazos y partos que quizá dejaban para las concubinas<sup>101</sup>, amén de que la abstinencia y la castidad de las

---

<sup>100</sup> Laura BETZIG, “Roman Polygyny”, *cit.*, p. 339. Evidentemente, la mayor parte de la herencia de un romano iría a parar a sus hijos legítimos, es decir, los hijos de su esposa, de forma que, de no tener hijos legítimos, debería buscar la forma de legitimar a los naturales. Recordemos que la misma autora Laura BETZIG, “Roman Monogamy”, *cit.*, p. 364, afirma literalmente que “in the Roman Empire, as in other empires, mating made children, marriage made heirs”, apunta que a través de una *adrogatio* un varón podía acoger bajo su potestad al hijo de una concubina o bien legitimarlo si fuera necesario a través de una adopción testamentaria, evitando así la prohibición de casarse con una liberta (p. 375).

<sup>101</sup> Aline ROUSSELLE “La política de los cuerpos...”, *cit.*, p. 329.

matronas era venerada, de suerte que el destino biológico de las mujeres de clase alta estaba protegido.

La emancipación femenina que habría tenido lugar en el período clásico influye hasta en la evolución del vocablo que se utiliza para denominar a la mujer que convive con un varón no siendo esposa legítima, recordemos (*vid. supra*) que Paulo comentaba que los antiguos en estos casos utilizaban la denominación de manceba y que, en su tiempo, con mayor discreción, se la denomina amiga; en efecto, así se desprende de las comedias de Plauto, en la que se emplea el término *amica* para hacer referencia a la mujer con la que se mantienen relaciones amorosas ocasionales y distinguirla así de aquella con la que se pretende una relación estable en la misma *domus* que es la concubina<sup>102</sup> que, además, se describe como una relación monógama. Los decenios que separan a Plauto de Cicerón reflejan, en un texto de este último, la relajación de la moral en tanto en Cic. *de orat.* I.40.183, -en el que, recordamos, se cuenta el problema de la determinación de la legitimidad del hijo nacido de un segundo matrimonio, no constando divorcio del primero, a los efectos de la sucesión-, en concreto, Cicerón aboga por la necesidad de comunicar la voluntad de divorcio, cosa que hace que la segunda mujer tenga la condición de concubina, al llegar a esta conclusión, admite de manera indirecta la coexistencia entre matrimonio y concubinato, pero a pesar de la admisión, no se trata en ningún caso de relación poligámica, sino una forma de convivencia de pareja estable quizá no

---

<sup>102</sup> Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", *cit.*, pp. 157ss.

contraria a la moral<sup>103</sup> pero aun sin efectos jurídicos. Como concluye Cristaldi<sup>104</sup>, el sistema jurídico no habría regulado la licitud de una unión extramatrimonial, y en esta línea hay que interpretar la consideración de Marciano en D. 25.7.3.1<sup>105</sup>, quien citando a Marcelo, afirma que no se comete adulterio cuando se tiene una concubina, es el propio Derecho<sup>106</sup> el que así lo permite al poner nombre a la institución<sup>107</sup> que, además, es irrelevante al Derecho Penal en cuanto la concubina sería una madre soltera<sup>108</sup> *-mater solitaria-* y *femina probosa*.

---

<sup>103</sup> Carla FAYER, *La familia romana...*, cit., p. 11.

<sup>104</sup> Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", cit., p. 164, quien defiende la coexistencia entre matrimonio y concubinato a tenor del texto ciceroniano (*loc. ult. cit.* p. 162).

<sup>105</sup> D. 25.7.3.1 (Marcianus 12 inst.)- *Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit.*

<sup>106</sup> Como concreta Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, cit., p. 278, la referencia a las *leges* del texto debe entenderse hecha en forma general al Derecho, no a las concretas leyes augusteas.

<sup>107</sup> Así hay que entender la referencia al adulterio a decir de Biondo BIONDI, *Il diritto romano cristiano III. La famiglia, rapporti patrimoniali, diritto pubblico*, Milano: Giuffrè, 1954, p. 126. Riccardo ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 62.

<sup>108</sup> Es indudable la existencia de mujeres solteras en Roma, aunque evidentemente, los supuestos que recogen las fuentes no serían muchos dado que el estatus de mujer célibe y sin hijos no es el que ofrece ejemplo para llegar a ser la perfecta matrona romana. Hieronymus, *Chronicon ad annum*, 1970.3.k (46 a.C), p. 238, *Prohibitae lecticis, margaritisque uti, quae nec viros, nec liberos haberent, et minores essent annis XLIV* (fuente: [https://www.tertullian.org/fathers/jerome\\_chronicle\\_00\\_eintro.htm](https://www.tertullian.org/fathers/jerome_chronicle_00_eintro.htm),

Muy probablemente la esposa no vería en la concubina o concubinas una amenaza, cumplida su misión de dotar de prole legítima a su marido y habiendo salvado la muy probable eventualidad de morir en el parto, quizá incluso le proporcionaría cierto descanso que su marido tuviera entre sus amistades íntimas alguna mujer de clase inferior con la que nunca podría contraer matrimonio y evitara así tener que seguir cumpliendo con absolutamente todas las obligaciones conyugales.

El concubinato es una forma de relación estable de pareja que la jurisprudencia romana acaba dibujando como alternativa al matrimonio, recordemos que el dictado de D. 50.16.144 informa toda la actividad jurisprudencial sobre el concubinato como una institución diferente al matrimonio y no del todo exenta de matices quasi-jurídicos<sup>109</sup>, como el de la edad de la concubina<sup>110</sup> y el de que el parentesco (incluso de afinidad) sea impedimento<sup>111</sup>, y hay que tener en cuenta, además, el dato de que la condición de concubina se vincula con

---

revisado el 2 de enero de 2022), comenta la prohibición del uso de litera y de joyas a aquellas mujeres menores de cuarenta y cuatro años que estuviesen solteras y sin hijos, donde es claro el testimonio de la existencia de mujeres sin marido y sin descendencia pero con cierta capacidad económica.

<sup>109</sup> Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali...”, *cit.*, pp. 167ss.

<sup>110</sup> Que Ulpiano cifra en D. 25.7.1.4, en 12 años.

<sup>111</sup> En efecto, a tenor de D. 23.2.56 no cabe unirse en concubinato con la sobrina, se tiene como incesto.

mujeres de determinado estrato social<sup>112</sup>, a ella hay que sumar la misma coexistencia entre matrimonio y concubinato, cuestión no pacífica en la doctrina ya que de las fuentes literarias, como hemos visto (Cic. *de orat.* I.40.183), y jurídicas, particularmente, D. 45.1.121.1<sup>113</sup>, no hay uniformidad. En este último texto Papiniano recoge el caso de la esposa que estipula con su marido que si este, constante matrimonio, se vincula con otra mujer en concubinato, deberá resarcirle económicamente, de este pacto puede inferirse que el *ius civile* no prohíbe la simultaneidad de matrimonio y concubinato<sup>114</sup>, aunque sí considera esa situación como

---

<sup>112</sup> Según Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali...”, *cit.*, p. 168, se trataría de aquellas mujeres con las cuales no se comente estupro: las esclavas (con las cuales se establece otro tipo de relación, el *contubernium*), las proxenetas y las actrices, las adúlteras, las mujeres condenadas en juicios públicos, las meretrices, las *obsuro loco natae* (como por ejemplo hijas de actores y actrices, alcahuetas, gladiadores, posaderos), las libertas, en definitiva, mujeres con las que el matrimonio no era posible por prohibición de la *lex Iulia et Papia*.

<sup>113</sup> (Papinianus 11 resp.).- *Mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetiisset; nihil causae esse respondi, cur ex stipulatu, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta condicione pecuniam adsequi non possit.* Texto que además sirve como precedente, a decir de Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ - M<sup>a</sup> José AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Acuerdos matrimoniales e infidelidad...” *cit.*, p. 518, de acuerdos prematrimoniales sobre infidelidad en tiempos actuales.

<sup>114</sup> Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali...”, *cit.*, p. 173, recoge algunas inscripciones en las que la esposa y la concubina se mencionan conjuntamente, aunque cabe la duda de si la relación con ambas fue al mismo tiempo (CIL IX.2255 (IV.4); CIL X.1267 (IV.6); CIL VI.1906; CIL V. 1918).

contraria a los *boni mores*. En el mismo sentido, lo dispuesto en D. 24.2.11pr, 1 y 2, en el supuesto de que el patrono, a pesar de iniciar una relación de concubinato con otra, no quiere que su esposa liberta deje de serlo, es decir, la relación de concubinato no afecta al matrimonio en cuanto a su consideración y, por tanto, la relación a efectos jurídicos sigue siendo monógama<sup>115</sup>.

Durante todo el período clásico parece que el concubinato llega a ser una relación no matrimonial relativamente frecuente en Roma<sup>116</sup>, es el

---

<sup>115</sup> Carla FAYER, *La familia romana...*, cit., p. 28 nt. 72 analiza y recoge más supuestos en este sentido.

<sup>116</sup> Patricia PANERO ORIA, "El concubinato romano...", cit., p. 97 y p. 103 quien afirma que el concubinato del período clásico no fue una institución "ilegal, ni reprobada por la sociedad, sino por el contrario, encontró su difusión en las propias costumbres sociales, y sobre todo, en los integrantes del *ordo senatorius* e incluso en los propios emperadores". A decir de Biondo BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, cit., pp. 127 y 133, el concubinato mientras fue una institución no regulada jurídicamente, permite una poligamia de hecho, en el mismo sentido, Antonio MOSTAZA, "La iglesia española y el concubinato hasta el siglo X", en *Anthologia Annua* VI (1958), 183-230, p. 186, no les falta razón desde un punto de vista metajurídico, pero si la vista se fija en consideraciones no "alegales" el principio monogámico subyace puesto que la única estructura conyugal relevante es la matrimonial, así Max KASER, *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt*, München: C.H. Beck, 1971, p. 270. Muy acertadamente afirma Fritz SCHULZ, *Principios...*, cit., p. 97, que el concubinato es una construcción artificiosa de la legislación augustea.

emperador Constantino<sup>117</sup> quien estigmatiza a la mujer concubina y a sus hijos, prohibiendo liberalidades a favor de todos ellos, castiga con la infamia y con la pérdida de ciudadanía a los padres de alto rango que, teniendo descendencia con mujeres de clase social baja, intentaran legitimar -incluso adoptar- a esos descendientes<sup>118</sup>, (Valentiniano,

---

<sup>117</sup> Se especula que el sentido de la legislación constantiniana está influido por la condición jurídica de su madre, Helena, así como de Minervina y Fausta, sus parejas “oficiales”. En ese sentido *vid.* José Luis CAÑIZAR PALACIOS, “Entre *uxor*, *mater* y concubina. Semblanza e identidad del emperador Constantino en la legislación tardoimperial”, en *Gerion* 33 (2015) 167-190, pp. 183ss. Entre otros, Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, “El concubinato en la experiencia jurídica romana”, en José M<sup>a</sup> Castán Vázquez *et alt.* (coords.) *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al prof. Dr. José María Díaz Moreno*, S.J. Universidad Pontificia de Comillas, 2000, 1459-1478, p. 1474, describe una pertinaz lucha contra el concubinato por parte de Constantino.

<sup>118</sup> CTh. 4.6.2- *...ri fecit vel si ipsorum nomine comparavit, totum legitima suboles recipiat. quod si non sint filii legitimi nec frater consanguineus aut soror aut pater, totum fisci viribus vindicetur. itaque liciniani etiam filio, qui per rescriptum sanctissimum dignitatis culmen ascendit, omnis substantia auferatur et secundum hanc legem fisco adiudicetur, ipso verberato compedibus vinciendo, ad suae originis primordia redigendo* (a. 336). Y el texto siguiente CTh. 4.6.3.- *Idem a. ad Gregorium.- Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel quinquennialitas vel flamonii vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et peregrinos a romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive romana facta seu latina, vel scaenica vel scaenicae filia, vel ex tabernaria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti,*

Valente y Graciano moderarán unos años después esta prohibición permitiendo legados de poco valor del padre a los hijos y a la concubina (C.Th. 4.6.4-). El hecho de la misma regulación del concubinato, aunque quizá fuera para erradicarlo o, por lo menos, para evitar que esta estructura de pareja tuviera lugar entre varones de alta clase social con mujeres humildes, se configura al tiempo como punto de partida para su inclusión en el sistema jurídico y establece las bases para la futura equiparación entre concubinato y matrimonio. Hay que considerar, además, que la legislación constantiniana, influida muy probablemente por los obispos cristianos de la corte imperial, entre otras cuestiones se

---

*ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri. sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione collatum, etiam hoc retractum reddi praecipimus: ipsas etiam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, si quid quaeritur vel commendatum dicitur, quod his reddendum est, quibus iussimus, aut fisco nostro, tormentis subici iubemus. sive itaque per ipsum donatum est qui pater dicitur vel per alium sive per suppositam personam sive ab eo emptum vel ab alio sive ipsorum nomine comparatum, statim retractum reddatur quibus iussimus, aut, si non existunt, fisci viribus vindicetur. Quod si existentes et in praesentia rerum constituti agere noluerint pacto vel iureiurando exclusi, totum sine mora fiscus invadat. Quibus tacentibus et dissimulantibus a defensione fiscali duum mensuum tempora limitentur, intra quae si non retraxerint vel propter retrahendum rectorem provinciae interpellaverint, quidquid talibus filiis vel uxoribus liberalitas impura contulerit, fiscus noster invadat, donatas vel commendatas res sub poena quadrupli severa quaestione perquirens. Licinniani autem filius, qui fugiens comprehensus est, compedibus vinctus ad gynaecei carthaginis ministerium deputetur (a. 336). Esta constitución fue recogida posteriormente en C. 5.27.5 por el emperador Zenón y más tarde también por Justiniano en C. 5.27.12.3.*

dirige a derogar las leyes augusteas dirigidas al fomento de la natalidad<sup>119</sup>. En efecto, Constantino parece tajante al afirmar que constante matrimonio *concupinam penes se habere*<sup>120</sup>, esto es, no se puede tener simultáneamente mujer y concubina. ¿Significa ello que en tiempos precedentes era común tener esposa y concubinas? Como hemos visto, no puede generalizarse, pero sí parece una costumbre admitida que quizá por la influencia de la nueva moral cristiana el emperador comienza a limitar y diferenciar. En cuanto a la extensión de la prohibición, parte de la doctrina aboga por considerar la prohibición estricta y general de concurrencia de matrimonio y concubinato<sup>121</sup>,

---

<sup>119</sup> CTh.8.16.1.- Imp. Constantinus a. ad populum. *Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur adque ita vivoant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus imposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus. Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas* (a. 320).

<sup>120</sup> C. 5.26.1 Imperator Constantinus A. ad populum- *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concupinam penes se habere* (a. 320).

<sup>121</sup> Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Vol. 1, *Diritto di famiglia*, Milano: Giuffrè, 1963, p. 324; Carlo CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, cit., pp. 150ss; Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, cit., pp. 279ss; Susan TREGGIARI, "Concupinae", en *Papers of the British School at Rome*, 49 (1981), 59-81, pp. 77ss. Joëlle BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4e-7e siècle) I. Le droit impériale*, París: De Boccard, 1990, p. 172, sostiene que puesto que la propia noción de concubinato

mientras que otra aboga porque esa prohibición no fue tan global y se dirigió, en principio, a prohibir la concurrencia de esposa y concubina en la misma casa<sup>122</sup>. Quizá ni un extremo ni el otro, Constantino posiblemente sí tuvo la intención de prohibir la simultaneidad de matrimonio y concubinato de manera general, sin mayor consideración, puesto que así puede pasar sutilmente por encima de relaciones extramatrimoniales e incluso, “extraconcubinarias” fuera del hogar familiar del varón. Lo que está claro, independientemente de cuál hubiera sido el régimen en el pasado, es que se salva el carácter monogámico de estas relaciones, tanto del matrimonio (que siempre lo fue y lo seguirá siendo), como de aquellas relaciones que se configuran como concubinato, a partir de entonces con carta de naturaleza jurídica<sup>123</sup>. Es más, Constantino al derogar las leyes augusteas que

---

representa una vida en común en un mismo lugar, la prohibición de esa vida en común lleva implícita la prohibición de concurrencia en general de matrimonio y concubinato. Pero para llevar una vida en común, como bien afirma Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali...”, *cit.*, p. 182, no hace falta habitar en el mismo lugar.

<sup>122</sup> Silvio PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, rist. dell’ediz. del 1928 a cura di Luigi Capogrossi Colognesi) Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 2002, p. 372; Rafael DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1989, p. 71; Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, “El concubinato...”, *cit.*, p. 1474; Carla FAYER, *La familia romana...*, *cit.*, p. 30.

<sup>123</sup> Como resume Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio...*, *cit.*, p. 50, incluso más allá de lo estrictamente jurídico, para el Derecho Romano y para la

afectaban a los célibes, acaba también con la idea de sabotaje a la aristocracia que contenían dichas normas; en ese momento la competición ya no está, como a comienzos del principado, entre de las poderosas familias aristocráticas y el emperador, sino dentro de las propias familias (la aristocracia ya se ha desmembrado y el Imperio es demasiado grande) en el sentido en se persigue que la sucesión y, por tanto, el patrimonio, se reparta de la manera más equitativamente posible entre todos los descendientes<sup>124</sup>.

A partir del período postclásico, el concubinato comienza a tener efectos jurídicos que cristalizarán con Justiniano, quien lo conforma a imitación del matrimonio, aunque con consecuencias jurídicas diversas, puesto que sigue sin ser requisito la *affetio maritalis* y los descendientes de esa unión siguen siendo ilegítimos.

Justiniano elimina la diferencia entre mujeres *honestae* y *non honestae*<sup>125</sup>, en concreto se puede tener una relación de concubinato con una mujer ingenua y honesta a tenor de D. 25.7.3pr<sup>126</sup>, con la única condición de

---

sociedad romana el matrimonio ideal, en nuestro caso, la estructura conyugal ideal es la monogámica.

<sup>124</sup> Laura BETZIG, "Roman Monogamy", *cit.*, p. 377.

<sup>125</sup> Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, *cit.*, p. 280.

<sup>126</sup> D. 25.7.3pr (Marcianus 12 inst.).- *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. Sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* En el mismo sentido C. 5.4.8.

que se declare públicamente<sup>127</sup>, entendemos que, entre otras cosas, para que la relación no fuera tenida como estupro si la relación tenía lugar con una mujer soltera y libre de nacimiento. El concubinato ya no se relaciona con determinado tipo de mujer, basta con que se manifieste la voluntad de que la relación sea tal -D. 23.2.24<sup>128</sup>, D. 25.7.4<sup>129</sup> y Pauli Sent. 2.20.1<sup>130</sup>-, en definitiva, si puede haber matrimonio, también puede haber concubinato, todo depende de la voluntad de las personas que

---

<sup>127</sup> Teniendo en cuenta, además, que declarando el concubinato, se evitara la confusión con un verdadero matrimonio, cosa que iría en contra del principio monogámico -D. 48.5.14pr-, *vid.* en este sentido Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio...*, *cit.*, p. 52. Afirma Salvatore A. CRISTALDI, “Unioni non matrimoniali...”, *cit.*, p. 188, que, en la época clásica, la única relación que podía tenerse con una mujer honesta era el matrimonio, cualquier relación diferente se calificaba de *stuprum*. Ahora Justiniano admite que puede mantenerse con una mujer honesta relaciones en contextos no matrimoniales y exentas de la pena de *stuprum* -D. 48.5.35pr (Modestinus 1 reg.)- *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*, y recordemos que es la voluntad de las partes la que determina si hay matrimonio o concubinato.

<sup>128</sup> D. 23.2.24 (Modestinus 1 reg.)- *In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.*

<sup>129</sup> Que recordamos: D. 25.7.4 (Paulus 19 resp.)- *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.*

<sup>130</sup> *Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.*

mantienen la relación que, sea cual sea, es monógama<sup>131</sup>. La clave es C. 7.15.3.2 Imperator Justinianus A. Ioanni P.P.- [...] *Hominibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere nec antiqua iure nec nostra concedunt* (a. 531); en el texto Justiniano declara la incompatibilidad entre el matrimonio y el concubinato, el recurso de la cita al antiguo Derecho (*antiqua iura*) que recoge igualmente la prohibición, parece que debe entenderse hecha al Derecho de los emperadores a partir de Constantino<sup>132</sup>, sin embargo, quizá el sentido es el de concluir y poner fin a una situación que quizá era frecuente a pesar de la prohibición constantiniana<sup>133</sup>. Sin duda, es Justiniano, el que integra de manera clara el principio monogámico como clave jurídica en

---

<sup>131</sup> Vid. Pietro BONFANTE, "Nota sulla riforma giustiniana del concubinato", en *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo: Castiglia 1925, 281-286.

<sup>132</sup> En este sentido Biondo BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, cit., p. 134, esencialmente porque en las épocas anteriores el Derecho no vetaba literalmente al hombre casado la posibilidad de tener concubinas. Como afirma Susan TREGGIARI, "Concubinae", cit., p. 77, está claro que el concubinato no es una institución de naturaleza jurídica, quizá la expresión *antiqua iura* puede extenderse hasta el principado.

<sup>133</sup> Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali...", cit., 189; igualmente señala el autor (p. 191), que la unión a través del concubinato descansa en la libertad de las personas es vista como una alternativa peligrosa que no va a permitirse por los emperadores bizantinos, en concreto, León VI abole el concubinato asimilándolo al estupro y atribuyéndole penas corporales.

el concubinato<sup>134</sup>, esto es, prohíbe literalmente la posibilidad de tener más de una concubina, y así lo recoge en la Nov. 18.5: [...] *Sicut enim quis legitimae uxori coiunctus alias superinducere non poterit matrimonio consistente, et ex eis legitime filios procreare, sic neque post cognitam, quemadmodum diximus, concubinam et ex illa filios dabimus, si aliud opus libidinis egerit, etiam hoc ad successionem eius introduci, si mortuus fuerit intestatus. Nam si hoc non constituimus, indiscretae erunt mulieres, quam magis, aut quam minus amaverint, indiscreti etiam filii, et nos non praebemus luxuriantibus, sed caste viventibus legem [...]*. De manera similar en la Nov. 89.12.5: [...] *Sicut enim si quis legitimae copulatur uxori, alias superinducere non poterit matrimonio consistente, et ex his legitimos procreare, ita neque post agnitam quo diximus modo concubinam et ex illa filios dabimus, si etiam aliquod opus libidinis aliud fecerit, etiam hoc ad successionem eius introduci, si mortuus fuerit intestatus. Nam si hoc non sanciverimus, indiscreta quidem erunt, quae mulierum sunt, quam potius aut quam minus amaverit, indiscreta quidem et quae filiorum sunt, et nos non damus luxuriantibus, sed pudicis legem [...]*. En conclusión, matrimonio y concubinato, ahora ya con régimen jurídico, son estructuras conyugales monógamas.

---

<sup>134</sup> En palabras de John WITTE, Jr., *The western case of monogamy... cit.*, p. 103, el Derecho Romano extendió el principio monogámico al concubinato, es decir, en ese momento fuerza a escoger entre una concubina o una esposa, no pueden tenerse las dos, el cristianismo fue más allá, denunció el concubinato obligando a escoger entre el matrimonio o el celibato.

### 2.3 Sobre la poliandria

El principio monogámico que se extiende en el caso de la mujer romana virtuosa incluso a no contraer ulteriores nupcias si enviuda ponderando siempre muy favorablemente ser *univira*, está basado en la concepción patriarcal y patrilineal de la familia romana en la que la mujer, por principio, ha de ser honesta y casta. Valerio Máximo elogia la  *pudicitia* de la mujer también durante la viudez (4.3.3<sup>135</sup>) y critica la celebración de matrimonios sucesivos (2.1.3<sup>136</sup>), es más, jurídicamente se prohíbe la celebración de segundas o ulteriores nupcias durante el tiempo de luto (C. 1.11, C. 3.2, C. 5.9.2).

En efecto, como afirma Rodríguez González<sup>137</sup>, la mayoría de los estudios sobre las mujeres romanas las configuran desde sus funciones tradicionales de madres y esposas, son estas las que describen su devenir vital y su posición social y jurídica, sin tener en cuenta que estas funciones lo son en tanto descritas y propiciadas por los varones que las acompañan y que dibujan su universo femenino. Es más, en la mayoría de ocasiones se ponderan casi exclusivamente nombres célebres de mujeres virtuosas que sirven para ofrecer a sus congéneres en el mundo

---

<sup>135</sup> En referencia a Antonia la Menor, esposa de Druso el Mayor.

<sup>136</sup> *Quae uno contentae matrimonio fuerant corona pudicitiae honorabantur: existimabant enim eum praecipue matronae sincera fide incorruptum esse animum, qui depositae uirginitatis cubile [in publicum] egredi nesciret, multorum matrimoniorum experientiam quasi legitimae cuiusdam intemperantiae signum esse credentes.*

<sup>137</sup> Ana M<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "La mujer y el Derecho Romano...", *cit.*, p. 109.

romano muestra de vidas ejemplares o, en tiempos actuales, se recogen y estudian relatos biográficos de otras mujeres quizá no tan ejemplares, pero sí transgresoras y emancipadas respecto a su condición y, por tanto, lideresas de la independencia femenina. Se trata, además, de féminas que, normalmente, en uno y otro caso, formaban parte de la élite social y que, sin duda, son reflejo de su tiempo y evidentemente prueba del momento que les tocó vivir, pero que quizá no sirven para conocer mejor cuál fue la vida real y cotidiana de las mujeres romanas anónimas y desconocidas y hasta dónde fueron eficaces las normas jurídicas en la práctica.

El ideal romano de mujer virtuosa<sup>138</sup> y, en lo que nos interesa, la mujer romana *univira* es el que se verifica en las fuentes literarias y epigráficas<sup>139</sup> y así son elogiadas mujeres como Claudia Rufina<sup>140</sup>, descrita como una esposa fecunda (madre de tres hijos) que había estado casada siempre con el mismo marido, la bella Lucrecia<sup>141</sup>, esposa del noble Colatino, Virginia, muerta a manos de su padre al considerar más importante la virtud que la vida, Cornelia<sup>142</sup>, la matrona romana por excelencia. Son estas mujeres célebres el ejemplo a seguir, fuera del que proporcionan, quizá a modo de lo que “no debe ser” otras pocas mujeres

---

<sup>138</sup> Vid. Amelia CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas*, Madrid: Tecnos, 1993.

<sup>139</sup> En las inscripciones funerarias es común hallar el calificativo de *univira* como elogio de la mujer a quien se dedica el epitafio.

<sup>140</sup> Mart. *Epig.* 11.53.

<sup>141</sup> Liv. *Hist.* I.57.4-11 y I.58.

<sup>142</sup> Sen. *ad Marc.* 16.3.

famosas que no siguieron estos cánones, entre otras: Julia<sup>143</sup>, la propia hija de Augusto; Mesalina<sup>144</sup>, la esposa del emperador Claudio; Faustina la Menor<sup>145</sup>, esposa de Marco Aurelio, a la que se atribuyen numerosos amantes.

Pero al lado de estas mujeres, como hemos visto con el ejemplo de las que pertenecen a la alta clase social, existen referencias a otras no tan virtuosas que son reales, cotidianas, anónimas y que delatan que existe presencia femenina más allá de las esposas y de las madres de la alta aristocracia. Hay mujeres que con o sin varón se dedican al mundo de los negocios, participan en las decisiones políticas y en la vida social y que, muy posiblemente, por no llevar vidas tan ejemplares, su devenir no es elogiado o relatado por los varones y, de serlo, lo es en tono de cierta reprobación general, sobre todo porque su estatus corre el peligro de definirse fuera de la relación con lo masculino y de la función jurídica que corresponde a cada uno de los sexos, puesto que la de la mujer, de una forma simplista, se vincula, por principio, a la que cumple en el matrimonio monogámico y se la reconoce solo desde esa perspectiva.

---

<sup>143</sup> Sen. *Benef.* 6.32.1.

<sup>144</sup> Iuv. 6.115-132.

<sup>145</sup> H. A. Marc. Aurel. 29, 1: *Crimini ei datum est, quod adulteros uxoris promoverit, Tertullum et Tutilium et Orfitum et Moderatum, ad varios honores, cum Tertullum et prandentem cum uxore deprehenderit.*

Pero sin duda, hay mujeres romanas infieles a sus esposos como relata Marcial, (Mart. *Epig.*, 6.31<sup>146</sup>) con esclavos o con sus médicos, sin que desde la concepción poligínica del matrimonio romano se haya planteado en tal caso una posible poliandria que atentaría, de considerarse, contra el principio monogámico, definido por la poliginia, no por la poliandria.

Es curioso el relato sobre Ummidia Quadratilla, una anciana matrona (parece que sobrepasó los 80 años) que siempre se hacía acompañar de un séquito de pantomimos, a ella alude Plinio, *Epist.* 7.34.1-5<sup>147</sup>, precisamente Plinio el Joven fue tutor del nieto de Ummidia, como nos cuenta en carta que el propio Plinio le escribió a su amigo Geminio, en

---

<sup>146</sup> *Vxorem, Charideme, tuam scis ipse sinisque a medico futui: uis sine febre mori*, donde las palabras finales, de manera sarcástica, sugieren una muerte por envenenamiento.

<sup>147</sup> 1. *Ummidia Quadratilla paulo minus octogesimo aetatis anno decessit usque ad novissimam valetudinem viridis, atque etiam ultra matronalem modum compacto corpore et robusto.* 2. *Decessit honestissimo testamento: reliquit heredes ex besse nepotem, ex tertia parte neptem. Neptem parum novi, nepotem familiarissime diligo, adulescentem singularem nec iis tantum, quos sanguine attingit, inter propinquos amandum.* 3. *Ac primum conspicuus forma omnes sermones malignorum et puer et iuvenis evasit, intra quartum et vicensimum annum maritus, et si deus adnuisset pater. Vixit in contubernio aviae delicatae severissime, et tamen obsequentissime.* 4. *Habebat illa pantomimos fovebatque, effusius quam principi feminae convenit. Hos Quadratus non in theatro, non domi spectabat, nec illa exigebat.* 5. *Audivi ipsam cum mihi commendaret nepotis sui studia, solere se, ut feminam in illo otio sexus, laxare animum lusu calculorum, solere spectare pantomimos suos, sed cum factura esset alterutrum, semper se nepoti suo praecepisse abiret studeretque; quod mihi non amore eius magis facere quam reverentia videbatur.*

ella nos relata, además del episodio sobre su vida con los pantomimos, que no correspondía a los cánones de una honesta matrona romana - *Habebat illa pantomimos fovebatque, effusius quam principi feminae convenit*, que otorgó testamento en favor de sus nietos, en particular, dos tercios de su herencia para su nieto y un tercio para su nieta, es decir, una mujer de clase media alta<sup>148</sup>, con patrimonio, con *testamentifactio* y que no deja a su nieta sin herencia (aunque mejore al nieto), es decir, una mujer emancipada.

La liberta Allia Potestas<sup>149</sup> convivía con dos amantes, tal y como figura en su epitafio, CIL VI 37965: *DIS MANIB(US) / ALLIAE A(ULI) L(IBERTAE) POTESTATIS [...] HAEC DUO DUM VIXIT IUVENES ITA REXIT AMANTES / EXEMPLO UT FIERENT SIMILES PYLADISQUE ET ORESTAE / UNA DOMUS CAPIEBAT EOS UNUSQUE ET SPIRITUS ILLIS [...]*. Allia Potestas es conmemorada por su patrono y también amante, con una extensa dedicatoria que ensalza sus cualidades, que no son las típicas de una matrona romana, y también su sensual belleza; parte de la doctrina cree que podría tratarse de una parodia de textos funerarios que, comúnmente, alababan precisamente

---

<sup>148</sup> Hija de Gaio Ummidio Durmio Quadrato (fallecido en Siria en el 60 d.C.), cuestor en la época de Augusto, procónsul en Siria y otras regiones del Imperio, y ejerció varios cargos bajo los emperadores Tiberio, Calígula, Claudio y Nerón. Vid. Fernando SIDONIO, "Ummidia Quadratilla", en *Studi Cassinati*, abril-junio (2008), 84-86, p. 84.

<sup>149</sup> Se trata de un epitafio hallado en Roma en 1912 que recoge la relativamente extensa *laudatio* de una mujer liberta que vivió entre los siglos I y IV d.C.

los rasgos femeninos opuestos a los que alude la *laudatio*<sup>150</sup>, dedicada a una mujer que opta no solo por no contraer matrimonio, sino por mantener relaciones poliándricas.

En cuanto a matrimonios sucesivos que, además, incorporan el principio romano de que la finalidad esencial del matrimonio es aportar descendencia, es notorio el caso de Marcia, la esposa de Catón, que fue “prestada” por este a su amigo Hortensio<sup>151</sup>. Este supuesto describe muy

---

<sup>150</sup> Sucesivamente a su descubrimiento vid. Paolo FOSSATARO, “Qualche altra osservazione e proposta sull'epitaffio di Allia Potestas”, en *Athenaeum* 2 (1914) 330-334. Giunio RIZZELLI “Il dibattito sulle ll. 28-29 dell'elogio di "Allia Potestas", en *Studia et documenta historiae et iuris*, 61 (1995) 623-655, afirma que se trata de una “unione prevalentemente voluttuaria e di carattere poliandrico”. En sentido similar: Evelyn HÖBENREICH, “Nicht leichter als Frau. Über das Gewicht des römischen Rechts”, en Irmtraud Fischer – Christoph Hail (eds.) *Geschlechterverhältnisse und Macht: Lebensformen in der Zeit des frühen Christentums*, Münster: LIT Verlag, 2010, 54-77, p. 66.

<sup>151</sup> Plutarco, *Cat. Min.* 25.3-9 y Lucano, *Phars.* II.331. Absolutamente sugerente es la propuesta de Patricia PANERO ORIA, “Precedentes de la gestación por sustitución”, en Antonio do Santos Justo (Coord.) *A locatio-conductio. Influência nos direitos actuais: Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018, 787-795, p. 790ss, quien en la cesión de Marcia por parte de su esposo Catón a su amigo Hortensio, mediando evidentemente, divorcio, a los efectos de que Marcia contrajera matrimonio con Hortensio y le diera descendientes. Así ocurre y a la muerte de Hortensio, Marcia vuelve a contraer matrimonio con Catón habiendo sucedido, además, a Hortensio. Abunda la autora en el dato de que, si no hubiera mediado matrimonio entre Marcia

bien la conceptualización de la familia aristocrática de finales de la República, momento en que el divorcio se había generalizado y se había convertido en un instrumento a disposición de las estrategias de alianzas familiares que proporcionan beneficio político y satisfacción de intereses privados como, en el caso que nos ocupa, la sucesión.

En general, las segundas y posteriores nupcias, sobre todo a partir del período republicano, son frecuentes en Roma<sup>152</sup>. Son muchas las fuentes literarias que recogen esta circunstancia, entre otros, Séneca, *de Benef.* 3.16.2<sup>153</sup> y también *Iuv. Sat.* 6.229-230<sup>154</sup>, que aluden a mujeres romanas de elevada clase social que cuentan su edad por el número de divorcios y no por la dedicatoria anual a los cónsules. Marcial (6.7.4-5)<sup>155</sup> alude a

---

y Hortensio, estaríamos ante una “cesión de un óvulo y un vientre” que proporciona descendencia.

<sup>152</sup> Michel HUMBER, *Le remariage...*, cit. pp. 80ss, que alude al ejemplo ofrecido por la aristocracia cuando persigue favores políticos a través de alianzas matrimoniales o del divorcio. A pesar de que la viuda *univira* ha sido objeto de elogio y muy posiblemente las leyes matrimoniales de Augusto no gustaron a una aristocracia que veía cómo con los segundos matrimonios de sus viudas el patrimonio de una stirpe podía ir a parar a manos ajenas, vid. Laura BETZIG, “Roman Monogamy”, *cit.*, p. 365.

<sup>153</sup> *Numquid iam ulla repudio erubescit, postquam inlustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii? [...].*

<sup>154</sup> *Sic crescit numerus, sic fiunt octo mariti /quinque per autumnos, titulo res digna sepulcri.*

<sup>155</sup> *[...] et nubit decimo iam Telesilla viro. / Quae nubit totiens, non nubit: adultera lege est.*

Telesilla, a quien califica de adúltera según el Derecho puesto que había contraído matrimonio diez veces en un breve lapso de tiempo.

Pero nunca las relaciones que una mujer pueda tener con varios varones al mismo tiempo atentarán contra el principio monogámico, dado que la configuración de las estructuras conyugales, desde un punto de vista jurídico y en cuanto respecta a este principio, se concretan desde el punto de vista del varón.

#### 2.4. El castigo de la bigamia

Albertario<sup>156</sup> destaca que es a partir del período postclásico cuando, desde un punto de vista jurídico, el matrimonio es un *pactum*, un *foedus*, y solo entonces, cuando el efectivo matrimonio descansa en la necesidad de verificación del consentimiento inicial sin necesidad de que este sea manifiestamente constante, es posible configurar el ilícito de bigamia castigándose con penas muy graves la existencia simultánea de dos matrimonios entre los que no mediara un divorcio que extinguiera el primer matrimonio<sup>157</sup>. El ilícito de bigamia, desconocido en la época

---

<sup>156</sup> Emilio ALBERTARIO, "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino", en *Studi di Diritto Romano I*, Milano: Giuffrè, 1933, 231-247, p. 231. En relación a las posiciones doctrinales sobre el consentimiento continuo o inicial en el matrimonio romano *vid.*, Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, *cit.*, pp. 120ss.

<sup>157</sup> Edoardo VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Jesús Daza Martínez, Madrid: Civitas, 1986, p. 648, quien afirma que "en el Derecho postclásico,

clásica, será figura autónoma en el período postclásico como consecuencia del nuevo concepto de matrimonio, en el que *consensus* y *affectio* indican la voluntad inicial de los cónyuges, circunstancia que permite reconocer el delito y que se llegue en Derecho postclásico a castigar con penas muy severas a quien, sin previo divorcio, constituya un segundo vínculo conyugal con otra persona<sup>158</sup>. La idea de

---

se castiga, en efecto con penas muy graves a aquel que, sin haber hecho un divorcio jurídicamente válido y, por tanto, mientras todavía está unido en un matrimonio, constituye un segundo vínculo conyugal con otra persona. La configuración de este nuevo delito presupone necesariamente que el matrimonio se concibe como basado en un consentimiento inicial y que persiste independientemente de que persevere la voluntad recíproca de los cónyuges”. Afirma acertadamente Alfonso CASTRO SÁENZ, “Consentimiento y consorcio...”, *cit.*, p. 112, que “en sentido estricto, solo cabe bigamia en el mundo romano cuando el contrayente *quiere* estar casado simultáneamente con dos personas distintas y no cuando, además, cumple con las formalidades concretas exigidas”, esta afirmación es totalmente válida hasta el momento en que en Roma el consentimiento inicial configura el matrimonio sin necesidad de sumar la voluntad constante.

<sup>158</sup> Concluimos con Àlex LLINARES PLANELLS, “Una aproximació microhistòrica a la bigàmia femenina en el Regne de València”, en *SCRIPTA, Revista internacional de literatura i cultura medieval i moderna*, 13 (junio 2019) 159-174, pp. 160-161, que probar la poligamia (o la bigamia) es siempre dificultoso, sirva de ejemplo lo expuesto respecto a supuestos de mujeres bigamas en el Reino de Valencia en particular y a la bigamia en general, en cuanto a que en los procesos penales por bigamia el principal problema se encuentra en la prueba del matrimonio anterior, concluye el autor que teniendo en cuenta la falta de organización de la iglesia para regular los matrimonios propicia la existencia de matrimonios clandestinos o *a iuras*, es decir,

matrimonio definido por el consentimiento inicial de los esposos se impone<sup>159</sup>.

Desde un punto de vista doctrinal, Ferrini<sup>160</sup> afirma que la bigamia se halla implícita en el contexto del delito de adulterio y la penalidad, por tanto, sería la que conlleva el propio adulterio. Mommsen<sup>161</sup> defiende que fueron los emperadores Diocleciano y Maximiano (particularmente, C. 5.5.2, que analizaremos a continuación) quienes configuran la bigamia como delito independiente con la finalidad de acabar con algunas situaciones polígamas permitidas por el Derecho municipal de algunos territorios del Imperio<sup>162</sup>, muy probablemente, en las provincias

---

matrimonios realizados por acuerdo de las partes y sin testigos y, por tanto, no registrados que impedía, en origen, la apertura de procedimiento a los acusados fuera de concretos casos excepcionales

<sup>159</sup> Justo GARCÍA SÁNCHEZ, “El Derecho Romano en un supuesto de bigamia, fechado en 1639”, en *Temas de direito privado: uma homenagem ao professor Agerson Tabosa*, coord. F. dos Reis Barroso, *Edição Especial da Revista Jurídica da FA7*, vol. VII, n. 1º (abril 2010) 381-392, p. 383.

<sup>160</sup> Contardo FERRINI, “Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano”, en *Enciclopedia Pessina VI*, Milano: Società editrice libraria, 1904-13, p. 368.

<sup>161</sup> Theodor MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 701.

<sup>162</sup> Al respecto *vid.* Genaro FRANCIOSI, *Clan gentilizio...*, cit., pp. 180ss, quien abunda en que posiblemente la prohibición fuera deudora de prácticas tales como el sororato o el levirato de las provincias orientales como se desprende más concretamente de C. 5.5.5, problema que ya venía planteado por el impacto de la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. que al extender la ciudadanía romana habría creado un conflicto entre el Derecho imperial y las costumbres locales.

orientales la poliginia sería una realidad, de hecho, San Agustín, *De nuptiis et concupiscentia* 1.10, justifica la poliginia de los antiguos patriarcas bíblicos porque tener varias mujeres amplía en todo caso el número de descendientes<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> En efecto, la poliginia desde antiguo se recoge en fuentes bíblicas (Dt. 25.15.25ss y Gen. 4.19) y cuando la falta de descendencia del primer matrimonio justifica el segundo. En este sentido *vid.* Edoardo VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna: N. Zanichelli, 1937, pp. 120-121. En sentido similar el mismo Edoardo VOLTERRA, "Per la storia del reato di bigamia in Diritto Romano", en *Studi in memoria di Umberto Rati*, Milano: Giuffrè, 1934, 387-447, p. 434. Como afirma Miguel E. DE CARMONA, *La bigamia, cit.*, p. 77, "el matrimonio romano, fuertemente monógamo, y el concepto romano de la Ley y del Derecho, tenían que derivar naturalmente a la represión como delito de un hecho contrario a las bases mismas de la institución matrimonial romana".

Son sendas constituciones, una constitución de Valeriano y Galieno del 258 -C. 9.9.18<sup>164</sup>-, y otra de Diocleciano y Maximiano del 285 -C. 5.5.2<sup>165</sup>-, que reiteran el contenido del edicto pretorio, las que introducen el delito de bigamia, prohibiendo la poligamia practicada en algunas regiones del Imperio Romano de Oriente<sup>166</sup>, afirmando que dicha

---

<sup>164</sup> C. 9.9.18. Imperatores Valer., Gallien. A. Theodoraē- *Eum qui duas simul habuit uxores sine dubitatione comitatur infamia. In ea namque re non iuris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitur. Verumtamen ei, qui te ficto caelibatu, cum aliam matrem familias in provincia reliquisset, sollicitavit ad nuptias, crimen etiam stupri, a quo tu remota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo sollemniter inferetur. Certe res tuas omnes, quas ab eo interceptas matrimonii simulatione deploras, restitui tibi omni exactionis instantia impetrabis a rectore provinciae: nam ea quidem, quae se tibi ut sponsae daturum promisit, quomodo repetere cum effectu potes quasi sponsa? (a. 258). El edicto del pretor castigaba el delito de infamia con pena pública y nota de infamia tal y como se desprende de D. 3.2.1(Iulianus 1 ad ed.).- *Praetoris verba dicunt: "infamia notatur [...] qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugere, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit"*.*

<sup>165</sup> C. 5.5.2. Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Sebastianae.- *Neminem, qui sub ditione sit romani nominis, binas uxores habere posse vulgo patet, cum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sint. quam rem competens iudex inultam esse non patietur (a. 285).*

<sup>166</sup> Buena prueba ofrece C. 1.9.7 Impppp. Theodosius, Arcadius et Honorius AAA. Infantio, Comiti Orientis.- *Nemo Iudaeorum morem suum in coniunctionibus retinebit nec*

prohibición es aplicable a todos los que tengan la condición de ciudadanos romanos<sup>167</sup>. Llama la atención que ambos rescriptos van dirigidos a mujeres, Teodora y Sebastiana respectivamente, muy posiblemente la consulta de estas encuentra causa en situaciones provocadas por sus esposos que, siguiendo costumbres orientales, pretenderían tener más de una esposa. Diez años después los mismos emperadores publicaron otra ley que prohibía los matrimonios endogámicos entre parientes próximos por consanguinidad (por ejemplo, entre hermanos), o afinidad, que eran frecuentes en Egipto y en el mundo helénico. Los hijos nacidos de estas uniones fueron declarados ilegítimos y sin derecho a heredar de sus padres. Esta disposición dejaba al arbitrio del juzgador la pena a imponer -D. 48.5.11.12- y su tramitación se realizaba *extra ordinem*.

---

*iuxta legem suam nuptias sortiatur nec in diversa sub uno tempore coniugia conveniat* (a. 393), donde los emperadores prohíben que los judíos contraigan matrimonios según su ley que, además, parece que permite situaciones polígamas.

<sup>167</sup> Sobre la aplicación práctica y consecuencias que en el ámbito jurídico tuvo la *Constitutio Antoniniana*: Valerio MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C). Una sintesi*, Torino: Giappichelli, 2009, pp. 144ss. Theodor MOMMSEN, *El Derecho Penal Romano, cit.*, p. 438-439, Diocleciano considera introducir el delito de bigamia con la idea de acabar con la poligamia, situación relativamente frecuente en la que vivían muchos súbditos del Imperio dado que estaba autorizada por el Derecho municipal correspondiente. A decir de Miguel E. DE CARMONA, *La bigamia, cit.*, p. 79, el decreto sirvió de base a la diversidad y arbitrariedad de sanciones durante la Edad Media, puesto que deja al arbitrio del juez la imposición de la pena.

Como requisito indispensable del tipo penal, se consideraba necesario el conocimiento del vínculo matrimonial precedente, el segundo matrimonio, además, se consideraba inválido (así, C. 9.9.18, D. 48.5.12.12 y D. 48.5.44-).

Es en C. 9.9.34<sup>168</sup>, constitución de Honorio y Teodosio del año 421, donde se recoge sin ambages que la celebración de un segundo matrimonio no disuelve el primero, de suerte que solo este es el válido, se necesita disolver la primera unión<sup>169</sup>. En efecto, a decir de Volterra<sup>170</sup>, en el siglo IV se recoge en las fuentes jurídicas el delito de bigamia, es precisamente el momento en el que el sentido del *consensus* entendido como voluntad mantenida y continuada mientras dura el matrimonio, cambia para referirse a la voluntad inicial de los esposos que, una vez manifestada, crea el vínculo conyugal que se mantiene independientemente de la perseverancia en aquella voluntad de los contrayentes y de la comunidad de vida que se extinguirá por el divorcio (voluntad directa

---

<sup>168</sup> C. 9.9.34. Imperatores Honorius et Theodosius AA. Palladio pp.- *Si mulier repudii oblatione sine ulla legitima causa a se dati discesserit, ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus* (a. 421).

<sup>169</sup> Así lo considera también Justo GARCÍA SÁNCHEZ, "El Derecho Romano en un supuesto de bigamia...", *cit.*, p. 383, es el primer testimonio sólido en el que las fuentes jurídicas recogen que el primer matrimonio no se disuelve por contraer un segundo siendo este inválido al no haberle precedido el divorcio.

<sup>170</sup> Edoardo VOLTERRA, *s.v. matrimonio*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1957, p. 322.

y expresada de romper el vínculo matrimonial, sin que valga el rompimiento unilateral del vínculo), o por el fallecimiento<sup>171</sup>.

Justiniano en la Nov. 117.11<sup>172</sup>, agrava la penalidad castigando al bígamo a pena de muerte<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Hugo HANISCH ESPÍNDOLA, "La historia de la doctrina...", *cit.*, p. 46.

<sup>172</sup> Nov. Iust.117.11: *Quod autem a nobis sancitum est de his qui in expeditionibus sunt et in militiis constituti, sive milites sint sive foederati sive scholares sive alii quidam sub alia quacumque militia armata constituti, melius ordinare perspeximus. Et iubemus quantoscumque annos in expedito manserint, sustinere horum uxores, licet nec litteras nec responsum aliquod a suis maritis susceperint. Si qua vero ex huiusmodi mulieribus suum maritum audierit mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias sinimus, nisi huius accesserit mulier per se aut per suos parentes aut per aliam quamcumque personam ad priores numeri et cartularios, in quo huius maritus militabat, et eos seu tribunum, si tamen adest, interrogaverit, si pro veritate mortuus est eius coniux, ut illi sanctis evangeliiis propositis sub gestis monumentorum deponant, si pro veritate vir mortuus est. Et postquam haec gesta monumentorum confecta mulier pro suo testimonio perceperit, etiam post haec iubemus manere eam unius anni spatium, ut etiam post hunc decursum liceat legitimas contrahere nuptias. Si autem praeter haec observationem mulier praesumpserit ad aliud venire matrimonium, et ipsa et qui ducit eam uxorem velut adulteri puniantur. Si autem qui sub gestis monumentorum cum iureiurando testati sunt convincantur etiam postea false deposuisse testimonium, ipsi quidem militia nudati X auri librarum poenam compellentur exsolvere illi quem mentiti sunt mortuum esse, ipse vero licentiam habeat, si voluerit, suam uxorem recipere. Si vero scholaris fuerit ille de cuius morte dubitatio est, a primis scholae et actuario, si autem foederatus, ab optione eius memoratam depositionem accipere eius uxorem. His observandis et circa alios omnes qui in armata militia referuntur.*

<sup>173</sup> En igual sentido, la Paráfrasis de Teófilo a las Instituciones, donde se recoge que la pena de bigamia llegó a ser la capital (Theoph. 1.10.6). Vid. al respecto Gustave

### 3. SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL PRINCIPIO MONOGÁMICO A LA MORAL CRISTIANA Y A LA CONSTRUCCIÓN CANÓNICA DEL MATRIMONIO

El punto de partida es la asunción desde la época postclásica y la verificación en la justiniana de que el consentimiento inicial, sin necesidad de que sea constante, es el elemento que permite hablar de matrimonio<sup>174</sup>, a pesar de que, aun cuando efectivamente supone un cambio radical, ni en las Instituciones ni en las Novelas, Justiniano aporta una explicación expresa sobre el nuevo concepto jurídico del matrimonio ni sobre su estructura, en cualquier caso, conserva el principio clásico del *consensus facit nuptias* con una extensión diferente. Como concluye Miquel<sup>175</sup>, en el matrimonio romano clásico el consentimiento constante hace que cese el matrimonio al producirse una situación de nueva convivencia, la sanción que proporciona es, como máximo, de naturaleza moral (nota censoria), sin que se conciba la

---

HUMBERT. *s.v.* bigamia, en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Charles V. Garamberg -Edmond Salio, T. I, 1ª parte, A-B., Graz: Akademische Druck, 1969, pp. 710-711.

<sup>174</sup> Edoardo VOLTERRA, *La Conception du mariage d'après les juristes romaines*, Padova: La Garangola, 1940, p. 45; también Edoardo VOLTERRA, "Consensus facit nuptias", en AA.VV. *La definizione essenziale giuridica del matrimonio: atti del Colloquio romanisticocanonistico 13-16 marzo 1979*, Roma: Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense, 1980, 44-56.

<sup>175</sup> Joan MIQUEL, *Derecho Privado Romano*, Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 362.

posibilidad de bigamia en sentido jurídico al ser esta imposible al propiciarse el divorcio por la falta de  *affectio maritalis*, así con razón asevera Vega Gutiérrez <sup>176</sup> que en la etapa clásica romana, “la punición de la bigamia atendía más a la protección del estado civil de las personas que al interés por garantizar específicamente la institución jurídico-social de la monogamia”. Será más adelante, cuando el consentimiento inicial sea requisito para contraer matrimonio y el divorcio necesite forma, cuando tendrá la prohibición de la bigamia (y por tanto, de la poligamia) por será considerada ilícito penal.

Será durante los siglos IV y V cuando los autores cristianos elaboren una doctrina propia sobre el matrimonio sirviéndose y adecuando el concepto y los principios jurídicos del matrimonio romano y asumiéndolos como propios<sup>177</sup>, a nuestro entender, estos les fueron extremadamente útiles para conformar la idea de unidad matrimonial que, entre otros, descansa en el principio monogámico que no es

---

<sup>176</sup> Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio...*, cit., p. 146.

<sup>177</sup> Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio...*, cit., pp. 104-105.

creación cristiana, sino romana<sup>178</sup>. En general, Bernárdez<sup>179</sup> define el Derecho matrimonial canónico como el conjunto de normas jurídicas,

---

<sup>178</sup> Como categoría elevada a sacramento, *vid.* S. Lucas, XVI, 18; S. Marco, X, 11; S. Mateo, XIX, 6; S. Pablo, Rom., VII, 1-3; S. Pablo, Cor., VII, 10-11, 39, el matrimonio cristiano es monogámico e indisoluble, pero esta naturaleza, en tanto acción divina que se produce en el ser humano a través de determinado ritual, se desvincula de lo jurídico. En efecto, como afirma Jesús DAZA MARTÍNEZ, “La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano”, en Ramón López Rosa – Felipe J. del Pino Toscano (coords.) *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, 2004, 109-148, p. 121ss, no se encuentra en la voluntad de las personas que lo contraen (sea esta constante o inicial), se encuentra en la voluntad de Dios que descansa en la recíproca manifestación de voluntad de los cónyuges que origina el vínculo conyugal, el cual, una vez formado, es indisoluble y permanece, aunque cese la voluntad recíproca de los esposos, aunque ambos o uno de ellos manifiesten la voluntad de disolver el matrimonio y aunque la condición jurídica de uno de los cónyuges o de los dos, al cambiar, haga cesar el *connubium* entre ellos.

<sup>179</sup> Alberto BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Madrid: Tecnos, 1979, pp. 25-28, el mismo autor (pp. 32-33), determina que las definiciones clásicas sobre el matrimonio romano son el punto de referencia de los canonistas en tanto la concepción romana es la que se recibe en el ordenamiento jurídico eclesiástico –así sucede en las Decretales o en el Decreto de Graciano, particularmente en la C. 27 q. 2 c.2-, al respecto *vid.* entre otros, Rudolf WEINGAND, “Desarrollo y triunfo del principio del consentimiento en el Derecho matrimonial de la iglesia”, en *Revista Española de Derecho Canónico* 47 (1990) 53-67; Nicolás ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, “La formación del vínculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿tan sólo una cuestión histórica?”, en *Ius Canonicum* 53 (2013) 621-654, pp. 629ss.

promulgadas o reconocidas por la Iglesia católica, que regulan el matrimonio de los cristianos en aquellos aspectos relacionados con su significación sobrenatural, aunque claro está, se parte de la tradición jurídica romana y del concepto de matrimonio romano cuyos aspectos civiles fueron absorbidos.

La configuración del impedimento de ligamen es una realidad desde el Concilio de Nicea (325) en toda la época medieval<sup>180</sup> hasta el Concilio de Trento<sup>181</sup> (1573), que quedará integrado como norma jurídica que configura el modelo institucional del matrimonio canónico que, en lo que nos interesa, proclama la monogamia que se integrará en los ordenamientos civiles europeos<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Adhémar ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique I*, Paris: L. Larose et Forcel, 1891, pp. 267-269.

<sup>181</sup> Siguiendo el ruego contenido en la bula del Papa Pío IV -*Benedictus Deus*, de 26 de enero de 1564-, a través de la Real Cédula de 12 de julio de 1564. Vid. Enrique FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia. Las uniones libres, la evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*, Tomo III, Barcelona: Bosch, 1985, p. 499; Bernardino LLORCA, "Aceptación en España de los decretos del Concilio de Trento", en *Estudios Eclesiásticos* 39-nº 150 (1964) 341-360.

<sup>182</sup> Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio...*, cit. p. 174, la autora fundamenta esta afirmación en Arturo Cario JEMOLO, *El matrimonio*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pp. 6-7. Rafael NAVARRO-VALLS, "El modelo matrimonial de la legislación histórica española", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 78 (1990-1991) 205-234. Siguiendo a Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio...*, cit., p. 252, durante la Edad Media, "el ordenamiento canónico fue

---

recogido plenamente en los ordenamientos de los distintos países, teniendo fuerza legal tanto en la Iglesia como en la legislación civil, puesto que la Iglesia no puede asumir la competencia exclusiva en el ámbito matrimonial y ha de compartirla con los ordenamientos civiles, la autora afirma (pp. 172-173) que durante los siglos XI a XVI los teólogos y canonistas elaboran la doctrina matrimonial canónica haciendo de la monogamia un principio fundamental del matrimonio canónico, en particular, en el siglo XVI, el Concilio de Trento configura el modelo institucional del matrimonio canónico que se encuentra en la base de los ordenamientos civiles europeos. Por cuanto al contexto español respecta, en el siglo XI los Concilios que se celebraron en España, concretamente el Concilio de Elna en 1027, el de Compostela en 1060 y el de Gerona en 1068, reconocen la unidad e indisolubilidad del matrimonio, aunque la recepción oficial del Derecho matrimonial canónico se concreta en las Partidas de Alfonso X el Sabio y, al mismo tiempo, en el resto de derechos civiles de los distintos reinos. A través de la Real Cédula de 12 de julio de 1564 proclamada por Felipe II, se introdujeron en el ordenamiento español los cánones del Concilio de Trento sobre la reforma del matrimonio; sobre el tema *vid.* Enrique FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia III. Las uniones libres. La evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*, Barcelona: Bosch, 1985, pp. 356-357 y 499. La unidad y la indisolubilidad del matrimonio se recogen en el Código de Derecho Canónico precedente de 1917, concretamente en el Canon 1013.2 y que hoy día sigue perdurando en el Código de 1983, Canon 1085 del Código canónico de 1983: "Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado. Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente".

#### 4. CONCLUSIONES

Las reflexiones y análisis realizados hasta ahora encontraron uno de sus detonantes en la lectura del trabajo de Valverde Martínez y Carrascosa González<sup>183</sup>. El estudio expone y analiza los criterios de solución empleados por el Tribunal Supremo español para dar respuesta a la cuestión de saber si dos mujeres, viudas de un varón legalmente casado con ambas en Marruecos, pueden ser beneficiarias de la pensión de viudedad generada por su común marido. El caso es relevante porque, por primera vez, el Tribunal Supremo español (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en sentencia de fecha 24 enero 2018, admitió el derecho de una segunda viuda a cobrar la pensión de su cónyuge polígamo y a repartírsela a partes iguales con la primera esposa.

Para tener toda la información sobre el caso se hace necesario volver a los años 50 del siglo XX, una vez más, el presente se explica siempre desde el pasado, aunque este no sea muy remoto. En la década de 1950, un ciudadano marroquí, casado con dos mujeres, sirvió como soldado de segunda en la Compañía Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial española del Sáhara español durante una década y conservaba el DNI bilingüe que expidió España a los saharauis que vivían en las colonias españolas. Tras la finalización de sus servicios, generó un derecho a

---

<sup>183</sup> M<sup>a</sup> José VALVERDE MARTÍNEZ - Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", en Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 10, N<sup>o</sup> 2, (octubre 2018), 718-731.

pensión de retiro con cargo al erario público español. Este ciudadano percibió esta pensión hasta su fallecimiento, que se produjo el 23 enero 2013. El deceso propició que su segunda esposa solicitara una pensión de viudedad que le fue denegada por el Ministerio de Defensa español, puesto que dicha pensión le había sido ya reconocida y la estaba percibiendo su primera esposa.

La determinación de ciudadanía es importante, puesto que, según el Derecho marroquí, la *Mudawana*, -nombre que recibe el Código de Familia-, permite la poligamia (en puridad, solo la poliginia) a pesar de que las últimas reformas dibujan una tendencia a dificultarla o imposibilitarla<sup>184</sup>.

Como se concretaba en las notas introductorias a este trabajo, el ordenamiento jurídico español considera que la poligamia genera una situación de desigualdad entre hombres y mujeres contrario al art. 14 de la Constitución de 1978 en tanto que atenta contra la dignidad constitucional de la mujer, de forma que el Derecho de Familia español está informado por el principio básico de la monogamia matrimonial. Es

---

<sup>184</sup> Se han previsto condiciones para que sea el tribunal el que autorice la poligamia, de forma que es muy difícil -o casi imposible- que tenga lugar. No se autorizará si se teme que se cometa una injusticia entre las esposas o si la esposa estipula esta condición en el pacto matrimonial. La poligamia sólo podrá tener lugar en casos excepcionales (arts. 40 y 46 CF), debiendo el esposo aportar las causas objetivas y excepcionales que la justifican, y tendrá que ir acompañada de una declaración sobre la situación material del solicitante de que puede mantener a ambas familias.

más, el Derecho español no solo no admite la poligamia en sus leyes civiles, sino que constituye un delito prohibido y castigado por el art. 217<sup>185</sup> del Código Penal español. Además, el Derecho español no admite la celebración de un matrimonio poligámico ante autoridades españolas, puesto que la aplicación de la Ley extranjera (que sería la ley nacional del contrayente a tenor del artículo 9.1 del Código Civil) que permite en teoría la celebración de dichos matrimonios, resulta frontalmente contraria al orden público internacional español. Por añadidura, tampoco se admite la validez en España de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir en España el efecto constitutivo de estos matrimonios produce, también, resultados contrarios al orden público internacional español a tenor del artículo 12.3 del Código Civil. Además, el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, establece que es beneficiario de la pensión de viudedad la persona que sea cónyuge supérstite, como se observa, se trata de una norma jurídica concebida para ser aplicada a matrimonios monogámicos, que son los propios del Derecho español, y no sirve para resolver un problema de Derecho internacional privado como el que consiste en la determinación de las beneficiarias de la pensión de viudedad de un matrimonio poligínico, en nuestro caso, de un soldado

---

<sup>185</sup> “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”.

bígamo que sirvió al Ejército español en los antiguos enclaves españoles del Sáhara Occidental.

Sin embargo, la solución que se aplica al caso en cuestión es la del orden público internacional atenuado<sup>186</sup>, es decir, respecto de los matrimonios poligámicos (poligínicos), aunque no se admite su validez en España, sí que se reconocen algunos efectos relativos a filiación, alimentos, pensiones..., en lo que al caso respecta y, en concreto, según el artículo 23 del convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social<sup>187</sup>, “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. Es decir, parece que el Derecho español admite ciertos efectos legales en España de los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países.

Esto significa que la segunda viuda del soldado marroquí polígamo acaba cobrando, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 enero 2018 (núm. 121/2018), por la que, finalmente, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad no sólo a la primera esposa del varón polígamo,

---

<sup>186</sup> *Vid.* sobre la utilidad de la aplicación del orden público internacional atenuado Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2065 (2008) 2351-2378, p. 2369.

<sup>187</sup> Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979, ratificado el 5 de julio de 1982 (BOE 245, de 13 de octubre de 1982).

sino también a la segunda, es decir, el Tribunal Supremo español admite este derecho a la pensión de viudedad como un efecto legal en España del matrimonio que válidamente contrajo el causante conforme a su legislación personal nacional.

La situación de poligamia, en general, provoca que la doctrina y la jurisprudencia de los ordenamientos continentales europeos concluyan con el rechazo del efecto directo del matrimonio polígamo celebrado en el extranjero, aunque le otorgan ciertos efectos en relación a las mujeres y los hijos<sup>188</sup>. Este reconocimiento no es novedoso en el caso español, dado que la poligamia era considerada en el Derecho español para la provincia del Sahara en la Ley de 19 de abril de 1961 sobre régimen jurídico en la provincia de Sahara, en cuya virtud se respetaba el estatuto personal islámico de los naturales de la provincia y admitía, por tanto, el matrimonio polígamo entre ellos.

En todo caso, en el Derecho matrimonial existen determinados límites que los particulares no pueden traspasar puesto que su contravención supondría la nulidad *ipso iure* del matrimonio sin necesidad de declaración judicial<sup>189</sup>, en nuestro caso, ese límite es el principio monogámico cuya eliminación supondría romper dos de los principios

---

<sup>188</sup> Agustín MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico...*, cit., p. 88. M<sup>a</sup> Lourdes LABACA ZABALA "El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 18 (2009), 261-331, pp.266-267

<sup>189</sup> Federico DE CASTRO, *Derecho Civil...*, cit., p. 538.

fundamentales consagrados en las constituciones de los ordenamientos jurídicos occidentales que son la igualdad y la libertad. En los países en los que se reconoce el matrimonio polígamo (poligínico) la libertad de la mujer a la hora de ser esposa o llegar a ser esposa y la igualdad entre los miembros de la relación conyugal sufre una efectiva vulneración, es más, en estos contextos, la poliginia resulta, además, compleja, dado que, a pesar de estar permitida, una buena parte de población opta por la monogamia por varios motivos: no hay suficientes mujeres para que cada varón tenga varias esposas, y la mayoría de varones no tiene capacidad económica suficiente para mantener a más de una, de forma que los matrimonios polígamos se dan en casos de personas con cierto poder adquisitivo<sup>190</sup> y en los que, en todo caso, la posición de las esposas es absolutamente desigual y con probabilidad, pertenecerán a una clase social de menor capacidad socioeconómica.

Parece que esta situación, en lo jurídico, no se daba hace dos milenios, puesto que la monogamia es el principio que informa el sistema matrimonial romano y la adopta el cristianismo, es decir, parece que no

---

<sup>190</sup> Carlos M. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio...*, cit., pp. 86-87. "En la fase antropológica y a través de la evolución que realiza el autor de la institución del matrimonio considera que la misma puede realizarse teniendo en consideración la subsistencia del hombre sobre la tierra. En esta evolución, el autor, hace referencia a la poligamia y considera que para que la misma se produzca se exige, que el hombre tenga medios para subsistir, poder económico y seguridad. Solo el guerrero poderoso o cultivador de ricas tierras, en un mundo relativamente ... puede mantener y proteger a varias hembras ..."

es una aportación novedosa de esta religión a la concepción occidental del matrimonio<sup>191</sup>, sino que fue una constante en toda la etapa romana aunque con fundamento técnico-jurídico diverso.

En otro orden de cosas, mucho se ha escrito sobre la monogamia y sobre las relaciones afectivo-sexuales monógamas desde la biología, la antropología, la filosofía, la sociología, la psicología..., y tantas otras ramas que, en general y haciendo un análisis reduccionista, presentan a la monogamia como un producto del patriarcado más apabullante que contradice la libertad afectivo-sexual de la mujer en sede de igualdad con el varón desde la perspectiva de que esas relaciones polígamas son normalmente poligínicas y no poliándricas. No es esta la sede para argumentar a favor de las relaciones libres y plenas afectivo-

---

<sup>191</sup> Como afirma Rafael NAVARRO-VALLS, *Matrimonio y Derecho*, Madrid: Tecnos, 1994, pp. 22ss, “en la época de Cristo, tampoco el Derecho hebreo planteaba demasiados problemas en este punto, pues la visión monógama implícita en el Cantar de los Cantares había ganado de hecho la partida a los concretos casos descritos en otros libros del Antiguo Testamento relacionados con la poligamia de algunos patriarcas y reyes”. Contundentemente, John WITTE, Jr., *The western case of monogamy... cit.*, p. 103, que afirma que “Christianity adopted these basic Roman Law teachings on monogamy and poligamy”. Con diversa opinión, al afirmar que el matrimonio monógamo occidental sienta sus bases en el cristianismo, M<sup>a</sup> Luisa JORDÁN VILLACAMPO, “Reflexiones en torno al matrimonio polígamo y al matrimonio monógamo”, en *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno, S.J.*, José M<sup>a</sup> Castán Vázquez, Cristina Guzmán Pérez, Teresa M<sup>a</sup> Pérez-Agua López, José M<sup>a</sup> Sánchez García (coords.), Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2000, 137-150, p. 141.

sexualmente hablando, en las que, evidentemente, el principio de igualdad debe imperar. A nuestro entender, cuando se trata del principio monogámico debe trabajarse desde lo jurídico que es o debe ser lo objetivo y, por tanto, el contexto que permite que la protección de los derechos de la mujer en sede de igualdad sea plenamente posible.

Así, el principio monogámico que informa las estructuras conyugales jurídicamente relevantes del Derecho Romano, ha de servir para poner de manifiesto la diferencia entre dichas estructuras conyugales reconocidas por el Derecho y con consecuencias jurídicas, y relaciones sentimentales o si se me permite, emocionales, cuya importancia en otros ámbitos es absolutamente indudable (sociología, psicología, etc...) pero que de intentar reconocerse o influir en lo jurídico provocan un efecto no querido: que la mujer, en función de su ecosistema cultural y social, sufra una múltiple discriminación: que la poligamia reconocida sea exclusivamente la poliginia, que concurra con otras mujeres a la herencia o a beneficios sociales con otras mujeres, cosa que hace que los beneficios mermen al dividirse, que sus hijos e hijas ocupen posiciones jurídicas diferentes, en definitiva, que no pueda elegir libremente su opción de vida.

Desde este contexto, comprender e integrar los principios de las estructuras conyugales del Derecho Romano y seguir su *iter* histórico-jurídico es, quizá, esencial a fin de fortalecer el principio monogámico, al menos como principio jurídico, que informa el actual sistema, puesto que dicho fundamento ofrece las bases tanto de la estructura familiar

privada, como de la ordenación y la gestión de lo público en los Estados Sociales y Democráticos de Derecho.

No en vano, Betzig<sup>192</sup> afirma que en análisis del devenir histórico permite concluir que la poligamia se relaciona con el despotismo mientras que la monogamia con el igualitarismo. Fuera de consideraciones de naturaleza metajurídica, si nos centramos en las relaciones familiares y su concreción y regulación jurídica, no es posible

---

<sup>192</sup> Laura BETZIG “Roman Polygyny”, *cit.*, p. 310. Estimamos necesario puntualizar que esta conclusión de Betzig en cuanto a la equiparación entre monogamia y democracia, y poligamia y despotismo, y la consiguiente duda que plantea la autora sobre cuándo y por qué la poligamia y el despotismo terminan y comienzan la monogamia y la democracia, quizá no permita respuestas generales que contienen argumentos tales como que la monogamia comenzó con el cristianismo, o en la Edad Media bajo la Iglesia Católica como, entre otros, hace Georges DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre; le mariage dans la France féodale*, París: Hachette, 1981; David HERLIHY, *Medieval Households. (Studies in cultura history)*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985, la propia Betzig reconoce que la desigualdad política, económica e incluso reproductiva parece haber caracterizado también a la Europa medieval, la autora concluye que quizá el paso a una sociedad monógama y democrática vino favorecida por el cambio a una economía industrial en Europa en los últimos siglos dado que la desigualdad reproductiva, y la desigualdad económica y política que son requisitos previos, parecen haber disminuido en ese espacio y tiempo. A nuestro entender, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, la monogamia ha sido desde la Antigua Roma una constante, cosa diferente es la poliginia de hecho haya sido, sea y siga siendo una situación más allá del Derecho a la que se le ha dado solución jurídica diferente en sociedades en las que, exista o no -como en Roma- el principio de igualdad conyugal, la esposa es solo una.

afirmar que en Roma el matrimonio partiera y contemplara el principio de igualdad entre esposo y esposa, ello es evidente, pero sí que es plausible concluir que para la sociedad romana la relevancia de lo metajurídico no afecta ni es considerado en el contexto de las relaciones familiares, las estructuras conyugales y la continuidad de la familia y su patrimonio, por tanto, la evidente poligamia de hecho no afecta a la monogamia de derecho. Así, aunque precisamente la sociedad romana no fue una sociedad igualitaria, su Derecho ofreció el principio monogámico propio de sociedades avanzadas y democráticas.

Es más, no se puede analizar la sociedad romana en bloque puesto que su devenir no es idéntico ni uniforme, en cada momento de su historia muy poco tendrán en común las mujeres de la alta sociedad y las de clases populares, muy probablemente, la escasa pero relativamente impactante legislación romana que se inmiscuía en el ámbito privado de la familia y, sobre todo, del matrimonio, no afectaba a las clases sociales más pobres<sup>193</sup>. A ello se suma que las fuentes literarias ofrecen exclusivamente una visión masculina que, además, embellece el pasado y va referida, normalmente, a las clases altas; las fuentes jurídicas no son muy numerosas y las epigráficas quizá recojan en exceso el estereotipo y resulten incompletas, todas son evidentemente útiles, pero hay que

---

<sup>193</sup> Beryl RAWSON, "The roman family", en *The family in Ancient Rome. New perspectives*, Beryl Rawson (Ed.), Ithaca NY: Cornell Universty Press, 1986, 1-57, p. 31.

tratarlas con la necesaria prudencia<sup>194</sup>. Como afirma Rodríguez González<sup>195</sup> a propósito del modelo de mujer romana y, nos atrevemos a decir, de vida familiar en Roma, el tópico no es otro que el creado por una oligarquía dominante con marcada conciencia de grupo, con un sistema de valores propio que no siempre coincide con otros órdenes sociales de condición más modesta, es más, ese grupo social superior es el único que deja constancia de su entorno en la literatura, así los testimonios escritos del resto de órdenes que no disfrutaban de cierto ocio son escasísimos. Los testimonios ofrecidos por ese orden social, parciales como hemos dicho, además hacen que parezca que la Historia haya tenido lugar sin mujeres, como poco, salvo las que son ejemplares o ejemplarizantes, son preteridas, aunque se sabe que están y que su función es básica puesto que los varones romanos necesitaban casarse para tener descendientes legítimos<sup>196</sup>, las justas nupcias son la forma ética y socialmente aceptada para asegurar la sucesión familiar, incluso

---

<sup>194</sup> Guy ACHARD, *La femme a Rome*, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, pp. 4 y 5.

<sup>195</sup> Ana M<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "La mujer y el Derecho Romano...", *cit.*, p. 111.

<sup>196</sup> Sirva de ejemplo el célebre elogio a Turia, de finales del siglo I a.C, recogido en CIL VI 1527, 31670, 37053 (=ILS 8393), donde su esposo en una larga dedicatoria testimonia entre otras cosas que su esposa Turia le ofreció divorcio al no tener descendencia en sus 40 años de matrimonio, cosa que, por amor, rehusó el esposo. *A contrario*: el fin básico del matrimonio fuera de circunstancias no jurídicas, es la continuidad de la familia y del patrimonio.

más allá de que el sucesor fuera o no de su propia sangre (recordemos matrimonios con mujeres embarazadas sin mucho problema<sup>197</sup>).

Y ello es así quizá porque desde un punto de vista privado, se busca la perpetuación de la especie y, desde lo público, el Estado persigue el aumento o el sostenimiento de la población, por eso este interviene con legislaciones que tienden a desincentivar el celibato y, en función de las necesidades, incentivar desde la monogamia los matrimonios sucesivos o incluso la poligamia<sup>198</sup>, pero siempre pensando en estructuras

---

<sup>197</sup> Recordemos la cesión de Marcia por parte de su esposo Catón a su amigo Hortensio, previo divorcio, a los efectos de que Marcia contrajera matrimonio con Hortensio y le diera descendientes. Así ocurre y a la muerte de Hortensio, Marcia vuelve a contraer matrimonio con Catón habiendo sucedido, además, a Hortensio.

<sup>198</sup> Cierta doctrina, entre otros, Arrigo D. MANFREDINI, “Valentiniano I e la bigamia”, *en Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milano: Giuffrè, 1985, 361-386, p. 361, afirma que ya César quiso quizá acoger la posibilidad de la poligamia como forma de paliar el descenso de la población, en particular, se basan en Suetonio, *Caes.* 52.3 cuando describe la relación de César con Cleopatra, en particular, recoge Suetonio que Hervio Cinna, tribuno de la plebe, manifestó a muchas personas que tuvo redactada y dispuesta una ley, que César le mandó proponer en su ausencia, por la que se le permitía casarse con cuantas mujeres quisiese para tener hijos y asegurar así su descendencia. La credibilidad del dato suministrado por Suetonio es dudosa, en efecto, para asegurarse la descendencia quizá no habría hecho falta una propuesta de ley que admitiera la poliginia, ya hemos visto que los “herederos de contingencia” para el caso de falta de descendencia legítima, estaban previstos sin necesidad de activar ninguna propuesta legislativa. También se afirma que la poligamia fue permitida por el emperador cristiano Valentiniano, sin embargo, estas

conyugales integradas en lo jurídico, fuera de connotaciones de otra naturaleza. Es la influencia cristiana la que asimila la falta a la promesa de fidelidad sexual con el principio monogámico, y al ser la sistemática jurídica canónica del matrimonio y de las estructuras conyugales la que ha absorbido su estructura histórica en los países de religión católica, hasta ocupar el espacio del matrimonio civil<sup>199</sup>. Sin embargo, concluimos con Witte<sup>200</sup>, que precisamente los argumentos no religiosos son los que han estado en la base del rechazo occidental a la poligamia, como hemos visto, la antigua Roma, mucho antes del nacimiento de Cristo, no contemplaba la poligamia por razones de naturaleza, amistad, eficacia doméstica, convivencia política y algunos otros más que dejamos a juicio de quien lea estas conclusiones.

## BIBLIOGRAFÍA

---

suposiciones quedan sin argumentación suficiente a tenor de lo que disponen las fuentes jurídicas. Sobre la evolución jurídica del matrimonio con Valentiniano y Teodosio, *vid.* Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1997, p. 281; Manlio SARGENTI, "Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio", en AA.VV, *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, Volume IV [convegno internazionale (Spello, Bettona, Todi, 1-4 ottobre 1979)] in onore di Mario De Dominicis*, Perugia: Libreria Universitaria, 1981, 201-221.

<sup>199</sup> En España hasta la ley de 7 de julio de 1982 tal y como señalan Luis DÍEZ-PICAZO - Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1989, p. 63.

<sup>200</sup> John WITTE, Jr., *The western case of monogamy... cit.*, p. 103.

- Muhammad ABDUL-RAUF, *Marriage in Islam*, Kuala Lumpur: Pustaka Antara, 1989.
- Guy ACHARD, *La femme a Rome*, Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- Bernardo ALBANESE, "Questioni di Diritto Romano arcaico: «Sex Suffragia». Sulla legge di Numa a riguardo della «paelex» Liv. 1.60.4 e la creazione della prima coppia consolare", en *Minima Epigraphica et Papyrologica* IX, 11 (2006) 43-58.
- Manuel ALBALADEJO, *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona: Bosch, 1974.
- *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de familia*, 12<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer, 2013.
- Emilio ALBERTARIO, "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino", en *Studi di Diritto Romano I*, Milano: Giuffrè, 1933, 231-247.
- Nicolás ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, "La formación del vínculo matrimonial de Graciano a Alejandro III: ¿tan sólo una cuestión histórica?", en *Ius Canonicum* 53 (2013) 621-654.
- Juan A. ARIAS BONET, "El matrimonio en el Derecho Romano", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 13 (1962) 5-23.
- Riccardo ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padova: Cedam, 1986.
- "Sintesi della storia della bigamia in Roma", en *SDHI* 76 (2010) 281-290.

- Eduardo BAURA, "El contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 4 (1988) 337-374.
- Joëlle BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4e-7e siècle) I. Le droit impériale*, París: De Boccard, 1990.
- Alberto BERNÁRDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Madrid: Tecnos, 1979.
- Laura BETZIG, "Roman Polygyny", en *Ethology and Sociobiology* 13 (1992) 309-349.
- "Roman Monogamy", en *Ethology and Sociobiology* 13 (1992) 351-383.
- Biondo BIONDI, *Il diritto romano cristiano III. La famiglia, rapporti patrimoniali, diritto pubblico*, Milano: Giuffrè, 1954.
- Arnaldo BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 100;
- Remo MARTINI, *Diritti greci*, Bologna: Zanichelli, 2005.
- Pietro BONFANTE, "Nota sulla riforma giustiniana del concubinato", en *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo: Castiglia 1925, 281-286.
- *Corso di diritto romano*, Vol. 1, *Diritto di famiglia*, Milano: Giuffrè, 1963.
- Carlo BUSACCA, *Iustae nuptiae: l'evoluzione del matrimonio romano dalle fasi precittadine all'età classica*, Milano: Giuffrè, 2012.
- Joaquín CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona: EUNSA, 1984.

- Eva CANTARELLA, *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Roma: Editori riuniti, 1981.
- José Luis CAÑIZAR PALACIOS, "Entre *uxor*, *mater* y concubina. Semblanza e identidad del emperador Constantino en la legislación tardoimperial", en *Gerion* 33 (2015) 167-190.
- Jérôme CARCOPINO, "Les prétendues «lois royales»", en *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, 54 (1937), 344-376.
- *Daily Life in Ancient Rome. The People and the City at the Height of the Empire*, translated by Emily O. Lorimer, London: Routledge and Sons, 1940.
- Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Orden público internacional y externalidades negativas", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2065 (2008) 2351-2378.
- Salvador CARRIÓN OLMOS, "Comentario al artículo 46", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, José L. Lacruz Berdejo (Coord.), Madrid: Civitas, 1982, 125-133.
- Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, "El concubinato en la experiencia jurídica romana", en José M<sup>a</sup> Castán Vázquez *et alt.* (coords.) *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al prof. Dr. José María Díaz Moreno, S.J.* Universidad Pontificia de Comillas, 2000, 1459-1478.
- José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de familia vol.1º Relaciones conyugales*, 12<sup>a</sup> ed., Madrid: Reus, 1994.

- Carlo CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano: Giuffrè, 1940.
- Amelia CASTRESANA, *Catálogo de virtudes femeninas*, Madrid: Tecnos, 1993.
- Alfonso CASTRO SANZ, "Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]* XXIII (2001) 75-112.
- Francisco CIDONCHA REDONDO, "Libertae et coniuges: las uniones entre libertas y patronos en el imperio romano", en *Marginación y Mujer en el Imperio Romano*, Roma: Edizioni Quasar, 2018, 636-392.
- David COHEN, "The Augustan Law on adultery. The social and cultura context", en *The Family in Italy from Antiquity to the Present*, David I. Kertzer and Richard P. Saller (Eds.), New Haven: Yale Universty Press, 1991, 109-126.
- Percy E. CORBETT, *The roman law of marriage*, Oxford: Clarendon Press, 1930.
- Salvatore A. CRISTALDI, "Unioni non matrimoniali a Roma", en Filippo Romeo (Ed.), *Le realizzioni affettive non matrimoniali*, Milano: UTET Giuridica, 2014, 141-200.
- John A. CROOK, *Law and life of Rome*, Ithaca NY: Cronell University Press, 1967.
- Jesús DAZA MARTÍNEZ, "La influencia cristiana en la concepción postclásica y justiniana del matrimonio romano", en Ramón López Rosa - Felipe J. del Pino Toscano (coords.) *El Derecho de familia: de*

- Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, 2004, 109-148.
- Matteo DE BERNARDI, “In margine a D. 50.16.144”, en *Gaetano Scherillo. Atti del Convegno Milano 22-23 ottobre*, Milano: Cisalpino, 1994, 71-89.
- Miguel E. DE CARMONA, *La bigamia*, Barcelona: DUX, Ediciones y Publicaciones S.A, 1955.
- Federico DE CASTRO, *Derecho civil de España, Tomo I. 2ª ed.*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- Claudio DI MAIO, “Famiglia e migranti. La surrettizia introduzione del divieto di poligamia nell’ordinamento giuridico italiano”, en Edoardo C. Raffiotta, Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano (Dirs.) *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Familia y religión*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 2013, 211-218.
- Luis DÍEZ PICAZO, “El Negocio jurídico del Derecho de familia”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 6 (junio 1962) 771-795.
- Luis DÍEZ-PICAZO - Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho civil I*, Madrid: Tecnos, 1974.
- *Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1989.
- Rafael DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1989.
- José Antonio DORAL, *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1967.

- Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1997.
- Georges DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre; le mariage dans la France féodale*, París: Hachette, 1981.
- Carlos M<sup>a</sup>. ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio (en la legislación actual y en la historia)*, Pamplona: Aranzadi, 1982.
- Adhémar ESMEIN, *Le mariage en Droit Canonique I*, Paris: L. Larose et Forcel, 1891.
- Diego ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, Vol. IV, Familia, 3ª. ed. revisada y ampliada, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972.
- José M<sup>a</sup> ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid: Civitas, 1996.
- Giuseppino F. FALCHI. *Diritto penale romano. (I singoli reati)*, Padova: R. Zannoni, 1932.
- Carla FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio. Parte terza*, Roma: L'Erma di Bretschneider, 2005.
- Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, 10ª ed., Madrid: IUSTEL, 2017.
- M<sup>a</sup> Eva, FERNÁNDEZ VAQUERO, "Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico", en Ramón López Rosa - Felipe J. del Pino Toscano (coords.) *El Derecho de familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva: Universidad de Huelva, 2004, 193-208.

Contardo FERRINI, “Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano”, en *Enciclopedia Pessina VI*, Milano: Società editrice libraria, 1904-13.

Moses FINLEY, *Ancient Slavery and Modern Ideology*, New York: Viking Press, 1980.

Enrique FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia, La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1981.

Enrique FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia. Las uniones libres, la evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*, Tomo III, Barcelona: Bosch, 1985.

Paolo FOSSATARO, “Qualche altra osservazione e proposta sull'epitaffio di Allia Potestas”, en *Athenaeum* 2 (1914) 330-334.

Genaro FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6ª ed. Napoli: Jovene, 1999.

- *Leges regiae*, Napoli: Jovene, 2003.

Erich FROMM – Max HORKHEIMER – Talcott PARSONS (*et al.*), *La familia*, Barcelona: Ediciones Península, 1970.

Gabriel GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid: CSIC, 1959.

Justo GARCÍA SÁNCHEZ, “El divorcio: de Roma a la Edad Media”, en *Revista Española de Derecho Canónico* 48 (1991) 153-168.

- “El Derecho Romano en un supuesto de bigamia, fechado en 1639”, en *Temas de direito privado: uma homenagem ao professor Agerson Tabosa*, coord. F. dos Reis Barroso, *Edição Especial da Revista Jurídica da FA7*, vol. VII, n. 1º (abril 2010) 381-392.

- Jane F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society*, London and Sydney: Croon Helm, 1986.
- Patrizia GIUNTI, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Milano: Giuffrè, 1990.
- Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ - Antonio TORRES DEL MORAL, *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, D.L, 1990.
- Antonio GORDILLO CAÑAS, s.v. "orden público (Derecho Privado)", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Madrid: Civitas, 1995.
- Antonio GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli: Jovene, 1968.
- Hugo HANISCH ESPÍNDOLA, "Historia de la doctrina y legislación del matrimonio", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 3 (1979) 39-66.
- David HERLIHY, *Medieval Households. (Studies in cultura history)*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985.
- Carmen HERREROS GONZÁLEZ - M<sup>a</sup> Carmen SANTAPAU PASTOR, "Prostitución y matrimonio en Roma: ¿uniones de hecho o de derecho?", en *IBERIA* 8 (2005) 89-111.
- Evelyn HÖBENREICH, "Nicht leichter als Frau. Über das Gewicht des römischen Rechts", en Irmtraud Fischer - Christoph Hail (eds.) *Geschlechterverhältnisse und Macht: Lebensformen in der Zeit des frühen Christentums*, Münster: LIT Verlag, 2010, 54-77.

- Gustave HUMBERT. *s.v. bigamia*, en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Charles V. Garamberg –Edmond Salio, T. I, 1ª parte, A-B., Graz: Akademische Druck, 1969.
- Michel HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et sociale*, Milano: Giuffrè Editore, 1972.
- Paul HUVELIN, *Derecho Romano I*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1969.
- Iván C. IBÁN PÉREZ, "El matrimonio en la Constitución", en *Revista de Derecho Privado*, 64, mes 1 (1980), 137-145.
- Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 11ª ed. revisada con la colaboración de Juan Iglesias-Redondo, Barcelona: Ariel, 1993.
- Arturo Cario JEMOLO, *El matrimonio*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- Mª Luisa JORDÁN VILLACAMPO, "Reflexiones en torno al matrimonio polígamo y al matrimonio monógamo", en *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José María Díaz Moreno, S.J.*, José Mª Castán Vázquez, Cristina Guzmán Pérez, Teresa Mª Pérez-Agua López, José Mª Sánchez García (coords.), Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 2000, 137-150.
- Max KASER, *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt*, München: C.H. Beck, 1971.

- M<sup>a</sup> Lourdes LABACA ZABALA “El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, 18 (2009), 261-331, pp.266-267.
- José L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Madrid: Civitas, 2011.
- Dionisio LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *El sistema matrimonial español. Matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Madrid: Universidad Complutense, 1995.
- Àlex LLINARES PLANELLS, “Una aproximació microhistòrica a la bigàmia femenina en el Regne de València”, en *SCRIPTA, Revista internacional de literatura i cultura medieval i moderna*, 13 (junio 2019) 159-174.
- Bernardino LLORCA, “Aceptación en España de los decretos del Concilio de Trento”, en *Estudios Eclesiásticos* 39-nº 150 (1964) 341-360.
- Giovanni LOBRANO, *Uxor quodammodo domina: riflessioni su Paul. D. 25,2,1*, Sassari: Università di Sassari, 1989.
- Carmen LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ – M<sup>a</sup> José AZAUSTRE FERNÁNDEZ, “Acuerdos matrimoniales e infidelidad. Ayer y hoy”, en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Camino Sanciñena Asurmendi (dir.) – Ignacio Fernández Chacón y Clara Gago Simarro (coord.), Pamplona: Aranzadi, 2021, 473-558.
- Arrigo D. MANFREDINI, “Valentiniano I e la bigamia”, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milano: Giuffrè, 1985, 361-386.
- Valerio MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*. *Una sintesi*, Torino: Giappichelli, 2009.

- José M<sup>a</sup> MARTÍ, “«Ius connubii»" y regulación del matrimonio”, en *Humana iura* 5 (1995) 149-176.
- Joan MIQUEL, *Derecho Privado Romano*, Madrid: Marcial Pons, 1992.
- Joanna MISZTAL-KONECKA, *Bigamia w prawie rzymskim*, Lublin: Wydawnictwo KUL, 2011.
- Amparo MONTAÑANA CASANÍ, “Las hijas en la sucesión testamentaria. Presencia de las hijas en los testamentos”, en *Revista General de Derecho Romano* 35 (2020) 1-41.
- “El papel de las madres en la transmisión patrimonial. Estudio de los testamentos femeninos desde una perspectiva de género”, en *Revista Internacional de Derecho Romano* (octubre 2021) 81-128.
- Theodor MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1876.
- *Römisches Strafrecht*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1955.
- Antonio MOSTAZA, “La iglesia española y el concubinato hasta el siglo X”, en *Anthologia Annua* VI (1958), 183-230.
- Agustín MOTILLA DE LA CALLE, *La eficacia en España del Derecho de Familia Islámico. Adaptación al Derecho Español de los Códigos marroquí, argelino y tunecino*, Granada: Comares, 2018.
- Rafael NAVARRO-VALLS, “El modelo matrimonial de la legislación histórica española”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 78 (1990-1991) 205-234. Enrique FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia III. Las uniones libres. La*

- evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España*, Barcelona: Bosch, 1985.
- *Matrimonio y Derecho*, Madrid: Tecnos, 1994.
- M<sup>a</sup> Isabel NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1988.
- Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil. tomo IV, Derecho de Familia*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces 2012.
- Riccardo ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, vol. 1, Milano: Giuffrè, 1951.
- Antonio ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Madrid: Dykinson, 2006.
- Ricardo PANERO GUTIÉRREZ, *Formación de los conceptos jurídicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Patricia PANERO ORIA, "El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho", en *RIDROM* 5 (2010) 92-125.
- "Precedentes de la gestación por sustitución", en Antonio do Santos Justo (Coord.) *A locatio-conductio. Influência nos direitos actuais: Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018, 787-795.
- M<sup>a</sup> Dolores PARRA MARTÍN, "Mujer y concubinato en la Sociedad romana", en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 23 (2005) 239-248.

- Leo PEPPE, "Paelex e spurius", en Michel Humbert - Yan Thomas (coords.) *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la memoire de A. Magdelain*, Paris: Editions Panthéon-Assas, 1998, 343-359.
- Silvio PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, I, rist. dell'ediz. del 1928 a cura di Luigi Capogrossi Colognesi) Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 2002.
- Isabella PIRO, "Unioni confarreate e 'difaeratio'", en *Index* 25 (1997) 253-299.
- Teresa PUENTE MUÑOZ, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil (artículo 95)*, coord. J.L Lacruz Berdejo, Madrid: Civitas, 1994.
- Renato QUADRATO, "Maris atque feminae coniunctio: matrimonium e unioni di fatto", en *Index*, 38 (2010), 223-252.
- Beryl RAWSON "Spurii and the Roman view of illegitimacy", en *Antichthon* 23 (1989) 10-41.
- "The roman family", en *The family in Ancient Rome. New perspectives*, Beryl Rawson (Ed.), Ithaca NY: Cornell Universty Press, 1986, 1-57.
- Víctor REINA - Josep M. MARTINELL, *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid: Marcial Pons, 1995.
- Giunio RIZZELLI "Il dibattito sulle ll. 28-29 dell'elogio di "Allia Potestas", en *Studia et documenta historiae et iuris*, 61 (1995) 623-655.

Olís ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma: Librería Editrice Università Gregoriana, 1970.

Ana M<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, “La mujer y el Derecho Romano: de la Roma legendaria a las reformas matrimoniales de Augusto”, en *‘Nomos Àgraphos’ – ‘Nomos Éngraphos’. Estudios de Derecho griego y romano*, Madrid: Dykinson, 2015, 109-148.

Aline ROUSSELLE “La política de los cuerpos: entre la procreación y continencia en Roma” en *Historia de las mujeres en Occidente. Vol 1*, Georges Duby – Michelle Perrot (dirs.), Madrid: Taurus, 1991, 317-372.

Carla RUBIERA CANCELAS, “Esclavitud femenina en la roma antigua. Entre la reproducción biológica y la maternidad”, en *Dialogues d’histoire ancienne*, 41/2 (2015) 151-170.

María SALAZAR REVUELTA, “Estatus jurídico y social de la *mater familias* en el marco de la ciudadanía romana”, en Rosalía Rodríguez López – M<sup>a</sup> José Bravo Bosch (eds.) *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*, Madrid: Dykinson, 2013, 199-222.

Pablo SALVADOR CODERCH, “Comentario al artículo 46”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia I*, Madrid: Technos, 1984 139-171.

Maria Virginia SANNA, *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, Napoli: Jovene Editore, 2012.

Manlio SARGENTI, “Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio”, en AA.VV, *Atti dell’Accademia Romanística*

- Constantiniana, Volume IV [convegno internazionale (Spello, Bettona, Todi, 1-4 ottobre 1979)] in onore di Mario De Dominicis, Perugia: Libreria Universitaria, 1981, 201-221.*
- Brent SHAW, "The family in late antiquity. The experience of Augustine", en *Past and Present*, 115 (1987) 3-51.
- Tullio SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus: un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea: Parte 1. e 2*, Napoli: Jovene, 1998.
- Fritz SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, trad. de Manuel Abellán Velasco, Madrid: Civitas - Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990.
- Francesco SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, Padova: F. Sacchetto, 1876.
- Fernando SIDONIO, "Ummidia Quadratilla", en *Studi Cassinati*, abril-junio (2008), 84-86.
- Ronald SYME, "Bastards in the Roman aristocracy", en *Proceedings of the American Philosophical Society* 104, vol. 3, (1960) 323-327.
- Francesca TAMBURI, "I Decreta Frontiana di Aristone", en *Studi in Onore di Remo Martini III*, Giuffrè Editore, Milano: Giuffrè, 2010, 713-758.
- Salvatore TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, Roma: Pontificia Universitatis Lateranensis, 1971.
- Armando TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid: Edisofer, 2005.
- Susan TREGGIARI, *Roman Freedmen During the Late Republic*, Oxford: Clarendon, 1969.

- "Questions on women domestics in the Roman West", en *Schiavitù, Manomissione e Classi Dipendenti nel Mondo Antico*, Università degli Studi di Padova: Pubblicazioni dell'Istituto di Storia Antica 13, Roma: L'Erma de Bretschneider, 1979, 185-201.
  - "Concubinae", en *Papers of the British School at Rome*, 49 (1981), 59-81.
  - *Roman Marriage. Iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Jakub URBANIK, "Del matrimonio con el fantasma a las uniones del mismo sexo. La función jurídica y social del matrimonio", en *Cristianismo y mundo romano* (2012) 210-230.
- Juan B. VALLET DE GOYTISOLO - Ramón FRAGUAS MASSIP - José L. MARTÍNEZ GIL - Vicente L. SIMÓ SANTONJA, "Conflictos de leyes en materia de sucesión por causa de muerte: cuestiones preliminares e incidentales, orden público, capacidad, transmisión y adquisición", en *Revista de Derecho Notarial* (1968) 149-241.
- M<sup>a</sup> José VALVERDE MARTÍNEZ - Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 10, N° 2, (Octubre 2018), 718-731.
- Claude VATIN, *Recherches sur le mariage et la condition de la femme mariée a l'èpoque hellénistique*, Paris: E. de Boccard, 1970.

Ana M<sup>a</sup> VEGA GUTIÉRREZ, “La tutela penal de la unidad matrimonial en el Derecho histórico español”, en *Il Diritto Ecclesiastico* 107 (1) (enero-marzo 1996) 64-124.

- *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Granada: Comares, 1997.

Carlo VENTURINI, “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, en *Nova tellus. Anuario del Centro de Estudios Clásicos*, 32-1 (2014) 105-120.

Paul VEYNE, *A History of Private Life, Volume I: From Pagan Rome to Byzantium*, Paul Veyne (Ed.), de la colección Philippe Aries y Georges Duby (Eds.) *A History of Private Life*, traducido por Arthur Goldhammer, Cambridge MA: Harvard University Press, 1987.

Edoardo VOLTERRA, “Per la storia del reato di bigamia in Diritto Romano”, en *Studi in memoria di Umberto Rati*, Milano: Giuffrè, 1934, 387-447.

- *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna: N. Zanichelli, 1937.

- *La Conception du mariage d'après les juristes romaines*, Padova: La Garangola, 1940.

- *s.v. matrimonio*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1957.

- “*Consensus facit nuptias*”, en AA.VV. *La definizione essenziale giuridica del matrimonio: atti del Colloquio romanisticocanonistico 13-16 marzo 1979*, Roma: Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense, 1980, 44-56.

- *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. de Jesús Daza Martínez, Madrid: Civitas, 1986.

- "Matrimonio (diritto romano)", en *Scritti Giuridici II*, Napoli: Jovene, 1991, 223-304.

Alan WATSON, *Roman Slave Law*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1987.

Rudolf WEINGAND, "Desarrollo y triunfo del principio del consentimiento en el Derecho matrimonial de la iglesia", en *Revista Española de Derecho Canónico* 47 (1990) 53-67.

John WITTE, Jr., *The Western Case for Monogamy over Poligamy*, New York and Cambridge: Cambridge University Press, 2015.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

<b>Fecha de recepción:</b> 14/02/2022	<b>Fecha de aceptación:</b> 10/03/2022
<b>Palabras clave:</b> <i>Enseñanza Derecho Romano, Universidad de la Habana, Seminario San Carlos y San Ambrosio</i>	<b>Keywords:</b> <i>Teaching Roman Law, University of Havana, San Carlos and San Ambrosio Seminary</i>



## LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL ROMANO EN CUBA EN TIEMPOS DEL DOMINIO COLONIAL ESPAÑOL. UNA CONTRIBUCIÓN A LA RICA TRADICIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO CUBANO

## THE TEACHING OF ROMAN CIVIL LAW IN CUBA IN TIMES OF THE SPANISH COLONIAL DOMINION. A CONTRIBUTION TO THE RICH HISTORICAL TRADITION OF CUBAN LAW

**Léster Amaurys Martínez Quintana**

Profesor Titular de Historia del Derecho y Derecho Romano  
Facultad de Derecho, Universidad de Oriente Santiago de Cuba

(Martínez, Quintana. La enseñanza del derecho civil romano en cuba en tiempos del dominio colonial español. Una contribución a la rica tradición del derecho cubano. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 395-466. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

El presente artículo nos muestra las características de la enseñanza del Derecho Civil Romano en la Isla de Cuba en la época del dominio colonial español. En él se hace un pormenorizado análisis histórico de las instituciones educativas donde se estudió la carrera de Jurisprudencia en Cuba, desde la fundación de su primera Universidad en el año de 1728, sus planes de estudios, textos y autores utilizados. El trabajo pone de manifiesto, no sólo el estricto control que las autoridades coloniales ejercían sobre la enseñanza de esta carrera, sino también la intervención activa de una serie de intelectuales criollos en la transformación del estado de cosas acorde con los nuevos aires de la ilustración. Particularmente en la enseñanza del Derecho Romano, estas transformaciones se expresaron en dotar de un mayor protagonismo al Derecho Patrio como el derecho que propiamente se aplicaba en los tribunales de Justicia. Se destacan también la traducción al castellano de diversas fuentes y obras del Derecho de Justiniano y su uso académico.

### Abstract:

This article shows us the characteristics of the teaching of Roman Civil Law on the Island of Cuba at the time of Spanish colonial rule. In it, a detailed historical analysis is made of the educational institutions where the career of Jurisprudence in Cuba was studied, since the foundation of its first University in the year 1728, its study plans, texts and authors used. The work reveals not only the strict control that the colonial authorities exercised over the teaching of this career, but also the active intervention of a series of Creole intellectuals in the transformation of the state of affairs in accordance with the new airs of the enlightenment. Particularly in the teaching of Roman Law, these transformations were expressed in giving a greater role to the National Law as the right that was properly applied in the courts of Justice. Also noteworthy are the translation into Spanish of various sources and works of Justinian's Law and its academic use.

## I- INTRODUCCIÓN

Los estudios jurídicos representan la vía más importante de adquisición y difusión de la cultura jurídica romana en la Isla de Cuba durante la época colonial. La investigación realizada nos ha reafirmado la idea de que los procesos sociales- y los estudios universitarios son un ejemplo de ello- constituyen un eslabón más de una compleja cadena de sucesos, condiciones e interacciones, que matizan el desarrollo social, político y económico de un territorio. De ahí la importancia de evaluar tanto los factores estáticos como dinámicos que intervienen en estos procesos para entender mejor su desarrollo.

Es imposible evaluar correctamente los estudios universitarios en Cuba sin adentrarnos en la naturaleza de estos estudios en la Metrópoli Española, o sin desentrañar la relación de los mismos con los intereses económicos, sociales y políticos de las clases más pudientes que mueven los hilos de poder. Pero la Universidad tampoco estaba ajena a la función judicial. Resulta de especial interés su relación con las audiencias y con el ejercicio de la abogacía. En este sentido resalta como el elemento más distintivo de gran parte de este proceso, que el derecho que se aplicaba en los tribunales de justicia, no era el que se enseñaba en las aulas de la Universidad.

Esta contradicción, que tenía su raíz en el escolasticismo que imperaba en los estudios universitarios, generó severas críticas entre

los sectores más ilustrados de la Isla. En el contexto de este movimiento antiescolástico surgieron muchos ejemplos de renovación y mejoramiento de los planes de estudio. La impartición de la asignatura Derecho Patrio, instaurada oficialmente en el Seminario San Carlos y San Ambrosio por el Obispo de Espada en 1813, pero que ya desde antes se estudiaba en este seminario y en su homólogo santiaguero, es un ejemplo fehaciente de ello. Mención aparte merece en este mismo empeño la exaltación de la enseñanza en castellano, en contraposición a la que se venía haciendo en latín. José Agustín Caballero y Félix Varela y Morales se destacan sobremedida en este último movimiento.

Expondremos aquí dónde y cómo se desarrollaron los estudios jurídicos en Cuba durante el extenso período de dos siglos de dominación colonial española (siglos XVIII y XIX), planes de estudio, programas de la materia Derecho Romano, catedráticos, textos y autores utilizados. Todo ello nos permitirá finalmente comprender mejor el entusiasmo y también animadversión que algunos juristas tuvieron hacia la enseñanza del derecho de Justiniano en nuestras aulas hasta la promulgación del Código Civil español en 1889, prácticamente en el ocaso colonial.

## **II- LA UNIVERSIDAD DE SAN GERÓNIMO DE LA HABANA Y SU CÁTEDRA DE LEYES. CARACTERÍSTICAS DE SUS ESTUDIOS JURÍDICOS**

Las materias propiamente jurídicas se impartieron en Cuba en tres centros: la Universidad de la Habana, el Colegio Seminario San

Basilio Magno de Santiago de Cuba y el Colegio Seminario San Carlos y San Ambrosio de la Habana. Existen noticias de algunos colegios o escuelas privadas, que a inicios del siglo XIX explicaban algunas materias jurídicas en la Isla, pero muy poco pudieron trascender y pronto quedaron anuladas.<sup>1</sup>

A la tenacidad de los padres dominicos radicados en el convento de San Juan de Letrán en la Habana, debemos la fundación de la primera Universidad en Cuba.<sup>2</sup>

La Real Cédula de 23 de septiembre de 1728 (Cédula de confirmación)<sup>3</sup> estableció las cátedras de Cánones, Leyes, Medicina

---

<sup>1</sup> La ley de 12 de junio de 1839, por gobernación de Ultramar, niega el permiso solicitado para abrir una cátedra de Derecho Civil en un colegio de humanidades en la Habana, “porque el estudio del Derecho Civil es de los mayores de la carrera de leyes, y como tal no puede ni debe seguirse en casos particulares de educación”. Zamora y Coronado, José María, (comp.) *Biblioteca de Legislación Ultramarina en forma de diccionario alfabético*, Madrid 1844-1849, t.6 p.115.

<sup>2</sup> La Universidad de la Habana fue fundada como Real y Pontificia Universidad de San Gerónimo de la Habana el día 5 de enero de 1728 por el Prior del Convento dominico de San Juan de Letrán. En fecha 12 de septiembre de 1721 el Papa Inocencio XIII había expedido en Roma el Breve Apostólico *Alternae Sapientae*, concediendo a esta orden en la Habana la autorización para conferir grados en las ciencias y facultades que se enseñasen y leyesen en su convento; obteniendo el *placet regio* o “pase real” por el Consejo Real y Supremo de las Indias el 27 de abril del mismo año.

y Matemáticas, que se sumaban a las también confirmadas de Gramática, Teología y Filosofía que desde antes de la fundación se explicaban en el referido convento.<sup>4</sup>

Por Real Cédula fechada en San Idelfonso a 26 de julio de 1734, expedida por el Rey Felipe V de Borbón se aprobaron sus Estatutos. De estos primeros Estatutos, que se conservan en el Archivo Central de la Universidad de la Habana, podemos extraer los elementos que nos permiten conocer las características de los estudios jurídicos que en ella se iniciaron.

Lo primero que debemos significar es que, a tono con la época, el latín era la lengua en que se leían las materias y en que se realizaban todos los ejercicios académicos, por lo que para ingresar a la

---

<sup>3</sup> Para más detalles, Torres Cuevas, Eduardo, *et al.*, *Historia de la Universidad de la Habana (1728-1929)*, Volumen I, La Habana, 1984, pp. 31-42.

<sup>4</sup> En estos términos se expresa la Real Cédula: "...aprobando (como asimismo apruebo) el apartamiento que después hicieron unos y otros para que quedase rescindido el contrato y obligaciones contraídas, y confirmando en todo (como confirmo) la erección y fundación del establecimiento de la referida Universidad en el Convento de San Juan de Letrán, Orden de Predicadores de la ciudad de San Cristóbal de la Habana, con las cátedras de Cánones, Leyes, Medicina y Matemáticas erigidas..." Así la reproduce, con ortografía moderna, LeRoy Gálvez, Luis Felipe (1910-1978) en su Manuscrito inédito: *"Historia documentada de la Universidad de la Habana"*. La Habana, 1963, Tomo 1, (1728-1842) pp. 12-13. Dicho manuscrito se conserva en la Biblioteca Nacional José Martí, Colección Manuscritos, Luis Felipe LeRoy Gálvez, CM, LeRoy, 2, No. 5.

Universidad debía certificarse antes el dominio de esta lengua por el aspirante.<sup>5</sup>

Estos Estatutos otorgan una preponderancia absoluta<sup>6</sup> del Derecho Romano en la formación jurídica de los abogados que se graduaban en este alto centro docente. El *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, con sus Instituciones, Código y Digesto, constituye el derecho que se enseña y examina en sus aulas<sup>7</sup>, con exclusión del Derecho Patrio, o español, que era el derecho aplicable.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Archivo Central de la Universidad de la Habana (ACUH): *Estatutos de la Universidad de la Habana*, Año de 1734. En el título Sexto “De los estudios y grados menores”, Estatuto II, se lee: “Que ningún estudiante pueda pasar a oír y ganar cursos en facultad alguna, sin que primero muestre ante el Secretario, Cédula de Examen y Aprobación de Latinidad, dada por el Catedrático que fuere de retórica y por su falta por el de Gramática en esta Universidad”.

<sup>6</sup> No es exagerada la expresión utilizada, pues en ninguna parte de dichos Estatutos se hace mención al Derecho Patrio, estos fueron redactados en una época en que tal hegemonía del derecho de Roma era un hecho cierto en las Universidades de la península y sus posesiones de ultramar. No fue hasta finales del siglo XVIII que el Rey Carlos III se ocupa de cambiar esta situación que tantas críticas había generado.

<sup>7</sup> Estatutos...Tít. 6to, Estatuto XVI, De los Grados de Bachiller en Leyes, dice: “Que el que hubiere de graduar de Bachiller en Leyes, después de graduado de Cánones, tenga obligación de aprobar dos cursos en cátedra de Prima y Vísperas: y si no hubiere vísperas, en otra cátedra de leyes, haciendo las demás diligencias, y actos, que por el estatuto antecedente está mandado: y el libro por donde se le harán las apersiones para los puntos, ha de ser el Inforciado”. Y el Estatuto que le sigue dispone: “Que el que se hubiere de graduar de bachiller en

---

leyes, apruebe otros cinco cursos en la cátedra de prima y vísperas de dicha facultad, si la hubiere y dos cursos de Instituta, haciendo las diligencias que quedan prevenidas para lo Bachilleres en cánones, cursarán dos cursos en la cátedra de Prima y Vísperas, haciendo las demás diligencias arriba ordenada”.

Y por último, con respecto al grado de licenciado y doctor en leyes y sus derechos, el Estatuto XVI de este título, dispone que: “Para dichos grados y derechos se observe y guarde todo lo ordenado sobre la licencia y doctoramiento en cánones, con la diferencia sola de que la apersión de los puntos para los *Quodlibetos*, se haya de hacer en los Digestos, ya en el Código en otro cualesquiera libro de la facultad, pero siempre la apersión de puntos para el examen riguroso, ha de ser en el Inforciado”.

*Quodlibetos* se le llamaba a los ejercicios orales que consistían en discutir sobre un punto teológico, filosófico, científico, jurídico, etc. elegido al arbitrio de un proponente, que podía ser un tribunal, un doctor o el propio alumno. Por su parte el Inforciado, de *infortiatum*, comprende en la división antigua que se hizo del Digesto, desde el título 3ro del Libro 24 hasta la mitad de la ley 82 del título 3ro del libro 35. Cuando se refiere a la apersión de punto ellos significa el sorteo que se hacía de los puntos (3) para el ejercicio oral.

<sup>8</sup> La situación no es exclusiva de nuestra Universidad, los historiadores mexicanos María del Refugio y Mario García nos dicen: “La enseñanza del derecho no se había modificado en San Carlos (Guatemala) desde su fundación, más de cien años atrás. El “*currículum*” se integraba con tres materias obligatorias para obtener el grado de Bachiller: “Instituta (elementos de Derecho Romano); “Inforciado” (segunda parte del Digesto) y “Código” (compilación de los edictos imperiales compilados en la época de Justiniano). Textos legales que no tenían ninguna aplicación en América, lo que se aunaba a una técnica docente verbalista y escolástica. Razón tenía José del Valle, cuando en su “Elogio de Goicochea”, se dolía de que el derecho estudiado “se ocupaba

Las primeras noticias que hemos podido obtener del estudio del Derecho Patrio en Cuba se debe a un Auto proveído en 29 de abril de 1751 por el entonces Rector de la Universidad Fray Juan Francisco Chacón, dirigido al Ayuntamiento habanero, con el fin de que éste gestionara del Rey que se dotasen a lo menos las principales cátedras de la Universidad.

Este es un testimonio de que en la Real y Pontificia Universidad se estudiaba este derecho, incluso antes de que ello se dispusiera por la conocida Real Cédula fechada en San Lorenzo en 1767<sup>9</sup>, lo que

---

en hacinar leyes romanas y glosas bárbaras sin discutir con precisión ni expresarse con propiedad” y que eran “un puñado de fragmentos de leyes derivadas de las sectas que dividieron el imperio romano: leyes sutiles que no lo son para nosotros y dictadas por gobierno distinto, en tiempos diversos, que no tienen relaciones de analogía con los nuestros -continúa- la falta de información sobre el derecho vigente trataba de suplirse, exigiendo una práctica forense de dos a cuatro años con un abogado que ejerciera ante la Audiencia”. García Laguardia, Mario y, María del Refugio González, “*Significado y proyección hispanoamericana de la obra de José María Álvarez. Fuentes y Bibliografía*”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982. pp. 31-32.

<sup>9</sup> Esta Real Cédula de 1767 dispone: “Declarando, como declaro, que en lugar de dos cátedras de Matemáticas, sólo haya una con el estipendio de doscientos pesos, y dos de Instituta; que la una de estas explique cada año el primero y segundo libro del Derecho y el Real de las leyes; y la otra también cada año el tercero y cuarto libro, así porque por el Auto tercero, libro segundo, título primero de los acordados por mi Consejo de Castilla, se dispone que se dicte y explique el Derecho Real en todas las Universidades Mayores y Menores de estos mis Reinos, como por la falta de instrucción que se nota en algunos de

ubicaría a la Isla de Cuba entre las primeras posesiones coloniales españolas de América, si no la primera, donde se estudió el Derecho Patrio o nacional.

Dicho manuscrito se conserva en el Archivo Central de la Universidad de la Habana y en él se lee:

“...en cuanto al estado de esta Real y Pontificia Universidad, como se halla al presente con crecido número de doctores y maestros en todas las facultades, sujetos de insigne y conocida literatura que repartidos por toda la Isla no sólo la ilustran con gran consuelo y alivio de sus moradores, sino que también contribuyen al bien público, obteniendo unos, beneficios eclesiásticos, otros ejercitando la jurisprudencia con Alfonso...que se leen y enseñan con conocido fervor, aplicación

---

ellos, de resultas de no haberlo hecho hasta aquí; por lo que os encargo, que cuidéis en lo que estuviere de vuestra parte, de que los catedráticos de esa Universidad desempeñen sus encargos, de modo que los que asistan a las aulas logren los adelantamientos a que aspiran”.

El 8 de febrero de 1768 fue leída en Claustro Mayor de la Universidad y publicada inmediatamente. Podemos encontrar esta disposición en el Archivo Central de la Universidad de la Habana, aunque fue extraída de: Universidad de San Jerónimo. *“Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de San Jerónimo, fundada en el Convento de San Juan de Letrán, orden de predicadores, de la ciudad de San Cristóbal de la Habana, en la Isla de Cuba, Habana, 1833.*

y puntualidad la Sagrada Teología, Sagrados Cánones y Leyes, con especial reflejo de nuestro Real Derecho...”<sup>10</sup>

Otro manuscrito del año 1802,<sup>11</sup> titulado “*Interrogatorio sobre los estudios en la Universidad y el Seminario*”, que se conserva en la Biblioteca Nacional de Cuba, nos ilustra sobre las materias, textos y autores que se estudian en cada una de estas cátedras.

Desde su fundación y hasta la trascendental reforma de estudios del año de 1842, la Universidad experimentó muy pocos cambios en cuanto al programa de materias, textos y autores que regían los estudios jurídicos, salvo los que indicaremos más adelante. Señalo esto, para indicar que la información que nos proporciona el referido manuscrito caracteriza a esta carrera durante el período que corre desde la fundación de la Universidad hasta su secularización en 1842.

El texto de este documento transcurre entre preguntas y respuestas sobre los estudios de leyes en la Universidad Pontificia.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> ACUH, Auto del Rector al Ayuntamiento de la Habana, en 29 de abril de 1751. Cédulas, Bulas Pontificias etc. B/140-B/142 de la paginación a lápiz.

<sup>11</sup> Habana, noviembre 4 de 1802. Biblioteca Nacional José Martí, C.M/. Morales. / T.6, / No.5.

<sup>12</sup> P: Leyes, Prima, Vísperas, su asignatura?

R: Esta cátedra tiene también dos catedráticos que leen cinco años los seis meses de septiembre a marzo como los canonistas. El de Prima lee de las ocho a las nueve un párrafo de Instituta que explica el estudiante por el autor privado que tuviere el Gómez en su comentario a las leyes de Toro, y una regla de

---

Bronchost. El de Vísperas de las tres a las quatro (sic) lee también por el Gómez, para la Instituta y Bronchost.

Hay también un Catedrático de la Instituta de Justiniano que la lee de las siete a las ocho, explicada por un institutario que suele ser el Vinnio. A esta clase deben asistir todos los civilistas y canonistas en los tres primeros cursos de su estudio, o de cánones o de leyes.

P: Derecho Real.

R: A esta cátedra deben asistir civilistas y canonistas en los dos últimos cursos. Es de quatro (sic) a cinco y se estudia el Gómez en su Comentario a las Leyes de Toro. Algunos años suele darse la Instituta concordada con las Partidas y a ese fin se estudia el Vinnio Castigado.

P: ¿Qué oposición y forma de proveer las cátedras?

R: Todas las da la Universidad por oposición. Se abren puntos por el autor que se ha de enseñar y a las 24 horas defiende la conclusión que dedujo del texto: primero la prueba por el espacio de una hora y después se le arguye otra hora por los coopositores: en no habiéndolos, arguyen tres doctores que hacen de Jueces. Estos, el Decano de la Facultad, y el Juez realmente son los que votan sobre la idoneidad y después para dar la cátedra, en caso de igualdad decide el Rector. La aserción para los Quodlibetos en leyes se hace en los Digestos, o en el Código o en otro cualquier libro de la facultad, pero para la lección magna siempre en el Inforciado.

En cánones por el Decreto de Graciano, otra en las Clementinas o Decretales de Gregorio nono.

P: ¿Qué observancia hay de los primeros Estatutos y en qué la práctica actual se diferencia de ellos?

R: Esta pregunta no puede satisfacerse cabalmente. Sabemos de muchos puntos alterados por R. Cédula y otros aumentados...En 1767 se aumentaron dos

### III- INCONFORMIDAD CON LOS ESTUDIOS DE JURISPRUDENCIA EN LA UNIVERSIDAD. ESPECIAL RESISTENCIA CONTRA LA PREFERENCIA EN ÉSTOS DEL DERECHO ROMANO SOBRE EL PATRIO

A tono con las nuevas ideas de la ilustración que se expandieron en Cuba, con particular fuerza sobre todo a finales del siglo XVIII y primeras dos décadas del siglo XIX, la enseñanza del derecho en la Universidad, basada en métodos tradicionales marcados por el escolasticismo, recibió una avalancha de críticas, enfocadas fundamentalmente al contenido del plan de estudios de la carrera, o sea su *curriculum*, además del método de enseñanza.

El paralelismo de estudios creado entre la Universidad y el Seminario eclesiástico San Carlos y San Ambrosio bajo tutela del Obispo de Espada, coadyuvó considerablemente a avivar este conflicto, que se materializó en denuncias escritas y hasta en peticiones a la corona pidiendo la reforma de los estudios en la Universidad.

La primera de estas manifestaciones de la que hemos podido tener noticias a través de la investigación, se remonta al segundo intento de reforma de la Universidad. En 1792, durante su segundo período rectoral, el dominico habanero Fray José Ignacio Calderón y Berchi protagonizó una tentativa de reforma de la Universidad, pero su

---

cátedras de Derecho Real. Las que se agregaron a las de Instituta que previene el Estatuto.

muerte, acaecida prematuramente a la edad de treinta y siete años, frustró el intento.<sup>13</sup>

En 1794, el también dominico Fray Juan González Ozequera, por encargo de la Real Sociedad Patriótica de la Habana, escribió un Elogio al susodicho Calderón y Berchi que se publicó en las Memorias de la Sociedad años más tarde. Gracias a este informe conocemos algunos detalles de la pretensión de reforma de Berchi, especialmente su interés de que el Derecho Patrio fuera el que se estudiara con preeminencia en sus aulas, y no el romano.<sup>14</sup>

En su famoso discurso sobre la reforma de estudios universitarios pronunciada en la Sociedad Patriótica el 6 de octubre de 1795, el

---

<sup>13</sup> Leroy Gálvez, *Historia documentada...cit.*, p. 28.

<sup>14</sup> En un fragmento de este Elogio se dice: “Se conoce que el referido fraile había iniciado un proyecto de reforma de los estudios universitarios consultando con los sujetos más instruidos y que tenían un conocimiento práctico de otras Universidades, y colegios, que había calculado y comprobado las distintas causas que podían influir en ellos y que después de una profunda y seria reflexión sobre este punto, había formado un plan arreglado a las nuevas ideas de enseñanza pública adoptadas por las naciones más ilustradas, y capaz de facilitar los progresos de la luz que con tanta lentitud se iba acercando a nosotros. En este plan -continúa el elogio- se dedicaba especial atención a la Gramática Castellana que debía servir de fundamento a la latina, se le daba su lugar al Derecho Natural y Patrio, a quien, por una monstruosidad increíble, se ha preferido hasta ahora el de los romanos”. *Vid Memorias de la Sociedad Económica de Amigos del País, Serie IX, t.1, abril de 1880 pp. 24-34. Elogio del Fr. José Ignacio Calderón (1794).*

presbítero José Agustín Caballero, refiriéndose a los profesores de la Universidad dijo:

“Me atrevo a afirmar en honor a la justicia que se les es debida, que si se les permitiese regentear sus aulas libremente sin precisa obligación a la doctrina de la escuela, los jóvenes saldrían mejor instruidos... ¿Qué recurso le queda a un maestro, por iluminado que sea, a quien se le manda a enseñar la latinidad por un escritor del siglo de hierro, jurar ciegamente por Aristóteles, y así en las otras facultades?”<sup>15</sup>

Pero la más celebrada denuncia contra esta situación fue protagonizada por un joven catedrático de la Real y Pontificia Universidad, el Dr. Prudencio Echevarria y O’Gaban. En 1820 aparece publicada en la Habana en la Oficia de Arazoza y Soler, Imprenta oficial del Gobierno, una sátira en tercetos titulada “*Sátira contra el estudio preferente del Derecho Romano en nuestras aulas*”, firmada por este catedrático.

Esta edición de 1820 tiene una dedicatoria al Excmo Sr. D. Juan Manuel de Cajigal, Presidente Gobernador y Capitán General, en la que explica las motivaciones que tuvo para escribir dicha obra.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Citado por Vitier, Cintio, *Martí y el Seminario de San Carlos*. Conferencia pronunciada en el Seminario el día 24 de febrero de 1972. (Copia mecanografiada existente en la Biblioteca del Seminario de San Carlos de la Habana.)

<sup>16</sup>“Desde mi entrada a la cátedra de Derecho Concordado de esta Real y Pontificia Universidad, fue el objeto favorito de mis desvelos derrocar el

Bachiller señala que hubo otra edición en la Habana en 1825, pero que no la había visto, sí es conocida la que hiciera la Casa de Didot en París en 1828, esta vez dedicada al Capitán General de turno Don Francisco Dionisio Vives y con una nota de elogio del ilustrado escritor español D. Francisco Martínez de la Rosa.<sup>17</sup>

---

vergonzoso despotismo con que reinaba la jurisprudencia romana, estudiándola con preferencia, y aún diré mejor, con absoluto desprecio de la nuestra". Y después de referirse al plan de reforma para esta materia que ya había propuesto dice: "Más el fatal dominio de las preocupaciones de la escuela, el ciego respeto aún a los crasos errores de los que nos precedieron, y quizá más que todo, un hado adverso con que nació nuestra Universidad, fueron escollos de tan ventajosas reformas, y conservan en idolatría el Código de Justiniano con mengua de el del sabio Alfonso y de los otros patrios..."instando finalmente a esta autoridad a que se sensibilice con el arreglo de estas clases.

<sup>17</sup> En 1919, el Dr. Fermín Canella Secades, ex-Rector de la Universidad de Oviedo, remitió esta Sátira a la *Revista de la Facultad de Letras y Ciencias de la Universidad de la Habana*, con introducción y notas de éste. La Revista la publicó en su No. 3, Volumen XXIX, de noviembre-diciembre de ese año, pp.257-258, con el título, que no es exactamente el del original: *Sátira contra la predilección del Derecho Romano en nuestras aulas y Tribunales*. En opinión de Secades, O'Gavan no trató de proscribir de nuestras aulas el Derecho Romano, "que debe ser la base del estudio del español, porque a más de su indisputable influencia en nuestras leyes, es el derecho modelo para los jurisconsultos," y agrega: "combate el olvido del derecho español, los antiguos extravíos de las universitarias facultades de leyes con una enseñanza dirigida por extrañas influencias, cuando la escuela y el foro, los doctores y los letrados, unos explicando y otros aplicando la ley, llevaron un torcido camino, autorizado y

La Sátira es bien extensa y como no es nuestro interés en este espacio hacer un análisis exhaustivo de la misma, sólo mostraremos algunos tercetos, que nos darán la idea de la “invasión” del Derecho Romano en nuestras aulas criticado por el autor.

*¡Cuánto más nos hubiera interesado*

*Haber seguido el Juzgo primitivo,*

*Que al latino Digesto prohijado!*

Más adelante se lamenta del entusiasmo con que se aprende el Derecho Romano y se ignora el patrio, a pesar de la valía de sus principales exponentes regnícolas.

*-Hay doctor in-utroque que da pena*

*Oírle hablar sobre las patrias leyes,*

*Y cual con las de Roma se enajena.*

*-¡Fanatismo oprobioso y lamentable!*

*Regnícolas tan sabios cuenta España*

*Cual los de Roma en su época loable*

*-Callen el romanismo y sus secuaces;*

*Nuestros códigos salgan del olvido,*

*Y enséñese mejor en nuestras clases.*

---

consentidos por nuestros reyes y jurisconsultos”. *Revista de la Facultad de Letras...cit.*, p. 261.

El Derecho Romano, que con tanta profusión se enseñaba en la Universidad, tenía como fuente los cuatro libros de las Instituciones del Emperador Justiniano, como introducción básica al estudio del derecho, la misma función que tenía la homóloga obra de Gayo en las escuelas de derecho de Roma. También se estudiaba el Digesto de Justiniano en todas sus partes, por el cual, según sus Estatutos, debían hacerse las apersiones para los ejercicios de grado de Bachiller y oposiciones a cátedra, asimismo se estudiaban el Código y las Novelas.

Esta hegemonía fue disminuyendo gradual pero lentamente con la introducción del estudio del Derecho Real en las Universidades del reino dispuesta oficialmente por las autoridades peninsulares.<sup>18</sup>

La idea era vincular las doctrinas y la jurisprudencia romana con las leyes que forman el Derecho Patrio o nacional. De este modo surge, por ejemplo, la asignatura *Instituta Concordada*.

---

<sup>18</sup> “La primera medida en este sentido la adopta en 1713 el Consejo de Castilla para que en todas las Universidades españolas se enseñen en las cátedras, en lugar del Derecho Romano las leyes nacionales, puesto que estas son las que en la práctica se aplican. Pero la resistencia de las Universidades tradicionales hace fracasar la medida. Tratando de contemporizar, el Consejo insiste de nuevo en 1741 para que en las cátedras de Derecho Romano y al explicar este se aluda también a las leyes nacionales”. García Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Quinta edición revisada, Madrid, 1973. p. 316. Estas reformas se produjeron en España con mayor fuerza durante la segunda mitad del siglo XVIII y el primer cuarto del siglo XIX, produciéndose luego un retroceso al sistema anterior.

Para el estudio del Derecho Real existían muy pocas obras escritas y por mucho tiempo la obra del español Juan Salas "*Instituciones del Derecho Real de Castilla*", fue la más conocida tanto en las Universidades españolas como en Cuba.<sup>19</sup> El Derecho Romano era estudiado por los *Elementa Iuris Civilis* del célebre Heineccio.<sup>20</sup>

En 1832, el abogado habanero Anastasio Carrillo, educado en el Colegio Seminario de San Carlos de esta ciudad, llama a las leyes romanas "libros que extravían a nuestros letrados, en lugar de guiarlos, que lejos de ilustrarlos, los confunden y resabian; y que han sembrado por todas partes la mala semilla de una jurisprudencia delirante".<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> En este mismo sentido resaltan también dos obras muy importantes: *Las Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, por los también españoles Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez, de finales del siglo XVIII y las *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, del Guatemalteco José María Álvarez, de 1820.

<sup>20</sup> En nota a su Sátira, O'Gavan explica que: "En la de Prima de Derecho concordado de esta Universidad, que es la de mi regencia, he sostenido con todas mis fuerzas y sufriendo mil contradicciones las Instituciones del derecho real de España por Don Juan Salas, explicando la de Justiniano, que es su antigua asignatura, por las claras y metódicas doctrinas de la de Heineccio".

<sup>21</sup>También en el Periódico *El Americano Libre*, No. 6 del miércoles 5 de febrero de 1823 y en tres números sucesivos, se publica el discurso "*Sobre los perjuicios que el clero y la grandeza infirieron a la nación española y el influjo que tuvieron en su legislación*", por el Bachiller José de Ayala y Aguilar. En este discurso, Ayala

Existieron otras manifestaciones de resistencia a la hegemonía del estudio del Derecho Romano en nuestras aulas que ahora no citaremos, por considerar que con lo expuesto hasta aquí hemos demostrado que a finales del siglo XVIII y primera mitad del XIX se generó en Cuba un movimiento de rechazo a este orden de cosas. El derecho de Roma era visto como un derecho extranjero, extraño, procedente de una tierra de muchas diferencias con la nuestra y lleno de sutilezas que embrollaban a menudo los más simples asuntos.

En 1822 tenemos las siguientes cátedras de derecho: Prima de Leyes, Instituta, Vísperas de Leyes, Derecho Patrio.<sup>22</sup>

Poca es la variación que encontramos en este sentido quince años después. En informe del Rector Fray Pedro Infante a la Reina Gobernadora Doña María Cristina de Borbón, en fecha 22 de enero de 1838 titulado: *“Examen analítico de las veinte cátedras existentes en esta Universidad de San Gerónimo de la Habana, método de enseñanzas, arbitrios para dotarlas y número y cualidad de los escolares que a ellas asisten, con las reflexiones oportunas de reformas”*, se lee:

---

critica la presencia omnipotente de la legislación romana en la española y llama a Roma “usurpadora señora”.

<sup>22</sup> Según se desprende del claustro celebrado el 16 de octubre de 1822 en que se trató el tema de la dotación de las cátedras de la Universidad. ACUH, Libro III de Acuerdos (1805-1823) fol. A/156 de la paginación a lápiz.

“Prima de Derecho Civil: Doctor, D. Juan Francisco Chaple. Lee todo el año, de ocho a nueve de la mañana, enseñando el Derecho Romano por Heineccio.

Vísperas de Derecho Civil: Propietario, Doctor D. Diego José de la Torre. Lee todo el año por el Vinnio, con las ilustraciones y anotaciones del Derecho Español por Salas y Álvarez; enseña el Derecho Romano Concordado con el patrio, la historia de ambos derechos con las oportunas nociones practicadas y de las antiguas romanas. También se dan leyes de Toro, con el comentario de Gómez.

Instituta Concordada: Propietario, Doctor D. Manuel de Soto. Lee todo el año, y asisten los escolares de Derecho Civil y Canónico en los tres primeros cursos. Anteriormente tenían por texto las Instituciones de Justiniano, y se enseñaba el Derecho Romano Concordado con el patrio y Reglas de Derecho Civil por Bronchot, más ahora por el Heineccio y Álvarez.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> En 1841 a los estudiantes de esta cátedra se les plantearon, entre otras, las siguientes cuestiones como examen: “Aunque por derecho novísimo romano el tutor, en cuanto al numerario producido de la hacienda del pupilo, no estaba obligado sino a sus custodia y conservación; con todo se dirá si el nuestro de España admite lo que se hallaba establecido por el civil antiguo y nuevo”., otra: “Aunque por Derecho Civil y antiguo español puede el tutor comprar públicamente, de buena fe o con el consentimiento de cotutores algo de los bienes del pupilo que administra; con todo deberá explicarse lo que esté vigente en el Real”., y por último: “También se dirá si la oración del Emperador Severo prohibitiva de la enajenación de bienes del pupilo comprendía al padre que

Derecho Patrio: Interno Doctor don Juan Antonio de Aragón por imposibilidad del propietario doctor D. Manuel García Toledo. Lee solamente seis meses al año, al que asisten los estudiantes de Derecho Civil y Canónico en el cuarto y quinto curso”.<sup>24</sup>

Es ilustrativo este informe de lo que hasta aquí hemos venido exponiendo en cuanto a la preferencia de Justiniano a los códigos castellanos.

Para concluir esta primera etapa de la Universidad expondremos algunos ejemplos de ejercicios académicos (*Quodlibetos*) realizados en este centro, donde se observa que, de acuerdo a lo prescrito en los Estatutos, se hacían por el Digesto de Justiniano.<sup>25</sup>

---

administraba la tutela del hijo, y cuál sea el uso que de esto se haga hoy entre nosotros”. Universidad de la Habana. *Programa del examen que han de sufrir sobre el modo de guardar la persona del pupilo...estudiantes de la cátedra de Prima de Instituta Civil Concordada de esta real y pontificia Universidad bajo la dirección de Manuel Soto y Quintana*. Habana, 1841.

<sup>24</sup> Archivo Histórico Nacional de la República de Cuba (AHNRC), Fondo: Instrucción Pública, Legajo 13, No. 646, folio 22 vta.

<sup>25</sup> Para la Provisión de la cátedra de Prima de Derecho Civil en el año 1805 se presentaron tres opositores. Al hacerse la apersión correspondiente a uno de ellos, el Br. Miguel de Estrada y Ceballos, se sortearon los siguientes puntos:

1ro. *A lege 47, tit. 7, Lib. 26 “usque ad legem 4 tit. 8 Lib. 26”*

2do. *A lege 7, tit. 1, De legatis et fideicommissis, Lib. 31, usque ad legem 14, tit. 1, Lib. 32.*

La enseñanza del derecho en la Universidad en esta etapa era muy deficiente, en parte por la preferencia que en el *pensum* de estudios tenía el Derecho Romano sobre el Patrio y también por la aplicación en ella del método escolástico, razón por la que los catedráticos se llamaron lectores, pues sus lecciones se limitaban a un ejercicio de lectura de los textos, con una exégesis de los mismos, hasta que, con el precedente del padre José Agustín Caballero, el Presbítero Félix Varela introduce el método explicativo en el Seminario, extendiéndose luego a la Universidad.<sup>26</sup>

---

3ro. *A lege 72 tit. 1 de conditionibus et demonstrationibus, Lib. 35, usque ad legem 94, ejusdem tit. et lib.*

De ellas eligió *Ex lege 42 Dig. De condit. Et demost. "Quid quid filio in potestate relinquitur patri acquiritur"*, que defendió exitosamente el 22 de enero de 1805 a las 6 de tarde.

En 1813, para el ejercicio de obtención del grado de Bachiller en Leyes de José de Jesús Pret se sortearon los siguientes puntos:

1ro Dig. *De actione* (ilegible)...Lib. 25, tit. 2

2do. Dig. Lib. 28, tit. 3ro, *de heredibus instituendis*

3ro. Dig. Lib. 32, tit. 1ro *de legatis et fideicomisiis*

Para este mismo ejercicio de grado, pero en 1837 son los siguientes:

*Prima Apert. Fuit in lib 26, tit. 1 de tutelis a ley 1ra...*

*Secunda in Lib. 28, tit. 5 de heredibus institutum...*

*Tertia in Lib 28, tit. 7 de jure deliberando a ley 17...ad 8, tit. Seg.*

<sup>26</sup> Para el excelente bibliógrafo, abogado y catedrático cubano Antonio Bachiller y Morales: "tanto en el Seminario como en la Universidad era escasa y pobre la

Cuando se implantó en Cuba la segunda etapa constitucional, a mediados de 1820, el estado físico de abandono y pobreza material de las aulas universitarias habaneras era notable. Ello, junto al estado de la enseñanza en este centro y en el Seminario se describe en un documento de la época llamado *Cartas inglesas sobre la Habana*, que en número de cinco fueron apareciendo en *El Revisor Político y Literario*, suscritas por un viajero inglés nombrado Enrique Wilston y dadas a luz en esa publicación en 1823.<sup>27</sup>

---

enseñanza teórica, se exigían seis años de práctica, en los cuales se ejercitaba el Bachiller en hacer pedimentos, extractar procesos y conocer la sustanciación". Y luego agrega: "Se crearon una multitud de bachilleres "picapleitos" y como se alzó la prohibición de recibirse como abogados, que tenía como finalidad impedir su excesivo número, se aparecieron a recibir el grado de bachilleres en la Universidad a punto de que creció rápida y ostensiblemente su número, que luego aguijoneó el temor de que en la nueva planta de la Universidad les quedara cortada la carrera, pues no preveían que se había de redactar justísimas disposiciones transitorias contra la retroactividad del plan de estudios; los datos estadísticos recogidos por el excelentísimo señor Vázquez Queipo (quien fue miembro de la comisión de redacción del informe que acompañó el plan de estudios), explican este aumento que sobre el número de 40 a 56, que antes existían en los grados de Bachiller en Derecho, llegaron en 1841 a 150". Bachiller y Morales, Antonio, *Apuntes para la historia de las letras y de la Instrucción Pública en la Isla de Cuba*, Habana, Cultural, 1936-1937, T.1 p. 409.

<sup>27</sup> Estas cartas pueden verse en "El Revisor Político y Literario", marzo-.mayo de 1823. La segunda carta, que es la que nos interesa, fue publicada en el número 5 del miércoles 12 de marzo de 1823 pp. 3-6.

Así resume Leroy las principales causas de la notable decadencia de la Universidad a principios del siglo XIX y especialmente durante la segunda etapa constitucional.<sup>28</sup>

- Anacronismo de los Estatutos que regían desde 1734, en condiciones actuales totalmente diferentes.

- Atraso en el contenido de la propia enseñanza, en un tiempo en que ya la influencia del padre Feijoo y del esclarecido Jovellanos habían dado un gran sacudimiento intelectual a la estática y conservadora España.

- Métodos arcaicos de impartir la instrucción

- Desatención de las cátedras por parte de quienes las desempeñaban, originada fundamentalmente por la carencia de estímulo económico que compensase la dedicación a ellas.

- Falta de asistencia de los escolares a las clases, por desinterés y tedio respecto de unas disciplinas académicas mal impartidas y desprovistas de acicate alguno. También agrega, como muy importante lo inadecuado, por su atraso, de los libros de texto.

#### **IV- LA REFORMA A LOS PLANES DE ESTUDIO DE LA UNIVERSIDAD: UNA UNIVERSIDAD MÁS A TONO CON EL ESPÍRITU DE LA MODERNIDAD**

En octubre de 1842 comienza a regir en Cuba la Real Cédula que dispone la importante reforma de los Planes de estudios. En virtud

---

<sup>28</sup> Leroy Gálvez, *Historia documentada...cit.*, cap. VII. p.9.

de esta reforma se unieron en una sola las antiguas facultades de leyes y cánones, denominándose ahora Facultad de Jurisprudencia,<sup>29</sup> exigiéndose a los alumnos el grado de Bachiller en Artes (filosofía) para matricularse en ella.<sup>30</sup> Su estudio duraba seis años, al cuarto podían recibir los alumnos el grado de Bachiller y al sexto el de licenciado, sin cuyo requisito no eran admitidos a examen en las Reales Audiencias de la Isla o en cualquier otra de los dominios españoles, incluyendo la península, para ejercer la abogacía.<sup>31</sup> Había exámenes generales al fin de cada curso, excepto para los alumnos del cuarto y sexto años que hacían sus ejercicios de grado.

Este Plan centralizó los estudios de Derecho de toda la Isla en la secularizada Real y Literaria Universidad de San Gerónimo de la Habana.<sup>32</sup> Esta no fue, a mi juicio, una decisión muy afortunada para el desarrollo de la enseñanza del Derecho en la Isla, entre otras cosas porque frenaba el impulso con que esta ciencia se estaba enseñando en el Seminario Conciliar de esta ciudad, que tuvo una etapa de lucidez y méritos insuperables en la docencia jurídica.

---

<sup>29</sup> Artículo 74 del Plan: “La Facultad de Jurisprudencia comprenderá las dos que hasta aquí se han conocido con el nombre de Derecho Civil y Canónico”.

<sup>30</sup> *Ibid.*, Artículo 75.

<sup>31</sup> *Ibid.*, Artículos 76 y 103.

<sup>32</sup> Así se dispone en las Disposiciones Transitorias del título Adicional: “Quedan suprimidas todas las enseñanzas de Derecho establecidas en las ciudades de Cuba y Puerto Príncipe y la cátedra del Seminario Conciliar de San Carlos de la Habana”.

El Derecho Romano continuó estudiándose en la Universidad, ahora como parte, y no el todo, de un Plan de Instrucción más amplio y diversificado. Si antes de 1842, el núcleo de la enseñanza del Derecho en Cuba se constituía sobre la base del Derecho Romano, el Patrio y el Canónico, ahora ocupan un lugar importante otras materias jurídicas que en correspondencia con la modernidad, servirían para formar un letrado más culto y mucho mejor preparado.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> El primer año comprendía el estudio de las asignaturas de Historia y Elementos de Derecho Romano y de Derecho Público Internacional o de Gentes, el segundo, las instituciones del Derecho Civil Romano que debía ampliar el profesor al de sus antigüedades, en el mismo año se comenzaba a estudiar el Derecho Civil Patrio, empezando por su Historia, en el que debían emplearse los dos primeros meses del curso, asistiendo también a la cátedra de Economía Política. En el tercer año continuaba el estudio del Derecho Patrio y empezaba el de las Instituciones Canónicas, cursando al mismo tiempo el Derecho Administrativo. En el cuarto continuaban las Instituciones Canónicas, alternando con el Derecho Público Eclesiástico y asistían también los alumnos tres veces por semana a la cátedra de Derecho Mercantil. Los de quinto año concurrían a la asignatura de Derecho Romano-Hispano, a la de Derecho Criminal y a la de Sustanciación o Procedimientos Judiciales. Los de sexto año asistían a los ejercicios prácticos de sustanciación, al curso de Derecho Público Español y al de Medicina Legal.

Sobre este nuevo plan, como es natural, surgieron muchos criterios entre los intelectuales de la época, pero todos coinciden en su notable superioridad al “orden” pre-existente.<sup>34</sup>

Al valorar globalmente el conjunto de las materias que integran este plan, se observa la muy alta consideración que tiene en ella el estudio del Derecho Romano. Se estudia en tres cursos (historia e instituciones). El primero a tiempo completo y en el segundo y quinto, tres veces por semana.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> “Creo que el antiguo pecaba por deficiencia en el número de las asignaturas, y que por extenderse a otras absolutamente necesarias, el moderno le lleva ventaja”. Suárez y Romero, Anselmo, Carta No. 2 de Introducción a la obra *Estudios Jurídicos* de Andrés Clemente Vázquez, 1868. Otros, como José María Céspedes, que llegó a ser catedrático de la Universidad, sin desconocer este mérito, consideraba que dicho plan no satisfizo de manera conveniente las exigencias de su época: “Fue una transición demasiado brusca de lo antiguo a lo nuevo, de la tiniebla a la luz”. Criticaba así su enciclopedismo. En Revista, *La Idea*, No.12 de 25 de junio de 1866. p. 355.

<sup>35</sup> Reglamento de la Universidad de la Habana, Aprobado por S.M. en 27 de octubre de 1844, Habana, imprenta del Gobierno por S.M. 1846. Su artículo 38 establece: “Los alumnos del quinto curso asistirán tres veces por semana a la asignatura de Digesto Romano-Hispano, en la cual explicará el catedrático todos los títulos de las Pandectas que faltan a la Instituta, haciendo la debida referencia a los correspondientes de nuestro derecho”.

Este derecho se estudia en toda su extensión, siguiendo en ello el plan de las Instituciones de Justiniano, y en las explicaciones los textos de De la Serna y Heineccio.<sup>36</sup>

Para obtener el grado de Bachiller en Leyes los alumnos debían examinarse en ocho materias, entre las que se encontraban la Historia y antigüedades del Derecho Romano, Instituciones del Derecho Civil Romano y la Historia e Instituciones del Derecho Patrio.<sup>37</sup>

El interés por el estudio del Derecho Romano en su concordancia con el patrio no solo se manifestó en los ejercicios académicos que se desarrollaban en la facultad,<sup>38</sup> sino también en las disertaciones y

---

<sup>36</sup> Así se manifiesta en el Programa del segundo curso de esta asignatura impartido por el Dr. Diego José de la Torre en los años 50 de este siglo XIX. Abarca 42 lecciones, que estudian la herencia, testamentos, legados, sucesión intestada, obligaciones y contratos, delitos, procedimiento civil, etc. Universidad de la Habana: *Programa de las materias correspondientes a la asignatura del 2do curso de Derecho Romano, a cargo del Dr. Diego José de la Torre, Decano de esta honrosa facultad, 185?*

<sup>37</sup> Artículo 118 del Reglamento.

<sup>38</sup> Con vistas al concurso de oposición del año 1857 para obtener los premios universitarios, la Facultad de Jurisprudencia señaló el siguiente tema: "A la amplitud de obligarse establecida en la ley 1ra, tit.1ro, libro 10 de la N.R. ¿será preferible la estipulación de los romanos o el instrumento público o privado para mayor garantía de las convenciones?"

artículos científicos que los juristas allí formados defendían ante sus catedráticos en las famosas academias que establecía dicho plan.<sup>39</sup>

El establecimiento de estas academias fue una de las novedades más aplaudidas introducidas por este plan. En ellas se destacaron con interesantes disertaciones alumnos que luego honrarían la cátedra y el foro cubano.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> En su Capítulo 3ro, artículos 109 al 114 se organizan estas “academias” que fueron tan beneficiosas y famosas. El artículo 109 dispone que todos los jueves lectivos del curso se reunirán en academia los alumnos de cada facultad que estudien asignaturas posteriores al bachillerato y anteriores a la licenciatura. El artículo 11 señala el orden que ha de seguirse en ellas: “Un alumno leerá un discurso cuya duración no exceda de veinte minutos ni baje de quince sobre un tema que se habrá dado con quince días de anticipación, en seguida le harán observaciones otros tres discípulos, designados con la misma antelación, debiendo durar un cuarto de hora la discusión con cada uno, después se permitirá por espacio de una hora que usen de la palabra sobre la cuestión los alumnos que la pidan, no consintiéndose discursos que excedan de diez minutos y por último uno de los catedráticos resumirá la discusión llamando la atención sobre los defectos en que hayan incurrido los actuantes”.

<sup>40</sup> En *La Idea, Revista de Instrucción Pública*, No.2 de 25 de enero de 1866, se narran las academias de octubre-diciembre del curso 1865-66. Mostraremos sólo algunas: el jueves 12 de octubre de 1865 disertó el Bachiller D. Luis Victoriano Betancourt sobre el tema ¿se conforma la herencia, según el derecho español, con las prescripciones del derecho natural?; el jueves 26 del mismo octubre disertó el Bachiller D. Ángel Gastón sobre el tema: ¿tendrá derecho el hijo natural reconocido, a quien su padre, testando a favor de los herederos extraños, dejó una cantidad suficiente a cubrir las atenciones precisas de la vida

Aún cuando este plan superaba el cuadro existente anteriormente, no satisfacía completamente las exigencias de la Universidad de la época. En virtud de ello se formó una Comisión de la Universidad de la Habana que propondría a S.M. las reformas pertinentes que debían hacerse a dicho plan. En 1858 el Claustro General de este centro presenta al Rey el Proyecto de modificación.

Es de resaltar el acuerdo del claustro de que el Derecho Romano debía estudiarse con lecciones diarias en dos cursos completos, más de lo que establecía el plan vigente, por la importancia que este derecho reviste para la formación del jurista, pero recalando la necesidad de que el mismo se concuerde con el patrio en todo lo posible.<sup>41</sup>

---

para pedir se le aumente por no estar en proporción con la cuantía del caudal testado?; el jueves 9 de noviembre tocó el turno a D. Andrés Clemente Vázquez, quien disertó sobre el tema: ¿Es conveniente que las leyes puedan ser derogadas por las costumbres?...

<sup>41</sup> En él se dice: “El Derecho Romano se enseña según el Proyecto del Claustro y según el Plan actual, haciendo notar sus concordancias con el patrio, durante los dos primeros años, con lección diaria: - por consiguiente se ha considerado y con razón, que basta un año de lección diaria también, para completar la enseñanza del Derecho Civil Patrio, con todo el detenimiento que requieren las materias exclusivamente propias de la legislación española, cuyo estudio se hará con la ampliación conveniente al tiempo de repasarlas todas para mejor fijar las ideas adquiridas en las concordancias con el Derecho Romano” -y continúa- “resta decir que aunque parezcan creadas dos cátedras de Derecho Romano con lección diaria, no sucede tal cosa en el fondo, sino lo mismo que

Por Real Decreto de 15 de julio de 1863 se introdujo una nueva reforma en la Universidad. Conforme a este Plan la Facultad de Jurisprudencia ahora se llamaría Facultad de Derecho Civil y Canónico, dividiéndose ésta en dos secciones: la de Derecho Civil y Canónico y la de Derecho Administrativo. Seguía estudiándose el Derecho Romano en dos cursos completos, con lecciones diarias.<sup>42</sup>

---

hoy existe, puesto que hay un catedrático para el Derecho Romano propiamente y otro para la asignatura que denomina el Reglamento actual, Digesto romano-hispano”.

En el Capítulo 3ro, artículo 113 del reglamento propuesto, se establece que las Instituciones de Derecho Romano se impartirán en dos cursos con lecciones diarias. En el primero los dos primeros libros de las Instituciones de Justiniano, en el segundo los otros dos; y el 117 que los profesores (de Derecho Romano) cuidarán de hacer extensivas sus explicaciones a las concordancias con el Derecho Patrio; deteniéndose más especialmente en las materias en que sea mayor la analogía entre una y otra legislación.

<sup>42</sup> Sólo que ahora la asignatura del primer curso, impartida por un solo catedrático, se llama Introducción al Estudio del Derecho, Principios del Derecho Natural, Historia y Elementos del Derecho Romano hasta testamentos, en el segundo curso se estudian los Elementos del Derecho Romano, del tratado de testamentos en adelante.

Los textos utilizados para estas materias son, *Prolegómenos del Derecho y Curso de Derecho Romano*, de Gómez de la Serna y también por los *Elementos del Derecho Civil Romano*, de Heineccio. En, *Memoria acerca del estado de la enseñanza en la Universidad de la Habana en el curso de 1864 a 1865*. Habana, Imprenta del Gobierno y Capitanía General por S.M. enero de 1866. Sucesivamente se

En este período se destacan en la explicación de esta asignatura los catedráticos Antonio Prudencio López<sup>43</sup>, Diego José de la Torre y Juan Bautista Hernández Barreiro.<sup>44</sup>

---

consultaron también las memorias correspondientes a los cursos 1864-1865/1865-66/1866-67/1867-68/1868-69/1870-71/1871-72/1872-73.

Por R.O. de 10 de octubre de 1871 del Gobierno Superior Político de la Isla, reformando la enseñanza de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana se continúa estudiando el Derecho Romano en los dos primeros cursos en lección diaria y en el quinto se introduce la asignatura ampliación del Derecho Civil, romano y español con lección diaria.

<sup>43</sup> El Dr. Antonio Prudencio López, natural de Guanabacoa. Graduado de Doctor en la Facultad de Jurisprudencia desde el 21 de julio de 1846. Fue nombrado por Real Orden de 4 de abril de 1851, previa oposición, Catedrático Supernumerario de Derecho y tomado posesión de su destino en primero de junio del mismo año, despachándosele el Real Título en veinte y cinco de julio de mil ochocientos cincuenta y dos. Por Real Orden de ocho de abril de mil ochocientos cincuenta y seis fue nombrado en propiedad Catedrático de Derecho Romano. Prestó juramento y tomó posesión en veinte y seis de mayo de mil ochocientos cincuenta y seis.

Rector de la Universidad por sustitución varias veces, Censor de la Real Sociedad Económica por dos bienios, Vocal letrado de la Junta de la Deuda del Tesoro, Vocal de la Junta de Bienes del Estado, Juez interino de primera instancia, Magistrado suplente de la Audiencia de la Habana por siete años. Entre otras condecoraciones se destaca la de Comendador de número de la Real Orden de Isabel la Católica, libre de gastos, 23 de enero de 1883. Falleció en su morada de la Habana a las diez y media de la noche del 26 de enero de 1899. Estos datos han sido tomados de su expediente administrativo de la

---

Universidad. ACUH, Expediente Administrativo No. 141. cátedra de Derecho Romano (1er curso) Dr. Antonio Prudencio López.

<sup>44</sup> Dr. Juan Bautista Hernández Barreiro, Natural de la Habana, Licenciado en la Facultad de Derecho, Sección de Civil y Canónico en la Universidad Central de Madrid en el curso 1866-1967. Fue investido Dr. el día 28 de junio de 1868 en esa misma Universidad, también fue licenciado en ciencias, sección de las naturales y en filosofía y letras, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid con ejercicio de 1867 a 1868, Académico profesor de la matritense de Jurisprudencia y Legislación en 9 de junio de 1868.

Socio del Ateneo Científico y Literario de Madrid. Vocal en varios tribunales de la Isla. Vicepresidente de la sección 4ta del Círculo de Abogados de la Habana. Abogado con estudio abierto en la Ciudad de la Habana desde el 17 de septiembre de 1868. Catedrático de Prolegómenos del Derecho, Instituciones del Derecho Romano y Curso Superior de Derecho Romano, por varios años. Falleció en la Habana en la mañana del día 12 de diciembre de 1913.

En comunicación del Rector Leopoldo Berriel, en ocasión de su fallecimiento dice: "antiguo y sabio catedrático de Derecho Romano, uno de los profesores, de lo mejor entre los mejores, que han dado mayor lustre y prestigio a esta institución docente, por su vastísima ilustración y alta cultura jurídica, por su clara inteligencia y sus excelentes condiciones pedagógicas y por su gran celo y exquisita honorabilidad..." Datos tomados de su expediente administrativo en la Universidad, ACUH, Expediente Administrativo No. 129 del catedrático Juan Hernández Barreiro. Nos dice Julio A. Carreras que en 1904 ocupó el cargo de Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Justicia Carreras, Julio A. En, *Historia de la facultad de Derecho de la Universidad de la Habana* (inédito) Archivo de la Cátedra de Estudios Históricos del Estado y el Derecho Dr. Leonardo Griñán Peralta, Santiago de Cuba.

Pero el Derecho Romano no se estudiaba sólo en las asignaturas específicas señaladas, sino también en aquellas que lo tenían como fundamento. En el Segundo Curso de Derecho Civil, Español, Común y Foral explicado por Leopoldo Berriel en 1883, se sirve de las Instituciones de Justiniano para explicar el Derecho Sucesorio.<sup>45</sup>

Asimismo, los Prolegómenos del Derecho y Curso histórico exegético del Derecho Romano (texto básico para la introducción al estudio del derecho) contemplan en la parte de introducción al estudio del derecho 16 lecciones, de ellas, la lección 9na hace referencia al Derecho Civil de los Romanos.<sup>46</sup> También acuden al pasado romano las lecciones de la asignatura Elementos de Derecho Natural.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Berriel y Fernández, Leopoldo (1843-1915) *Explicaciones del segundo curso de derecho civil español, común y foral*. Cárdenas, (1883-1884).

<sup>46</sup> El contenido de esta lección es el siguiente: “Derecho Civil según Justiniano. Cómo lo definimos. Objeto del Derecho. Personas. Cosas. De las obligaciones: su definición. Sus fuentes. Acciones. Derecho mercantil, contenido en el civil. El Derecho Civil Romano: utilidad de su estudio”. *Vid. Universidad de la Habana: “Programas de las asignaturas de derecho, literatura latina y de historia universal”*, Habana, 1866. La parte de sus elementos, primer curso, abarca 55 lecciones organizadas según el plan de las Instituciones de Justiniano, que es su texto. Primer Curso: De las Personas y de las Cosas, Segundo Curso: Herencia y Obligaciones y Contratos

<sup>47</sup> Una gran parte de las 109 lecciones que contempla este curso están referidas al Derecho Romano, por ejemplo, la Lección Primera: “Noción del derecho, en general (...) Noción romana del derecho natural: división bipartita del derecho

Por Real Orden de 12 de agosto de 1886 se comunicó a esta Isla el Real Decreto de fecha 10 del propio mes y año que reformó la Facultad de Derecho, refundiendo las dos secciones que antes comprendía, creando nuevas asignaturas, tanto para dicha facultad como para la carrera de notariado que le estaba agregada y disponiendo que empezase a regir dicha reforma desde el curso de 1886 a 1887.

Por este Plan se mantiene la enseñanza del Derecho Romano, con el nombre de “Instituciones de Derecho Romano”, en un curso para la licenciatura y se instituye la asignatura “Curso Superior de Derecho Romano” para el doctorado.

La reforma está precedida de un debate suscitado en la Península sobre la nueva estructura que debía tener esta carrera. En 1884 se publicó en la Habana la propuesta del Plan de Reforma con una interesante exposición en la que se fundamenta la decisión de reducir el estudio del Derecho Romano a un curso de la licenciatura,

---

considerado con relación a sus orígenes; “*ius civile*”, “*gentium et naturale jus*” (Gayo, Modestino, Paulo, Marciano, Florentino y Licinio Rufino). División tripartita “*ius civile, gentium, naturale*” (Ulpiano, Hermogeniano.) Confusión de estas nociones por los redactores de las Instituciones de Justiniano. Definición de Ulpiano, su defensa por Donelles, crítica de esta definición (...). En, *Programa de las lecciones de Derecho Natural dadas por el Dr. Tiburcio Castañeda durante el curso 1888-1889*. Habana, 1889.

pero colocándolo como materia obligatoria para obtener el doctorado.<sup>48</sup>

Esta propuesta fue la que en definitiva se aplicó unos años más tarde con ligeras modificaciones, consistentes en supresión de algunas asignaturas propuestas.

Paralelamente a lo que ocurría en nuestra Isla, durante todo el siglo XIX se producen numerosos y sucesivos planes de estudio en la Península, que reflejan el conflicto generado en torno a la preferencia del Derecho Romano sobre el patrio en sus

---

<sup>48</sup> Vid. *Revista del Foro, Órgano Oficial del Real Colegio de Procuradores*, No. 23, Año II, 15 de septiembre de 1884. En la Exposición del Ministro de Fomento proponiendo al Rey la aprobación de un Decreto adjunto a dicho informe, reestructurando los estudios de Derecho de la Universidad, firmada en Madrid a 14 de agosto de 1884 por Alejandro Pidal y Mon, encontramos las consideraciones para la reforma antedicha: “Aunque el deseo del que suscribe hubiera sido ampliar la enseñanza del Derecho Romano a dos cursos, habida consideración a su extraordinaria importancia como base de la cultura jurídica, no menor ciertamente de la que tiene como precedente histórico y factor integrante de nuestra legislación, se ha visto precisado a conservar su estudio en un solo curso por la necesidad de atender a las otras enseñanzas que se establecen en el período de licenciatura, procurando remediar esto en lo posible con la creación de una cátedra de Estudios Superiores de Derecho Romano en el período del doctorado”.

Asimismo señala que condiciones de índole económica principalmente, han sido causa para reducir a sólo dos cursos el estudio del Derecho Civil. Se propone el estudio del Derecho Romano, sin carácter obligatorio, para la carrera de Notariado que se crea.

Universidades. Muchos de estos planes no rigieron en Cuba, pero sí fueron su modelo. García Gallo nos ilustra esta situación de la siguiente manera: <sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> En la reforma del plan de estudios de 1802, debida al Ministro Caballero, la carrera de derecho se fija en cuatro años, convirtiendo las dos cátedras de Derecho Romano en otras dos de derecho español. Los dos primeros cursos con carácter elemental para dar una visión completa del derecho nacional (hora y media de clase diaria por curso) y los otros dos para ampliación del Derecho Civil y procesal.

Tras diversos planes (1807, 1818 que restablece el antiguo de 1771, 1821), una nueva reforma en 1824 marca en cierto modo una vuelta al sistema antiguo a la vez que mantiene y desarrolla la orientación de la última, aumentando el número de cursos y el de asignaturas. Cuatro cursos son necesarios para obtener el título de bachiller en leyes, estudiando el Derecho Romano, español y canónico. Con ellos y un año de práctica judicial se obtiene la habilitación para la abogacía. Tres años más de estudio sobre Derecho español en su conjunto, con asistencia a la Academia de Jurisprudencia práctica forense (con teoría y práctica judicial) habilitan para el título de licenciado y la abogacía.

Un sistema semejante se mantiene en la reforma del plan de estudios de 1836, con una duración también de siete años. La novedad principal consiste en dedicar el primer curso al estudio de los Elementos de Derecho Natural y de Gentes y a los principios de legislación universal. El Derecho Romano (elementos e historia) se estudia como disciplina única en el segundo curso, y en el tercero junto al derecho público general. El cuarto y quinto cursos se dedican a estudiar elementalmente el derecho público, civil y criminal de España y la Instituciones de Derecho canónico (con especial referencia a su derecho público).

Como hemos apreciado a través de este recorrido de tantos años de historia de esta casi tricentenaria Universidad, la tendencia de los planes de estudio, desde su fundación y hasta finales del siglo XIX, no fue desestimar o abandonar el estudio de la jurisprudencia romana, sino más bien colocarla en un lugar privilegiado dentro de las materias básicas para la formación de un abogado, reconociendo

---

En el sexto curso se amplía el Derecho español, especialmente las Partidas y Novísima Recopilación, y se estudia la economía política. Finalmente, en el séptimo se cursa la Práctica forense, la Elocuencia forense y la jurisprudencia mercantil.

Una nueva reforma en 1845 y 1847 modifica en detalles el plan anterior. Exige un curso previo en la Facultad de Filosofía sobre Literatura latina y española, filosofía y su historia y mantiene los siete de Derecho. En el primero se crea una introducción o “Prolegómenos de Derecho” y se inicia el estudio del romano, que se continúa en el segundo. En el tercero se estudia la Historia y elementos de Derecho Civil, comercial y criminal de España.

En el cuarto Historia y elementos de Derecho Canónico, universal y de España, y con ello se obtiene el título de Bachiller. Para obtener el de licenciado hacen falta otros tres cursos: uno de Historia y disciplina general de la iglesia y particular de España, con estudio de las colecciones canónicas, más oratoria forense; otro de ampliación de códigos españoles, y economía política; y un tercero de Procedimientos y práctica forense, y derecho público y administrativo español. En esta reforma se suprime para los licenciados peninsulares (no los de la Habana) la necesidad de autorización de los tribunales para ejercer la abogacía. García Gallo, Alfonso, *Manual de historia...cit.*, pp. 316-317.

en ella un valor extraordinario para el conocimiento de la legislación vigente.

#### **V- EL ESTUDIO DEL DERECHO CIVIL ROMANO EN EL SEMINARIO SAN BASILIO MAGNO DE SANTIAGO DE CUBA**

Otro de los centros donde se estudió el Derecho Civil, y por lo tanto el romano, fue el Seminario Eclesiástico San Basilio Magno de Santiago de Cuba. Este Seminario fue fundado por el Obispo de Cuba, Gerónimo Valdés, en el año de 1722. Debemos significar que, a pesar de no ser mucha la información que hemos podido obtener sobre los estudios jurídicos en esta institución, motivados mayormente por la escasez de documentos existente sobre el mismo, resulta suficiente para afirmar que el Derecho Civil Romano que se estudió en sus aulas nunca tuvo la lucidez y aprovechamiento de su homólogo habanero, ni de la Real y Pontificia Universidad.

Por supuesto que todo examen que hagamos de los estudios de esta disciplina fuera de la Universidad durante el período colonial deberá limitarse hasta el año de 1842, pues como hemos visto en esta fecha se contraen los mismos sólo a la secularizada Universidad.

Gracias a la existencia de una Real Cédula fechada en Aranjuez a doce de junio de 1774 que se conserva original en el Archivo Central de la Universidad de la Habana, sabemos que ya desde antes del año 1761 se cursaba derecho en el Seminario santiaguero.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> ACUH, *Cédulas, Bulas Pontificias y otros documentos para la Historia de la Universidad de la Habana*, folios B/353, B/355 de la paginación a lápiz. Cédula

No parece, sin embargo, que estos cursos hayan durado mucho tiempo, pues de la visita pastoral que años más tarde realizara el Obispo Echavarría a este centro no se nos da ninguna noticia de la existencia allí de una cátedra de derecho.

---

dirigida a la Universidad de la Habana encargándola que en lo sucesivo y en casos de iguales circunstancias a los que insinúan, admitan todos los cursos de derecho y sagrados cánones ganados en el Seminario de Cuba. El texto de esta disposición es el siguiente: “Por Real Cédula de 16 de febrero de 1761 el Rey encargó al Reverendo Obispo de la Diócesis de Cuba, Santiago Echavarría, cuidase del fomento y conservación del Colegio Seminario de Cuba por todos los medios que le dictase su prudencia.

En virtud de ello, el Rector de la Universidad de la Habana proveyó un auto declarando que “los cursos que oyesen perfectamente los colegiales y cursantes de Cuba, fuesen suficientes para tener ingreso a los grados de las facultades de Leyes y Sagrados Cánones en la propia Universidad (...) que con la certeza de estos antecedentes, dio principio a la Facultad de Cánones y Leyes en el insinuado Colegio Seminario de Cuba en catorce de marzo de mil setecientos sesenta y ocho, y después de haber ganado tres cursos en él”.

Por la presente Real Cédula se dispone, atendiendo la solicitud del Seminario, que se reconozcan los tres cursos ganados en este Seminario antes de la Real Cédula de 1761, “recibáis en cuenta a los nominados interesados los cursos ganados en el Colegio Seminario de Cuba, y rogaros y encargaros (como lo ejecuto) que en lo sucesivo y en casos de iguales circunstancias a los que se trata, admitáis todos los cursos ganados en el mencionado Seminario de Cuba, por ser así mi voluntad” Fechada en Aranjuez a doce de junio de mil setecientos setenta y cuatro”.

En cambio, nos ilustra del depauperante estado material y de la enseñanza, en que se encontraba el mismo, cuestión que motivó al Obispo a reformarlo casi en su totalidad, disponiendo para éste nuevos Estatutos a imagen y semejanza del Colegio habanero de San Carlos.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup>En la Introducción de dichos Estatutos se lee: “Santiago de Cuba, 3 de noviembre de 1774. Enorme entre los objetos de la Pastoral visita que estamos haciendo en esta ciudad, cátedra de nuestra diócesis, y lugar de nuestro nacimiento, nos ha merecido la mayor consideración el Seminario Conciliar de San Basilio, establecido en ella desde el año de mil setecientos veinte y dos, por el Ilmo. Sr. Maestro fray Gerónimo Valdés de gloriosa memoria. No ignorábamos su fatal constitución. Pero lo cierto, que cuando le visitamos quedamos a su vista traspasados del más sensible dolor: siempre fueron los ojos los mejores informantes.

En lugar de Colegio, hayamos una casa tan desmantelada, que no podría habitarla un padre de familia tranquilamente, aún en ciudad que no fuese perseguida de terremotos.

Como caminan a igual paso lo material y lo formal en estos establecimientos; desde luego, formamos idea del fondo por la superficie. No podrá haber instrucción en un lugar de tan feas apariencias. Los estudios reducidos en sus principios a una Gramática de varia fortuna, según los maestros, que la suerte deparaba, y a unas lecciones de canto eclesiástico, si después lograron extenderse a tres cursos de filosofía, y dos cátedras, la una de Teología Moral y la otra de Cánones, fundadas por nuestro Ilmo Predecesor y Prelado el Sr. Pedro Morell de Santa Cruz, de feliz recordación, sobre no haber adecuado todavía los fines de la iglesia en la creación de los seminarios, por la falta de muchas cosas, no se hizo otra que disponer el embrión.

Según los Estatutos recién dispuestos para este Colegio<sup>52</sup> se estudiarían Gramática y Retórica, Filosofía, Cánones y Teología,

---

Además del Concilio, el Rey, nuestro ministerio y la patria nos compelieron con una fuerza irresistible, a tomar providencia sobre todo. La fábrica material de la casa fue lo primero a que volvimos los ojos.

Para arreglar lo demás, no nos ha quedado medida que tomar, del mismo cuerpo del capítulo sacamos un canónigo verdaderamente sabio, y condecorado por su Majestad con el carácter de magistral, a quien, con el nuevo título de Director, le hemos puesto a la cabeza de los maestros jóvenes. Hemos erigido las cátedras que faltaban. Conforme a lo que se prescribe por el Concilio Tridentino, sesión 23, capítulo 18, sobre los doce seminaristas, de la primera dotación, hemos aumentado seis, a reserva de completar veinte y cuatro en su oportunidad. Con presencia de los Estatutos del Real Seminario de San Carlos de la Habana que formamos por nos, acaban de merecer la soberana aprobación, en Real Cédula, fechada en Madrid a once de julio de mil setecientos setenta y dos, hemos dispuesto, los de este Seminario, sin añadir ni quitar otra cosa, que lo que exige la varia constitución de países.

Creemos haber llenado el objeto, y que puestos en ambos cabos de nuestra diócesis dos talleres de instrucción, para nuestros amados súbditos, tendrán donde acudir para ella, sin dificultades ni gastos. Firmado. Santiago José. Obispo de Cuba”.

El Obispo destinó 8734 pesos y 5 reales para el arreglo del Seminario. Esta introducción más los Estatutos fueron copiados por José Augusto Escoto, se encuentran en la Biblioteca Nacional José Martí, *Colección Manuscritos, Escoto, No.77 “Seminario de San Basilio el Magno, Santiago de Cuba. Estatutos (s.l, s.a) 1v.*

<sup>52</sup> *Ibid., Estatutos del Seminario Conciliar de San Basilio el Magno de esta ciudad, dispuestos por el Ilustrísimo Señor Obispo de esta diócesis, Doctor Don Santiago José Echavarría, en el año de 1774 y aprobadas por S.M el de 1781. (por Real Cédula fechada*

dejando las facultades de Matemáticas y Derecho Civil para fundarlas “cuando se halle bien dotado el Colegio y corriente todas las cátedras que tienden a formar dignos ministros del santuario.”<sup>53</sup>

De modo que, en 1774 cuando el Obispo de Cuba establece nuevos Estatutos para el Seminario, ya en éste no se estudiaba derecho y tampoco se hizo en virtud de los mismos. Sin embargo, esta afirmación no contrasta con la opinión de otros autores. Para Monseñor Ramón Suárez Porcari:

---

*en San Lorenzo el once de octubre de 1781*) Impresos por Orden del Señor Doctor D. Miguel de Herrera y Cangas, dignidad de Chambre y Vicario capitular, etc.... Cuba, en la Imprenta del mismo Colegio. A cargo de D. José Eugenio Toledo, Impresor del Gobierno.

<sup>53</sup> La Sección §11 “De los estudios de Derecho Civil y Matemáticas”, Estatuto único, dice: “Estas facultades, bien que no sean las más propias y positivamente conducentes al estado eclesiástico, que es el fin para el que se instituyen los seminarios, no desdican, ni tienen formal oposición con él y por otra parte son útiles a la nación en común y muy propincuas a esta porción de la Isla distante de las otras partes en donde se enseñan.

Este motivo debe ser un poderoso aliciente a todos los que se animen de un espíritu verdaderamente celoso por el patriotismo para no perderlo jamás de vista. En cuyo supuesto, luego que se haye (*sic*) el Colegio bien dotado y corriente todas las cátedras, que tienden a formar dignos ministros del santuario, se fundarán y establecerán aquellos, y los demás estudios, que se juzgaren conducentes a la felicidad del Estado y moradores de este distrito, bajo las reglas que parezcan entonces más adaptables al intento”.

“La obra de Echavarría en San Basilio puede considerarse como una verdadera reforma que se extendió desde el orden material hasta el espiritual, pasando por el intelectual (...) aunque criticado, el Obispo consiguió que, para 1775, Santiago de Cuba tuviera un centro de formación digno donde se enseñara Física Experimental, Matemáticas y Derecho Civil”.<sup>54</sup>

Por su parte, Portuondo Zuñiga y Juan Rovira afirman que: “En 1775 el Obispo santiaguero Santiago Echavarría, el mismo que años antes fundara el Colegio Habanero, incluyó en el Plan de Estudios la materia Derecho Civil”.<sup>55</sup>

En 1821 la Diputación Provincial de Santiago de Cuba, instruye un Expediente promovido por un profesor de Derecho Civil y Canónico de ese Seminario, quejándose por haber sido preferido otro profesor para el desempeño de dicha cátedra. En uno de sus folios aparece un oficio del Arzobispo de la Diócesis de esta ciudad al Gobernador Superior Civil de esta, Eusebio Escudero, a raíz del caso, que nos ofrece información útil de la situación del Seminario desde su refundación en 1774 hasta finales de ese siglo.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Suárez Porcari, Ramón, *Historia de la Iglesia Católica en Cuba*, 1ra edición, t. 1. Miami, 2003, p. 238.

<sup>55</sup> Portuondo Zuñiga, Olga y Juan Rovira, *El Colegio Seminario San Basilio Magno*, Santiago de Cuba, 2000, p. 39.

<sup>56</sup> “En aquella época -dice- fue levantado el Colegio sobre un pie más ventajoso que el actual como que gozaba de la venta de todos los diezmos de la Isla hasta que con ocasión de la división de esta diócesis en dos sufrida en 29 de

Aunque no nos dice nada de las cátedras que se estudiaron a partir de su reapertura en 1798, desgraciadamente no hemos podido localizar la Real Cédula de 23 de febrero de 1798 que menciona el Arzobispo en el citado oficio y que podría ilustrarnos mucho sobre este punto; podría pensarse que por la preferencia que tenía la juventud de esta ciudad por los estudios de derecho y en vista de la lejanía de la única Universidad de la Isla, se instituye interinamente,

---

agosto de 1789 quedaron reducidos sus fondos a la triste pensión de 1199 pesos 4 reales por cuyo motivo y el deplorable estado en que lo encontró mi meritísimo antecesor inmediato (se refiere a D. Joaquín de Osés y Alzua, Obispo electo y Gobernador de este Obispado de Santiago de Cuba), tuvo por conveniente cerrarlo en 1790 con la justa idea de abrirlo en una forma adecuada con conocimiento de la renta y circunstancias que no tuvo efecto por su temprana muerte.

Conociéndose muy luego la falta de la enseñanza reclamada por el pueblo, me fue preciso abrirlo sobre otro pie, reducido y proporcionado a los escasos fondos que le habían quedado y en el modo provisional e interinario que consta del auto de su apertura de 6 de julio de 1798 a reserva de plantearlo sobre otro más ventajoso y arreglado a sus Estatutos, cuando se le aumentasen aquellos. No.2: Para lo que propuse algunos arbitrios y entre ellos el aumento de la miserable pensión que no han tenido efecto de que di cuenta al concepto que se sirvió aprobarlo constante de la Real Cédula de 23 de febrero de 1798. No. 3: en cuya virtud se han proveído y proveen los empleos y cátedras del Colegio provisional e interinamente como se dispuso". AHNRC, Fondo: Instrucción Pública, Legajo 1673, No. 83621, "*Expediente promovido por el Br. D. José Tomás Villafañe, quejándose de que el Br. D. Casiano Pruna ha sido preferido en la provisión de la cátedra de derecho de este Colegio Seminario*", Año de 1821.

de acuerdo a los Estatutos, la cátedra de Derecho Civil que muchos años antes existía, pues a inicios del próximo siglo tenemos noticias de la existencia de una cátedra de Derecho Civil y Canónico desempeñada por un catedrático en este seminario.

Esta noticia proviene de la autobiografía que a instancias de sus amigos comienza a escribir en Barcelona, un año antes de su muerte el ilustre bayamés José Antonio Saco. Si bien no pudo pasar de los primeros tres capítulos, en ellos nos dejó un testimonio de su infancia y primeros estudios, especialmente de su paso por el colegio santiaguero, dándonos noticias del desempeño de la cátedra de derecho donde recibió lecciones a partir del mes de septiembre de 1815. Así nos describe Saco su paso por las clases de derecho:

“El catedrático de esta ciencia era el abogado Don Luis María Arce, quien rara vez asistía a su clase, desempeñándola en su lugar uno de los estudiantes más aventajados. Por esto se inferirá cuan poco derecho podía aprender en aquella clase. No está de más decir, que cuando el catedrático solía ir a desempeñar su cátedra, era más bien para tener altercados con alguno de sus alumnos, para contar cuentos raros, pues era muy embustero, y hacer explicaciones, no de Derecho Civil, sino de Canónico y de Teología Moral. Paréceme que esto hacía no sólo porque se sentía flojo en las materias puramente jurídicas, sino porque miraba con disgusto que sus discípulos aprovechasen, y que abogados más tarde, le aventajasen e hiciesen sombra en la abogacía. Por lo demás, el mencionado profesor era hombre de talento, de voz sonora y de suma

facilidad de palabra en todas sus explicaciones, pues con gusto se le escuchaba- y continúa Saco- De septiembre de 1815 a marzo de 1816 estudié allí Derecho, en cuyo período gané mi primer curso en esta ciencia.”<sup>57</sup>

Lamentablemente la autobiografía concluye aquí, sin que pudiéramos conocer más detalles por él mismo de su curso, libros utilizados, ejercicios que realizó, etc. Pero por lo narrado hasta el momento podemos inferir que, aunque el curso no fue muy provechoso, sí le transmitió las primeras noticias del Derecho Civil de los romanos, sus fuentes y principios básicos, pues este era el contenido del Derecho Civil que se estudiaba en la época, según hemos visto antes.

---

<sup>57</sup> Estos tres capítulos de su autobiografía fueron publicados en la decimonónica *Revista Cubana*, Tomo XX, 1894, pp. 309-319, con el título: *Vida de José Antonio Saco. Escrita por él mismo en los primeros meses del año de 1878*. Lo extractado aquí fue tomado del ensayo de Fernando Ortiz: *José Antonio Saco y sus ideas*, publicado en la *Revista Bimestre Cubana*, Volumen XXIV, Año 1929.

Sobre las materias que se impartían en el Seminario nos cuenta Saco: “Existía desde tiempos anteriores en Santiago de Cuba un Colegio Seminario bajo el nombre de San Basilio el Magno. Enseñábase en él lengua latina, de la que había una cátedra de menores y otra de mayores, filosofía, dibujo, canto llano y Derecho Civil y Canónico bajo de una misma asignatura. Limitada enseñanza esta para llenar los deseos de la juventud estudiosa”. *Vid., Ortiz, Fernando, José Antonio Saco...cit., p. 182.*

Los intercambios documentales suscitados en el caso ya referido de 1821, nos indican que para esta fecha el Derecho Civil y el Canónico se desempeñaban por un solo catedrático.<sup>58</sup>

La anunciada precariedad económica en que se desenvolvían las clases en este centro subsistió en los años venideros, afectándose con ello la estabilidad de sus catedráticos y por tanto la calidad de la enseñanza allí impartida.

En una revista jurídica santiaguera de finales del siglo XIX nos aseguran que en la década de 1830 el seminario pagaba la mísera cantidad de ¡10 pesos! por cátedra, lo que obligó a no pocos catedráticos a abandonar el colegio, y se cita como ejemplo al abogado Pedro Celestino Salcedo.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> *Vid.* nota 56. En este expediente encontramos expresiones tales como: “catedrático sustituto de las clases de Derecho Civil y Canónico...” (folio 4), “Catedrático de Prima y Vísperas de ambos derechos en el Colegio...” y por último el Informe del Secretario de la Diputación Provincial de Santiago de Cuba dirigido al Director del Seminario en el que le pide que inste a Villafañe a no reclamar más un caso en el que no tiene razón, pues ya la Junta que debía examinar el Expediente decidió a favor de Pruna y que “por la escasez de fondos para su subsistema no puede dotar por ahora diferentes profesores para una y otra cátedra y es necesario aprovechar como lo ha hecho el M. Excmo. prelado, la persona en quien concurren las cualidades que serían las de desear para las dos cátedras de Cuba. Diciembre 22 de 1821”.

<sup>59</sup> *Revista Jurídico Notarial. Consagrada a los estudios profesionales e intereses generales.* No. 2. Santiago de Cuba, 15 de febrero de 1890.

Los textos utilizados para la enseñanza del Derecho Civil en esta época eran las conocidísimas Instituciones de Arnaldo Vinnio y las Recitaciones de Heineccio, ambos de corte netamente romana y especialmente el último, texto de esta materia en la Universidad y el Seminario habanero.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Así nos hace saber la contestación a la Circular de la Real Junta Eclesiástica del Reyno (*sic*) en que se detallan las materias que se imparten, así como los libros utilizados en el Colegio en 1835: “hay una cátedra de Derecho en la que se enseña por un mismo catedrático Derecho Civil y el Canónico, sirviendo para el artículo las Instituciones de Arnaldo Vignio y Juan Gotfiel o Hernerio y para el Canónico las Instituciones del Iltsmo Sor. Juan Bautista. Asimismo consta que el número de alumnos externos de todas clases asciende regularmente a ciento veinte individuos, habiendo catorce colegiales seminaristas mantenidos por el establecimiento.

Hay dos cátedras de Gramática Latina en las que sirve de texto para la enseñanza el arte de Antonio Nebrija y para ejercitarse en la versión al castellano se hace uso del Concilio de Trento, Breviario Romano, Epístolas de San Jerónimo y Cornelio Nepote”. Puerto Príncipe, 10 de abril de 1835. Archivo del Arzobispado de Santiago de Cuba, Legajo 27, Expediente 5, Año 1835. *Sobre el Seminario Conciliar, sus cátedras, alumnos y cátedras.*

Sobre Vinnio nos dice de la Serna: “En Holanda contribuyó en el mismo siglo XVII a los adelantamientos de la ciencia. Siguiendo el camino que los célebres comentadores y tratadistas del Derecho Romano habían trazado en el siglo XVI, dejó un nombre ilustre y un libro que por muchos años ha tenido considerable influencia en la enseñanza y ha gozado de gran predicamento en las Universidades de nuestro país, siendo la obra elemental el primer maestro de los jurisconsultos españoles durante mucho tiempo: así es que todos tributan a su autor el aprecio que merecen sus tareas y la veneración que excita el

Con lo expuesto hasta aquí hemos demostrado que el Seminario santiaguero, el primero creado en Cuba para la educación eclesiástica, constituyó uno de los centros que permitió, a través de la enseñanza, difundir la doctrina y jurisprudencia de los antiguos romanos entre los alumnos que en este centro cursaban los estudios de derecho, para luego pasar a la Universidad a realizar estudios mayores. Sin embargo, no gozó la enseñanza del derecho en este centro de la excelencia y el prestigio que caracterizó a su homólogo habanero.

En 1842, con la centralización de la enseñanza del derecho en la Universidad de la Habana, cesan los estudios de esta ciencia en el Seminario.

No obstante esta prohibición, del examen de documentos existentes en el Arzobispado de Santiago de Cuba, podemos deducir que la enseñanza de ambos derechos (Civil y Canónico) se mantuvo en el Seminario San Basilio al menos durante un curso más, hasta junio de 1843, y que la razón alegada entonces por el Director del centro, Dr. D. José Delgado, era que no se le había notificado aún ningún ejemplar del nuevo Plan de Estudios. Ello provocó la intervención del Arzobispo de Santiago de Cuba y del Gobernador político y

---

magisterio". Gómez de la Serna, Pedro (1807-1871), *Prolegómenos del Derecho*, 7ma edición corregida y aumentada, Madrid, 1875, p.190.

militar de esta plaza, a instancias de la máxima autoridad política de la Isla.<sup>61</sup>

## **VI- EL COLEGIO SEMINARIO SAN CARLOS Y SAN AMBROSIO: PUNTA DE LANZA DE LA ILUSTRACIÓN EN CUBA, TAMBIÉN EN LOS ESTUDIOS JURÍDICOS**

Por último se impone hacer referencia a otra de las instituciones de enseñanza que contribuyó a crear en nuestros juristas del siglo XIX una cultura del derecho de Roma. Se trata del Real Colegio Seminario Conciliar de San Carlos y San Ambrosio de la Habana.

Este Seminario se fundó en 1774<sup>62</sup>. Tuvo como antecedente el que se llamó de San Ambrosio que fundó el Obispo de Compostela hacia 1669, fusionando parcialmente al Colegio de San Ignacio, de los padres de la Compañía de Jesús hacia 1725. Al ser expulsados los Jesuitas en 1767, el Gobernador Bucarelli, en nombre del Rey Carlos

---

<sup>61</sup> Para todo lo relacionado con estos hechos puede consultarse en el Archivo del Arzobispado de Santiago de Cuba el Expediente 1-B, de *Supresión de leyes y órdenes canónicas protestadas*, Legajo 27, con 22 folios, folios 1 al 5.

<sup>62</sup> Catedral de la Habana. Matrimonios de Españoles. Libro I (1622-1648) Anotación en la hoja que antecede al folio 1: "El día 4 de abril del año 1774 se hizo la aparición del Rl. Colegio Seminario Conciliar de Sn. Carlos y Sn. Ambrosio, estando en la visita general del Obispado el Ilmo Sr. Echavarría, cuyo convisitador y Capellán, D. D. Rafael del Castillo y Suevo, le nombró por primer director de dho Colegio y por Pedagogos de los Colegiados a Dn. Bernardo Ydelfonso Cabello, y Medina..." Citado por LeRoy Gálvez, Luis Felipe, *Documentos para la historia...cit.*, pp. 37-38.

III, entregó al Obispo de Cuba Morell de Santa Cruz, la Iglesia y el Colegio de los referidos regulares. El Obispo Morell falleció en la Habana el 29 de diciembre de 1768 y para sustituirle fue nombrado el Obispo natural de Santiago de Cuba, Doctor Santiago José de Echavarría y Elguezua, Obispo Auxiliar de la Diócesis desde el 2 de octubre de 1768. En 1769, sin haber tomado todavía posesión de la Mitra, formó los Estatutos del Real Seminario de San Carlos.<sup>63</sup>

Según los Estatutos originales de este seminario, las carreras de Derecho Civil y Matemáticas se reservan para ser creadas en un futuro, por lo que los estudiantes de dicho seminario tenían que acudir a la Universidad para cursar estos estudios. Estas “salidas” del centro llegaron a crear preocupación en las autoridades del Seminario y hasta del mismo prelado, quien reconoció ésta como una de las causas de que se fundaran en este centro tales estudios.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Leroy Gálvez, Luis Felipe...*Documentos para la historia...*cit., pp. 37-38.

<sup>64</sup> En fecha 9 de julio de 1813 el Director del Seminario, Dr. Domingo Mendoza, con motivo de la obligación que tenían los colegiales de las facultades de Filosofía y Teología de examinarse en la Universidad de acuerdo con los estatutos de ésta, expone, entre otras cosas: “Pero como cada día el exponente toca más y más los fatales resultados de tener que salir los colegiales a la calle con motivo de ir a la Universidad, no siendo esta salida compatible con la asistencia del Pedagogo, que debe estar a la vista y cuidado de los que quedan...”

A ello el Obispo responde el día siguiente: “...Para evitar las comunes distracciones de los jóvenes se establecieron las cátedras de dicho Seminario, en donde estuvieran constantemente a la vista y cuidado de su Director, Pedagogo

La fundación de la cátedra de Derecho del Seminario San Carlos se debe al interés que mostró el Obispo de Espada de instruir a los jóvenes en las ideas más ilustradas de la época, ilustración que al menos en los estudios jurídicos, la Universidad no estaba en condiciones de ofrecer, pues hemos visto lo deficiente de la enseñanza del derecho en este centro.

Se proponía sobre todo, realzar los estudios del Derecho Patrio que tan impunemente era desplazado por el romano. El Obispo, formado en la prestigiosa Universidad de Salamanca, comprendió muy pronto esta necesidad.<sup>65</sup>

---

y Maestro...” Cuadrado Melo, Manuel, *Historia documentada del Colegio Seminario de San Carlos y San Ambrosio de la Habana. Síntesis histórica*. La Habana, 1972. (Copia Mecanografiada existente en la Biblioteca del Seminario) Cap. 1, pp. 185 y 186.

<sup>65</sup> Sobre esta necesidad versa la notificación que en fecha 6 de junio de 1807 realizara D. Gabriel de la Fuente y Vargas al Director del Seminario, exponiéndole que el Obispo de Espada ha dispuesto: “Ante esta representación del Colegio Seminario de San Carlos de esta ciudad sobre que en consideración de cuanto expresa, de haber fallecido el Dr. D. Santiago God...que tenía en propiedad, desde su erección la cátedra de Teología de dicho colegio, destinada a enseñar la liturgia, y que ha estado siempre sin ejercicio por falta de personas que se dediquen a su estudio como todo es notorio, que sin duda procedía...sucesivo; y de la utilidad y necesidad bien manifiesta de una cátedra de Derecho y otra de Matemáticas se erijan ambas en virtud de la facultad para ello dada al Obispo Diocesano en el Estatuto 1, número 1, parte segunda y aprobada por SM

Es por ello que el 16 de abril de 1807 se erige provisionalmente en el Colegio la cátedra de Derecho, conjuntamente con la de Matemáticas. Para ella se destinó una renta de seiscientos pesos y habitación para el catedrático, con la obligación de impartir las clases de siete a nueve por la mañana y de tres a cuatro por la tarde.<sup>66</sup>

Generalmente al hablar de la cátedra de Derecho del Seminario Conciliar, se ignora el período que transcurre desde la fundación en 1807 hasta la provisión de ésta en 1813 cuando es entregada en propiedad. Esta etapa de provisionalidad fue desempeñada interinamente por el Catedrático Ldo. José Joaquín Rodríguez, que luego se presentó a la oposición de la misma y no la obtuvo.<sup>67</sup>

---

...Y considerando también la notoria utilidad y necesidad de las cátedras y que el Colegio tiene fondos suficientes para mantenerlas, logrando su establecimiento que los colegiales seminaristas sigan dentro de su colegio estos estudios, que aunque estuvieran fuera, no sería sin los peligros de la distracción que expone el Director por la facilidad de abusar de la salida de sus claustros".  
*Vid.* Cuadrado Melo, Manuel, *Historia documentada del Colegio...cit.*, Cap. 2, p. 92.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>67</sup> En la alegación de méritos que presentó este opositor para la provisión de dicha cátedra en 1813 dice: "El opositor demoró en presentarlos a causa de sus achaques. Entró en el Seminario en 1799, hasta 1803 en que entró en la Universidad, cursando la cátedra de Derecho en que hasta ahora hemos conocido en nuestro Seminario. Soy Bachiller en Artes. En 1805 hice oposición a la cátedra de Filosofía en la Universidad, habiéndolo realizado en concurso de

Como resultado de la provisión de esta cátedra le fue entregada la misma al ilustrado párroco de Guanabacoa Ldo. Justo Vélez y Eloriaga, quien se convertiría así en su primer catedrático en propiedad.<sup>68</sup>

Justo Vélez llegó alcanzar un gran prestigio al frente de esta cátedra, destacándose por su excepcional sabiduría y la aplicación de métodos de enseñanza desprovistos del tradicional escolasticismo que caracterizaba la misma fuera de este centro.

Procuró en todo momento corresponder a los altos fines que llevó al Obispo a fundar esta cátedra, al inculcar a sus alumnos el amor por

---

los doctores D. José Rafael de Santos y D. Félix Veraner; de los PP. Lectores Fray Dámaso Inestrosa, Fr. Mario Andreu, Fr. Remigio Cernada, y el B.D. Luciano de Ariza (...)

Por último, desempeñó esta misma cátedra en el Seminario a propuesta del Director y designación de S.S.I". Archivo del Arzobispado de la Habana, Seminario de San Carlos, Expediente antiguo N.15, Legajo N.1, 1813. *Expediente instruido para proveer la cátedra de Derecho Patrio del Seminario Conciliar de San Carlos*. Expediente actual N.3, Legajo 27. (sin folios)

<sup>68</sup> En este mismo expediente se dice: "En 23 de agosto de 1813 se reunió el Tribunal Examinador a estilo de Universidad para conferir la cátedra, habiendo resultado el Ldo. Justo Vélez con todos los cuatro votos; dijeron que desde luego le nombraban con arreglo al Estatuto Segundo, Párrafo Segundo de los del mismo del Colegio, por Catedrático de Derecho Patrio, en propiedad, comunicándose este acuerdo al Ilmo. Sr. Obispo de Espada". En 25 de agosto el Obispo de Espada aceptó el nombramiento y mandó se diera posesión al interesado, lo que se verificó el 27 de agosto de 1813.

el Derecho Real o Patrio y su defensa ante las sutilezas romanas. Por todos estos méritos, y más, llegó a alcanzar, previa oposición, la dirección del establecimiento en 1820.<sup>69</sup>

Sobre las materias que, impartidas por un solo catedrático, comprendían el Derecho que se estudiaba en este centro es ilustrativo el informe que en 1821 presenta el Director del Seminario al Obispo, en el que también le habla del trabajo que sufren los catedráticos que tiene que dar clases mañana y tarde, aún en los meses calurosos. “En todas partes están divididos los ramos de enseñanza de tal manera, que uno da clases por la mañana y otro por la tarde.” Más adelante dice: “Aquí uno sólo da lecciones de la Historia del Derecho Romano, del de España, Instituciones Romanas, Instituciones de Sala, Derecho Comercial, Derecho Criminal...”<sup>70</sup>

También este Seminario es un ejemplo de lo que caracterizó la enseñanza del derecho en Cuba hasta la reforma de 1842, en el sentido de que los componentes básicos de estos estudios los integran el Derecho Romano, el Patrio y el Canónico.

---

<sup>69</sup> Los detalles de esta oposición pueden verse en el Legajo 27, Expediente 5, Año de 1820. *Autos para proveer la Directoría del Seminario vacante por fallecimiento del Dr. Domingo Mendoza, Director que era en propiedad de este Seminario.*

<sup>70</sup> Seminario de San Carlos, Legajo 27, Expediente 6, Año de 1821. En que se pide informe sobre el estado de los frutos del Seminario, fábrica material y cuáles son sus cátedras, a consecuencia de una Real Orden para el arreglo de este y de la Universidad. Este informe se reitera en 1826.

Sin embargo, de todos los centros, fue donde más y mejor se cultivó el interés y la aplicación por conocer las doctrinas y la jurisprudencia de los autores regnícolas, que era en definitiva la única que tenía aplicación en los tribunales y por recepcionar y difundir las ideas más ilustradas de la época.

En ello fue decisiva, en primerísimo lugar, la obra benefactora del Obispo de Espada, fundador de la cátedra de Derecho Patrio, de una de Constitución y de la de Economía Política, esta última con apoyo de la Sociedad Económica. También, por la activa intervención del citado Justo Vélez, y luego de su sucesor en la cátedra de Derecho Real, el Licenciado José Agustín Govantes y Gómez (1796-1844), quien ya desde tiempo de estudiante en este centro había mostrado sus extraordinarias dotes para el desempeño de la profesión y su oposición a que se enseñaran más las leyes de Justiniano que las de la nación española.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Por iniciativa de Vélez, se publicó en la Habana un folleto titulado *Memorias de la Clase de Derecho Patrio del Real Conciliar Colegio Seminario de San Carlos*. Habana, Imprenta de la Marina, 1819, 63p. Este folleto, que tenía como propósito divulgar los mejores trabajos de los alumnos de esta cátedra, sólo dio a la luz este número. En él aparecieron tres trabajos, uno de Felipe Poey acerca de la cuestión: *¿Cuáles son los verdaderos límites de los crímenes o delitos públicos, y cuál es su punto de contacto con los delitos o crímenes privados?*, otro de José Antonio Saco sobre cuatro puntos: 1) *¿Un pródigo, puede contraer matrimonio?*, 2) *¿El pródigo puede testar?*, 3) *¿La declaratoria de prodigalidad, tiene efecto retroactivo?* y 4) *¿La mutación de conducta bastaría para que cese la interdicción judicial?*

---

Todas estas cuestiones fueron resueltas según las doctrinas del Derecho Romano y del patrio vigente. Por último apareció el trabajo de José Agustín Govantes sobre que *¿en el estudio de la jurisprudencia debe atenderse más al examen de las leyes patrias que a la de los Códigos de Roma?* Constituyó una denuncia más a las tantas que se hacían sobre la preeminencia del estudio de este derecho sobre el Real. En él, el joven estudiante, arremete con todas su fuerzas contra este derecho, señalando los vicios, contradicciones, sutilezas e imperfecciones que le caracterizaban, podemos decir que llega al extremo, pues no reconoce ni siquiera la importancia de su estudio para el conocimiento de la legislación española.

Govantes termina su discurso con estas palabras: “Los sabios más ilustrados de nuestra nación han llorado estos males, han clamado contra los abusos introducidos en el foro por las leyes civiles, y ridiculizado el vulgo de nuestros jurisconsultos supersticiosos venerados de los institutos romanos. Plugiera Dios que sus clamores llegaran el Augusto Solio de nuestros soberanos, fueran oídos y se exterminara para siempre este vallado inaccesible que se opone de obstáculo a la ilustración, y que origen fecundo de los pleitos, de intrigas y de enredos, sólo sirve para proteger al que conculcando la justicia, huella los derechos más sagrados de sus conciudadanos”. *Memorias de la Clase de Derecho Patrio...cit.*, p. 37.

Sin embargo, Govantes en su desempeño como catedrático de Derecho Patrio de este Seminario no arremetió con estas severas críticas contra el Derecho Romano, sino que lo puso en función de ayudar a comprender mejor el Real, así lo atestigua uno de sus contemporáneos: “Hoy se da al Derecho Romano el lugar que le corresponde (después del plan de 1863) y hoy es seguro que Govantes, lo mismo que todos los que habiendo seguido la corriente de aquellos tiempos empezamos por burlarnos de su estudio sin pensar que luego lo continuaríamos con empeño, habría cambiado completamente de parecer, y digo completamente, porque en las lecciones dadas por él desde la cátedra ya

Considerado por muchos el *padre de la jurisprudencia cubana*,<sup>72</sup> y a quien la historiografía jurídica cubana actual, que es muy pobre, apenas reconoce, Govantes supo atraer al Aula Magna del Seminario a la juventud estudiosa de toda Cuba que acudía allí ansiosa por escuchar las enseñanzas de su maestro.

Durante mucho tiempo, asistían a sus clases más estudiantes que los que concurrían a la Real y Pontificia Universidad, lo que es muestra de la decadencia sufrida por este centro y el reconocimiento a la calidad de las lecciones impartidas por el joven catedrático.<sup>73</sup>

---

no fulminaba contra el Derecho Romano las amargas críticas que forman el asunto de su escolar discurso". *Vid.* Suárez y Romero, Anselmo, *Carta 11 a los estudios Jurídicos de Andrés C. Vázquez*, 6 de mayo de 1888. pp. CXLIII-CXLIV.

<sup>72</sup> "Pues José Agustín Govantes fue en Cuba respecto a la jurisprudencia lo que Felipe Poey ha sido respecto de la Historia Natural". *Ibid.*, p. CXLII.

<sup>73</sup> En la Segunda de las ya citadas "*Cartas inglesas de la Habana*" publicada el día miércoles 12 de marzo de 1823, en el Periódico "*El Revisor Político y literario*", No.5 (pp 3-6), el interrogado explica así al viajero inglés la causa de la deserción de estudiantes y doctores de la Universidad: "No creáis, querido amigo, que el abandono que notáis en este establecimiento sea el poco amor a las ciencias y a la falta de ilustración en la Habana; causas más justas son las que motivan a los jóvenes a buscar conocimientos más exactos en el Colegio de San Carlos, cuya institución aún no conocéis: allí la filosofía ecléctica enseña a pensar a los jóvenes; aquí la autoridad de Aristóteles o la de Santo Tomás aprisionan el espíritu y lo hacen vagar en los sofismas, pues lejos de observar el principio de vuestro gran filósofo Bacon: "Al entendimiento no conviene darle plumas para que vuele, sino plomo para que le sirva de lastre", se hace consistir la destreza y la sabiduría en probar que lo blanco es negro y negro lo blanco: los principios

Los textos básicos para la enseñanza de la jurisprudencia en el Seminario no diferían de los utilizados en la Universidad: Heineccio, con sus *Elementa iuris Civilis* o *Recitaciones*, para la enseñanza de las

---

de Derecho Patrio, los de derecho público y economía política son las bases del estudio de la jurisprudencia en el Colegio, y esta ciencia se reduce aquí al conocimiento de las sutilezas del Derecho Romano”. pp.4-5.

En Informe remitido el 3 de febrero de 1826 al Sr. Francisco de Arango y Parreño por el Lic. Vélez, Director del Seminario, con motivo del plan de reforma de estudios que prevé la comisión presidida por el Sr. Arango, se señala que hay 24 colegiales numerarios que habitan en el colegio y son mantenidos completamente por el establecimiento y dos pensionistas que pagan 250 pesos anuales. En cuanto a los externos hay por término medio, 230 en jurisprudencia, 200 en filosofía, 12 en matemáticas, 30 en mayores y 60 de menores. Cuadrado Melo, *Historia documentada del Colegio...cit.*, cap.1, p.190. En informe de ese mismo día, pero dirigido al Obispo, agrega: “Hoy sólo se explican las matemáticas puras. El Seminario ha merecido la confianza del Público al extremo de que la Universidad está casi desierta, excepto en las clases de Medicina, y el Colegio cuenta por término medio con 500 alumnos de las cátedras de Gramática, filosofía, matemáticas y jurisprudencia”. *Ibid.*, p.187.

En 1833, según otro informe del Seminario a una Comisión regia designada para estudiar las necesidades del mismo, esta cifra se había incrementado: 422 de Derecho Civil, 216 de Filosofía, 22 de matemáticas, 6 de teología, 17 de latinidad mayores y 56 de latinidad menores. *Ibid.*, p.199. En 20 de enero de 1835 el Dr. José Ricardo Ramírez informa al Prelado que además de los 35 seminaristas, concurren diariamente a las clases de 400 a 500 alumnos, cargando el mayor número la de Filosofía y Derecho, pues hace más de quince años que no es, la primera con menos de 200 estudiantes, y en la segunda, nunca baja su número de 150. *Ibid.*, p. 200.

Instituciones del Derecho Romano y la obra “*Instituciones del Derecho Real de Castilla*” de Don Juan Salas. Esta última fue sustituida por las famosas *Instituciones del Derecho Real de Castilla y de Indias* del Guatemalteco José María Álvarez.<sup>74</sup>

La abrumadora preponderancia del Derecho Romano en la enseñanza en Cuba hasta la secularización de los estudios universitarios en 1842, tuvo visiblemente dos manifestaciones contrapuestas, pero que generaron interesantes aportaciones literarias y científicas.

Por un lado, el interés de muchos de difundir en castellano algunas de las obras y fuentes más importantes del Derecho Romano hizo aparecer traducciones del latín al castellano, por ejemplo, del texto de Heineccio *Elementa Iuris Civilis* o *Recitaciones del Derecho Civil*,

---

<sup>74</sup> Así lo atestiguan los diferentes informes que hemos citado: Por ejemplo el de 3 de febrero de 1826 dirigido al Sr. Arango cita como texto a Heineccio y Salas, en otro, al parecer de 1830, dice “el método es explicativo, aunque existen por texto las Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias, escritas por el Dr. José María Álvarez; sirviendo para el Derecho Romano que se lee a fin de cada año las obras de Heineccio y se cuida en lo demás en cumplir las prevenciones que contiene la Real Orden de 12 de julio de 1802”. Cuadrado Melo, *Historia documentada...cit.*, p.184. Otro informe de 1835 también cita el texto de Álvarez. De todo ello podemos inferir que cercano a 1830 las Instituciones de Salas fueron sustituidas por las de Álvarez en la enseñanza del Derecho Patrio en el Seminario.

probablemente la obra más extendida en Hispanoamérica para la enseñanza del Derecho Romano.<sup>75</sup>

Lo más significativo es que la obra referida encontró su primera traducción al castellano de manos del ilustre intelectual bayamés José Antonio Saco, quien la hiciera en ocasión de su viaje a Filadelfia en 1825 y la publicó en esta ciudad en el año de 1826 en la Imprenta de Guillermo Stavely con el nombre *Elementos de Derecho Romano, por Juan Heineccio, traducido y anotado por José Antonio Saco*.<sup>76</sup>

Merece destacar también la obra *Historia del Senado Romano*, del cubano José Francisco Díaz Suiza, publicada en Barcelona por el Establecimiento Tipográfico de Luis Tasso en 1867. Esta obra, a juzgar por la revisión bibliográfica que hemos hecho, podría ser la más completa que sobre el tema se haya escrito en Hispanoamérica a lo largo de todo el siglo XIX.

---

<sup>75</sup> “Sus obras, más populares en los últimos tiempos entre nosotros que las de ningún otro jurisconsulto, son y serán por largo tiempo leídas con placer y con provecho, a pesar de que un siglo fecundo en acontecimientos y en progresos nos separa del ilustre jurisconsulto de Hall”. Gómez de la Serna, Pedro, *Prolegómenos...* cit., p.194.

<sup>76</sup> De esta traducción de Saco conocemos otras ediciones, Madrid 1829, Madrid 1836, Granada 1839 y París 1851. Algunas de ellas fueron muy injustas con el patricio cubano, al reflejar en su portada solamente las iniciales del traductor y no su nombre completo, en franco desprecio por la estatura científica de un intelectual de Ultramar.

Citaremos, finalmente, la traducción que hiciera directamente del latín al castellano el abogado habanero Antonio Franchi de Alfaro y Lemaur, de las Instituciones de Gayo y de la Ley de las XII Tablas, publicadas en la Habana en 1834 en el *Repertorio Cubano de Ciencias, Literatura y Artes*.

Podemos afirmar que la obra más importante para la enseñanza del derecho en la Roma antigua fue leída por primera vez en castellano gracias a la pericia y perseverancia de este cultísimo abogado habanero. Su lectura en la lengua de Cervantes debió ser del agrado de muchos, en tiempos en que el latín había languidecido como lengua obligatoria para la enseñanza.

Todos estos resultados demuestran una fuerte actividad intelectual de nuestros juristas en el contexto de la apertura de la Isla a la Ilustración que irradió muchos ámbitos de la sociedad, en especial el de la enseñanza universitaria.

La reforma de 1842, suprimiendo los estudios de derecho fuera de la Universidad no fue del agrado de la dirección de este centro y debemos presumir que tampoco de la gran cantidad de jóvenes de toda la Isla, especialmente de la capital, que acudían a sus aulas.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> En Informe del Director del Seminario al Sr. Obispo, que ya no era Espada, se demuestra la oposición a esta medida: “El establecimiento, conservación y fomento de este Real Colegio, el sostenimiento de sus enseñanzas y la erección de él, conforme a sus Estatutos, las de matemáticas y jurisprudencia, desde el año 1807 por el Sr. Obispo Espada, confirmadas después por las Cortes de la nación y por las leyes vigentes, han probado en sus resultados la necesidad de

La investigación nos ofrece suficientes elementos para afirmar que desde que el Licenciado Justo Vélez asumió la cátedra de Derecho Patrio del Seminario en 1813 hasta la supresión de esta cátedra en 1842, la enseñanza de esta ciencia en Cuba adquirió un matiz más renovador, dinámico y liberal, influido por los aires de la ilustración que desde finales del siglo XVIII comenzaron a soplar en la Isla y por la tutela del Obispo Juan José Díaz de Espada y Fernández de Landa, que desde que asumió el Obispado de Cuba en 1802 transmitió una energía iluminista a la educación en este Centro. Luz y Caballero lo llamó “cabeza suprema del Seminario.”

Otro factor importante que contribuyó a la implementación de estas reformas en el Colegio a principio del siglo XIX fue la fundación en la Habana en 1793 de la Real Sociedad Patriótica, presidida por el propio Obispo y que como dice Bachiller pronto se convirtió en la sede más activa de la enseñanza superior en Cuba.

Sin embargo, ni este centro ni la Universidad, pudieron quitarse el lastre de la hegemonía que tenía el Derecho Romano en las aulas de la época, aún cuando en ningún lugar como en esta institución se hizo más por disminuir tales efectos.

Al respecto Valverde señala:

---

su conservación”. Manifestando su esperanza de que se suspenderá el proyectado Plan de estudios, sin perjuicio de una reforma indispensable. Melo, *Historia documentada...cit.*, cap. I, p. 211.

“La enseñanza del derecho en este centro y en la Universidad era deficiente. Se le daba gran preferencia a la legislación romana, predominando Justiniano- como decía Romay- que tenía más prosélitos que Alfonso X. Sin embargo, al Obispo de Espada se debió que se prestara una atención más eficaz al derecho español o patrio.”<sup>78</sup>

Por su parte Bachiller, en tono de elogio hacia este centro apunta:

“No es de suponerse que nos ciegue el amor de alumnos de ese respetable plantel, para creer que satisfacía a las necesidades de la época; por experiencia personal sabemos que hartó había que aprender además de lo allí enseñado, pero refiriéndonos a la época, no estaban en mejor estado los otros establecimientos literarios, y aun, sin equivocarnos, no había ninguno de su clase que le fuera superior”.<sup>79</sup>

## VII- CONCLUSIONES

---

<sup>78</sup> Valverde, Antonio, *Jurisconsultos Cubanos*, La Habana, 1932. p. XXIII. Por su parte, Bachiller, en tono de elogio hacia este centro apunta: “No es de suponerse que nos ciegue el amor de alumnos de ese respetable plantel, para creer que satisfacía a las necesidades de la época; por experiencia personal sabemos que hartó había que aprender además de lo allí enseñado, pero refiriéndonos a la época, no estaban en mejor estado los otros establecimientos literarios, y aun, sin equivocarnos, no había ninguno de su clase que le fuera superior”. Bachiller, *Apuntes...t. I*, p. 302.

<sup>79</sup> Bachiller, *Apuntes...t. I*, p.302.

En Cuba existe una larga tradición en la enseñanza del Derecho Romano, cimentada durante siglos de dominación colonial española.

El componente romano estuvo presente desde la legislación castellana traspolada a América, de profundo contenido Justiniano, pasando por los planes de estudios de las primeras Universidades hispanas y las obras que le acompañaban.

Su estudio ocupó un lugar protagónico en el escenario político colonial marcado por un fuerte centralismo, la aplicación de métodos escolásticos de enseñanza y una rigurosa censura.

En todo ello, la singularidad cubana se muestra en la existencia de un centro de estudios paralelo a la pontificia Universidad, que emulaba con ésta en cuanto a la calidad y modernización de los estudios jurídicos. Gracias al apoyo resuelto del Obispo de Espada, el Colegio Seminario San Carlos y San Ambrosio, interpretó renovadoramente el espíritu de la Ilustración que dejaron expuestas las notables deficiencias de la enseñanza del derecho en la Isla en la anquilosada Universidad.

A tono con este movimiento antiescolástico cubano, no faltaron las obras científicas y académicas que en un colosal esfuerzo intelectual ocuparon un lugar privilegiado en la enseñanza del derecho de Roma en nuestras aulas. En este grupo se incluyen las traducciones de Saco a los Elementos de Heineccio que sirvieron de texto básico en el referido Seminario habanero y la del abogado Antonio Franchi de Alfaro a las Instituciones de Gayo realizada en la capital cubana

en 1833. Ambas tienen el indiscutible mérito de ser las primeras traducciones al castellano de tan importantes obras.

Estos estudios de historia del derecho en nuestro país nos ofrecen también la oportunidad de apreciar las profundas aristas sociológicas de la enseñanza, sus rasgos distintivos en el marco de un contexto histórico concreto, signado por profundas transformaciones de época.

## VIII- BIBLIOGRAFÍA

### - Textos

- Bachiller y Morales, Antonio, *Apuntes para la Historia de las Letras y de la Instrucción Pública en la Isla de Cuba*, Introducción por Francisco González del Valle y Biografía del autor por Vidal Morales, Habana, Cultural, 1936-1937, 3 tomos.
- Berriel y Fernández, Leopoldo, *Explicaciones del Segundo Curso de Derecho Civil español, común y foral*, Cárdenas, Imprenta de T. Díaz, 1883-1884, 2t.
- Castañeda, Tiburcio, *Programa de las lecciones de elementos de derecho natural dadas por el profesor Tiburcio Castañeda durante el curso 1888-1889*, Habana, impr. del gobierno y Capitanía General, 1889.
- Cuadrado Melo, Manuel, *Historia documentada del Colegio Seminario de S. Carlos y San Ambrosio de la Habana...*, La Habana, 1972 (Copia mecanografiada existente en la Biblioteca del Seminario)
- García Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, Quinta edición revisada, Madrid, 1973.

- Gómez de la Serna, Pedro, *Prolegómenos del Derecho*, 7ma edición, corr. y aumentada, Madrid, Librería de Sánchez, 1875.
- Portuondo Zuñiga, Olga y Joan Rovira, *El Colegio Seminario San Basilio Magno*, Editorial Oriente, Santiago de Cuba, 2000.
- Seminario de San Carlos y San Ambrosio, *Estatutos*, Nueva York, Imprenta de G. Newel, 1835.
- Seminario de San Carlos, *Memorias de la clase de Derecho Patrio del Real y Conciliar Colegio Seminario de la Habana*, No.1, Habana, Imprenta de la Marina, 1819.
- Suárez Porcari, Ramón, *Historia de la Iglesia Católica en Cuba*, Ediciones Universal, Miami, Florida, 2003, Primera Edición, en dos tomos.
- Suárez y Romero, Anselmo, *Introducción a la obra Estudios Jurídicos*, de Andrés Clemente Vázquez, Habana, 1868.
- Torres Cuevas, Eduardo, et al. *Historia de la Universidad de La Habana, 1728-1929*, Volumen I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1984.
- Universidad de la Habana, *Programas del examen que han de sufrir sobre el modo de guardar la persona del pupilo...estudiantes de la cátedra de Prima de Instituta Civil Concordada en esta Real y Pontificia Universidad*, bajo la dirección de Manuel Soto y Quintana, Habana, Imprenta de Gobierno, por S.M., 1841.
- \_\_\_\_\_, *Constituciones de la Real y Pontificia Universidad de San Gerónimo, fundada en el Convento de San Juan de*

*Letrán, Orden de Predicadores, de la Ciudad de San Cristóbal de la Habana, en la Isla de Cuba, Habana, Imprenta de la Real Marina, por S.M, 1833.*

- \_\_\_\_\_, *Plan General de Instrucción Pública para las Islas de Cuba y Puerto Rico, Habana, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, 1846.*

- Zamora y Coronado, José María, (comp.) *Biblioteca de Legislación Ultramarina en forma de diccionario alfabético, Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1844-49, 7v.*

- **Publicaciones periódicas**

- *Periódico El Americano Libre, Números 36, 37, 38 y 39 de 1822-1823.*

- *Revista del Foro, Órgano Oficial del Real Colegio de Procuradores, Director y Fundador Don Carlos A. Sierra. Años I, II, y III, 1890-1893.*

- *La Idea, Revista de Instrucción Pública, Habana, 1866.*

- *Revista Jurídico Notarial. Consagrada a los estudios profesionales e intereses generales, Santiago de Cuba, 15 de febrero de 1890, No.2 (se publica los días 5, 15 y 25 de cada mes), Director: Lic. Erasmo Regüíferos.*

- *Revista de la Facultad de Ciencias y Letras, Años 1916, 1917, 1918, 1919, 1921, 1923, 1924, 1925, 1926, 1929, 1930.*

- **Fondos documentales**

- Arzobispado de la Habana, Legajo 27, Expediente 3 (actual), Año 1813, *Expediente instruido para proveer la cátedra de Derecho Patrio del Seminario Conciliar de San Carlos.*
- Archivo del Arzobispado de Santiago de Cuba, Fondo, Seminario San Basilio Magno, Legajo 27, No. 1-A, Año 1781, *Estatutos del Colegio Seminario de Cuba.*
- \_\_\_\_\_, Fondo, Seminario San Basilio Magno, Legajo 27, No. 5, Año 1835, *Sobre el Seminario Conciliar, sus cátedras, alumnos y rentas.*
- Archivo Central de la Universidad de la Habana, Expediente de Estudios No. 5982, Año de 1817, Autos instruidos en el grado de Bachiller en Leyes de D. José Agustín Govantes.
- \_\_\_\_\_, Expediente Administrativo No. 2998 de 1851. *Expediente formado para sacar a oposición dos plazas de catedrático Supernumerario de la facultad de Jurisprudencia.*
- \_\_\_\_\_, *Estatutos de la Universidad de la Habana, Año de 1734*
- \_\_\_\_\_, Expediente Administrativo No. 804, *cátedra de Derecho Romano, 2do Curso, a cargo del doctor Diego José de la Torre.*
- \_\_\_\_\_, Expediente de Estudios No. 10011, *José de Jesús Pret, Año de 1813.*
- \_\_\_\_\_, Expediente de Estudios No. 10014, *Felipe Peláez, Año de 1837.*

- \_\_\_\_\_, Libro V de Acuerdos, (1837-1842), *Cédulas, Bulas Pontificias y otros documentos...*
- \_\_\_\_\_, Expediente Administrativo No. 141, *cátedra de Derecho Romano (1er curso), Dr. Antonio Prudencio López y Torres.*
- \_\_\_\_\_, Expediente Administrativo No. 129, *Catedrático Juan Bautista Hernández Barreiro.*

**Manuscritos. Biblioteca Nacional José Martí. Sala cubana.**

**A) Manuscritos. Colección Vidal Morales y Morales.**

- Sociedad Económica de Amigos del País, José Agustín Caballero (1762-1835), *Discurso pronunciado en la Sociedad Patriótica sobre la necesidad de enseñar la lengua castellana, Habana, noviembre 8 de 1796. (P. Caballero. Obras inéditas).*
- José Agustín Caballero, *Discurso sobre la reforma de estudios universitarios, pronunciado ante la Sociedad Patriótica, Habana, octubre 6 de 1795.*
- Anselmo Suárez y Romero (1818-1878), *Mi vida como preceptor, Habana, septiembre 29 de 1876.*
- *Informe sobre el examen analítico que se ha hecho de las veinte cátedras, solicitado por la Dirección General de Estudios, Habana, enero 22 de 1838. (Folleto)*
- *Interrogatorio sobre los estudios en la Universidad y el Seminario, Habana, noviembre 4 de 1802. (Folleto)*

**B) Manuscritos. Colección Luis Felipe Le Roy Gálvez.**

- *Historia documentada de la Universidad de la Habana, 1963, t 1, (1728-1842), (inédito).*

- *Historia documentada de la Universidad de la Habana*, apéndices I a III, t1.
- *Historia documentada de la Universidad de la Habana*, t. II (1842-1902) (inédito).



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Fecha de recepción: 08/01/2022	Fecha de aceptación: 24/03/2022
Palabras clave:	Keywords:



## ALGUNAS PALABRAS SOBRE LA FUNCIÓN DEL MÉTODO HISTÓRICO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

### A FEW WORDS ON THE ROLE OF THE HISTORICAL METHOD IN THE TEACHING OF LAW

**Raymond Saleilles**

Profesor agregado de la Facultad de Derecho de Dijon

Diego Salinas Mendoza. Traductor.

(SALEILLES, Raymond. Algunas palabras sobre la función del método histórico en la enseñanza del derecho. SALINAS MENDOZA, Diego, traductor. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 467-498  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Los programas de estudios jurídicos han sufrido profundas transformaciones: se ampliaron los antiguos marcos, permitiendo que se incorporaran una serie de asignaturas muy descuidadas hasta ahora de las ciencias políticas y sociales. No se trata solo de nuevos cursos que forzaron su ingreso a los programas de la licenciatura, sino de un nuevo espíritu que parece querer remozarlos.

La enseñanza de los derechos romano y civil, así como de las ramas que se vinculan con ellos, únicamente considera procedimientos del método deductivo: se trata del método de la observación, y por tanto, el método histórico más puro, que hará su aparición en nuestros anfiteatros con la introducción de nuevas asignaturas de licenciatura.

Por doquier se percibe una suerte de antagonismo entre los nuevos y los antiguos cursos: los consagrados a la ciencia del derecho privado seguirían el método del razonamiento geométrico, que parece ser el único que les conviene, sin tener nada que prestarse del contacto con sus nuevos vecinos; los otros, basados exclusivamente en la observación de los hechos, deberían cuidarse de acudir a los procedimientos ordinarios de la enseñanza jurídica; y aquellos profesores de nuestras facultades, que tendrán a su cargo los cursos recientemente instituidos, deberán desprenderse de su educación primera, y dejar de recordar, cuando incursionen en los dominios de las ciencias políticas y sociales, que son jurisconsultos.

Hay consenso en reconocer que las ciencias del Estado no podrían enseñarse igual que una materia de derecho privado. Las transformaciones del derecho público son más notorias y frecuentes que las del derecho civil, que gracias a nuestro código civil adquirió una fijeza que casi nos exime de preocuparnos sobre la evolución allí

suscitada, lo mismo que en otros sectores del plano de los usos e ideas jurídicas. La interpretación debe referirse al texto, sin separarse del derecho.

En derecho público, la interpretación del texto importa mucho menos que el funcionamiento, resultante de la práctica, de los principales engranajes del Estado. Si el Estado se asimila con un ente organizado, cada uno de los cuerpos políticos que sirven a su funcionamiento conforman pequeños organismos sometidos a las mismas leyes de transformación, incesantes y casi inconscientes. La forma de actuar de cada parte y los usos que paulatinamente modifican la maquinaria política, introducen nuevos procedimientos no previstos en la Constitución - que no podría haber tolerado -, y la calificación de ilegalidad que puedan atribuirle los teóricos, pretextando que contradicen el pensamiento de los autores de la Constitución escrita - como haría el jurista respecto a una solución contraria a la voluntad presunta de los autores del código civil -, muestran cuán poco conocen su oficio. Para resolver temas de derecho constitucional, el verdadero hombre de Estado tendrá en cuenta las transformaciones que la Constitución pudo sufrir en su texto, lo mismo que por la práctica.

Existe acuerdo en estos aspectos esenciales, sin embargo, las distinciones aceptadas ¿no exageran la separación que existe entre las diferentes ramas de la enseñanza jurídica?, y la consecuencia que podría derivarse derechamente de una oposición tan marcada, ¿no señalaría que los jurisconsultos de nuestras facultades, debido a su educación y espíritu, son los menos competentes para enseñar ciencias sociales? Considero que estamos frente a un mal entendido,

que sin duda proviene, exclusivamente, del exterior de las transformaciones internas que se produjeron en la enseñanza de las ciencias jurídicas desde hace algunos años.

Por doquier y en todos los campos, la enseñanza del derecho dejó de ser puramente doctrinaria para considerar - más que en el pasado - la práctica de los hechos. Esta tendencia responde a los procedimientos del método histórico, que no es otra cosa que la observación de los fenómenos de la evolución social, conforme van apareciendo.

No dudo que se trate de una consecuencia - tal vez muy remota - en su realización práctica de la campaña emprendida por los jurisconsultos de la escuela de Savigny. En primer lugar, parece que la tesis de Savigny apenas considera los procedimientos de interpretación, por ende, el modo de aplicación de la ley. La escuela histórica de Savigny se ocupó especialmente de la formación y eclosión del derecho, negando al legislador la influencia que siempre le concedió la Escuela Filosófica en la creación del derecho; siguiendo a Hegel devolvió el derecho a sus verdaderos orígenes, a la elaboración inconsciente que se produce en las clases populares, que son el suelo vivo del derecho, y desarrolló la idea jurídica en la conciencia de la nación: "la ley reconoce al derecho pero no lo crea" (es una fórmula muy conocida).

Sin embargo, cuando la ley se apodera de las nociones que consiguieron aceptación como expresión del pensamiento jurídico de una época, dotándolas simultáneamente de una sanción, así como de un contorno claro y definitivo, debe admitirse que la ley debe ser respetada, habiendo un solo procedimiento legítimo de

interpretación, si se quiere asegurar su acatamiento, que consiste en extraer consecuencias de los principios según el espíritu de la ley. Este planteamiento de la escuela histórica goza de predicamento.

No parece que el destino de la escuela de Savigny fuera influir sobre nuestros métodos de enseñanza, porque nos encontramos en presencia de una legislación codificada, y no tenemos que investigar cómo debió eclosionar el derecho, sino interpretar el derecho que se volvió ley positiva y formal.

Afortunadamente, no sólo tenemos que estudiar una legislación actual y viva; el derecho romano conserva en nuestros programas su lugar de honor junto al derecho civil francés. Nuestros antiguos maestros, imbuidos en los procedimientos tradicionales de la escuela filosófica, explican el derecho romano como si fuera una legislación de una sola pieza, considerada en su coronación final recogida en las obras de Justiniano, como si el *Corpus Iuris* debiera recibir, todavía hoy, aplicación práctica. En todo caso, se lo considera - como lo hacían nuestros antiguos juristas - la razón escrita encarnada en su más alta formulación, que bastaba presentar como un modelo de deducción racional sin que fuera preciso preocuparse demasiado en los procesos de su formación histórica. El profesor se circunscribía a la exégesis de las *Institutas*, la totalidad del derecho romano: ¿cuántos profesores de derecho romano hay todavía ahora en nuestras Facultades, que siguen el texto de las *Institutas*, haciéndolo base de su enseñanza?

Desconozco si las ideas de Savigny influyen directamente en nuestros procedimientos de estudio, pero llevadas a los anfiteatros por maestros como Gide - por no hablar de los que se fueron -, han renovado de pies a cabeza la enseñanza del derecho romano.

Nuestras Facultades prodigaron formación en esa escuela sin que ninguno de nuestros jóvenes profesores omitiera asumir como ideal y modelo al eminente maestro cuyo recuerdo ahora rememoro.

El derecho romano que presenta Gide no es una exposición geométrica de fórmulas puramente abstractas que suele desalentar a los principiantes, sino una legislación viva, con toda la riqueza de sus consecutivas florecencias. Se nos reprocha haber descuidado el estudio de las ciencias sociales; no obstante, recuerdo ciertas partes del curso de Gide que ofrecen las más bellas páginas de estudios sociales que puedan ser leídas. El corazón de la materia no se constituye solo con la fórmula jurídica, sino con la observación de cómo opera y eclosiona la práctica del derecho en todas sus manifestaciones: ver las ideas asomarse a la luz, suscitarse nuevas tendencias en las fricciones y necesidades de los casos, forzando la expansión de los antiguos márgenes jurídicos. Se siente el esfuerzo combinado de todas las clases sociales, la lucha de sus intereses y los conflictos vitales, suministrando diversidad de materiales jurídicos; el espíritu de abstracción de los jurisconsultos asiendo esa materia brutal y vertiéndola seguidamente en sólidos principios, nacidos y formados por la práctica, cuya concatenación constituye la historia del derecho romano. Los textos condensaron toda esa eclosión de vida jurídica en algunas fórmulas abstractas cuya llave sólo el jurista poseía, pero que únicamente un historiador podía descubrir su génesis y sentir, por esa suerte de adivinación que proporciona el estudio de los contextos, el valor de la aplicación práctica. Hablo de Gide, pero me sería fácil sustituirlo con cualquiera de sus sucesores,

a los que se aplicaría exactamente todo lo señalado a la manera como el derecho romano se enseña hoy.

El derecho romano, que proporcionó a la escuela el más maravilloso instrumento de lógica deductiva que sea posible utilizar, es la senda que debemos emprender en los procedimientos del método experimental. Puede que todas las enseñanzas de la práctica moderna no sabrían hacerlo mejor, porque allí donde la práctica sólo nos muestra hechos, sin que tengamos una muy segura base para hacer la selección y medir el valor desde el punto de vista de la duración, el derecho romano sólo nos proporciona resultados, es decir, una selección ya hecha, y por consiguiente, en ese batiburrillo de hombres y cosas que forma la vida, nos permite conocer lo que ha sobrevivido, y puede ser que también aprehendamos la ley de esa permanencia y las razones que podrían explicar el triunfo de tal idea jurídica o tal institución sobre la masa de concepciones o intentos, hoy olvidados.

Si se examina de cerca, tales razones corresponden - casi siempre - a una manifestación más clara de la justicia en el mundo. El progreso orgánico en el terreno de la evolución jurídica se dirige a un ideal de justicia y razón. El legislador se equivoca cuando pretende descubrirlo y encarnarlo en una fórmula prematura, que muy a menudo resulta ser falsa, pero los hechos - que no engañan - nos encaminan por un insensible progreso. En ese sentido, la alianza de los dos métodos, experimental y deductivo, tranquilamente podría conducir al acuerdo de ambas escuelas, histórica y filosófica, o al menos permitir distinguir lo que hay de verdadero en una y otra.

Lo que más impresiona al jurisconsulto que estudia la historia del derecho romano, es la facilidad que tuvo la fuerza expansiva del derecho práctico para hacer surgir nuevos órganos y manifestarse en fórmulas positivas. Una nación que está reducida a un mecanismo legislativo, cuando encara el progreso jurídico corre el grave peligro de acompañar el avance que se presenta, solo a gran distancia, porque nada es más complicado que ponerlo en marcha. Así, la reforma que podría efectuar en sí misma, a partir del uso, puede que jamás vea la luz si debe someterse a la prueba, siempre artificial, de una discusión parlamentaria.

Cuando los romanos estaban confinados a los límites de su pequeña ciudad, apenas conocieron otro procedimiento de formación jurídica que la Lex, pero rápidamente encontraron otros órganos más versátiles que se adaptaban con mayor facilidad a la manifestación del derecho. La jurisprudencia pretoriana fue, entre todos, el dispositivo más maravilloso de creación jurídica, de una exquisita precisión, porque fue un instrumento de experiencias y sucesivas pruebas. Si la reforma propuesta por el pretor en su edicto resultaba muy aventurada, era casi seguro que su sucesor ya no la recogería. Cuando una fórmula pretoriana atravesaba por varios edictos sucesivos, tenía oportunidad de corresponderse con la conciencia jurídica del país, y con alguna necesidad general del pueblo romano.

Posteriormente fueron los jurisconsultos de profesión quienes asumieron la función de órganos del progreso jurídico, no se conformaban con verificar las necesidades que emergían, sino que daban a las vagas concepciones de la práctica la fórmula jurídica destinada a exponer simultáneamente, el principio racional y todas

sus posibles aplicaciones. El prolongado trabajo de la doctrina adquirió tal importancia, que las concepciones unánimemente aceptadas por los principales jurisconsultos debieron ser aceptadas como fórmulas legales.

Mientras existió en el pueblo un claro sentido de justicia y una tendencia genérica a un ideal de precisión y razón, el derecho en Roma progresó incesantemente, y para manifestarse siempre encontró un órgano que, simple auxiliar al principio, terminó por convertirse en un órgano legislativo en el sentido lato de la palabra. Fustel de Coulanges, en el prefacio de su último libro dijo, aludiendo a su propio método:

«Toda sociedad es un ser viviente, el historiador debe describir la vida. Hace algunos años se inventó la palabra sociología. La palabra historia tenía el mismo significado y decía la misma cosa, al menos para los que la entendían bien. La historia es la ciencia de los hechos sociales, es decir, la sociología misma».

Hoy son mayoría quienes perciben la enseñanza del derecho romano, conforme la describí, haciendo excelente sociología, y desconozco si existe iniciación más fructífera en el estudio de las ciencias sociales. Sin embargo, para dar esa forma a los estudios jurídicos, aprovechando su utilidad, es preciso tener un amplio margen de acción para poder ocuparse minuciosamente de los detalles, a veces nimios, de la vida de un pueblo.

Se exagera cuando se dice que la enseñanza del derecho romano de ninguna manera debería impartirse copiosamente. Confinado a un año, como algunos piden, sería reducido a pocas fórmulas abstractas que tendrían la pretensión de trazar las grandes líneas del desarrollo

histórico, siendo todo lo opuesto al método histórico que debe comenzar con el análisis, en lugar de contentarse con una síntesis vaga y prematura. La enseñanza del derecho romano concebida y distribuida profusamente, debe ser entre nosotros el mejor auxiliar de los estudios de ciencias sociales, y asombra que varios partidarios de los nuevos estudios le sean hostiles o quieran reducirlo a su mínima expresión, lo que es más peligroso todavía, porque más vale suprimirlo que desfigurarlo. La eliminación del derecho romano sería deplorada por cualquiera que posea sensibilidad jurídica, por cualquiera que ame la historia, y por todos los que se preocupan por los buenos métodos y el progreso de las ciencias jurídicas y sociales.

No sólo la enseñanza del derecho romano se transforma, sino que nuevas asignaturas históricas se añaden a los programas de nuestras Facultades. El curso de historia del derecho francés ofrece inapreciables servicios, situando a nuestro código civil en su contexto histórico, porque hasta ahora fue tratado como una obra aislada carente de punto de partida, siendo preciso mostrar que era parte de una continuidad. Además, la historia del derecho francés constituye la historia de nuestra propia formación social. En nuestras Facultades existe común acuerdo para acercarlo al derecho privado, difícilmente accesible a los estudiantes de primer año que están limitados a la historia del derecho público, concebido en sentido lato, como la historia de la sociedad francesa en general.

Una vez más puede presenciarse un fenómeno jurídico semejante al que muestra la historia del derecho romano, y seguramente más llamativo. Me refiero a la adaptación de los órganos jurídicos al progreso del desarrollo del propio derecho, que es visible

especialmente en un país de legislación consuetudinaria. Desde otra perspectiva, puede decirse que fue la idea de derecho la que persistió en medio de la anarquía social de los siglos IX y X, salvando a una sociedad lista para desequilibrarse, y proporcionó al feudalismo la sólida base contractual sobre la que edificó un verdadero sistema jurídico, político y social. Librar al pensamiento jurídico del caos de ideas que siguió a las invasiones es tarea para la que los profesores de derecho están mejor preparados que nadie. No hay quien, sin dejar de ser jurisconsulto y convertido en historiador, no pueda encontrar en sí, la sustancia de un perfecto sociólogo, porque derecho e historia son los dos componentes de la sociología.

Tal es la línea trazada - con mayor claridad - para la enseñanza histórica en nuestras Facultades, de esta manera nos encaminamos paulatinamente a la barrera que se considera infranqueable, la que separa los predios del pasado y la legislación civil actual, terreno que según admiten todos, está reservado exclusivamente al método dogmático. Sin embargo, ¿se tiene plena certeza de ello? Me doy cuenta que toco aspectos delicados, pero también un enorme prejuicio que no está bien acreditado: ¿es verdad que el método histórico no tiene nada que ver con la interpretación del código civil?

No hay profesor de derecho civil que no preceda las materias que enseña con una seria introducción histórica, prefacio que no influye en la interpretación del texto. Desde otro punto de vista, si el pensamiento del legislador permanece oscuro, no se duda en buscar la explicación en el examen de las circunstancias históricas que pudieron inspirar la disposición incierta, reubicándola en su ambiente formativo. No obstante, la historia del texto se limita a

revelar el espíritu de la ley: si la ley es clara y el texto no es dudoso, solo cabe aplicarla deduciendo sus consecuencias, prescindiendo de cualquier otra circunstancia. La observación de los hechos sirve para criticar la ley, sin que ningún enseñante de derecho omita señalar su aporte práctico, ni la interpretación pueda prevaler modificando las consecuencias lógicas de un principio o fórmula legal.

Debemos reconocer que después del Código Civil se presentaron profundos cambios en la situación económica del país: surgió un movimiento financiero, industrial y comercial, cuyos múltiples aspectos motivaron la creación de nuevos procedimientos jurídicos. Continuamente, las nuevas necesidades originan novedosas combinaciones y concepciones hasta ahora inadvertidas. La específica comprensión que se tenga de una materia determinada, puede abrir paso a una idea de justicia muy diferente a la que inspiró a los autores del Código Civil.

¿Cómo introducir en el derecho positivo los cambios que aparecen en el curso de la vida y la práctica de actos concretos? Habrá quienes propongan una respuesta contundente: obligar a que los contratantes describan minuciosamente lo que quieren. Sin embargo, todos saben que en materias comerciales se describe tan poco como sea posible prefiriendo la brevedad, y que los particulares, perfectamente conscientes del resultado práctico que buscan, son poco diestros en especificar la fórmula jurídica, temiendo con razón apartarse de la vieja rutina de las cláusulas conocidas, sin sospechar que la sutileza de un jurista puede extraer nuevas formulaciones de un contrato.

Nos queda la ley, pero es preciso poner en marcha el aparato legislativo, siendo casi desesperante verlo realizar el progreso

jurídico. ¿Podemos estar seguros de que la ley es - en determinados asuntos - el mejor procedimiento para fijar el derecho? Por su naturaleza, la ley es imperativa y general. Siendo imperativa, pone fin - a veces muy rápidamente - a las experiencias que la libre iniciativa puede suscitar. Siendo general, prohíbe la diversidad de usos, excepto derogación expresa, recurso poco efectivo conforme he señalado. En otras palabras, establece una regla única donde pudo acordarse un régimen más flexible y elástico. En cualquier caso, sería injusto lamentarse de que la ley tenga la capacidad de seguir la marcha del progreso realizado, todos saben que es impotente para funcionar con la regularidad de la evolución.

En un país como la antigua Roma, donde el derecho disponía para manifestarse de una multiplicidad de órganos más flexibles y manejables - igual que la antigua Francia, donde se mantenía la costumbre, fuente viva, siempre abierta a la eclosión jurídica -, podía tenerse la seguridad que el desarrollo del derecho jamás se detendría. Empero, Francia es uno de esos raros países donde el derecho solo dispone para manifestarse de un órgano único: la ley. Inglaterra tiene sus cortes de equidad que corrigen o complementan diversos aspectos de su derecho tradicional. Alemania - pendiente de aprobar el Código Civil - dispone de su derecho común, que se remite a los principios absolutamente generales del derecho romano, siendo que para los detalles se sujeta al desarrollo doctrinal, pudiendo afirmarse que los romanistas alemanes continuaron durante el siglo XIX - respecto a la legislación de su país, por lo menos - la obra de los jurisconsultos romanos, cuyas opiniones eran aceptadas como expresión de la ley: el Heutiges romisches Recht de los alemanes es

un derecho que permanece sujeto a la constante evolución del pensamiento jurídico, tomado en su más alta expresión, aquella de la ciencia y doctrina. En Francia carecemos de aquello, sea en la jurisprudencia o doctrina; si prestáramos atención, progresaría la ciencia jurídica y el derecho en general. El derecho, como toda obra del espíritu humano, vive de libertad; cuando su expansión cesa se identifica con la rutina y deja de ser una ciencia para convertirse en un arte, más o menos sutil.

De esta manera vuelvo al tema ya mencionado: ¿es cierto que en determinados casos, el intérprete no considera las manifestaciones actuales del progreso jurídico en la interpretación de la ley? Dicho de otra manera, ¿es verdad que el método de observación - que no es otro que el método histórico -, siendo adecuado solo para la crítica de la ley, debe ser absolutamente extraño a su interpretación?

Es necesario realizar una distinción: tratándose de una disposición estrictamente imperativa, motivada en una razón de orden público o de interés general, es natural que en todos los casos el intérprete deba inclinarse y esperar la reforma del legislador. En general, no se trata de tópicos sobre los que la opinión o la práctica tiendan a variar con frecuencia, en tanto que el progreso jurídico, lejos de sufrir con la lentitud del aparato legislativo, se beneficiará de él; se trata de materias donde las reformas precipitadas son de temer.

Nos encontramos en el terreno de los acuerdos, el más propenso a las transformaciones, cuyos principios fijó el Código Civil en la parte de las obligaciones y completó con los contratos particulares. Con las reservas del caso, nunca se insistirá suficientemente en que la libertad de las convenciones es el único principio imperativo en el campo de

las obligaciones. El método histórico recupera su fuero donde hay convenciones libres, porque para desentrañar el sentido de una de ellas - foco de nuestra atención - no basta referirse a lo que expresa, sino que debe considerarse lo que pudo haberla inspirado. La doctrina tiene el deber de suscitar y expandir las nuevas concepciones dignas de tenerse en cuenta, espacio que permanece abierto al libre desarrollo del derecho.

Enfrentamos un inconveniente. Respecto a los contratos particulares o en la teoría general, el Código instituye principios, ¿es posible liberarse de ellos? Depende: existen concepciones racionales puras que reflejan lo que en su momento el legislador consideró era la razón inmutable o la justicia absoluta, habiéndole atribuido valor imperativo en el mismo título que las disposiciones de orden público, conforme al pensamiento de los autores del Código Civil; sin embargo, ello constituye la excepción. Las demás, que constituyen la gran mayoría, solo son presunciones relativas, basadas en los usos vigentes al comenzar el siglo, o con más frecuencia, en una inclinación del legislador por una de las alternativas que se le presentaron. Para que una presunción admitida caiga frente a prueba en contrario, no se precisa que una cláusula expresa desplace a la cláusula legal, bastará un conjunto de usos contrarios a la presunción legal, en los que se inspira la convención. Estamos frente a un caso evidente, donde el texto ya no es aplicable y permite admitir todas las nuevas concepciones de la ciencia jurídica.

Admito que la última hipótesis es más delicada, ocurre cuando el legislador elige, guiado por sus preferencias, entre dos interpretaciones posibles. ¿Para desvirtuar la presunción relativa es

preciso requerir una cláusula expresa?, ¿bastará un conjunto de usos y concepciones vigentes, de donde pueda inferirse una voluntad contraria? Me siento tentado a distinguir entre el conjunto de concepciones utilizadas que desembocan en una presunción contraria, presunción contra presunción, debiendo preferirse la voluntad del legislador contenida en el Código, a falta de prueba expresa. Sin embargo, cuando de las mismas circunstancias - por ejemplo, el propósito económico perseguido, o el conjunto de convenciones anteriores parecidas interpretadas en sentido distinto al de la presunción legal -, resulta prueba suficiente de la voluntad de las partes, la duda termina y deberá aceptarse la posición admitida, aunque sea contraria a la presunción legal.

Por lo tanto, muchos aspectos de las disposiciones legales sobre obligaciones permiten admitir cualquier otra concepción jurídica que tenga la capacidad de producir una solución distinta a la contenida en la ley, siempre que la voluntad de las partes se desprenda claramente de los nuevos usos. En este sentido, si la acción de la justicia propicia su aparición o revela nuevas concepciones que armonicen mejor con las necesidades del comercio o de la vida moderna, la prueba de la voluntad contraria - que actualmente debería buscarse en las circunstancias propias de cada contrato en particular - podría originarse de una presunción general, conforme al nuevo desarrollo de la vida jurídica, idónea para sustituir un día a la contenida en el código civil.

A quienes solo ven temeridad en todo lo dicho, les recomendaría que revisen la muy interesante evolución de la jurisprudencia respecto al celeberrimo tema de la inalienabilidad de la dote

mobiliaria, donde el torrente de la vida misma se ha impuesto, lo que no lamento, pero subrayo que no se trata solo, como en la hipótesis que propuse, de enervar una presunción legal en una materia en la que las convenciones son libres, sino de expandir una incapacidad artificial que a partir del derecho común no puede crearse mediante una simple convención y que la ley, por sí sola, no puede establecer.

En síntesis, junto a las convenciones previstas por el Código Civil, pasibles de nuevas interpretaciones, existe un espacio infinito de convenciones que el código no puede desconocer, irreductibles a los contratos que describen nuestras leyes y que únicamente permiten una aplicación muy restrictiva de los principios generales que solo son axiomas puros de la razón, evidentes por sí mismos. Por lo tanto, el terrero de los descubrimientos disponible a las investigaciones de la ciencia jurídica es infinito en sí mismo, tan extenso como la esfera de las necesidades que pueden surgir del contacto con la vida y en presencia de múltiples intereses diversos. Entonces, ¿puede afirmarse que la función del intérprete ha concluido, que se dijo todo lo que podía decirse sobre el sentido de nuestras leyes? Admito que el papel del intérprete, conforme al significado de las palabras, terminó desde hace tiempo; sin embargo, la función del investigador que sigue la evolución de los hechos y busca adaptar el derecho a los fenómenos sociales que aparecen jamás termina. Por otro lado, afirmar que recién comienza implicaría maltratar a los eminentes maestros que me circundan, cuyas lecciones atesoro, pero reconozco de buen grado que dicha función es apenas conocida por el público que transita por nuestras Facultades.

Estoy convencido que bajo el influjo del espíritu de investigación - presente por doquier, rejuvenecedor de nuestros métodos -, toda la teoría de las obligaciones, piedra angular de nuestro código civil, será renovada en poco tiempo, aunque no en el fondo que se mantendrá como la obra maestra del buen sentido, sino en su alcance y variedad de aplicaciones, el único aspecto sobre el que nuestros marcos, siendo un poco estrechos, requerirán expandirse.

Podría citar con facilidad muchos ejemplos que atestiguan la libertad de actuación de este método de investigación, apartándose de cualquier dependencia servil de los textos del Código, el más conocido proviene de los seguros de vida. Se trata de un contrato que a inicios del siglo el legislador no conoció ni previó, pero se quiso sujetar a la estricta aplicación de ciertos textos del código, subsumiéndolo en alguno de los marcos señalados en materia de principios generales. En ese entonces, se comprendía con dificultad la osadía que representaba construir toda una teoría jurídica en torno de las concepciones previstas en el código civil, utilizando únicamente las ideas racionales que constituyen su base y tienen una aplicación universal, como lo que se sigue de la razón pura o de la justicia evidente. Sin embargo, así ocurrió con la materia de seguros - fenómeno que el código ni siquiera imaginó -, la que fue sometida a la regulación de algunas materias vecinas o que se relacionaban solo en apariencia, con lo que se desnaturalizaba y comprometía el futuro. Cuando aparecía una combinación no prevista en la ley, debía acudirse a los principios racionales que dominan toda convención jurídica y en los demás a la naturaleza intrínseca de la institución,

debiéndose buscar en su objetivo económico las reglas y la concepción científica: aquí la doctrina es maestra soberana.

Puede reflexionarse sobre un tema vivamente debatido desde algún tiempo atrás: la responsabilidad de los patrones en caso de accidentes profesionales. El mérito de quienes identificaron el problema fue situar, en su verdadero lugar, a la presunción relativa, en consecuencia, los hechos económicos, usos industriales y condiciones de la vida moderna. Conocemos el propósito de invertir la prueba cuando un obrero, víctima de un accidente de trabajo que reclama indemnización - basando su derecho en que fue expuesto a la eventualidad de un accidente por la negligencia o falta de su patrón -, debía probar la falta del responsable. Hoy se considera que su derecho a indemnización no descansa en la falta o negligencia del patrón, sino en la promesa tácita que habría realizado vis-a-vis, al comprometer sus servicios, de garantizarlo frente a los riesgos del trabajo que le confía, salvo imprudencia de su parte, de suerte que se considera que el patrón está obligado a indemnizar sin otra prueba, en virtud del contrato de prestación de servicios establecido con el obrero, salvo que se liberara probando que el accidente se debió a la imprudencia de éste último: se trata de la inversión de las funciones de la prueba. ¿Puede sustentarse esta solución en los textos del código civil, pretendiendo que jamás fue voluntad de sus autores?, dicha posibilidad constituiría una táctica falsa, juego limpio únicamente para el empleador. Los autores que adhieren a esta opinión, sólo disponen de un argumento de naturaleza absolutamente concreta: obsérvese - señalan - las condiciones de la industria moderna, muy raramente tiene el obrero la iniciativa y la dirección de su trabajo, está

sujeto a complicados mecanismos que no conoce bien urgidos de una dirección de conjunto que pertenece al patrón o sus ingenieros; el obrero solo es un instrumento en las manos de quienes lo dirigen. Por lo tanto, a quien detenta la autoridad debe incumbirle toda la responsabilidad; la justicia lo quiere así, entonces ¿no es presumible que el obrero asume que comprometió sus servicios al socaire de la convención? El cambio de las condiciones de la industria, apareja la transformación de las condiciones de la prestación de servicios, siendo que las cláusulas tácitas implicadas serán modificadas en igual medida. Allí está, extraído de la vida, el sistema de interpretación cuya fórmula abstracta he proporcionado. El procedimiento de argumentación es bueno en la medida que no tenga la rigidez de un principio absoluto y que sus usuarios estén autorizados a reconocer distinciones: una presunción relativa que descansa en las condiciones de la industria, podría variar en función de las industrias, el procedimiento de trabajo del obrero contratado, la iniciativa que se le permite y la responsabilidad personal a la que está obligado como consecuencia de haber comprometido sus servicios. Se trata de un procedimiento muy flexible, susceptible de adaptarse a la diversidad de usos y de comprender todas las sutilezas de la voluntad de las partes. Por el contrario, asumir que nos encontramos en presencia de un principio inherente a la naturaleza misma de la locación de servicios nos restringiría exclusivamente al terreno del código civil: ¿significaría admitir una locación de servicios que apareje una cláusula de garantía tácita, o una locación de servicios que atribuya al obrero la responsabilidad de su propio trabajo? Sin embargo, quienes se basen en los nuevos patrones de interpolación - deberían

cuidarse de este rigor teórico -, encuentran un espacio propicio en las presunciones relativas. Entonces, el procedimiento de interpretación ¡sólo es puro método de observación, y método histórico trasladado al dominio, mucho más elástico de lo que podría creerse, del código civil!

Debo añadir una observación importante, mi pensamiento no atenúa las ideas que admití. Indudablemente el método de observación debe constatar los hechos, pero también contribuir - objetivo de toda ciencia experimental - a formular leyes generales: leyes generales que existen en toda ciencia digna de ese nombre, les llamamos principios jurídicos. Si el derecho abandonara el terreno de los principios, dejaría de ser una ciencia para convertirse en un arte puramente empírico.

Con los principios demostrados por el procedimiento de observación, recupera el método deductivo sus prerrogativas, aparejando sus consecuencias. La palabra «principios» muy utilizada por los jurisconsultos, parece poseer un misterio vedado a los profanos, ser un espacio reservado del que solo los iniciados tienen la llave, como antaño el dominio de las fórmulas jurídicas confiadas a los pontífices. Veamos si el asunto es realmente tan complicado y comprobemos, si lo que se llama principios jurídicos se inventó precisamente para la seguridad de los supuestos profanos, removiendo cualquier tentación de procedimientos arbitrarios de los pretendidos iniciados.

La primera característica del derecho consiste en que entraña seguridad y por lo tanto, es igual para todos. Cuando se admite una solución, es preciso que todos aquellos que se encuentren en

circunstancias idénticas a las que determinaron su aceptación, o contrataron bajo condiciones análogas, puedan tener la seguridad de que se les aplicará la misma solución, de lo contrario no habría más que sorpresa, fraude e injusticia para los particulares. La formulación del criterio de aplicación de una disposición de derecho, debe abstraer la idea que le sirve de justificación, de modo que su aplicación subsuma todos los casos en los que la misma idea pudiera revelarse: ¿quién deberá aplicar el procedimiento de abstracción?, la doctrina, y ¿qué será la idea abstracta obtenida?, un principio. Lo mismo que la fórmula abstracta que el sabio desprende de un conjunto de experiencias repetidas es una ley científica, en el ámbito del derecho, las leyes que descubramos, siendo de orden moral y social, pueden variar en función de los elementos contingentes de donde derivan. Hemos adoptado el término principios, que revela la idea de una concepción abstracta, pasible de consecuencias prácticas, que no impone forzosamente la idea de necesidad absoluta ni de inmutabilidad que caracteriza a las leyes de orden natural.

En este sentido, cuando la doctrina cree haber descubierto, a partir de la observación de los hechos combinada con la idea de justicia, un uso que buscar ser aceptado, desairaría a su misión si se contentara con adoptarlo pura y simplemente, sin constatar al día siguiente un uso contrario que varía de día a día, en gran detrimento de la seguridad y la justicia. Debe entonces, buscar la idea racional que toda relación jurídica entraña forzosamente, sobre la que se funda el uso que constata; debe deducir la concepción jurídica que podría comprender de allí en adelante, bajo su aplicación, todos los casos similares.

Ofrezco un ejemplo: cuando la nueva doctrina cree poder afirmar que los patronos consideran que desde hoy deben asumir bajo su riesgo, la garantía de los accidentes profesionales, no se contenta constando un conjunto de usos o de condiciones fácticas de las que se sigue la prueba, busca formular la idea que justifique el uso pretendido, descubrir el principio; es decir, la ley de aplicación. Encuentra dicho principio en la idea que el obrero, al no tener la iniciativa sobre las condiciones nuevas de la industria, no sabría aceptar la responsabilidad de las consecuencias de su trabajo, mientras que el patrón, al tener plena dirección (por ello toda la autoridad), debió considerar asumir toda la responsabilidad. Siendo que ambos aspectos van juntos, entonces puede formularse esta ley: tratándose de la industria, quien detenta la autoridad debe adjudicarse toda la responsabilidad. Es un principio que, reconozco que discutible en algunos aspectos, puede ser plenamente admitido o solo con reservas; la ley puede determinar la aplicación de una solución jurídica, mientras que las reservas posibles constituirían un conjunto de principios, susceptibles de precisar mejor los límites aplicativos de la primera. Una vez formulado el principio, será posible aplicarlo a todos los casos, presumiendo absoluta responsabilidad de quien dirige el trabajo, mientras que los particulares, supuestos profanos, se beneficiaron completamente con la afirmación de un principio que les permitía tener plena conciencia del alcance jurídico de sus convenciones.

Si los jurisconsultos tienen el deber de formular principios, es precisamente para esclarecer mejor los detalles, y únicamente para revelar el fundamento racional de las soluciones admitidas.

Una vez perfilado el principio, corresponde al método deductivo extraer las consecuencias lógicas que entraña, sin poderse admitir - salvo prueba en contrario y que la intención contraria no instituya una iniquidad -, que las partes aceptaran sustraerse a las consecuencias naturales de las ideas que constituyen la base de sus convenciones. Incluso aquí, el método deductivo solo puede procurar la exacta aplicación de la justicia y seguridad de los derechos individuales.

Vemos cómo, en el ámbito del derecho civil, los dos métodos tienen su lugar y se prestan apoyo mutuo: el método de observación debe captar la multiplicidad de fenómenos jurídicos, el método del razonamiento debe simultáneamente deducir el valor desde el punto de vista de la justicia y abstraer el principio racional que envuelven. Los dos métodos se encuentran en el principio formulado, se prestan mutuo apoyo para su aplicación, uno examina los hechos, el otro deduce la relación con el principio admitido.

Examinar los hechos para deducir las leyes, luego aplicar la ley a los nuevos hechos que se manifiesten en el dominio de la práctica ¿no constituye el método científico por excelencia?, arreglado al dominio del derecho civil como a cualquier otra ciencia. He mostrado cómo en este terreno, no solo era posible su aplicación, sino que proyectaba convertirse en el procedimiento habitual de toda una escuela de jurisconsultos. El día que amplíe su alcance sobre ideas y usos, encontrarán remedio los inconvenientes que aparejó entre nosotros un exceso de codificación, así como los que provienen de la extravagancia de las fuentes a través de las cuales se manifiesta el derecho, mediante una interpretación amplia del derecho francés,

flexibilizada en la medida señalada a los procedimientos del método histórico.

La doctrina jurídica dispone de extensos horizontes abiertos para sí, colocándose a la cabeza del movimiento científico y dirigiendo el desarrollo del derecho, como tan bien lo hicieron los jurisconsultos romanos y los grandes jurisconsultos de la antigua Francia, a quienes debemos la estructuración racional de nuestro derecho consuetudinario, y que desde su ropaje un tanto escolástico, mostraron lo penetrante que puede ser el sentido histórico y el instinto de progreso jurídico.

El método que he mostrado, ¿está muy distanciado del que impera en el dominio de las ciencias sociales y políticas? Esta manera de comprender el derecho civil y adaptar la expresión al desarrollo de los fenómenos jurídicos y manifestaciones sucesivas de la idea de justicia entre los grupos humanos, ¿no implica que la ciencia del derecho privado es una ciencia social asimilable al derecho público? Las concepciones familiares y el régimen de las convenciones constituyeron la estructura inicial de toda sociedad humana y su fuerza de cohesión, con anterioridad incluso a las concepciones relativas al gobierno político.

Sé que la tendencia actual consiste en estudiar las ciencias políticas sin prestar mayor atención a los textos, ni tomar como base alguna legislación específica. Debo reconocer que los jurisconsultos se resignaron con mucha dificultad al procedimiento, y a duras penas admitieron que debían estudiar la “Constitución” de Francia, tomando la palabra en singular, sin conceder ninguna importancia a las “Constituciones” de Francia, en plural. Siempre les parecerá que

la mejor manera de asegurar la libertad consistirá en exigir la aplicación, siguiendo una extensa y muy liberal interpretación, de las garantías que establece la ley.

Es muy emocionante describir cuáles deberían ser las formas de evolución de una sociedad entregada a su libre desarrollo; sin embargo, una cosa es hacer sociología pura - que yo denominaría sociología abstracta -, y otra forjar sociología aplicada o concreta. Cuando una sociedad se pertrecha con leyes - también en la esfera del derecho público -, ¿hace bien o hace mal? Seguramente obrará mal si no procede con prontitud, tratando de reglamentar todo en exceso, pero también si no lo hace con suficiencia, dejando todo en la vaguedad (estos aspectos dependerán del temperamento de cada país). No obstante, en cuanto aparezcan las leyes con creciente frecuencia en la esfera del derecho público, se las debe aplicar: ¿cómo aplicar una ley sin interpretarla? El derecho constitucional, como cualquier otro, requiere de interpretación, siendo difícil - lo reconozco - hacer entender lo contrario a un jurisconsulto: nos falta saber cómo efectuar la interpretación.

En este punto hay una marcada diferencia entre una institución de derecho público y otra de derecho privado, sobre todo en lo relacionado a las convenciones. El derecho privado estipula, previendo el porvenir, situaciones que podrían presentarse o no hacerlo. Por otra parte, el derecho privado sólo considera las relaciones jurídicas existentes entre dos o varios individuos, a pesar de señalar que la aplicación de la ley será la misma para todos, con el fin de asegurar la igualdad. Por lo tanto, la interpretación lógica del texto comporta la salvaguarda de los derechos de cada uno.

Una institución de derecho público opera de inmediato, la mayor parte del tiempo funciona de modo tal que no guarda correspondencia absoluta con la ley que la ha creado, o al menos con su espíritu. Es imposible que en algún aspecto de su desempeño, la práctica deje de introducir alguna desviación imprevista; cada desviación crea un precedente, cada precedente se convierte en uso, luego en tradición. Todo esto termina por generar aquí y allá, derechos adquiridos, asentando las expectativas de provecho de los particulares, si es que no, derechos en el sentido específico de la palabra. También puede suceder que las sucesivas desviaciones del mecanismo operen de mejor manera a como lo habría hecho la estricta aplicación de la ley, o quizá funcionen peor; fuere lo que fuere, el remedio ¿consistirá siempre en exigir la aplicación formal de la ley?, lo que se muestra por lo menos dudoso, porque todo está relacionado en la administración de un gran Estado. Si un engranaje funciona mal, puede suceder que el otro que debía recibir su influencia sea modificado por la práctica, de tal manera que rectifique los inconvenientes del primero, pero si su desempeño es modificado pretextando legalidad, se introduce un desequilibrio que detiene la marcha, podría ser que fuera mejor dejar que se desarrolle la acción bienhechora del segundo engranaje confiando en que corrija lo que el primero tenía de malo. ¿Qué hacer con los cambios que la ley o la Constitución escritas no habían previsto?, ¿a partir de una teorización rígida deberían ser descalificados como ilegales? Esto configuraría una equivocación.

En ninguna materia como en el derecho público, la prescripción desempeña un papel tan dinámico: todo lo que se convierta en uso

adquirido se transforma rápidamente en tradición que se convierte en ley. Debemos poner en tela de juicio que la modificación perpetua implicaría el caos en el Estado. Allí está el principio, pero no tiene carácter absoluto, porque la prescripción en el ámbito del derecho público no debe tener otro objetivo que confirmar y fijar el progreso de la Constitución fundamental del país y no de introducir desviaciones en el desarrollo del genio tradicional de la nación, asegurando la garantía contra la arbitrariedad o la injusticia: por lo tanto, existe en el derecho constitucional algo que domina todo lo demás, configurando el estudio de la Constitución normal del país conforme al genio tradicional de la raza y su desarrollo histórico; las constituciones escritas solo son la manifestación escrita y positiva de la constitución orgánica, que también podría encarnarse en una constitución escrita como sucede por ejemplo en Inglaterra. De tal suerte que la legitimidad de un uso constitucional - no me atrevo a decir la palabra legalidad que tiene un falso aire de interpretación literal que me inclino a descartar -, dependerá de su conformidad con esta Constitución ideal del país, es decir, en razón de su conformidad con el desarrollo histórico y tradicional de la nación, de modo que en todos los casos, la interpretación del texto de la Constitución escrita deberá ser hecha en el sentido de que esta Constitución ideal se refleja en ella, y en el sentido del desarrollo histórico del que la Constitución escrita ha debido tener como propósito favorecer las manifestaciones sucesivas.

En la esfera del Derecho Público - lo mismo que en tantas otras - la ley es la ley, y reclama ser respetada y aplicada, reconozco que en este ámbito la interpretación literal es menos socorrida que en otros.

La ley es aquí la expresión de la voluntad de la nación manifestándose, o destinada a manifestarse, en un sentido ajustado a su desarrollo histórico: por un lado la voluntad es progresiva, por lo que la interpretación del texto debe considerar las modificaciones de la práctica; y por otra es una voluntad que se refiere a los precedentes y tradiciones, por lo que la interpretación del texto debe hacerse en el sentido de los precedentes y tradiciones históricas.

En este sentido, tratándose de las ciencias políticas, hay lugar para un método doble: el método de observación que examina los fenómenos sociales, y el método de razonamiento que busca deducir las leyes de su desarrollo, adaptándolas a la Constitución general del país. Queda espacio para los principios jurídicos que no son otra cosa que las ideas racionales, conforme a la expresión de la justicia aplicada a la evolución de una sociedad particular. Reconozco que los principios deben obtenerse, sobre todo, de la relación entre la concepción de justicia social y lo que puede denominarse como el genio tradicional del país, aunque la evolución política debe hacerse constantemente en el sentido de la justicia adaptada a la evolución histórica de la raza, siendo que el método deductivo debe buscar sus materiales en los precedentes históricos todavía más que en las concepciones puramente racionales, pero no es menos cierto que debe plantear leyes generales y deducir principios. En materia de derecho público es importante asegurar la estabilidad de las instituciones y fijar el desarrollo en un sentido tradicional, con la reserva de una larga y constante evolución que se vuelve permanente; conozco un solo medio que hace ello posible, sin poder imaginar otro procedimiento para escapar de la manía de las modificaciones

brutales que tienen la forma de leyes escritas o de cartas constitucionales, de las que padecemos tan intensamente en Francia. Debe exigirse lo menos posible a la ley escrita y dejar a la doctrina y práctica la tarea de ayudar al desarrollo de la Constitución del país, para ello es preciso que un país genere tradiciones, siendo el medio de conseguirlo liberar a las leyes fundamentales que han ayudado al progreso de la sociedad en la que vivimos y que provienen del genio y del esfuerzo de las generaciones que nos precedieron; no digo solamente una generación, sino todas. Ningún hecho es indiferente en la suma de acontecimientos y causas latentes que en el pasado, por más remoto que sea, contribuyeron a convertirnos en lo que somos. Encontrar esas leyes y adaptarlas a las necesidades de la sociedad moderna, dirigiendo en esa dirección la evolución del derecho constitucional, tal es la misión de la doctrina, tal es su programa a la vez científico y patriótico.

Percibo tanto en derecho público, como en derecho privado - en el sentido lato que indiqué - una obra progresiva adaptada al torrente de la evolución social, correspondiendo al método histórico establecer sus elementos. También encuentro una obra de conservación social que debe inspirarse en las tradiciones del país, en función de su propio desarrollo nacional. Los materiales los proporcionan la experiencia y la razón, atañendo a la experiencia interrogar al pasado, y a la razón deducir las leyes buscando adaptarlas a las necesidades de la sociedad moderna. Tratándose del derecho privado, la obra progresiva se consigue también a través de la observación de las necesidades que van surgiendo, pero la obra de conservación social se obtiene mediante la adaptación de las nuevas

concepciones a los principios jurídicos que contiene la ley escrita. Respecto al derecho público, se hará mediante la adecuación del desenvolvimiento político a los principios tradicionales, cuya manifestación positiva se circunscribe a la ley escrita: aquí la tradición domina al texto, allá el texto cierra y resume el pasado, en esta fórmula doble reside toda la diferencia de los métodos, divergencia comprobada, habiendo lugar para observar los hechos deduciendo de ellos los principios, que deben ser buscados en las concepciones de un código escrito o en un conjunto de tradiciones no escritas que guardan como depósito precioso todo nuestro proceso nacional, el espíritu que debe guiar las pesquisas, el instinto de razón, lógica y justicia, que debe dominarlos, difiere poco, y por consiguiente si conviene afirmar la separación neta que existe entre los dos dominios de la ciencia jurídica, conviene también mostrar que en cada uno de los procedimientos de investigación siguen una marcha paralela. Ambos tienen aptitud para servir de guía en medio de las dificultades del derecho privado, que les ha proporcionado el sentido del proceso y al mismo tiempo respecto de la ley, sabrían igualmente adaptar su método a las exigencias de la ciencia política y llevarle el mismo espíritu de evolución progresiva y de preservación social.

Creo que no hay nada que temer del nuevo entorno donde se avecindarán las asignaturas: puede ocurrir que las ciencias puramente jurídicas se beneficiarán aplicando más intensivamente el método histórico a sus procedimientos de exposición e investigación; quién sabe si el grupo de las ciencias sociales no conseguirá provecho de los novedosos procedimientos a los que será sometida, también del método de precisión de las ciencias jurídicas. He tratado de

demostrar que no serán las manos de profanos, sino personas que desde hace tiempo posean el sentido de las pesquisas experimentales y del método histórico, a quienes se confíe su aplicación allí donde no parece haberse implementado, y que con mayor razón sabrían aplicarlo en su terreno natural; podría ser que contribuyeran, por el hábito que tienen de asegurar el respeto a la ley, a fijar el desarrollo del derecho público en un sentido más ajustado a la estabilidad de las instituciones en general y la conservación de las tradiciones. Es la promesa que ofrecen todos ellos, historiadores, sociólogos y políticos, que saben - a partir de la experiencia de algunas sociedades modernas para quienes la libertad va de la mano con el respeto al pasado -, como los pueblos prosperan, las constituciones viven y se desarrollan; anhelando con ardor ver que su país adquiriera la estabilidad que tanto necesitan como nunca antes. Considero que los jurisconsultos, sabios y pensadores convendrán sin dificultades sobre este aspecto, lo mismo que todos aquellos que amen a su país; y si sus instintos tradicionales y procedimientos metodológicos pueden contribuir a la penetración de sus ideas de evolución progresiva, basadas en el respeto a las leyes y tradiciones, en los jóvenes espíritus a los que se dirige su magisterio, no será necesario deplorar la ampliación del alcance de nuestros programas. En todo caso se debe experimentar, y quiero mostrar a quienes están angustiados con la llegada de las ciencias políticas, que pueden tener confianza: los jurisconsultos de nuestras Facultades son personas comprometidas.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

Full text article

<b>Fecha de recepción:</b> 14/12/2021	<b>Fecha de aceptación:</b> 28/02/2022
<b>Palabras clave:</b> <i>Publicanos en Roma, publicanos judeo- españoles en los reinos cristianos (siglos XII-XV) que ejercieron una actividad similar a la de los publicani romanos.</i>	<b>Keywords:</b> <i>Publicans in Rome, juifs-spanish in the christian SpainCentuies XII-XV where practice a similar function of the roman publicani.</i>



## “PUBLICANI” EN ROMA Y PUBLICANOS JUDEO-ESPAÑOLES EN LA ESPAÑA BAJOMEDIEVAL .

## "PUBLICANI" IN ROME AND JUDEO-SPANISH PUBLICANS IN LATE MEDIEVAL SPAIN.

**Armando Torrent Ruiz**

Catedrático de Derecho Romano  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid  
ORCID 0000-0003-3702-0892

(TORRENT, Armando. “Publicani” en Roma y publicanos judeo-españoles en la España bajomedieval. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 499-526 <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

En un primer momento se trata la actuación de los publicanos en Roma, y seguidamente la de los judeo-españoles en la Baja Edad Media en Hispania que se comportaron del mismo modo que los publicanos en Roma.

### Abstract:

In the first part I resume the activity of the publicans in Rome, and in the second part de activity of the juifs-spanischs in the last Mettle Age in Hispania, with a similar function that had developped in Rome.

La situación de los publicanos en Roma empieza a dejar huella a finales del s. III a. C. a propósito de las *societates publicanorum* que intervinieron en el suministro a las legiones en la ayuda que prestó Roma a los saguntinos frente a los cartagineses<sup>1</sup>, y sobre todo en el I, en que Cicerón proporciona muchas noticias especialmente en *in Verrem* en que los sicilianos fueron explotados en comandita por los publicanos y el venal gobernador romano<sup>2</sup> propretor de Sicilia entre los años 72-71 a C. y asimismo los menciona en *ad Atticum* a propósito del *Edictum provinciale* que publicó en su gobierno de Cilicia el 51 a. C.<sup>3</sup> aparecen los publicanos en la *lex Portus* (o *vectigalis*) *Asiae*<sup>4</sup> denominada por un sector de la romanística como *Monumentum Ephesenum*, cuya última versión es del 62 d. C. y la primera del 75 a. C. por obra de los cónsules Lucio Octavio y Cayo Aurelio Cotta,

---

<sup>1</sup> TORRENT, *La "lex locationis" de las tres "societates publicanorum" concurrentes "sub hasta" en el 215 a. C.*, en *SDHI* 80 (2014) 71 ss.

<sup>2</sup> TORRENT, *Fraudes contables de societates publicanorum*. *Cic. in Verr. 2,2,71,173*, en *IAH* 6 (2014) 57-75.

<sup>3</sup> TORRENT, *El título "de publicanis" y el "genus provinciale". (Cic. a Att. 5,1,5). Reflexiones sobre el "Edictum provinciale"*, en *RDR*, 14 (2014) 1-23 (= [http. ledonline.it.rivistadirittoromano](http://ledonline.it.rivistadirittoromano)); ID., *La conexión "edicta praetoria-edictum provinciale" en la "lex Irnitana" cap. 85*, en *RIDROM*, 13 (2015) 297-342; ID., *"Pactiones", "publicani" y "leges censoriae"*, en *RIDROM*, 14 (2015) 460-514.

<sup>4</sup> Vid. con lit. TORRENT, *Los "publicani" y la "lex Portus Asiae"*, en *Scritti Corbino*, 7 (Tricase 2016) 179 ss.

primeros artífices del arrendamiento del *portorium*, al que se iban añadiendo nuevas cláusulas. Es probable que incluso pudiera proceder de otro documento más antiguo contemporáneo a la constitución de la provincia de Asia que había tenido un complicado y polémico reconocimiento por Roma que se arrastraba desde el testamento del rey Atalo de Pérgamo muerto en torno al 133 a. C. dejando su reino al *populus Romanus*, uno de los motivos de la oligarquía para asesinar al *tribunus plebis* Cayo Graco al atribuirle veleidades monárquicas sobre aquella región del Asia Menor. La *lex Portus Asiae* contiene una información importantísima tanto para la historia de la imposición tributaria romana como para conocer la estructura y actuaciones de los *publicani*, las respectivas *stationes* de las *societates publicanorum* y sus turbios manejos de los préstamos usurarios<sup>5</sup>. Es sabido que tanto los gobernadores provinciales romanos (no todos pues las fuentes alaban el gobierno de Quinto Mucio Scaevola en la provincia de Asia y Cic. se autoalaba su gobierno de Cilicia), como igualmente los publicanos iban a provincias con la intención de enriquecerse persiguiendo con saña a los deudores

Entre los juristas Gayo dedica atención a la materia *de publicanis* en sus comentarios ad *Edictum provinciale* y Ulp. en su comentario ad *Edictum praetoris*, siendo bien sabido que los gobernadores provinciales solían redactar su edicto en Roma antes de llegar a la

---

<sup>5</sup> Vid. sobre el tema TORRENT, "*Usurae supra legitimum modum*"m en *Studi Nicosia*. VIII (Milano 2007) 265-294.

provincia de su mando, inspirándose fundamentalmente en el edicto *praetoris urbani*.

El último siglo de la República fue una época de grandes agitaciones sociales, revueltas de esclavos (fueron muy violentas las guerras serviles sicilianas acabadas en el 132 a. C.; la guerra de Spartaco), crisis políticas (las dictaduras de Sila y César, dos triunviratos a la cabeza del Estado), económicas (con la devaluación de las monedas metálicas al irse agotando las minas de oro y plata en Hispania y en la Dacia). Todas estas circunstancias llevaron al agotamiento de la República, que sería sustituida por el Principado de Augusto sustituyendo a los publicanos hasta entonces arrendadores de la recaudación de impuestos. ocasión de grandes ganancias al explotar sañudamente a los sujetos al tributo aparte de su dedicación a los préstamos usurarios, por funcionarios de la cancillería imperial.

Gracias al hallazgo de sucesivos documentos unos literarios y otros epigráficos hallados en la Hispania romana, sabemos que las cuestiones *de publicanis* fueron objeto de gran preocupación. En documentos epigráficos las Hispaniae al decir de Plinio, después de Italia, es la región más rica del Imperio, como comprobamos en la *lex Irnitana* referida a una ciudad de la Bética (que sin embargo asombrosamente no aparece en los elencos de Plinio) cuya promulgación fue acordada por Domiciano en el 81 d. C.<sup>6</sup> Otro

---

<sup>6</sup> TORRENT, "*Litterae Domitiani*" y "*lex Irnitana*", en *BIDR* 112 (2018) 321 ss.

documento jurídico importante, esta vez de época adrianea, la llamada *lex de Rivi Hiberiensis* que trataba de la organización y aprovechamiento del agua para riego de unas corrientes de agua en la Tarraconense. La *editio princeps* la publicó F. Beltrán Lloris<sup>7</sup> en 2006, y si fundamentalmente como dice Carmen Castillo es una *lex aquaria*, no deja en el olvido la materia de *publicanis*<sup>8</sup>, clase social cuyos miembros pertenecían al *ordo equester* al que perteneció también Cic. Tuvieron que tratar de *publicanis* los *auditores Servi* salvo Servio Sulpicio Rufo que paradójicamente fue el fundador de la escuela serviana, Gayo, los severianos Paul. Y Ulp. mas otros juristas clásicos mencionados en D. 47,8 (*vi bonorum raptorum et de turba*).

Los publicanos constituyeron una parte importante de la sociedad romana que se había ido enriqueciendo notablemente con el arrendamiento de la recaudación de impuestos (*tributa*) y del *ager publicus* (*vectigalia*) imponiendo durísimas condiciones a los deudores del *aerarium* a quienes arrebatában sus bienes con violencia hasta el punto que desde el edicto de Luculo del 76 a. C. podía ejercitarse contra ellos la *actio vi bonorum raptorum*<sup>9</sup>, enriqueciéndose los publicanos con el avituallamiento de las legiones, la explotación de

---

<sup>7</sup> F. BELTRAN LLORIS, *An irrigation decree from Roman Spain, the "lex rivi Hiberiensis"*, en *JRS*, 106 (2006) 147-197, traducción al inglés por J. CRAWFORD.

<sup>8</sup> TORRENT, *Los "publicani" y la "lex rivi Hiberiensis"*, en *RDR* 13 (2013) 1-10.

<sup>9</sup> Vid. TORRENT, *Divergencias entre la "actio legis Aquiliae" y la "actio vi bonorum raptorum"*, enviado para su publicación a los *Studi in onore di Letizia Vacca*.

minas, el transporte marítimo, el arrendamiento del *ager publicus*, los *portoria*, y cualquier otra actividad que les fuera provechosa para colmar su insaciable sed de dinero arrebatando sus bienes a los que caían en sus redes, que con terminología moderna bien podemos calificar actuaciones mafiosas.

Las *locationes* del *ager publicus*, de los *vectigalia* encuadrados en los llamados *ultra tributa* (generalmente obras públicas) durante la República, estaban a cargo de los censores<sup>10</sup> que arrendaban su exacción a los publicanos procurando a la República flujos de dinero para mantener los gastos corrientes de la *civitas* y toda clase de *opus publicum* además de los gastos de mantenimiento de los templos, construcción de obras públicas, servicios logísticos a los ejércitos romanos en las frecuentísimas guerras en las que Roma se vió envuelta durante la República. Según Cic. *de Leg.* 3,3,7 *censores... urbis, templis vias aquas aerarium vectigalia tuento*. De las fuentes se desprende que las grandes líneas de política económica correspondían al Senado<sup>11</sup> y su ejecución a los censores que a su vez contrataban con los publicanos.

---

<sup>10</sup> Liv. 4,8,2: *Idem his annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae, quae deinde tanta incrementa aucta est ut morum disciplinaeque Romanae penas eam regimen, senatus equitumque centuriis decoris dedecarisque discrimen sub ditione eius magistratus publicorum ius privatorumque locorum vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitria essent.*

Esto no significa que la soberanía residía en el *populus* como sostenía Mommsen<sup>12</sup> en el s. XIX; hoy más bien se entiende con De Martino<sup>13</sup> que a partir del plebiscito Ovinio del 312 a. C. el Senado se convirtió en la máxima expresión de la nueva clase dirigente patricio-plebeya. Ya he dicho en otra parte<sup>14</sup> que el prestigio del Senado y su carácter permanente hizo que un órgano *sine imperio* pero con *auctoritas patrum* tuviera una función tan eminente en el gobierno de la República y desde luego en su dirección económica, encargando a los censores y éstos a los publicanos la llevanza de las *locationes publicae*<sup>15</sup> y el arrendamiento de la recaudación de *vectigalia* y *ultra tributa*<sup>16</sup> que proporcionaban grandes ingresos a las *societates publicanorum*. Todos estos contratos eran ofertados por Roma en

---

<sup>11</sup> Vid. F. REDUZZI MEROLA, "Aliquid de legibus statuere". *Poteri del senato e sovranità del popolo nella roma repubblicana*<sup>2</sup>, (Napoli 2007).

<sup>12</sup> T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I (Berlin 1876 = reed. Basel 1952) 3 ss.

<sup>13</sup> F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I<sup>2</sup> (Napoli 1972) 11.

<sup>14</sup> TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, (Madrid 2008) 230 ss.

<sup>15</sup> Vid. F. MILAZZO, *La realizzazione delle opere pubbliche in Roma arcaica e repubblicana*, (Napoli 1993).

<sup>16</sup> Cf A. TRISCIUOGLIO, "Sarta tecta". *Ultra tributa, opus publicum faciendum incolare. Saggi sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, (Napoli 1998).

subasta pública, que fundamentalmente a juicio de Malmendier<sup>17</sup> significaban una privatización de servicios públicos esenciales que el Estado dejaba en manos de los particulares: las *societates publicanorum*<sup>18</sup>. En este orden de cosas los censores eran los magistrados que en concursos públicos (*hasta*) fijaban las condiciones y precios de los respectivos contratos establecidos entre censores y publicanos mediante *leges censoriae*<sup>19</sup>, sistema que dejaba en evidencia la ausencia de una eficiente administración fiscal estatal que tenía que delegar estas funciones en los publicanos, sistema que se prestaba a actuaciones poco honestas por parte de los publicanos. Eran los censores quienes señalaban las cláusulas de los contratos<sup>20</sup>, cláusulas válidas durante el plazo quinquenal que iba de una *lustratio* a la siguiente. Este sistema era válido en Roma, pero no en provincias donde no existía esta consideración de los censores, de modo que allí eran los gobernadores romanos e incluso a veces los magistrados municipales (*duoviri* en la *Hispania romana*) quienes fijaban estas cláusulas con aprobación del Senado local.

---

<sup>17</sup> U. MALMENDIER, “*Societates publicanorum*”. *Staatliche Wierschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, (Köln-Weimar-Wien 2002) 15.

<sup>18</sup> Vid. E. BADIAN, *Publican and sinners: private entererprise in the service of the Roman Republic*, (Ythaca 1972).

<sup>19</sup> TORRENT, *Lex locat. tres soc. publ.*, cit.

<sup>20</sup> TORRENT, *Publicani y Ed. prov.*, cit.

En realidad, los publicanos eran quienes financiaban al Estado romano por dos vías: anticipando al Estado las cantidades prefijadas en el arrendamiento de los *vectigalia*, y ejecutando las obras públicas ofertadas que serían pagadas por el Estado una vez finalizadas. Todas estas actividades debían ser muy lucrativas para los publicanos, y está documentado que en ocasiones concurrían varias *soc. publ.* a la subasta abierta por los censores, habiendo sido anulada alguna vez la concesión censoria a instancia de alguna otra *societas* concurrente (y obviamente perdedora)<sup>21</sup> alegando irregularidades de la concesión o malas prácticas del concesionario. De todos modos ya empezamos a advertir en los siglos finales de la República tendencias antipublicanas<sup>22</sup> que se harían arrolladoras en el siglo final de la República hasta el punto que Augusto, dentro de la amplia reorganización emprendida en el gobierno del Estado, empezó a tomar medidas contra los publicanos sobre todo en materia de recaudación de impuestos, siendo sustituidos por funcionarios imperiales. Los numerosos escritos que he dedicado a los publicanos en Roma y en las provincias que he venido citando, me eximen –para no repetirme– de seguir insistiendo en el tema.

De Roma pasaré a la Baja Edad Media española donde el papel que los publicanos habían tenido en Roma fue desempeñado por los

---

<sup>21</sup> Vid. TORRENT, *Anulaciones por el Senado de "locationes" de "vectigalia" y "ultra tributa" en el 184 a. C.* (Liv. 33,44,7-8), en *TSDP*, 8 (2014) 7 ss.

<sup>22</sup> TORRENT, *Anulaciones*, 14.

judeo-hispanos que Sánchez Albornoz califica repetidamente de publicanos<sup>23</sup>. No es que yo pretenda dar un salto portentoso como si hubiera una estricta continuidad desde la Edad Antigua a la baja medieval en tema *de publicanis*, aunque sí puede advertirse cierta continuidad en la función que ejercitaron los publicanos en Roma y en provincias que habían sido romanas, en especial la Bética, la Tarraconense fundadas en el 197 a. C. y la Lusitania, fundada por Augusto. Poco se sabe de la Alta Edad Media en España que pasó a la caída de Roma a estar bajo el dominio del pueblo visigótico, el más romanizado de todos los pueblos germánicos, al ser expulsado de las antiguas Galias por el rey franco Clodoveo en la batalla de Vouillé del 507. Los visigodos sentían admiración por el Imperio romano, y especialmente por Constantino<sup>24</sup>. Desde el punto de vista religioso practicaban el arrianismo, pero en el a. 646 se convirtieron al cristianismo con el rey Recaredo al frente. Sólo dos siglos duró la influencia visigótica en España, pues la invasión musulmana en el 711 trajo un nuevo modo de vida política y religiosa que duró hasta 1492 con el abatimiento del último reino musulmán nazarí, año que

---

<sup>23</sup> C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *España un enigma histórico*, III (Barcelona 2011) 1055 ss. Los primeros trazos de esta obra se remontan a 1921. No tengo inconveniente en declarar que en el tema de los publicanos judeo-españoles sigo frecuentemente las declaraciones de Sánchez Albornoz.

<sup>24</sup> Vid. TORRENT, *Una aproximación a la legislación visigótica hispana: la "imitatio imperii"*, cit.

coincidió con la fecha en que los Reyes Católicos expulsaron a los judíos de sus reinos y el descubrimiento para la monarquía católica.

Desde la instalación de los visigodos en España habían tomado asiento en Iberia muchos judíos huyendo de las persecuciones europeas presionados por la represión de sus actividades financieras y en especial de la usura. Lo mismo debió ocurrir en Al-Andalus, que habiendo acogido a los judíos, pasaron pronto de ser gentes míseras ocupados en bajos menesteres manuales a personajes opulentos dedicados a sus saneados negocios. Presionados los hispano-judíos andaluces por los invasores musulmanes, emigraron al Norte cristiano desde la conversión de Recaredo donde fueron recibidos en paz, hasta que guiados los sionistas por su espíritu mercantil y sed de oro, fueron alcanzando puestos destacados en la corte de los reyes cristianos a los que debían financiar sus continuas guerras durante la Reconquista hasta su definitiva expulsión por la monarquía católica de Isabel en Castilla y Fernando de Aragón.

Alfonso VI, rey cristiano que recuperó Toledo<sup>25</sup> de los almorávides en 1085, cayendo con Toledo otra serie de plazas en el valle del Tajo, empezó a tener bajo su señorío numerosos hebreos que podían servirle de agentes de enlace con los soberanos islamitas, y poco a poco los hebreos empezaron a ejercer en la España cristiana los mismos desempeños que habían desarrollado los publicanos en el mundo romano. Pronto supieron los hebreos en el s. XI ganarse la

---

<sup>25</sup> Vid. la *Cronica Adefonsi imperatoris*.

voluntad de los príncipes cristianos, coincidiendo su privanza con una etapa de crisis de las finanzas castellano-leonesas secadas por la invasión de los almohades las cuantiosas cantidades de oro que pagaban como tributo los árabes a los reinos cristianos, exigiendo grandes gastos a éstos sus luchas contra los señores africanos de Al Andalus. Secada esta fuente de ingresos los inmensos gastos que exigían los ejércitos cristianos en su lucha por la Reconquista, su recaudación fue siendo encomendada a los judeo-hispanos que provocaron frecuentes protestas y revueltas contra éstos. Afortunadamente hoy en día ningún español medianamente culto siente odio a los judíos, pero en la Baja Edad Media el odio contra los hebreos ya estaba sembrado, y las revueltas de los cristianos no fueron más crueles que en otros pueblos de Europa, que serían reverdecidos hace 70 años con el abominable exterminio nazi de judíos entre 1933 y 1945.

También hay que decir que los judíos españoles aportaron grandes avances a la cultura universal con figuras como Salomón Ibn Gabirol, Yuda-ha-Leví, Abraham ibn Ezra, Maimónides y otros grandes cultivadores de las letras y las ciencias; sin duda puede apreciarse la superioridad cultural de la comunidad hebraica españoles sobre otras comunidades hebreas europeas, parangonables al esplendor que tuvo la cultura árabe hispana cuando en el s. X la Córdoba musulmana era la capital cultural y en algún modo política

también de Europa enviando a Córdoba embajadores europeos ante el Califa<sup>26</sup>.

Frente a Américo Castro<sup>27</sup> don Claudio Sánchez Albornoz a quien sigo esencialmente en esta conferencia, defendió que nada de lo esencial de la contextura vital hispánica se debe al pueblo judío, donde lo colectivo prima sobre lo individual y el titular de la relación con Jehová no es el hombre individual sino el pueblo de Israel, que es llamado en el Génesis 28,17 “Puerta del Paraíso”, siendo el pueblo israelí en la fe mosaica el único elegido por Dios. El hebraísta y arabista José María Millás y Vallicrosa<sup>28</sup> destacó que el alma judaica es especialmente requerida y amada por Dios, el supremo vínculo que explica todo el universo material y moral que lo pone por encima de todos los demás hombres, y en esto consiste el fin mesiánico de la Historia universal: el triunfo del reino de Dios y de su pueblo. Esta concepción comunal o comunitaria de la vida religiosa e histórica del pueblo hebreo viene confirmado no sólo en la poesía hebraico-española, sino en el conjunto de pensadores hebreo-españoles que

---

<sup>26</sup> Cfr. TORRENT, *El derecho musulmán en la España medieval*, en *RIDROM* 8 (2012) 142-227.

<sup>27</sup> A. CASTRO, *España en su Historia*, (1919) reeditado con el título *La realidad histórica de España*. (Madrid 1957).

<sup>28</sup> J. M. MILLÁS y VALLICROSA, *Jehuda-ha-Leví como poeta y apologista*, (Madrid 1947).

destacan la primacía del pueblo hebreo en su conjunto, con la excepción del poeta toledano Todros ibn Yehudá (1243-1306). El carácter colectivo del pensamiento hebreo se mostró bien pronto en España, y allí donde había un grupo de hebreos, por pequeño que fuera su número surgía una aljama, una comunidad con estrecha vinculación humana entre ellos que excluía a hispanos de otra religión, ya fueran musulmanes o cristianos, creando comunidades judías o aljamas. El Talmud revela conocimientos exactos en materia de metales finos, tipos de crédito, contratos y cálculos, y todos los judíos ortodoxos, sean pobres o ricos, tienen conocimientos en materias económicas porque todos están obligados a estudiar el Talmud. Millás insiste en la consideración de la vida terrenal de los judíos como un regalo del dios supremo, y Georges Vajda, comentador del místico hispano-judío Bahya ibn Pakuda,<sup>29</sup> considera que la promesa de la recompensa terrenal tiene por fin único conferir bienestar en este mundo asegurando la felicidad después de la muerte. En este sentido dice Millás que tuvo mayor trascendencia la influencia de un carácter mucho más ascético en la poesía ascética o moral de los musulmanes españoles, y algo de ello se advierte en Ibn Nagrella, rabino de Granada muy imbuido de cultura islámica.

No debe dejarse de lado que entre los hebreos empezó a darse un cierto racionalismo, y el místico Bahya ibn Pakuda, que escribió *Los deberes del corazón* da cuenta de la realidad que frecuentemente los malos prosperan mientras los justos sufren penalidades y dolencias.

---

<sup>29</sup> G. VAJDA, *Introduction a la pensée juive du Moyen Ages*. (Paris 1947); cfr. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *ob. cit.* III, 1063.

A pesar de que la satisfacción de bienes materiales y el acaparamiento de riquezas era permitido entre los hispano-judios, autores más espiritualistas como ibn Gabirol y Yehuda-ha-Leví no veían con buenos ojos el materialismo y las riquezas materiales de las aljamas de Zaragoza y Sevilla. Está comprobado que aljamas de Castilla en los s. XIII y XIV alcanzaron grandes riquezas, y así lo afirmó Salomón ha Leví, rabino convertido al cristianismo con el nombre de Pablo de Santa María; todas las aljamas seguían viviendo la esperanza del advenimiento del Mesías, y así lo confirman testimonios de sus poetas y apologistas<sup>30</sup> que confiaban en superar el destierro y volver a su patria de Israel.

La cruel dispersión de los judíos por Europa y norte de África, la aparentemente práctica desaparición de los sionistas con la destrucción de Jerusalén por las tropas de Tito, hijo de Vespasiano, en el 70 d. C., las derrotas de los Cruzados que aspiraban a liberar Jerusalén del yugo otomano hizo que los judíos ejercitaran la fuerza de la razón más que en cualquier otro lugar de Europa. La sociedad musulmana en la que se instalaron los judíos en los primeros tiempos de su llegada a España, las disputas entre los reinos de taifas, y la enemistad de los musulmanes contra los judíos, presionaron a éstos a abandonar Al Andalus huyendo hacia los reinos cristianos del Norte donde fueron acogidos inicialmente con benevolencia; no fue éste un único fenómeno migratorio porque lo mismo sucedió a los mozárabes, cristianos hispanos que continuaron viviendo entre los

---

<sup>30</sup> MILLÁS y VALLICROSA, *Solomo Gabirol, poeta y filósofo*, (Madrid 1947).

musulmanes hasta que se endurecieron las medidas contra aquellos hispanos considerados ínfleles por los musulmanes, empezando a marchar hacia el norte en la medida que avanzaba la Reconquista: muchos se instalaron en Toledo donde aún en nuestros días se sigue celebrando Misa según el rito mozárabe en una capilla de la catedral toledana.

La Reconquista, la repoblación y la instalación de judíos en los reinos cristianos del Norte fueron factores importantes para la creciente influencia de judíos en España; muchos siguieron siendo modestos artesanos, aunque también habían emigrado médicos que con gran formación científica empezaron hacer fortuna entre los cristianos; otros con gran agudeza y no menor avaricia, hicieron fortuna con préstamos usurarios y adulación a los príncipes cristianos a quienes servían en la recaudación de impuestos logrando introducirse en los círculos monárquicos más íntimos, pero muy pronto cesó la pacífica convivencia entre cristianos y judíos: eran contradictorios el individualismo hispano y el sentido comunal judío. La España de la segunda gran oleada musulmana era antisemita, y los reyes cristianos en un primer momento acogieron a los judíos para poblar sus ciudades. Alfonso VIII, vencedor de las Navas (1212) llegó a situar en Calatrava a Yehuda ibn Ezra para canalizar la emigración hebraica a sus estados, pero los judíos eran hombres pacíficos y no de armas, que era lo que se necesitaba en aquellos tiempos convulsos para la defensa de las fronteras. Es muy probable que desde Alfonso VI, liberador de Toledo, a Alfonso VIII, entraran en Castilla millares de judíos.

Si en principio fue tolerable la convivencia entre cristianos y hebreos, pronto se volvió difícil. Dice Vallecillo Ávila<sup>31</sup> y lo demuestran los documentos recogidos por Baer, que en los primeros momentos los hebreos gozaron de libertad y autonomía en los reinos cristianos, y hasta tenían jurisdicción propia jurando sobre la Torah en juicios civiles y penales. Sánchez Albornoz<sup>32</sup> destaca que en ningún país de Europa gozaron los hebreos de la equiparación legal y administrativa que gozaron en Castilla y León. Los judíos perseguidos por los musulmanes de Al Andalus llegaron a las tierras cristianas sin riquezas y sólo con sus posibilidades de trabajo. El cronista Yehuda ibn Ezra dice que algunos apostataron y todos venían mal vestidos siendo aposentados por Alfonso VII (muerto en 1157) en Calatrava hasta que llegaron a Toledo. Los más llegaron pobres, pero al cabo de pocas generaciones había en todos los reinos cristianos judíos ricos, bien acomodados y situados, logrando ocupar puestos de mando en la vida política y económica de Castilla en el s. XIII. Sánchez Albornoz destaca la rapidez de su enriquecimiento y ascensión social.

A finales del s. XII conocemos documentos de Toledo confirmando que entre 1135 y 1210 existen judíos en tierras toledanas que compran y poseen heredades, practican préstamos usurarios, ejercen el almojarifazgo regio, manejan grandes sumas dinerarias y

---

<sup>31</sup> M. VALLECILLO ÁVILA, *Los judíos en Castilla en la Alta Edad Media*, (Buenos Aires 1950).

<sup>32</sup> SÁNCHEZ ALBORNOZ, *op. cit.* III, 1975.

adelantan fuertes sumas al monarca. Documentos toledanos testimonian desde entonces la riqueza de los judíos de Toledo. Uno de estos documentos informa de la continua adquisición de propiedades por Ibn Xuxán, almojarife de Alfonso VIII que en su testamento confiesa deberle 18.000 maravedíes. El rápido enriquecimiento de los judíos y su trepar hasta las alta jerarquías del reino provocaron la enemiga del pueblo cristiano que les costó su frecuente persecución, muy feroz en 1391 reinando Pedro I el Cruel hasta llegar a su expulsión definitiva en 1492.

Otro elemento de enriquecimiento de los judíos fue su conocimiento de la medicina aprendida en sus contactos con los musulmanes, saber que para los judíos les fue útil para explotar a los cristianos. Alfonso VI nombro médico personal al hebreo Josef ibn Ferrusel, ganándose los médicos judíos la intimidad y confianza de los gobernantes cristianos a los que también habían embaucado con sus conocimientos de astronomía y astrología, también aprendidos de los musulmanes. Pedro III de Aragón tuvo a su servicio un hebreo nigromántico, Juan I de Castilla a un astrólogo judío, y asimismo tuvieron nigromantes judíos los nobles cristianos de la época.

Nunca fueron escrupulosas las empresas mercantiles de los judíos; se sabe que en la España visigótica, luego musulmana, se dedicaron al tráfico de esclavos, e incluso de eunucos. Al no haber suficientes eunucos, preparaban este horrendo tráfico los médicos hebreos, por lo que no es extraño que pronto empezaran las matanzas de judíos. Después de la batalla de Uclés hubo en Toledo una matanza general de judíos, quizá por haber vendido como esclavos a los

cristianos que habiendo sido capturados por los musulmanes fueron a su vez vendidos a adquirentes judíos, y así informa el historiador musulmán Al-Maqqari por quien sabemos que después de la batalla de Alarcos de 1105 muchos judíos compraron en el terreno de la lucha los guerreros castellanos caídos en poder del enemigo islamista para revenderlos después con ganancia en los mercados andaluces, actividad que obviamente no era en ningún modo propicia para ganarse las simpatías de los cristianos, que tampoco aprobaban su actuación como revendedores, encarecedores de alimentos y vestidos, usuras, de lo que dan noticia el fuero de Usagre y las Cortes de Burgos de 1367, quejándose los cristianos de que los judíos muchas veces compraban a crédito bienes de consumo para revenderlos sin haber pagado su precio inicial. Un siglo más tarde, el 2 de marzo de 1484, abiertas las hostilidades previas a la reconquista de Granada, las autoridades de Burgos ordenaron que ningún judío comprase, vendiese o trocase “cosas algunas de mantenimiento para tornar a revender”.

Para Sánchez Albornoz<sup>33</sup> fueron sin embargo su creciente y desaforado crecimiento y su rápido y continuo trepar a cargos de confianza en la administración pública los que encendieron el fuego de la saña popular contra los hebreos, que había prendido primero en la España islámica, y en la España cristiana más tarde, porque los judíos se enriquecieron a costa de la miseria del pueblo al que por añadidura trataron con altivez y orgullo desde los puestos de confianza que ocuparon cerca de los emires musulmanes del sur y de

---

<sup>33</sup> SÁNCHEZ ALBORNOZ, *op. cit.* III, 1081.

los reyes cristianos del norte a los que prestaban dinero para subvenir a los constantes gastos de aprovisionamiento de los ejércitos y escuadras navales: a Aragón para su expansión en el Mediterráneo y a Castilla para cortar el paso del Estrecho a las huestes africanas.

Apremiado por sus angustias de dinero los reyes cristianos no podían sentir demasiados escrúpulos para aprovechar al máximo la capacidad tributaria de su pueblo, y en especial la que les ofrecía las riquezas de la grey hebraica. Convertidos los judíos en agentes fiscales de los reyes los hebreos explotaron por duplicado a los españoles; por duplicado porque les tomaban con creces los tributos que recaudaban para la hacienda regia, y porque para levantar sus propias cargas tributarias sin merma de sus fortunas aumentaban los intereses usurarios a las ganancias comerciales que obtenían de los cristianos que al sentirse apremiados por los hebreos recaudadores, prestamistas o comerciantes, empezaron a sentir contra los hebreos una saña creciente, constantemente exponían al rey sus agravios, y en cuanto flaqueaba la autoridad regia en la protección de los judíos, entraban a saco en las juderías descargando su ira. Eso hicieron los hombres de Castrogeriz al morir Sancho el Mayor en el 1035; los de Cea, Carrión y Valle de Anebra a la muerte de Alfonso VI en 1109; los de Astorga, Mayorga, Toro, Zamora, Salamanca, Ciudad Rodrigo a la muerte de Alfonso IX de León; los de Navarra en 1237, y los de Andalucía, Murcia, y en general de toda la España cristiana en 1391, aunque abusos, apremios, exigencias y extorsiones no sólo eran practicados únicamente por los judíos sino también por la aristocracia cristiana clerical y señorial.

La usura siempre había sido largamente practicada por los judíos como confirma el *Deuteronomio* XV,6 y XXII,20,23, aunque otros textos sagrados del Antiguo Testamento la rechazan. En León es muy probable que los judíos practicasen préstamos usurarios en el s. X concediendo “renovos” o préstamos al 100% anual; en el Fuero de Cuenca se les prohíbe prestar a más de tal cantidad. En 1237 el judío toledano Abu-i-Hassan Yehudá ben Mohib prestaba 185 mizcales a un año con pena de duplicación de la suma prestada y de medio mizcal por cada día de retraso en el pago; en 1239 otro judío de Toledo, Abú ibn Hassan Benjamin, prestó 112 mizcales pagaderos 50 a los 20 días, 30 por San Martín (11 de noviembre) y 32 por carnestolendas, con la condición que la falta de pago de un plazo acarrearía la pérdida de lo ya pagado y con pérdida de un mizcal por cada día de retraso.

Ante la enormidad de estas sumas Alfonso X el Sabio en diversos documento que nos han llegado<sup>34</sup> limitó el interés al 33%, refrendada en posteriores fueros castellanos, pero los judíos pronto la burlaron por diversos caminos: renovando una o más veces el préstamo de modo que a su vencimiento final el interés efectivamente pagado sobrepasaba con creces la cifra del préstamo inicial aumentando desorbitadamente el monto del “logro” o interés. El propio rey Sabio en las cortes de Jerez de 1268 decretó una reducción del interés del 33 al 25%, pero pronto volvieron a la primera tasa alfonsina Sancho IV en su Ordenamiento de 1283 y Fernando IV en

---

<sup>34</sup> Carta Pragmática de 1253; Fuero Real de 1255, y diplomas dirigidos a diversas ciudades.

las Cortes de Zamora de 1301. Pero los judíos supieron burlar todas las prescripciones de las tasas limitadoras, en unos casos haciendo reconocer a los prestatarios sumas mayores a las que recibían, con lo que se aumentaba y duplicaba la deuda<sup>35</sup>. Estas prácticas fraudulentas aparecen en numerosas escrituras mozárabes de Toledo de la segunda mitad del s. XIII. Por medio de aquellos y otros necios sistemas, los usureros judíos se aseguraban un interés del 100% o más, y correlativamente más arreciaban las quejas y la ira popular. Los reyes habían de enfrentarse a las protestas del pueblo cada vez que se reunían las Cortes, pero prefirieron proteger a los judíos ante que seguir los decretos papales en su contra. La ira llegó a ser tan grande que Alfonso XI repitió su rechazo a la usura reconocida por el rey Sabio en las Partidas, que volvió a repetirse en el Ordenamiento de Alcalá de 1505.

No todos los judíos asentados en los reinos cristianos eran usureros desalmados; hubo entre ellos grandes figuras literarias y científicas y algunos fueron generosos y compasivos, pero el odio solo se dirigía contra los desalmados con los que tropezaba el pueblo a cada paso, hebreos que en las horas de hambre y angustia de los cristianos les prestaban al 1.400 al año tras tomar en prenda sus tristes ajuares. También hay que decir en honor a la verdad que no solamente eran prenderos los usureros judíos por así decir profesionales, sino que también la practicaban médicos, escritores y personas de calidad. En 1375 consta que en Tarazona prestaba

---

<sup>35</sup> Cfr. Cortes de Madrid de 1239 y de Burgos de 1345.

usurariamente el rabí Sem Tob bem Ishaq, médico y autor de un libro polémico contra los cristianos, y poco antes de la expulsión de los judíos, en 1492 prestaban en Jerez dos médicos judíos: Aben Ruiz y su cuñado Samuel Cohen. Entre los usureros toledanos del s. XIII figuran familias de la ciudad: los Nehemias, los Barchilon los Esteleña, los Xuxán.

Es sintomático que un historiador judeo-español, Salomón ibn Verga, señalara la usura entre las causas del odio popular de los cristianos contra los judíos, y ciertamente en toda España la usura judía seguía estrangulando entre sus garras a los españoles de las más diversas clases y tierras. En 1385 las Cortes de Valladolid se quejaron de que los judíos llegaban a exigir el reconocimiento de deudas tres veces superiores a las sumas recibidas, y que se negaban a devolver las prendas que garantizaban aquellos préstamos. En junio del mismo año el pueblo iniciaba en Sevilla los terribles progroms que hubieron de sufrir las aljamas hebreas de toda España. La noticia de los desmanes populares corrió rápida de judería en judería. Los usureros hebreos trataron de salvaguardar sus dineros y sus riquezas fingiendo ventas y empeños y reconociendo otras deudas imaginarias a las autoridades ciudadanas dispuestas a protegerlos. Pero pasada la tormenta o aplacado el pánico los judíos volvieron a sus antiguas prácticas, tanto los que siguieron apegados a la fe mosaica como los nuevos conversos.

El converso Alvar García de Santa María, cuyo hermano Salomón-ha-Leví fue primero rabino y luego obispo de Burgos que tomó el nombre de Pablo de Santa María, otorgó numerosos

préstamos en dinero como ha demostrado el gran hebraista Francisco Cantera Burgos. En las Cortes de Valladolid de 1405 el rey Enrique III el Doliente dictó un ordenamiento muy minucioso contra la plaga de la usura; en 1415, el papa Luna, Benedicto XIII, dictó severas reglas contra la usura hebraica, vueltas a reconocer en las Cortes de Toledo de 1462 en tiempos de Enrique IV, y como tanto necesitaban el dinero los reyes de taifas mulismes como los reyes cristianos en su lucha contra el moro, los judíos continuaron siendo los grandes consejeros fiscales de los gobernantes de ambas partes de las Hispaniae; en ambas partes se seguía explotando a la población hispana de una u otra religión, y el gran historiador mosaico Simón ibn Nagrella, los grandes éxitos fiscales de los judíos en Granada son un claro ejemplo de la explotación del reino taifa de Granada, de modo que podemos decir que los judíos a la hora de imponer gravosas exacciones tributarias sobre la población hispana, no hicieron distinciones entre musulmanes y cristianos: todos caían bajo las afiladas garras de los publicanos.

Los apuros fiscales de los soberanos de León y Castilla dieron nacimiento a las Cortes. Desde los días de Alfonso VI los reyes venían solicitando o arrancando tributos extraordinarios a sus pueblos, y sus almojarifes mosaicos no hacían distinciones entre los cristianos que explotaban inmesericordes no respetando ni los bienes de la Iglesia; en 1133 Alfonso VII extorsionó mil marcos de plata al tesoro del Apóstol; el monasterio de Sahagún y la catedral de Lugo sufrieron otros desafueros parecidos, y en 1212 Alfonso VIII “ad petitionem regni” logró que el clero de su reino le cediese la mitad de sus

ingresos. Como ni aun así lograsen equilibrar su presupuesto, un día se decidieron a alterar la ley de la moneda rebajando la cantidad de oro de los maravedíes que acuñaban, lo que provocó una gran inflación, y podemos preguntarnos: ¿quién era más felón: ¿el judío usurero o el rey falsificador? ¿Por qué arrendaban los reyes la cobranza de los tributos votados en Cortes a los hebreos? Está claro que se debía a que les adelantaban dinero, con lo que se ganaban su confianza en las habilidades financieras de los judíos convirtiéndose en agentes fiscales de una monarquía forzada por sus apremios financieros y su ceguera ante la falta de escrúpulos de los judíos para exprimir brutalmente a los contribuyentes. ¿Tienen relación los almojarifes hebreos con los publicanos de Roma? Para mí hay una continuidad evidente en la función de todos ellos; también en la impiedad que aplicaban en la cobranza de impuestos y en lo gravoso de las tasas usurarias. Ofrecían los judíos a los reyes sumas crecidas por el arriendo de lo que ningún cristiano se atrevía a pujar: la pesquisa y recaudación con multa de los atrasos y fraudes fiscales, y para conceder el arriendo de un impuesto o de una renta, reyes y señores exigían a los solicitantes fuertes fianzas o muy solventes fiadores, concentrándose poco a poco el numerario del reino en manos de los judíos encargados de la ominosa explotación fiscal del reino. Solo mediante extorsiones y abusos pudieron los publicanos judeo-hispanos enriquecerse fabulosamente<sup>36</sup>, lo que explica la gran matanza de judíos que empezó en Sevilla el 6 de junio de 1391 que se extendió como un incendio general por toda España explotando los

---

<sup>36</sup> SÁNCHEZ ALBORNOZ, *op. cit.* III, 1132.

odios acumulados en tres siglos. por los abusos e indebidas exacciones de los usureros hebraicos, penemos que en 1391 había en Sevilla 22 sinagogas; los hebreos formaban parte del consejo real, y la protección de los reyes les eximían de las limitaciones papales Los Reyes Católicos gobernaron rodeados de conversos, y un converso aragonés. Don Pedro de la Caballería negoció el matrimonio sobre el que se asentó España: el de Isabel de Castilla con Fernando de Aragón.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- . BADIAN, *Publican and sinners: private entreprise in the service of the Roman Republic*, (Ythaca 1972).
- . BELTRAN LLORIS, F., *An irrigation decree from Roman Spain, the "lex rivi Hiberiensis"*, en *JRS*, 106 (2006) 147-197.
- . CASTRO, *España en su Historia*, (1919) reeditado con el título *La realidad histórica de España*. (Madrid 1957).
- . DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, I<sup>2</sup> (Napoli 1972).
- . MALMENDIER, "Societates publicanorum". *Staatliche Wierschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, (Köln-Weimar-Wien 2002).
- . MILAZZO, *La realizzazione delle opere pubbliche in Roma arcaica e repubblicana*, (Napoli 1993).
- . MILLÁS y VALLICROSA, *Solomo Gabiol, poeta y filósofo*, (Madrid 1947).
- . MILLÁS y VALLICROSA, *Jehuda-ha-Leví como poeta y apologista*, (Madrid 1947).

- . MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I (Berlin 1876 = reed. Basel 1952).
- . REDUZZI MEROLA, “*Aliquid de legibus statuere*”. *Poteri del senato e sovranità del popolo nella roma repubblicana*<sup>2</sup>, (Napoli 2007).
- . SÁNCHEZ ALBORNOZ, *España un enigma histórico*, III (Barcelona 2011)
- . TORRENT, *La “lex locationis” de las tres “societates publicanorum” concurrentes “sub hasta” en el 215 a. C.*, en *SDHI* 80 (2014).
- . TORRENT, *Una aproximación a la legislación visigótica hispana: la “imitatio imperii”*, en *RIDROM* 18 (2017).
- . TORRENT, *Fraudes contables de societates publicanorum*”. *Cic. in Verr.* 2,2,71,173, en *IAH* 6 (2014).
- . TORRENT, *El título “de publicanis” y el “genus provinciale”*. (*Cic. a Att.* 5,1,5). *Reflexiones sobre el “Edictum provinciale”*, en *RDR*, 14 (2014).
- . TORRENT, *La conexión “edicta praetoria-edictum provinciale” en la “lex Irnitana” cap. 85*, en *RIDROM*, 13 (2015).
- . TORRENT, “*Pactiones*”, “*publicani*” y “*leges censoriae*”, en *RIDROM*, 14 (2015).
- . TORRENT, *Los “publicani” y la “lex Portus Asiae”*, en *Scritti Corbino*, 7 (Tricase 2016).
- . TORRENT, “*Usurae supra legitimum modum*” en *Studi Nicosià*. VIII (Milano 2007).
- . TORRENT, “*Litterae Domitiani*” y “*lex Irnitana*”, en *BIDR* 112 (2018).
- . TORRENT, *El derecho musulmán en la España medieval*, en *RIDROM* 8 (2012).
- . TORRENT, *Los “publicani” y la “lex rivi Hiberiensis*, en *RDR* 13 (2013).

- . TORRENT, *Divergencias entre la “actio legis Aquiliae” y la “actio vi bonorum raptorum”*, enviado para su publicación a los *Studi in onore di Letizia Vacca*.
- . TORRENT, *Anulaciones por el Senado de “locationes” de “vectigalia” y “ultra tributa” en el 184 a. C. (Liv. 33,44,7-8)*, en *TSDP*, 8 (2014).
- . TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, (Madrid 2008).
- . TRISCIUOGLIO, *“Sarta tecta”. Ultra tributa, opus publicum faciendum incolare. Saggi sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell’età repubblicana e augustea*, (Nápoli 1998).
- . VAJDA, *Introduction a la pensée juive du Moyen Ages*. (Paris 1947).
- . VALLECILLO AVILA, *Los judíos en Castilla en la Alta Edad Media*, (Buenos Aires 1950).



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>

<b>Fecha de recepción:</b> 08/02/2022	<b>Fecha de aceptación:</b> 24/03/2022
<b>Palabras clave:</b> <i>Supra cerebrum; sordo; capacidad de obrar; Juvencio Celso; anatomía.</i>	<b>Keywords:</b> <i>Supra cerebrum; deaf; capacity to act; Juventius Celsus; anatomy.</i>



## LOS SORDOS PUEDEN OÍR SUPRA CEREBRUM: TRADUCCIÓN DE LA EXPRESIÓN ATRIBUIDA A JUVENCIO CELSO EN CJ. 6.22.10.3.

## DEAFS CAN HEAR SUPRA CEREBRUM: TRANSLATION OF THE EXPRESSION ATTRIBUTED TO JUVENCIO CELSO IN CJ. 6.22.10.3.

**Antonio Villanueva Martínez**

Universidade de Vigo

[avillanueva@uvigo.es](mailto:avillanueva@uvigo.es)

ORCID: 0000-0001-5081-6292

(VILLANUEVA, ANTONIO. Los sordos pueden oír supra cerebrum: traducción de la expresión atribuida a Juvencio Celso en CJ. 6.22.10.3 RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 527-544

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

### Resumen:

La expresión supra cerebrum que el Emperador Justiniano atribuye a Juvencio Celso en CJ. 6.22.10.3 no tiene equivalencia en todo el Corpus Iuris Civilis y su explicación, aunque intuitiva, no puede llevarse a cabo únicamente desde una perspectiva jurídica. En este artículo, sostenemos que la ciencia médica atribuía al cerebro la audición y que cerebrum, en la fuente objeto de análisis, ha de ser traducida como "cabeza".

### Abstract:

The expression supra cerebrum that the Emperor Justinian attributes to Juvencio Celso in CI. 6.22.10.3 does not have equivalence in the whole Corpus Iuris Civilis and its explanation, although intuitive, cannot be carried out solely from a legal perspective. In this article, I argue that medical science attributed hearing to the brain and that cerebrum, in the source object of analysis, has to be translated as "head".

### 1.- Dificultad y novedad del paso CJ. 6.22.10.3. Planteamiento del problema.

En el *Codex Iustinianus*, el propio emperador Justiniano ha incluido una Constitución del año 531 d.C, en la que se les reconoce capacidad de otorgar testamento a las personas sordas y/o mudas que no lo sean por nacimiento.

En este trabajo, nos vamos a detener en la justificación de esta concesión postclásica a las personas sordas, puesto que el texto utiliza una expresión, *supra cerebrum*, que constituye un *unicum* en el *Corpus Iuris Civilis*.

CJ. 6.22.10.3 (*Imperator Justinianus*): *Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia quae voluit facere, quia scimus quosdam iuris peritos et hoc subtilius cogitasse et nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudit, si quis supra cerebrum illius loquatur, secundum quod iuventio celso placuit.*

El emperador Justiniano dispone que si por la naturaleza le fue concedida a alguien una voz articulada, nada impide que él haga todo lo que quiera, pues sabemos que algunos jurisconsultos pensaron sobre esto con más sutileza y expusieron que no hay ninguno que no oiga absolutamente, si alguien le habla cerca del oído, según le pareció a Juvencio Celso. Laes considera misterioso este apartado, y entiende que puede tratarse de adultos que podían oír en su niñez y que han podido hablar, o bien aquellos que aprendieron a hablar después de innumerables esfuerzos. Sin embargo, califica el fragmento de mera fantasía de los juristas romanos<sup>1</sup>.

En todo caso, y en lo que nos interesa, se resalta el hecho de que el jurista Juvencio Celso había prestado una especial atención al supuesto de la capacidad del sordo y, de hecho, la expresión *supra cerebrum*, sobre cuya interpretación indagamos, así lo prueba, puesto que se trata de una

---

<sup>1</sup> C. Laes, *Disabilities and Disabled in the Roman World. A Social and Cultural History*, Cambridge, 2018, p. 126.

expresión única en toda la recopilación justiniana y apela a una cuestión anatómica.

La capacidad de testar del sordo se reconoce debido a que, si podía hablar, Juvencio Celso entendía que, en tales casos, también podía escuchar si alguien le hablaba *supra cerebrum*. En definitiva, se trataba de un supuesto de una persona que no era completamente sorda.

De hecho, juristas posteriores a Juvencio Celso, como son Ulpiano y Gayo, también se han referido a personas que no eran completamente sordas pero utilizando otras expresiones.

D. 3.1.1.3 (*Ulpianus libro sexto ad edictum*): *Initium autem fecit praetor ab his, qui in totum prohibentur postulare. In quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit. Pueritiam: dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare, quia moderatam hanc aetatem ratus est ad procedendum in publicum, qua aetate aut Paulo maiore fertur Nerva filius et publice de iure responsitasse. Propter casum surdum qui prorsus non audit prohibet apud se postulare: nec enim erat permittendum ei postulare, qui decretum praetoris exaudire non poterat, quod etiam ipsi erat periculosum futurum: nam non exaudito decreto praetoris, quasi non obtemperasset, poena ut contumax plecteretur.*

En cuanto a la capacidad de realizar válidamente actos procesales, Ulpiano destaca que el sordo *qui prorsus non audit*, esto es, que no oye absolutamente, no podrá llevarlas a cabo, y, además, considera que se trata de una medida de protección de tales personas porque si no obedece el decreto del Pretor, y es difícil que así lo haga quien no oye absolutamente, será castigado como contumaz.

Ulpiano pone el acento en que la persona sorda no pueda oír *prorsus*, esto es, absolutamente, dejando al margen la posibilidad de que escuche algo y cómo, al contrario del propio Juvencio Celso en CJ. 6.22.10.3 y de Gayo, de acuerdo con el siguiente fragmento.

D. 44.7.1.15 (*Gaius libro secundo aureorum*): *Sed et de surdo idem dicitur, quia, etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipulantis exaudire debet, sive*

*stipuletur. Debet exaudire verba promittentis. Unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit.*

En esta fuente, Gayo sostiene que el sordo no tiene capacidad de obrar, porque, aunque pueda hablar, debe oír, si prometiera las palabras de quien estipula, o debe oír si estipulara las palabras de quien promete. Por esta razón, debe negarse que tenga capacidad de obrar no el que oye tardíamente, sino quien no oye en absoluto.

Así, este jurista matiza que no podrá estipular quien no puede oír absolutamente y no quien *tardius exaudit*, esto es, quien oye más tardíamente, expresión que debemos entender como oír con dificultad. En todo caso, no utiliza la expresión de Juvencio Celso, *supra cerebrum*, aunque sí pone de relieve el modo en que los sordos pueden oír, que en este caso es *tardius* y no el hecho de que alguien le hable *supra cerebrum*.

La expresión gayana también ha sido recogida por Justiniano, en este caso en I. 3.19.7 (*Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. quod et in surdo receptum est: quia et is qui stipulatur verba promittentis, et is qui promittit verba stipulantis audire debet. unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non exaudit*) en su parte final: *unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non exaudit*, disponiendo que no pueden realizar estipulaciones las personas sordas que no oyen absolutamente, pero sí *qui tardius exaudit*.

De manera parecida aparece en I. 2.12.3 (*Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt. utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intellegitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. saepe autem etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere quae eis permissa sunt. sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, raturum nihilo minus eius remanet testamentum*), en cuyo caso se utiliza el adverbio *tarde* y no el adjetivo comparativo *tardius*, aunque el significado es el mismo y la literalidad, equivalente.

En el planteamiento de la dificultad de la comprensión de la expresión *supra cerebrum*, debemos descartar la mención inicial de *vox articulata* como problemática, de acuerdo con D. 33.10.7.2:

(*Celsus libro 19 digestorum*): [...] *nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam καὶ τῆ ἀνάρθρω φωνῆ dicere existimamus.*

El texto trata de la interpretación de los legados, sobre la cual Celso cita la opinión de Servio, quien afirma que las palabras tienen que entenderse en el sentido usual o común y, añade, porque aunque deba valorarse primero y más decisivamente la intención del que habla que la palabra que emplea (*vox*), nadie habla sin palabras, a no ser que consideramos que los que no pueden hablar, lo hacen cuando emiten cierto sonido. En este punto, la fuente utiliza la expresión griega *καὶ τῆ ἀνάρθρω*, que significa *vox inarticulada*, esto es, palabra no articulada.

La polisemia del término *vox*, que tanto se puede traducir como palabra y como voz, comprende al mismo tiempo tiempo la facultad del habla y las expresiones que se usan, casi como una misma cosa, pues las palabras que no son articuladas y, por tanto, ininteligibles, determinan que no hay una verdadera facultad de hablar.

En consecuencia, en el pasaje CJ. 6.22.10.3 se contempla el caso de personas sordas con *vox articulata*, esto es, con capacidad de emitir palabras comprensibles, y que pueden oír si alguien les habla *supra cerebrum*.

## **2.- Breve contextualización jurídica de CJ. 6.22.10.3.**

En general, en CJ. 6.22.10<sup>2</sup>, se niega la capacidad de obrar de los completamente sordos y mudos con tales condiciones congénitas, pero admite que, en los restantes casos, otorguen testamento quienes se aquejaban de estas condiciones por separado, e incluso cuando concurren en una misma persona siempre y cuando no sea por nacimiento. En cambio, al margen de hacer testamento, los sordos carecieron de capacidad de obrar, tal y como señala en I. 2.10.6 el propio Justiniano<sup>3</sup>.

Precisamente, en CJ. 6.22.10, Justiniano reforma el régimen clásico de la capacidad para testar de las personas sordomudas, sordas y mudas, no sin antes matizar esta posibilidad en las Instituciones (I. 2.12.3), además de en el Digesto (D. 29.1.24) en relación con el testamento militar.

---

<sup>2</sup> *Imperator Justinianus. Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere neque codicillos neque fideicommissum relinquere neque mortis causa donationem celebrare concedatur nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes.*

1. *Ubi autem et in huiusmodi vitiis non naturalis sive masculo sive feminae accedit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit et aures conclusit, si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia, quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus.*

2. (1) *sin autem infortunium discretum est, quod ita raro contingit, et surdis, licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere et in testamentis et in codicillis et in mortis causa donationibus et in libertatibus et in aliis omnibus permittimus.*

3. *Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia quae voluit facere, quia scimus quosdam iuris peritos et hoc subtilius cogitasse et nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudit, si quis supra cerebrum illius loquatur, secundum quod iuventio celso placuit.*

4. *In eo autem, cui morbus superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere.*

5. *Sin vero aures quidem apertae sint et vocem recipientes, lingua autem penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est, attamen si et hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet et eum scribentem omnia facere, sive naturaliter sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accessit.*

6. *Nulla discrimine neque in masculis neque in feminis in omni ista constitutione servando. \* IUST. A. IULIANO PP. \* <A 531 D. X K. MART. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTIS VV. CC.>.*

<sup>3</sup> E. M. Rodríguez Díaz, *El artículo 681 del Código Civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de de los testamentos comunes ante Notario, en Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano, 20210 (1), pp- 622-623.*

I. 2.12.3: *Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt. utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intellegitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. saepe autem etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere quae eis permissa sunt. sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus eius remanet testamentum.*

En este texto, ya mencionado, se hace referencia a las personas que no son ni absolutamente sordas ni mudas, sino a quienes pueden oír con dificultad. Y por mudo se entiende el que no puede decir nada, y no el que habla con dificultad. Esta excepción se basa en la observación de que hombres literatos y eruditos pierden con frecuencia y por algún accidente la capacidad de oír y de hablar, por lo que una constitución nuestra, que es precisamente la constitución que comentamos, se tuvo en cuenta esta situación a fin de que pudiesen testar y ejecutar otros actos que le están permitidos. Si alguno, después de hacer testamento, por su mala salud o por cualquier otra causa, empezase a ser mudo o sordo, será válido el testamento.

La posibilidad de testar, además de limitarse a quien pueda oír o hablar con dificultad a pesar de ser sordos o mudos, tiene un límite temporal y formal en el caso del testamento militar para los sordos que no puedan hablar y oír con dificultad, como así se dispone en D. 29.1.24.

*(Florentinus libro decimo institutionum): Divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: "Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura et a non militantibus fieri potest. Si ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem et cui libertatem tribuere: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus et voluntas eius rata habenda est. Ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: "Ego te heredem facio", aut " tibi bona mea relinquo", non*

*oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona cui visum sit, et per hoc iudicia vera subvertuntur".*

Le respondió el Emperador Trajano por rescripto a Statilio Severo que el privilegio que se le concedió a los militares de que sean válidos los testamentos realizados por ellos de cualquier manera, debe constar primero que se hizo testamento, aun sin la escritura del mismo, como se puede hacer por los no militares. Así pues, si se atestigua que el hombre que quiso testar declaró a quien instituía heredero y a quien se le concedía la libertad, se puede considerar que testó sin escritura y tener por válido el testamento. Pero si solamente le dijo a alguno que le hacía heredero o le dejaba sus bienes, como suele hacerse en una conversación, esto no sirve. A nadie le interesa más que a quienes se dejaron así los bienes que no se admita esta forma, porque podría alegar cualquiera lo mismo, subvirtiéndose su verdadera voluntad.

Esta limitación temporal afecta en mayor medida a las personas sordas y mudas que no cumplan ni las condiciones de la constitución CJ. 6.22.10, ni del paso I. 2.12.3, puesto que, al pasar un año de su retorno de la guerra, no podrá ya testar válidamente.

En la época clásica y aún después en los casos de incapacidad, aunque no aparece como tal en las fuentes romanas, la doctrina ha utilizado la denominación de *cura (curatores) debilium personarum* para agrupar a las curatelas creadas por el Pretor en la época tardorrepública, para administrar el patrimonio de, entre otros y en lo que nos interesa, sordos y sordomudos. Su principal apoyo textual se encuentran en los fragmentos de Ulpiano y Paulo<sup>4</sup>.

La incapacidad para hacer testamento, en una cultura eminentemente oral como la del Derecho Romano, afectaba tanto a los

---

<sup>4</sup> S. Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad y Derecho Romano*, Madrid, 2019, p. 171, que cita los siguientes fragmentos: D. 42.5.19.1; D. 42.5.20; D. 42.5.21;; D. 27.1.45.2;; D. 26.5.12; D. 3.1.3.3; D. 3.1.4; D. 3.1.5; D. 46.7.3.6; D. 27.10.2; D. 27.10.15.1; D. 27.4.1.2.

sordos, que no podían escuchar las preguntas del *familia emptor*, y a los mudos, que no podían expresar su voluntad<sup>5</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina pone en entredicho la genuinidad de estos pasos, aunque Carro admite la existencia de *curatores muti e sordi*, que ya se contemplaba en la Ley de las XII Tablas<sup>6</sup>.

La incapacidad de testar aparece de manera tajante sea en D. 28.1.6.1 (*Gaius libro 17 ad edictum provinciale*): *Surdus mutus testamentum facere non possunt: sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanet testamentum*, pero como toda norma general cabían excepciones, a saber, que hayan obtenido permiso por parte del Emperador (D. 28.1.7 (*Macer libro primo ad legem vicensimam hereditatium*) *Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a principe impetraverit, valet testamentum*)<sup>7</sup>, o que realizasen el *testamentum militis*, cuya validez se condiciona a la permanencia en el ejército y hasta el año siguiente al abandonarlo, como ya se puso de manifiesto en D. 29.1.1<sup>8</sup>, y se reitera en I. 2.11.3.

I. 2.11.3: *Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt: post missionem vero veterani vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum iure facere debent. et quod in castris fecerint testamentum non communi iure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. quid igitur, si intra annum quidem decesserit, condicio autem heredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? et placet, valere quasi militis.*

---

<sup>5</sup> P. Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, v. IV, Milán, 1979, pp. 374-376.

<sup>6</sup> En concreto, en XII Tabla 5.7; y XII Tabla 12.2. V. Carro, *Ciechi, muti e sordi nell'esperienza giuridica romana*, en *Index*, 1995, pp. 543-544.

<sup>7</sup> Según D., Dalla, *Note sulle corrispondenze dei testi della Compilazione in tema di testamento del sordo e del mudo*, en J. Roset Esteve, J. Iglesias Santos (coords), *Estudios homenaje al profesor Juan Iglesias*, v. II, 1988, p. 678, se trata de una excepción que viene determinada por el propósito fiscal de asegurarse la *vicessima* para el erario público.

<sup>8</sup> S. Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad y Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 239-242.

Pero este privilegio que se concede por las constituciones imperiales (que el sordo y el mudo puedan hacer testamento) tan solo cuando están de servicio y viven en los campamentos, por los que los veteranos después de ser licenciados y los militares que hicieron su testamento fuera de su campamento, lo harán conforme a las reglas generales. Y el testamento hecho en campaña no siguiendo el derecho común será válido dentro del año siguiente a la finalización de la campaña. ¿Qué sucede si se muere dentro del año a finalizar la campaña militar pero la condición impuesta al heredero se cumplió pasado este año? ¿valdrá este testamento militar? En efecto, tendrá validez el testamento aun cuando la condición para convertirse en heredero se cumpla pasado el año.

Aun en este breve recorrido por la capacidad de testar de las personas sordas, se infiere con claridad que fue el emperador Justiniano quien reconoció la capacidad de testar a las personas sordas que pudiesen oír *supra cerebrum*.

### **3.- *Supra/super cerebrum*.**

La expresión *super cerebrum*, que es equivalente a *supra cerebrum*, aparece en el *Liber Pantegni*, cuya autoría corresponde a Constantino Africano y que tuvo una fuerte repercusión en la ciencia médica, especialmente a nivel anatómico y fisiológico. Se trata de una compilación de textos médicos escritos en latín.

En uno de esos libros y, en concreto, en la última parte del Libro IV, capítulo 19 del *Liber totius medicina necessaria continente (Liber regius)* de Esteban de Antioquía, se encuentra la expresión *super cerebrum* en un contexto médico:

*Tradiderunt autem nonnulli sapientum spiritum hunc /50□/ qui in cerebrum est animan esse, animan autem corpus esse. Alii autem instrumentum anime esse quo in omnibus utitur sensibus, animamque corpus non esse. Hoc autem visum persuasioni propinquus est. Si etenim in vivum intenderis animal inciderisque cranei os et cerebri donec appareat tibi quod super cerebrum est operimentum, dehinc hoc scinderis operimentum, prius tamen suspensum*

*cum cauterio incidetisque et abieceris, non ideo illius cessat animalis sensus motusque, sicque et si ipsum scindas cerebrum non tamen ad ventriculos eius proveniens non pereunt eius sensus et motus. Quamvis etenim corrumpantur sensus et motus, si frust[r]a coadunaveris hec et cerebrum in suum restitueris locum statimque et animali sensus revertitur et motus. Si autem esset anima corpus spiritusque hic anima si forte cerebrum scinderetur scissionibus evacueturque spiritus hic omnino et sensu privaretur animal et motu, nec deinceps reverteretur cerebro in suam converso figuram. Quibus ex rebus ostenditur animam corpus non esse eiusque habitatio in cerebro est quicquid ipsa sit spiritumque anime organum esse per quem et sensus fiat et motus voluntarius.*

Este fragmento trata de que algunos de los sabios han transmitido la idea de que este espíritu que está en el cerebro es el alma y el alma es el cuerpo. Otros dicen que el alma es el instrumento por medio del cual se hace uso de todos los sentidos, pero que el alma no es el cuerpo. Esta segunda visión está más cerca de ser capaz de persuadir. Si a un animal vivo, se le corta el hueso del cráneo y el cerebro, se evidencia que hay una cubierta en el cerebro. Después, si se corta esta cubierta, los sentidos y movimientos del animal no se detienen, y así, incluso si se corta el propio cerebro, pero sin llegar a sus ventrículos, los sentidos y movimientos no se pierden. Incluso si los sentidos y los movimientos se corrompen, el cerebro volverá a su lugar e inmediatamente tanto los sentidos como los movimientos volverán al animal. Pero si el alma fuese corpórea, en caso de que el cerebro se rompiera en pedazos, este espíritu se vería completamente privado de sus sentidos, y el animal estaría privado de su movimiento. De estas cosas se demuestra que el alma no es el cuerpo y, sea lo que sea, se aloja en el cerebro, sea lo que sea, de manera que el espíritu mismo es el órgano del alma, a través del cual tanto los sentidos como los movimientos se vuelven voluntarios.

La expresión *super cerebrum* en el texto se refiere a la corteza cerebral. Para entender este texto, que no es fácil, es necesario considerar la discusión sobre la relación del alma y el cuerpo, y de si el alma era corpórea, esto es, si cada parte del cuerpo, en especial el órgano rector del cuerpo, que es el cerebro, formaba parte del alma: dicho de otra manera,

si el alma se volvía tangible en el cerebro. La fuente detalla algunas observaciones hechas en vivisecciones a animales, concluyendo que no podrían volver a moverse y a sentir si el alma fuese el cerebro y se uniesen de nuevo sus partes después de ser cortado. Burnett se centra en las diferentes versiones de esta discusión en el *Libro Pantegni* de Constantino el Africano sobre los espíritus médicos, y sostiene que este texto es una traducción de *De spermate*, escrito por el autor árabe Ali ibn Abbas al-Majusi, que vivió en el siglo X. Esta circunstancia hace imposible que Juvencio Celso, que vivió a finales del siglo I d.C. y principios del siglo II d.C. conociese su obra. Sin embargo, como indica este autor, el libro *De spermate* está lleno de referencias al Pórfido de Tiro, Sócrates y Platón, los aristotélicos y los seguidores de Teodoro, los platonistas, peripatéticos, y los seguidores de Pórfido, *as all agreeing that the soul is not corporeal, but that the whole body is illuminated by its strength*<sup>9</sup>.

Si bien es cierto que Juvencio Celso no podía conocer la obra de Ali ibn Abbas al-Majusi, pudo estar familiarizado con la teoría de las fuerzas espirituales del cuerpo, ya que los médicos y filósofos anteriores habían hablado de ella. Por otra parte, el paso CJ. 6.22.10.3 hace una contribución sorprendente: en el tiempo de Juvencio Celso, el procedimiento quirúrgico mencionado en el fragmento debe haber sido ya conocido, a través del cual se habrá llegado a la conclusión de que el alma no se vuelve corpórea, pero sí influye en todas las condiciones sensibles. De hecho, se conocía la existencia de la corteza cerebral en atención al siguiente pasaje:

*Aulus Cornelius Celsus, De medicina, 5.22.6.1: Si uero ex membrana, quae super cerebrum est, profluit sanguis, uitellis combustus et contritus inspergi debet: si alio loco sanguinis profliuim est, auripigmenti, squamae aeris, singulorum.*

Si la hemorragia procede de la membrana que está *super cerebrum*, esto es, encima del cerebro, Celso propone el remedio de esparcir (se supone que por la cabeza) la yema quemada de un huevo. Si, por el

---

<sup>9</sup> C. Burnett, *The Chapter on the spirits in Pantegni of Constantine the African*, in C. Burnett and D. Jacquart (eds), *Constantine the African and 'Ali Ibn Al-'Abbas al-Majusi*, Leiden, 1994, pp. 99-105.

contrario, la hemorragia está en otro lugar, prescribe oropimente y escamas de cobre.

*Aulus Cornelius Celsus* escribió el libro *De medicina* en el año 50 a.C.<sup>10</sup> y, por tanto, era anterior a Juvencio Celso, de manera que la existencia de la corteza cerebral era conocida antes de la época de Juvencio Celso y el léxico que se empleaba para referirse a esa parte anatómica era igual hasta el punto de la equivalencia que el usado, según Justiniano, por Juvencio Celso.

La misma referencia a la membrana cerebral se encuentra en *Aulus Cernelius Celsus, De medicina, 5.26.14.1: Sin cerebrum membranave eius uulnus accepit, sanguir per nares, quibusdam etiam per aures exit; fereque bilis uomitus insequitur.*

En este caso, el propio Celso confirma que *supra cerebrum* se refiere a la membrana, ya que dice que si recibe una herida el cerebro o su membrana, la sangre saldrá por las fosas nasales, y en algunos casos hasta por los oídos y, generalmente, sigue el vómito de bilis. Por tanto, y al igual que la siguiente fuente, *Celsus* afirma la existencia de una membrana que recubre el cerebro, que hoy se conoce con el nombre de corteza.

*Aulus Cornelius Celsus, De Medicina 5.26.14.1: Vix autem ad sanitatem perueniunt, quibus ulla parte aut pulmo aut iocineris crassum aut membrana, quae continet cerebrum, aut lienis aut uulua aut uesica aut ullum intestinum aut saeptum transuersum uulneratum est.*

Apenas llegan a curarse los que recibieron una herida en alguna parte de los pulmones o del hígado o de la gruesa membrana que contiene el cerebro, o el bazo, o la vulva, o la vejiga, o cualquier intestino, o el diafragma transversal. En este segundo caso, la membrana del cerebro no solamente le era conocida, sino que afirma que puede dañarse y, de hecho, en la fuente anterior señala las señales de que así ha sucedido: cuando la sangre sale por las fosas nasales y hasta por los oídos.

---

<sup>10</sup> D. Olleros Granados, *New light on Celsus` "De medicina"*, en *Sudhoffs Archiv*, 1978 4 QUARTAL, p. 359.

Esta segunda precisión nos interesa especialmente, pues conecta las funciones de la membrana del *cerebrum*, que anatómicamente se corresponde con *super cerebrum*, con el oído.

El propio *Aulus Cornelius Celsus*, precisamente en su libro *De medicina*, escribe la historia de la medicina, de manera que era conocedor de los trabajos anatómicos de Herófilo de Calcedonia, que vivió en los s. IV-III a.C. y que pertenecía a las escuela de Alejandría. Herófilo practicaba vivisecciones y disecciones anatómicas que fueron abandonadas por la Escuela Empírica en el s. I a.C. De acuerdo con esta escuela, la anatomía era de utilidad pero tales prácticas producen cambios en la apariencia de los órganos examinados, por lo que carecían de utilidad. Tampoco los Metodistas (s. I. d.C.), de acuerdo con *Celsus*, cultivaron el estudio de la anatomía, pues entendían que la razón era suficiente para comprender el cuerpo humano<sup>11</sup>.

En realidad, *De medicina* es un libro en el que se ensalza la cirugía, que *Celsus* data de los tiempos homéricos<sup>12</sup>, cuyas teorías quirúrgicas se aproximaban a las hipocráticas<sup>13</sup>. Y, si bien llena de especulaciones filosóficas, la ciencia médica conoció, desde Diógenes de Apolonia (s. V a.C.) la función del cerebro, aunque no su funcionamiento. De hecho, Hipócrates, hacía trepanaciones craneales, sabía que el cerebro humano estaba cubierto de una membrana, y emplazaba en el cerebro todas las sensaciones<sup>14</sup>.

Tanto Herófilo de Calcedonia como Erasístrato se consideran los padres de la anatomía moderna. Herófilo fundó la escuela médica de Alejandría e hizo aportaciones tan importantes a la anatomía, que una parte del hueso craneal lleva su nombre<sup>15</sup>. Entre sus hallazgos, se cuentan

---

<sup>11</sup> J. Rocca, *Galen on the brain. Anatomical Knowledge and Physiological Speculation in the Second Century AD*, Leiden-Boston, 2003, pp. 11-13.

<sup>12</sup> P. Conde Parrado, «Por el orden de Celso»: aspectos de la influencia del *De medicina* en la cirugía europea del Renacimiento, en *Dynamis*, 2008 (28), p. 221.

<sup>13</sup> P. Conde Parrado, «Por el orden de Celso»: aspectos de la influencia del *De medicina* en la cirugía europea del Renacimiento, *op. cit.*, p. 226.

<sup>14</sup> J. Rocca, *Galen on the brain. Anatomical Knowledge and Physiological Speculation in the Second Century AD*, *op. cit.*, pp. 23-28.

<sup>15</sup> Se llama prensa o tórculo de Herófilo a la protuberancia occipital interna, donde confluyen los senos longitudinal y transversal del occipital.

las meninges y el cerebelo. Clasificó los nervios en sensitivos y motores, voluntarios e involuntarios. Por supuesto, practicaba disecciones y vivisecciones. Vivió, como se dijo, en los siglos IV-III a. C.<sup>16</sup>

Por su parte, Erasístrato (310-280 a.C.), contemporáneo de Herófilo, fue una figura determinante de la medicina alejandrina de su época. Describió el cerebro, y abandonó la teoría de los humores: describió la enfermedad como una alteración del funcionamiento de los órganos<sup>17</sup>.

Como dijimos, si bien es cierto que la anatomía no siguió suscitando el mismo interés en los siglos posteriores para la Escuela Empírica y los Metodistas, Aulo Cornelio Celso conocía los trabajos de sus antecesores que, de hecho, compiló en su libro *De medicina*. Por tanto, Juvencio Celso tuvo a su disposición este libro, y pudo conocerlo. De hecho, la expresión *supra cerebrum* muestra que sabía que el cerebro era el encargado de la audición.

En todo caso, en época de Juvencio Celso la medicina estaba suficientemente desarrollada y se hicieron bastantes disecciones como para conocer la estructura y las funciones del cerebro.

Sin embargo, Adams señala una acepción diferente de la expresión *supra cerebrum*. De acuerdo con este autor, *Vegetius* en *Mulomedicina*, 2.107.2 (*supra cerebrum ponito*), se refiere a la parte externa de la cabeza, usando la palabra cerebro en este sentido, si bien es cierto que nos advierte de que la utilización de la palabra *cerebrum* en veterinaria es variada. El significado de *cerebrum* como cerebro y no cabeza es el más obvio, aunque no es el empleado en esta fuente según el autor<sup>18</sup>.

#### 4.- Conclusiones.

---

<sup>16</sup> O. F., Campohermoso Rodríguez, R. Soliz Soliz, *Herófilo y Erasístrato, Padres de la Anatomía*, en *Cuadernos del Hospital de Clínicas*, 2009, 54 (2), pp. 137-139.

<sup>17</sup> O. F., Campohermoso Rodríguez, R. Soliz Soliz, *Herófilo y Erasístrato, Padres de la Anatomía*, *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>18</sup> J. N. Adams, *Pelagonius and Latin Veterinary Terminology in the Roman Empire*, Leiden, New York, Köln, 1995, pp. 361-364.

El Emperador Justiniano reconoció cierta capacidad de obrar a las personas sordas y/o mudas en la constitución recogida en CJ. 6.22.10.3, a diferencia del régimen clásico de la capacidad de los sordos y/o mudos, muy restrictivo Sin embargo, justificó este reconocimiento apelando a la autoridad de la ciencia médica y de los autores antiguos, por lo que podemos decir que racionaliza la concesión de la misma. No se basa en razones de conveniencia política o jurídica, sino en el conocimiento médico y en la autoridad de Juvencio Celso, porque este mismo autor, según Justiniano, le prestó más atención a las personas sordas y concluyó que podían oír *supra cerebrum* si también podían hablar: *vox articulata*. La propia expresión *vox articulata* tiene trascendencia médica.

Ciertamente, Justiniano disponía de más escritos médicos de los que ya existían al tiempo de Juvencio Celso, como es el caso de los trabajos de Galeno, el famoso médico de los s. II y III d.C., que desarrolló su carrera en Roma.

Por supuesto, este mayor conocimiento tuvo como efecto que ya no eran desconocidas las funciones del cerebro ni la anatomía de este, aunque la ciencia médica no perdió su componente filosófica en tanto que no se comprendía su fisiología.

De hecho, Galeno diseccionó el oído y, aunque no comprendió el papel de los huesos del oído medio, concluyó que el sonido se transmitía por el aire que pasaba a través del canal auditivo y entraban en contacto con las fibras del nervio acústico<sup>19</sup>, por lo que era inequívoco para la ciencia médica de la época de Justiniano que el sonido se percibía en el cerebro, conectado al nervio acústico.

Quizá fuese esta la razón que llevó a Justiniano a apelar a la autoridad de Juvencio Celso, para quien el sonido se producía *supra cerebrum*, de manera que el sordo podía escuchar si se le hablaba en esa zona: en este punto, consideramos que, aunque existan evidencias de que *supra cerebrum* se refiere a la corteza cerebral, no es posible hablar directamente a alguien en la corteza cerebral.

---

<sup>19</sup> R. S. Siegel, *Galen on sense perception*, Basel-Nueva York, 1970, pp. 127-136. Según este autor, Galeno tampoco descubrió que el oído estaba lleno de fluido y su papel en el equilibrio.

En consecuencia, en CJ. 6.22.10.3, *cerebrum* debe ser entendido como cabeza, por lo que el sordo que habla puede oír si se le habla encima de la cabeza y, en todo caso, cerca de la misma, estimulando de forma más directa el mecanismo de la audición, localizado en el cerebro o dentro de la cabeza.

*Cerebrum*, en la expresión *supra cerebrum* en CJ. 6.22.10.3, ha de traducirse por cabeza, aunque sea dentro de la misma y, por tanto, en el cerebro, donde se produce la audición, hecho que no desconocían ni Juvencio Celso ni Justiniano.

## 5.- Referencias bibliográficas.

-J. N. Adams, *Pelagonius and Latin Veterinary Terminology in the Roman Empire*, Leiden, New York, Köln, 1995.

-P. Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, v. IV, Milán, 1979.

-C. Burnett, *The Chapter on the spirits in Pantegni of Constantine the African*, in C. Burnett and D. Jacquart (eds), *Constantine the African and 'Ali Ibn Al-'Abbas al-Magusi*, Leiden, 1994.

-O. F., Campohermoso Rodríguez, R. Soliz Soliz, *Herófilo y Erasítrato, Padres de la Anatomía*, en *Cuadernos del Hospital de Clínicas*, 2009, 54 (2).

-V. Carro, *Ciechi, muti e sordi nell'esperienza giuridica romana*, en *Index*, 1995.

-S. Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad y Derecho Romano*, Madrid, 2019.

-D., Dalla, *Note sulle corrispondenze dei testi della Compilazione in tema di testamento del sordo e del mudo*, en J. Roset Esteve, J. Iglesias Santos (coords), *Estudios homenaje al profesor Juan Iglesias*, v. II, 1988.

-C. Laes, *Disabilities and Disabled in the Roman World. A Social and Cultural History*, Cambridge, 2018.

-D. Olleros Granados, *New light on Celsus' "De medicina"*, en *Sudhoffs Archiv*, 1978 4 QUARTAL.

-P. Conde Parrado, «*Por el orden de Celso*»: aspectos de la influencia del *De medicina* en la cirugía europea del Renacimiento, en *Dynamis*, 2008 (28).

-J. Rocca, *Galen on the brain. Anatomical Knowledge and Physiological Speculation in the Second Century AD*, Leiden-Boston, 2003.

-E. M. Rodríguez Díaz, *El artículo 681 del Código Civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de de los testamentos comunes ante Notario*, en *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, 20210 (1).

-R. S. Siegel, *Galen on sense perception*, Basel-Nueva York, 1970.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



**María José Azaustre Fernández, *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento europeo de sucesiones*, Editorial Aranzadi, Navarra, ISBN 9788413455099, 2021, 309 páginas.**

**JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ**  
Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia  
ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

(CARRASCOSA, Javier. Recensión a María José Azaustre, *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento europeo de sucesiones*, Aranzadi, Navarra, 2021, 309 págs. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 545-550. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Dicen los clásicos que "*nihil novum sub sole*", en frase de la Vulgata traducida al latín del texto en lengua griega del libro del Eclesiastés. Durante la lectura de las más de trescientas páginas de este libro, ésa es la sensación que el lector tiene en su mente en todo momento: los clásicos ya vieron los problemas, los clásicos ya calcularon las posibilidades interpretativas y hermenéuticas de las normas, los clásicos ya trazaron las mejores soluciones. Los clásicos hicieron Derecho y nosotros somos sus herederos siglos más tarde, pero somos meros receptores. Nada seríamos sin los clásicos y no queda nada por descubrir que no haya sido ya descubierto por los clásicos en el Derecho privado.

Tras el brillante prólogo de la obra debido a la Profesora Doctora Dña. Carmen López Rendo, comienza la obra con un capítulo primero que contiene una aproximación general a los foros de competencia y a los conflictos de leyes en materia de sucesiones. Arranca del Reglamento sucesorio europeo pero en cinco páginas ya está la autora sumergida en el Derecho romano, en el análisis del foro del domicilio del heredero, del *Forum rei sitae* (forum del lugar de situación de las cosas que componen la herencia) y con el foro del causante. Después el capítulo se interna en diez páginas dedicadas al foro de sucesiones en el Derecho histórico español, un delicioso, mágico y misterioso viaje. En el capítulo segundo, la autora repasa los conceptos y la operativa del domicilio y residencia habitual en el Derecho romano, luego en la tradición romanística y finalmente en el Reglamento europeo de sucesiones. El Reglamento Europeo de Sucesiones coloca en el centro de su razonamiento conflictual al punto

de conexión de la "residencia habitual del causante" como criterio atributivo de competencia judicial internacional y también como punto de conexión para la determinación de la ley reguladora de la sucesión. Pues bien, esta espléndida monografía constituye un ejercicio equilibrado de análisis de los fundamentos romanísticos e históricos de los foros de competencia judicial sucesoria, y proporciona los criterios de interpretación necesarios para la adecuada aplicación del Reglamento sucesorio europeo.

El capítulo III de la obra, sin embargo, resulta el más refrescante, intuitivo, sugestivo, brillante e iluminador. Se trata de un análisis de los llamados "supuestos complejos" de determinación del domicilio y de la residencia habitual a efectos de Derecho privado. Así, el lector podrá deleitarse con el caso de los estudiantes que se trasladan a otro país con la presunta intención de aumentar sus conocimientos, pero sin intención de permanencia en ese país de estudios, con el caso del que trabaja en un lugar pero tiene la sede de sus intereses en otro, el caso del personal diplomático y consular, de los militares, de aquéllos que disponen de una pluralidad de domicilios o que carecen de todo domicilio, el caso de los que tiene asignada por la Ley una residencia forzosa o un domicilio legal, como por ejemplo las personas con discapacidad, los menores, los presos, exiliados y relegados.

Termina el libro con unas consideraciones finales muy interesantes y con un *approach* práctico que consiste en una curiosa "tabla de indicios reveladores de una residencia habitual" que agradecerán jueces, abogados, estudiantes de Derecho, fiscales,

notarios, registradores, letrados de la Administración de Justicia y demás operadores jurídicos de España y de Europa. En la página 269 se ofrece dicha tabla distribuida en tres columnas: una para el Derecho romano, otra para la tradición romanística y la codificación y finalmente otra para el Derecho europeo de sucesiones. Se trata, en realidad, de un ejercicio jurídico sumamente divertido en el que uno aprende que los argumentos no se cuentan: se ponderan. Claro que esto también lo decían ya los clásicos, pues *argumenta non sunt numeranda, sed ponderanda*. El buen jurista pesa los argumentos, evalúa el valor de cada argumento, no se limita a contar indicios o datos y a elaborar una "lista de contactos de un caso" con los distintos Estados. El auténtico jurista hace Justicia, no Geografía.

El libro está dotado de un aparato bibliográfico realmente impresionante y auténticamente abrumador en el que la autora muestra que domina no sólo la imprescindible lengua latina, sino el inglés, el francés, el italiano, el alemán y el castellano, así como el portugués. No menos espléndida es la relación de fuentes citadas, especialmente útil para aquéllos que aman saber de dónde se toman las citas, las reglas, los argumentos y los razonamientos: ahí está todo, desde la página 295 a la 303. Se trata, hay que decirlo, de una obra científica, en el sentido de que cada dato histórico y jurídico está justificado, pues el lector halla la cita correspondiente del origen.

La monografía aborda innumerables cuestiones de tipo práctico. En dicha perspectiva, todo el libro reflexiona sobre la necesidad de considerar que el foro del domicilio del causante es un

foro ligado a la presencia de bienes en un concreto país. De este modo, como ha sido escrito, se litiga en el país donde está el domicilio del causante porque allí suelen estar los bienes objeto de la disputa o de la controversia. Por ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado claro que sólo puede existir una residencia habitual del causante (STJUE 16 julio 2020, C-80/19, *E.E. Kauno miesto 4-ojo notaro biuro notarė Virginija Jarienė, K.-D. E.*, FD 41). Así se proporciona seguridad jurídica, certeza legal y se facilita la aplicación del Reglamento sucesorio europeo.

En suma, se trata de una monografía en la que la tradición histórica, el origen romano y el presente europeo se mezclan en preciosa proporción áurea. Queda el lector con la impresión de que no hay nada nuevo bajo el sol, es decir, que el uso de la residencia habitual en el actual sentido europeo bebe de las fuentes directas del Derecho romano. Bebe de Modestino, bebe de las grandes Constituciones de los emperadores romanos, bebe y se alimenta, así, de la tradición jurídica occidental. El lector se vuelve entonces nostálgico y piensa que, al final, el jusprivatista acaba asomado a la reja del Derecho privado por excelencia que es, todos lo saben, el Derecho romano clásico y postclásico con algunos ingredientes y aditamentos medievales.

Ya casi al final del libro, en página 261, se puede leer: "*y es que, en definitiva, los indicios capaces de revelar la relación entre una persona y un lugar, a efectos de determinar antes su domicilio, ahora su residencia habitual, son esencialmente los mismos: nihil novum sub sole*". Esto es

verdad y no es verdad, como el gato de Schrödinger. Es cierto que los mejores argumentos jurídicos son los clásicos. Sin embargo, la realidad del siglo XXI es nueva. No es la realidad de los tiempos de Octavio Augusto. Por eso también, este libro acierta al demostrar que los argumentos clásicos son los idóneos para afrontar la realidad líquida, hiperveloz, post moderna y cambiante de nuestros días. Es misión del jurista estudiar, estudiar y estudiar para saber proyectar las soluciones jurídicas clásicas al mundo de hoy. Con esta monografía en su equipaje bibliográfico, el jurista teórico y práctico del siglo XXI camina con paso firme, sólido y seguro, pues es consciente de que lleva consigo las mejores soluciones. Por eso, el jurista que lea esta monografía sonreirá y a nada tendrá miedo.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



**Bernardo PERIÑÁN GÓMEZ, *Prontuario de jurisprudencia romana*, 2ª ed., Comares, Granada, 2021, 285 páginas.**

**Santiago Castán Pérez-Gómez**  
Profesor Titular de Derecho Romano  
Universidad Rey Juan Carlos  
Código ORCID: 0000-0003-2990-1059

**(CASTÁN, Santiago. Bernardo Periñán Gómez, *Prontuario de jurisprudencia romana*, 2ª ed., Comares, Granada, 2021, 285 páginas. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 551-559. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom> )**

La obra que tengo el honor de comentar conoció una primera publicación en 2020 y apenas un año después contamos ya con esta segunda edición. Impecablemente presentada por la editorial andaluza Comares, su autor es Bernardo Perriñán Gómez, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, romanista sobradamente conocido que no precisa de mayor presentación, pues cuenta con una dilatada carrera y reconocimiento. Precisamente, esa solvente trayectoria, docente e investigadora, es la que avala la tarea de abordar una obra de esta envergadura, un pequeño compendio de instituciones y conceptos de la ciencia jurídica romana especialmente ideado para facilitar el estudio de nuestra disciplina a los alumnos de Derecho. Porque, en efecto, lo que el A. nos ha entregado es una herramienta docente, un apoyo perfecto para el desarrollo del curso de Derecho Romano que, junto al resto de recursos docentes habituales, puede permitir a los estudiantes que lo utilicen entender las instituciones jurídicas romanas de una forma sencilla. Son estos, los alumnos de los grados jurídicos, los principales destinatarios de esta obra, pero pienso que no los únicos, puesto que por su carácter pedagógico puede tener también gran interés para investigadores de otras áreas, que a la hora de abordar los precedentes romanos de instituciones modernas suelen servirse de materiales antiguos y, en ocasiones, deslizar algún dato poco feliz.

“Prontuario” es un término con cierto arraigo en la literatura jurídica de este país. La RAE aporta dos acepciones: «resumen o breve anotación de varias cosas a fin de tenerlas presentes cuando se

necesiten» y «compendio de las reglas de una ciencia o arte». En este sentido, ambas definiciones se ajustan idealmente a los contenidos que vamos a encontrar en el volumen, pues se trata de una colección o suma de voces, locuciones, instituciones y conceptos de la ciencia jurídica romana, siempre a través de la mirada de los juristas de Roma. Con acierto la obra se intitula *Prontuario de Jurisprudencia romana*, porque cada una de las entradas se halla reforzada por uno o varios textos jurisprudenciales. De esta manera, el A. pone el foco directamente en lo que intentamos transmitir a nuestros estudiantes desde el primer momento: el magisterio de los juristas romanos y su genial actividad creadora de Derecho. Nunca dejo de repetir a mis alumnos aquella frase de Álvaro d'Ors que resumía perfectamente la especial naturaleza del Derecho romano: un Derecho de doctrinas, más que de leyes. Un Derecho, además, durante muchos siglos jurisprudencial, característica esencial que lo aisló de influencias y presiones externas (políticas, ideológicas...), que tuvo vocación y características universales, al decir de Riccobono, y de ahí su utilidad en cada época de la Historia.

Como acertadamente escribe Periñán en la presentación de la obra (p. VII), este *Prontuario* no es ni pretende ser un Diccionario de Derecho romano, «sino una guía básica que ayude a no perderse en los fundamentos de la materia romanística, especialmente a la hora de afrontar el estudio personal o una primera consulta sobre un tema concreto». En efecto, carece este *Prontuario* de la vocación de exhaustividad que suelen tener los diccionarios de cualquier especialidad, en los que todas las voces de una ciencia aparecen

recogidas; sin embargo, las que aquí se reúnen lo hacen con una extensión y contenidos muy superiores a lo que es habitual en los anteriores. Tampoco es, por su sistemática, un manual abreviado de Derecho romano, aunque todas las entradas de esta obra pertenecen al temario de la asignatura, así como están representadas todas las materias que habitualmente explicamos. En total encontramos 224 voces numeradas en forma de párrafos, independientes unas de otras y repartidas a lo largo de seis secciones. El hecho de estar numerada cada entrada permite al A. redirigir al lector a otras voces del prontuario, las que interesen en ese punto, simplemente citando el párrafo indicado, de modo que de una manera muy sencilla el alumno puede ir despejando dudas dando saltos por las páginas del libro. Me parece un acierto absoluto, habida cuenta de que la mayor parte de las instituciones jurídicas romanas beben de distintas fuentes y se imbrican en varios espacios sistemáticos. Así, por ejemplo, si hablamos de “adopción”, es imprescindible saber cómo era la “familia” romana, la importancia de ser “ciudadano”, y otros conceptos como “patria potestad”, “asamblea por curias” o, por ejemplo, “*capitis deminutio*”. Pues bien, todas esas voces relacionadas están perfectamente señaladas en cada una de las entradas del libro.

La obra está escrita con un lenguaje sencillo e inteligible, pero al mismo tiempo pulcro y pleno de rigor científico. Salvo unas pocas excepciones, no hay menciones a autores contemporáneos, alusiones que tienen menos importancia para el público al que se dirige la obra. En cambio, cada entrada cuenta con uno o varios textos jurisprudenciales relevantes –tanto en latín como en castellano– que

muestran al lector la procedencia y autoría de las reglas enunciadas. No es baladí resaltar que las voces seleccionadas no se limitan a dar una simple definición, sino que están muy cuidadas, generosamente tratadas en cuanto a su extensión, con menciones a la antigüedad de la figura, la evolución experimentada y la mayor parte de sus características esenciales. De esta forma, cada una de las entradas tiene una extensión mínima de una página, rondando la mayoría las dos páginas, llegando hasta las cuatro alguna de las voces más generales (v. gr., “matrimonio”, “compraventa”, etc.). Con esto quiero decir que hay mucha información jurídica en esta obra, esencial y sencilla, pero en absoluto exenta de rigurosidad científica. El A. no se ha limitado a definir y explicar los conceptos e instituciones más básicas: por supuesto lo hace, porque constituyen el nervio de nuestra disciplina, pero abunda en otros que tienen más complejidad para el alumno y que no siempre son fácilmente localizables en los manuales: sirvan como ejemplo las entradas “patología del testamento”, “ausencia”, “vulgarismo jurídico”, “capacidad y legitimación procesal”, “gens”, “fuente de conocimiento”, “muerte”, “dolo (delito pretorio)”, “responsabilidad *ultra vires hereditatis*”, “responsabilidad contractual”, “sucesión forzosa formal”, “sucesión forzosa material”, “actos más de imperio que de jurisdicción”, “erario”, “recepción del Derecho romano”, “foedus”, “*exceptio non numeratae pecuniae* y otros medios de impugnación de la *stipulatio*”, etc.

El índice de la obra se adapta armónicamente a la estructura, más o menos generalizada, que tiene el Derecho romano en las

universidades españolas. Seis capítulos (o Bloques, como los denomina el A.), en el quedan integradas las diferentes materias o secciones que constituyeron el *ius civile*. Cada uno de estos bloques recoge un número variado de entradas ordenadas alfabética y numéricamente. A los bloques le precede una breve presentación del autor, en la que explica la necesidad de contar con recursos docentes renovados como el porqué de este Prontuario, y cierra el volumen un útil índice de voces.

El Bloque I se ocupa de lo que el A. ha llamado “Cuestiones histórico-jurídicas y de fuentes” (pp. 1-51). En este apartado encontraremos información y referencias suficientes sobre los períodos de la historia romana, las fuentes prejustinianas y justinianas, la jurisprudencia, los principales códigos posclásicos, semblanzas de los juristas más importantes, así como otros conceptos básicos e introductorios: el *ius* y sus clasificaciones, las distintas acepciones de *auctoritas*, etc. No hay alusiones a otro tipo de fuentes como las literarias y epigráficas, pero su ausencia, pienso, puede tener una sencilla explicación: si bien como investigadores reconocemos su valía, esencial en determinados campos, lo cierto es que la docencia del Derecho Romano se apoya muchísimo menos en este tipo de fuentes, por lo que la relevancia para los alumnos es menor que la de las fuentes jurídicas. Nuestros estudiantes terminan familiarizados con autores como Livio, Cicerón, Séneca, Tácito y tantos otros con los que enriquecemos las clases magistrales, pero esas citas no son esenciales para el estudio de las instituciones jurídicas romanas.

El segundo de los bloques se dedica al derecho público (pp. 53-77). Es un capítulo esencial y utilísimo para los estudiantes, puesto que la implantación del Plan Bolonia ha supuesto una importante reducción de las horas lectivas de nuestra asignatura. A la hora de “recortar” los contenidos del Derecho Romano del s. XXI, muchos hemos tenido que optar por sacrificar una parte significativa del derecho público romano para poder explicar con más sosiego el derecho privado, a la sazón el más importante para la formación de nuestros alumnos, pues no se puede olvidar que nos estamos dirigiendo a futuros juristas. Sin embargo, en el caso de una experiencia jurídica antigua como el Derecho de Roma, no se puede soslayar que sus instituciones se hallan íntimamente conectadas con la historia del pueblo que las creó y con los momentos históricos en que nacieron y evolucionaron. Nuestros estudiantes no pueden dejar de conocer las instituciones políticas republicanas, Senado, magistraturas y asambleas populares, no solo por razones de cultura general, sino porque buena parte del Derecho que se creó y aplicó en la Roma republicana tuvo su origen –jurisprudencia preclásica al margen– en dichas instituciones. Todo ello queda recogido en este capítulo, además de las necesarias entradas relativas al Principado, y junto a las ideas y reglas esenciales del derecho penal romano.

El Bloque III se adentra ya en el derecho privado, en concreto sobre persona, familia y sucesiones (pp. 79-133). Las entradas están ordenadas alfabéticamente y no por las tres (sub)materias que recoge, lo cual no es un inconveniente puesto que la voz que interesa puede localizarse fácilmente. De este modo cuestiones relativas a la persona,

como “ausencia”, “nacimiento”, “capacidad de obrar”, “capacidad jurídica”, “esclavo”, etc., aparecen junto a las principales instituciones familiares (“adopción”, “matrimonio”, “divorcio”, “curatela”, etc.) y del derecho sucesorio (“*bonorum possessio*”, “fideicomiso”, “*heres*”, “sucesión legítima”, “testamento”, etc.).

El derecho procesal civil constituye la materia básica del Bloque IV (pp. 135-172). Los conceptos procesales de la experiencia jurídica romana no solo guardan relación con las distintas formas de litigar a lo largo de la historia de ese pueblo, sino que también están estrechamente ligados con la pedagogía jurídica de sus jurisconsultos. Como recordaba Schulz, la jurisprudencia romana estuvo ampliamente orientada hacia el estudio de las acciones. Y así, partiendo del concepto de “acción” y sus respectivas clasificaciones, encontramos las reglas procesales más importantes relacionadas con las partes y sus representantes, los tipos de proceso bien explicados, las distintas fases procesales, la prueba, la sentencia y la apelación.

En el Bloque V hallaremos los derechos reales (pp. 173-220). Como en el resto del libro, a través de textos jurisprudenciales y comprensivas explicaciones de Periñán, van desfilando las principales figuras de esta materia: las cosas, posesión y propiedad, los modos originarios y derivativos de adquirir la propiedad, la copropiedad, los derechos reales sobre cosa ajena y los de garantía.

Conforma la última sección del libro la parte relativa al derecho de obligaciones (Bloque VI: pp. 221-278). Encontramos las fuentes de las obligaciones, cada uno de los contratos con todas sus características, los delitos civiles tratados individualmente, las

garantías personales, los diferentes modos de extinguir las obligaciones, las *usurae*, etc.

Concluyo. Obras como esta son siempre bien recibidas y merecen un especial reconocimiento por su complejidad y laboriosidad. Complejidad, porque hay que saber seleccionar correctamente las voces que van a ser explicadas y acertar con la información que se quiere volcar. Bernardo Periñán logra un perfecto equilibrio entre erudición y simplicidad, entendiendo por esta última la sencillez y la claridad expositiva, la elección de unos contenidos mínimos que todo estudiante de Derecho romano debe poseer y entender sin dificultades. Y laboriosidad, porque esta es una obra que no puede despacharse en unos pocos meses. Más bien al contrario, se nota que está hecha con sosiego y mimo, sin urgencias de ningún tipo. De este (presumiblemente) largo período de gestación se beneficia evidentemente el trabajo, porque no hay un Bloque que destaque sobre otro, ni en extensión ni en la calidad de la exposición. Sobrar, no sobra nada: es probable que alguien, en función del programa de su asignatura, pueda echar en falta alguna que otra voz, es una cuestión de preferencias, pero eso no resta un ápice de valor a este compendio de jurisprudencia romana. No queda más que felicitar a su autor por esta magnífica obra, que, estoy seguro, va a conocer numerosas reediciones en el futuro.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



**MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH: *Teodora y el feminismo jurídico en Bizancio*,  
Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 318 págs.**

**Tomás Quintana López**  
Catedrático  
Universidad de León

**(QUINTANA, Tomás. MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH: *Teodora y el  
feminismo jurídico en Bizancio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 318 págs.**

**RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 560-564.**

**<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>**)

Entre los más destacados gobernantes que han contribuido a ahormar la Historia conforme a principios que identificamos como el soporte de la civilización occidental, sin duda ocupa un lugar de primer orden el Emperador Justiniano, tan relevante como el que la historiografía otorga a Julio César, a Carlomagno o a Isabel y Fernando, nuestros Reyes Católicos, y también a su biznieto Felipe II.

En efecto, más allá del empeño de Justiniano en reconstruir la integridad del Imperio Romano poco menos de un siglo después de la definitiva división entre las partes occidental y oriental del mismo, que llevó a cabo el Emperador de origen hispano Teodosio el Grande, a su muerte, entre sus dos hijos Honorio y Arcadio, una reconstrucción parcialmente conseguida gracias al genio militar de Belisario, lo cierto es que Justiniano ha pasado a la Historia y, sobre todo, a Historia del Derecho como el gran compilador, al que indirectamente debemos nuestra primera formación los juristas de cientos de generaciones que, sin excepción, hemos bebido en las fuentes del Derecho Romano; aunque, en realidad, la magna tarea que supuso la elaboración, gracias a su impulso, del *Corpus Iuris Civilis*, no sea el resultado, en exclusiva, de una labor compilatoria, cuya máxima expresión es el Digesto, pues en paralelo a su elaboración se ha de anotar en el haber de Justiniano la creación de normas o Novelas (*Novellae Constitutiones*), lo que supuso la innovación del ordenamiento como manifestación primigenia de la voluntad de gobierno.

Pero no es el Emperador Justiniano el personaje del que, por mucho que haya sido un actor principal en la historia de nuestra civilización, se ocupa la profesora María José Bravo Bosch en un magnífico libro que pretendo glosar con la brevedad que exige una recensión pues, como anuncia su título, es una mujer, Teodora, la figura histórica que centra la investigación que realiza la autora.

Una mujer que, pese a vivir en la primera mitad del siglo VI, no encaja en el prototipo femenino del hoy superado aforismo que venía a situar a las mujeres valiosas detrás de hombres capaces de atesorar una vida exitosa; porque frente a ese tópico hoy completamente anacrónico, la Emperatriz Teodora, en los años que compartió su vida con el Emperador, no estuvo detrás, sino a su lado, como lucen ambos, cada uno con su séquito, con el mayor resplandor, en los inigualables mosaicos de la iglesia de San Vital, en Rávena. Y decimos que estuvo al lado, pese a que, sin exagerar un ápice, debe ser reconocido que en, al menos, un momento crucial para el Imperio y, por lo tanto, para el destino de la familia imperial, con poco más de treinta años de edad, pero con la mayor determinación, supo infundir en el propio Emperador y en los suyos el ánimo necesario para hacer frente a la conocida como Revuelta de Nikà, que de haber triunfado otros hubieran sido los anales que se habrían de haber escrito sobre Bizancio.

Pero el mayor influjo de la Emperatriz Teodora en el devenir del Imperio hay que reconocérselo en los cambios normativos que se hicieron en favor de la mujer en los tiempos de Justiniano, pues como, con toda prudencia pero con argumentos concluyentes,

explica la profesora Bravo Bosch en su libro, es perceptible la influencia de la Emperatriz en la aprobación de una serie de Novelas cuyo objeto era mejorar el estatus de la mujer en el mundo bizantino, sobre todo de aquellas que se hallaban doblemente estigmatizadas por ser mujeres y ser pobres; doble condición que originaba la situación misma que sufrió Teodora desde su infancia hasta que, pasados los veinte años de edad, conociera al que poco después sería Emperador de Oriente, habiendo arrastrado hasta entonces una vida plagada de dificultades, que la empujaron a ejercer oficios desprestigiados y, con toda probabilidad, a prostituirse, como forma de subsistir en Constantinopla, conocida entonces como la Nueva Roma, capital del Imperio y, quizás por eso, también gran burdel en el que se ganaban la vida muchas mujeres desheredadas de la fortuna, entre ellas seguramente la propia Teodora.

Un periodo ese de su corta vida que, como a cualquier persona que pase por ello, la marcaría para siempre, llevándola a hacer el bien a las mujeres que tenían que sobrevivir ligadas por las ataduras de la miseria, en un tiempo, hasta su muerte sin haber cumplido los cincuenta años, en que fue la mujer más poderosa del mundo. Un ejemplo, sin duda, de lo contrario de lo que en muchas ocasiones nos muestra la olvidadiza condición humana, frecuentemente tornada en miserable al ser capaz de abrazar el éxito renegando del pasado.

Por eso, se entiende mal que, ante una personalidad tan deslumbrante, un personaje contemporáneo, el historiador Procopio

de Cesárea, si no fuera movido por intereses espurios, haya contribuido con su *Historia Secreta* a difamar a la Emperatriz a costa de su pasado y sin conmiseración alguna hacia las circunstancias que, por ser coetáneo, conocería a la perfección. Por eso, contrariamente, se entiende bien que la Dra. Bravo Bosch, con exquisita sensibilidad pero, sobre todo, con los sólidos apoyos que le proporciona la más selecta historiografía dedicada al periodo justiniano, tome partido, frente al libelo, por Teodora, como paradigma de mujer adelantada a su tiempo, que por eso bien merece el reconocimiento que suponen las páginas de la monografía que le dedica otra mujer. Esta, una romanista extremada que con este y otros importantes trabajos está contribuyendo de forma decisiva a ofrecer un testimonio riguroso de la posición que ocupaba la mujer en la civilización romana, incluida la postrimería del mundo clásico en que vivió la gran Emperatriz de Bizancio.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**

Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



Obarrio Moreno, Juan Alfredo, 1984 (*George Orwell*). *Diálogos entre el derecho y la literatura: Los totalitarismos I*, Dykinson, Madrid, 2021, 291 pp.

**Alicia Valmaña Ochaíta**

Profesora Titular de Derecho Romano

Universidad de Castilla-La Mancha

[alicia.valmana@uclm.es](mailto:alicia.valmana@uclm.es)

ORCID: 0000-0001-8962-0588

(VALMAÑA, Alicia. Obarrio Moreno, Juan Alfredo, 1984 (*George Orwell*). *Diálogos entre el derecho y la literatura: Los totalitarismos I*, Dykinson, Madrid, 2021, 291 pp. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. p. 565-571. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>)

Entrar en la producción del profesor Obarrio, especialmente la de los últimos años, es, siempre, una aventura apasionante, como deben ser todas las aventuras. Porque, aunque quede claro desde el principio (*pre scriptum*, p. 13ss), propósito y contenido de la obra, solo adentrándonos en la lectura de esta llegamos a comprender el verdadero compromiso del autor con sus ideas y también, el de obra que muchos de nosotros hemos leído, releído y citado en más de una ocasión, como es el caso de *1984*.

Un “deber moral” (p.18) ha empujado al autor a hacer “esta relectura ética” (p.18) y a luchar contra “ese falso y pernicioso relativismo, del que tan culpables fueron los intelectuales” (p.19) y que, hoy en día, sigue instaurado en muchos aspectos de nuestras sociedades occidentales.

Es por ello que el hilo conductor del libro del profesor Obarrio es el grito silencioso, pero constante y contundente, de la obligación moral, del deber de todo ciudadano de sentirse interpelado y preocupado “por la oscuridad de su tiempo” (citando a Agamben, p. 48), de todos los tiempos, también del nuestro, porque al igual que Orwell supo “detectar una inflexión profunda en la concepción democrática de su época” (p. 48) todos debemos constituirnos en constantes vigilantes de la pulcritud en las acciones del poder, también en “nuestras sociedades de progreso y de alto consumo” (p.56) porque “el totalitarismo, si no se le combate, podría triunfar en cualquier parte” (Orwell, cit. p. 67) con el concurso de prensa e intelectualidad (p.69).

*1984* (George Orwell). *Diálogos entre el derecho y la literatura: Los totalitarismos I* no es sólo un libro sobre *1984*. En él se dan cita autores

y obras que han recorrido -o sufrido- las entrañas del totalitarismo desde una u otra perspectiva: Koestler, Solzhenitsyn, Huxley, Camus o Golding, son solo parte de la muestra más conocida de un largo y exhaustivo elenco de autores que al autor conoce y domina (ver la bibliografía final de obras literarias citadas, pp.278-282, además de la bibliografía que maneja, pp.283-291) y cuyo pensamiento sirve para tejer el contenido de su libro.

Obarrio ha elegido una estructura que, básicamente, se configura como un único capítulo central (“La naturaleza del totalitarismo. 1984 (George Orwell)”, pp. 39-268), precedido por un capítulo que funciona como introducción al tema (“La Gorgona del Poder”, pp. 21-38)) y un *pre scriptum* y *post scriptum* que, a modo de premisa y capítulo conclusivo, abren y cierran el libro, respectivamente. Creo que resulta una estructura muy acertada, que pone el interés del lector en el extenso subcapítulo 2 (“1984”, a partir de la página 53) que se configura como el cuerpo central de la obra, y que se abre con unas interesantes y necesarias referencias al autor y a la obra, para pasar al estudio de la obra de Orwell y del totalitarismo a través de los personajes, que sirven a Obarrio para dar nombre a las tres partes en las que está dividida la novela: Winston Smith, Julia y O’Brien y a los capítulos en que está dividida cada una de ellas. Es interesante, en este punto, remarcar las referencias con las que intitula cada uno de los capítulos que componen cada parte (p. ej. “Cap. II Los Parsons” o “Cap. V. Ortodoxia”, en la primera parte) y que van asociadas a algunas de las características de los totalitarismos que se analizan en el libro: “pérdida de la privacidad”, “hipercomunicación” (p.80-81),

“masa silente” y “pensamiento único”, o “vigilancia y disciplina” (82), y cómo estas se reflejan en el paisaje, en la descripción de la atmósfera, del escenario en el que se desarrolla la obra de Orwell. El frío, lo sombrío, lo laberíntico, nos llevan a una no salida, a la falta de la calidez, a la niebla: “las detenciones, en un régimen totalitario, o se hacen a primera hora de la mañana (El proceso) o amparándose en la nocturnidad (Archipiélago Gulag), pero nunca -o casi nunca- a plena luz del día” (p.113), aunque la luz también esté presente a través de las “casas transparentes” en las que todo se puede y se debe ver en los regímenes totalitarios (p.87). El adoctrinamiento y la propaganda llega hasta “los espacios más íntimos y cotidianos de la vida” (p.89), donde el líder ha sustituido a la sociedad y se presenta como el eje sobre el que debe girar todo.

Los dos personajes fundamentales de la novela aparecen en el primero de los capítulos: Winston Smith, hombre anodino pero que se diferencia de los demás en que “sabe que es un individuo” (p. 78); y el Hermano Mayor que, no siendo un personaje *stricto sensu* -no es, en realidad, un individuo-, es la clave para entender el régimen en el que se vive. Ambos representan el régimen y el individuo, y la lucha del segundo contra la imposición del primero.

Me parece especialmente significativa la utilización del sustantivo “individuo” por parte de Obarrio frente a “hombre” o “persona” porque una de las características que definen al totalitarismo es, precisamente, la pérdida de la individualidad que queda diluida en lo colectivo (a través, entre otras cosas, del adoctrinamiento, p.89). De ahí deriva la liquidación de la privacidad, la existencia del ojo del

Hermano Mayor que todo lo ve, la vigilancia constante que constituye el *prius* necesario para la posibilidad de castigo ante la quiebra del orden.

Si la masa funciona como base sobre la que se sustenta el totalitarismo, la soledad se percibe como enemigo, porque es en ese espacio íntimo en el que el hombre tiene la capacidad de preguntarse sobre sí mismo y sobre su entorno; por eso, si algo caracteriza al personaje principal de la novela es la búsqueda de ese espacio que queda fuera del campo de visión de la pantalla que vigila o fingir esa sonrisa vaga -lela, podríamos decir- cuando está enfrente de ella para aparentar la conformidad de la masa, la obediencia acrítica al Poder (p. 92); por eso, también, las palabras que murmura cuando el -aparentemente- viejo Charrington le enseña la habitación en la que se encontrará con Julia tiempo después: “¡No hay telepantalla!” (Orwell, 1984, Barcelona, 2020, 16ed., (trad. M. Temprano), p.107). Y por eso, también, su contraposición con la obediencia de los Parsons, que es realmente una sumisión eximida del pensamiento (p. 122) y por ello proclive al adoctrinamiento y a la consiguiente delación del que no piensa -el “crimental”- o actúa según el Partido, como hará la pequeña Parsons con su propio padre.

Obarrio analiza también la liquidación del Derecho que se revela en la “necesidad de protección” de una población que ve en el Poder y en la Policía del Pensamiento “los garantes de sus vidas”; los dos minutos de odio “demonizan derechos y libertades, o lo que es lo mismo: un sentido cívico y democrático de entender la vida”. El odio se configura como una verdadera ideología como señala Obarrio

(p.108); la personificación de un enemigo es el presupuesto para la unión en torno a un líder (p. 105); la delación y la vigilancia, el instrumento de control; y la desaparición de las garantías procesales (pp.113-114), la consecuencia de la desaparición de la legalidad (p. 98).

El Derecho, que se erige como el instrumento regulador de conductas que es, desde el marco de la libertad en una sociedad democrática, también puede llegar a ser “la argamasa donde se asienta un Estado-Poder-Dominación que adormece, aliena, somete y oprime” (p.22). La destrucción del Estado de Derecho conlleva la destrucción de una sociedad (p. 205); enfrente, la verdadera naturaleza del valor de la norma en las sociedades democráticas.

La condena de la historia al olvido, en algunos casos, o la modificación de esta, directamente, como también la propia realidad es modificada por la prensa y medios de comunicación (pp.143ss.); la “educación” de los ciudadanos en nuevos -en realidad, viejos- principios y virtudes que son, simplemente, la encarnación de un adoctrinamiento que lleva al individuo a su despersonalización y a la consiguiente sumisión; la creación de la *nuevalengua*: “La *nuevalengua* estaba pensada no para extender, sino para disminuir el alcance del pensamiento” (Orwell, 1984, cit. “Apéndice. Principios de *nuevalengua*”, p. 316), y así se lo dice Syme a Winston: “Seguro que crees que nuestro trabajo consiste en inventar palabras nuevas. ¡Pues no! Lo que hacemos es destruirlas, decenas, cientos de palabras al día. Estamos podando el idioma” (Orwell, 1984, cit.p. 59-60), todos ellos son rasgos identificables de los intentos totalitarios.

Cita Obarrio a Sandoval Gómez cuando dice que *1984* es una advertencia (p. 145); su libro también lo es. Una lúcida y serena advertencia; el cumplimiento de un deber moral, como el autor indica en las primeras páginas.

El libro de Obarrio es tremendamente oportuno, pero no podría ser lo que es si detrás no hubiera años de lectura dedicada y un compromiso pleno con la libertad individual y la democracia; la Historia nos ha enseñado ya demasiadas cosas como para que olvidemos que todos debemos sentirnos concernidos en la lucha contra cualquier manifestación de totalitarismo. El libro de Obarrio, como piensa Winston al leer el libro de Goldstein (Orwell, *1984*, cit., p. 214), “cuenta lo que ya sabes”, pero eso pasa con “los mejores libros”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta reseña la terminé el 23 de febrero, un día antes de la invasión de Ucrania por parte de Rusia.



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



## MEMORIA DE PUBLICACIONES DE DERECHO ROMANO AÑO 2021 REPORT ON ROMAN LAW PUBLICATIONS 2021

**Dra. M<sup>a</sup> Teresa Duplá Marín**

Catedrática Derecho Romano. ESADE (URL)

0000-0002-2371-0078

**Dra. Patricia Panero Oria**

Prof. Titular Derecho Romano. Universidad de Barcelona

0000-0001-6582-0171

(DUPLÁ, Teresa / PANERO, Patricia. Memoria de publicaciones de Derecho Romano año 2021. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. pp. 572-601. <https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>).

La *Memoria de Publicaciones de Derecho Romano año 2021* que presentamos tiene como objetivo principal la recopilación y presentación de los trabajos de investigación de Derecho Romano publicados a lo largo del año 2021, y cuyos autores han tenido a bien trasladarnos a tal fin. El formato elegido para su clasificación parte de la clásica distribución de contenidos del área de conocimiento -a) Historia y Derecho Público; b) Persona, Familia y Sucesiones; c) Derechos Reales y Obligaciones y Contratos; d) Derecho Procesal; e) Derecho Penal; f) Derecho Romano y Recepción- lo que permite al lector una identificación más ágil de las materias y trabajos. Dentro de cada uno de los diferentes apartados, los trabajos se presentan siguiendo el orden de recepción e incluyen una breve reseña del contenido, ideas principales e interés del mismo.

### **a) Historia y Derecho Público**

**AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José**, "*Protección al contribuyente frente a la actuación de los discussores*", *Hacia un Derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano IV*, Fernández de Buján (dir.), Escutia Romero-Gerez Kraemer (coed.), volumen II, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 17-40. Capítulo de libro.

En este trabajo la autora analiza ciertas medidas establecidas en el Derecho romano para la protección de los contribuyentes frente a la actuación de los *discussores*, funcionarios presentes a partir del Bajo Imperio, a quienes correspondían tareas de inspección e intervención fiscal, entre otras recogidas en las fuentes. Se destaca la presencia de ciertas garantías que llaman la atención por su actualidad, como la prohibición del *non bis in idem* en materia tributaria, y el derecho del contribuyente a no aportar documentos que ya obran en poder de la Administración.

**CLEMENTE FERNANDEZ, Ana Isabel**, recensión a Álex Corona Encinas, *Instituciones políticas municipales durante el Reinado de Justiniano I (527-565). Un estudio histórico-jurídico*. Colección de Monografías de Derecho Romano y Cultura Clásica. Madrid: Ed. Dykinson, 2021. Prólogo de Francisco J. Andrés Santos, pp. 256. Ana Isabel Clemente Fernández, *Revista General de Derecho Romano*, N<sup>o</sup> 37, 2021, pp. 1-5.

La obra recensionada y que ve la luz en la colección "Monografías de Derecho Romano y Cultura Clásica" de Editorial Dykinson, dirigida por el Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján, constituye una novedosa aportación en la reconstrucción de la Administración Pública romana y, en este caso, de la época justiniana. El volumen es el resultado de un trabajo de revisión y edición de la tesis doctoral del autor, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. Francisco Javier Andrés Santos (Universidad de Valladolid).

**FERNÁNDEZ BAQUERO, María-Eva**, *Foedus: sobre las relaciones jurídicas de Roma con otros pueblos*, en RIDROM, 26,2021, pp. 334-383. Artículo de revista.

En el presente trabajo la autora centra su atención en la figura del *foedus*, uno de los instrumentos jurídicos básicos para evitar conflictos bélicos o bien concluirlos, centrándose en la idea de que no sólo la fuerza de las armas pudo hacer que Roma alcanzara y se consolidara como la primera potencia de la Antigüedad. De esta manera, Roma supo armonizar su Derecho con el de otros pueblos, surgiendo nuevas formas de pensar comunes entre gentes de culturas diferentes, e instaurando los cimientos de los que hoy denominamos relaciones internacionales.

**FUENTESECA, Margarita**, *Escuelas de juristas y argumentación dialéctica*, *Tesserae Iuris*, II, 1, 2021, p. 41-81. Artículo de revista.

En este estudio la autora analiza los pasajes de las fuentes romanas donde se describe expresamente una controversia entre las dos escuelas de juristas existentes en Roma, los casianos y los proculianos. En todos ellos se exponen los argumentos referidos a una concreta institución jurídica bajo la forma de la argumentación dialéctica, esto es, se enuncia una tesis, a la que se contrapone una antítesis, con sus respectivos argumentos, con la finalidad de llegar a una conclusión sintética entre ambas posturas.

**MARTÍN MINGUIJÓN, Ana**, *El funus romano y su tutela procesal. E-Legal History Review*, ISSN 1699-5317, nº 34, 2021. Artículo de revista.

En el presente trabajo la autora realiza un estudio histórico-jurídico del *funus* romano. A través de la exégesis de las fuentes escritas, se analizan las creencias romanas sobre la muerte y su evolución a lo largo de los siglos. Se advierte cómo el derecho sagrado, que rige la mentalidad en la antigua Roma y se traduce en los ritos necesarios para garantizar el descanso del alma y su pacífico tránsito hacia el más allá, encuentra su reflejo y protección jurídica en el derecho civil romano.

**TRISCIUOGLIO, Andrea**, *Temas de derecho administrativo romano comparado* (Colección Monografías de derecho romano y cultura clásica. Sección: Derecho administrativo y Fiscal Romano), Dykinson, Madrid 2021, pp.1-214.- Monografía.

La obra recopila una serie de aportaciones sobre derecho administrativo romano; se divide en cuatro secciones, en cada una de las que se enmarcan los artículos atinentes a su objeto: Sección I. Conceptos fundamentales. Sección II. Principios. Sección III. Bienes públicos –concesiones– contratos públicos. Sección IV. Expropiación por causa de utilidad pública. Sección V. Responsabilidad civil y administrativa del magistrado.

**TRISCIUOGLIO, Andrea**, *Anomalía económica de las ofertas en los arrendamientos públicos. Entre derecho romano y derecho de la Unión Europea*, en *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano IV*. Vol. I *Derecho Administrativo y Derecho Medioambiental* (dir. A. Fernández de Buján y Fernández – coed. R. Escutia Romero, G.M. Gerez Kraemer), Dykinson Madrid 2021, pp. 571-575. Capítulo de libro.

El autor en esta obra examina con brevedad el problema de las ofertas anómalas presentadas en una subasta pública, comparando las soluciones de la experiencia jurídica romana, con las aportadas por las normas actuales de la Unión Europea.

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia**, *Ciuis romanus sum*, en *El fortalecimiento de los Derechos de los ciudadanos en la Unión Europea*, coord. por José Manuel Velasco Retamosa, María Teresa Martín López, Árbol académico, 2021, ISBN 9788413786476, págs. 101-128. Capítulo de libro.

La autora presenta un análisis de la consideración del *populus* dentro de los esquemas jurídicos, como sujeto activo y sujeto pasivo en relación con la *lex* y su posición respecto de los derechos políticos y garantías ciudadanas que, sin necesidad de acudir a conceptos jurídicos actuales, podemos encontrar contenidos en las fuentes. La posición de estudio será dual, también, en el análisis de cómo fue visto el ciudadano individual y colectivamente desde el poder, y cómo el ciudadano entendió el significado de su condición.

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia; BRAVO BOSCH, M<sup>a</sup>José; RODRIGUEZ LÓPEZ, Rosalía, *Mujeres de la Hispania Romana. Una mirada al patrimonio*. Ed. Dykinson, 2021. Monografía.**

Obra colectiva en la que se aborda, desde una perspectiva interdisciplinar, distintas facetas de la situación de la mujer en la Hispania Romana, a través del estudio de mujeres concretas de que las tenemos constancia gracias al patrimonio de diferentes zonas de la península. Mujeres romanas, o no, libres o esclavas, niñas, jóvenes, ancianas, todo un espectro de la realidad femenina en Hispania, en la Roma provincial. En cada comunidad político-administrativa se dispone de un rico patrimonio que puede sacarse a la luz, y de lo que da testimonio esta obra colectiva a través de la huella que han dejado esas mujeres de la Antigüedad en diversos instrumentos materiales: esculturas, mausoleos, numismática, o epigrafía. Dieciséis aportaciones ofrecen esta mirada atenta, divididas en tres capítulos: La feminidad pagana; Otras caras de la feminidad; y Mujeres cristianas.

**TORRENT RUIZ, Armando** (coord.), Derecho público romano, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano, ISBN: 978-84-340-2716-9.

En un momento de amplia discusión acerca del lugar que ocupa la materia del Derecho Romano y su recepción en Europa dentro de los planes de estudio de la licenciatura de derecho, en la primavera del año 1994, el catedrático e insigne romanista Don Justo García Sánchez tuvo la gran idea, junto con el profesor Don Gerardo Turiel de Castro (q.e.p.d), de poner en marcha un proyecto desde Oviedo, que perseguía un doble objetivo: 1) servir para una reunión anual de los romanistas iberoamericanos con convocatorias indistintas en la Península y en el continente Americano, 2) reunir diferentes estudios que enriquecieran los conocimientos relativos a la recepción del Derecho Romano. Fruto de este proyecto fue la constitución en Oviedo el día 22 de abril de 1994 de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, cuyos fines son: a) El estudio y difusión del Derecho Romano, tanto en su sentido estricto, como en el ámbito de la tradición jurídica romanística y su proyección en la legislación europea e iberoamericana. b) La realización de todas las actividades conducentes al cumplimiento de dicho fin. c) El mantenimiento de relaciones científicas a través de congresos, seminarios, cursos y publicaciones. d) Cualquier otro tendente al cumplimiento de los fines de la asociación, y una particular colaboración con entidades jurídicas de España e Iberoamérica. Los once tomos que configuran esta obra son un recopilatorio de las valiosas actas de

la Asociación, fruto de la labor desarrollada en las reuniones mantenidas en los últimos años por expertos en la materia.

## **b) Persona, Familia y Sucesiones**

**AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José**, *Determinación de la residencia habitual y foros de competencia: del Derecho romano al Reglamento Europeo de Sucesiones*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, Monografía.

El Reglamento Europeo de Sucesiones confiere un destacado papel a la “residencia habitual del causante”, como criterio atributivo de competencia judicial internacional, y como punto de conexión para la determinación de la ley rectora de la sucesión, aun sin llegar a definir este concepto. La monografía, además de analizar los fundamentos romanísticos de los foros de competencia judicial en materia sucesoria, trata de proporcionar los criterios de interpretación necesarios para la determinación de la última residencia habitual del causante, examinando las fuentes del Derecho romano, el *ius commune*, el periodo codificador, hasta llegar a los primeros pronunciamientos de los estados miembros en los que se aplica el reglamento o normas inspiradas en él, desde una vertiente legal, doctrinal y jurisprudencial, con especial atención a los denominados “casos complejos”; con la finalidad de que estos criterios puedan servir de guía a los profesionales del Derecho que deban aplicar el reglamento.

**DUPLÁ MARÍN, M<sup>a</sup> Teresa**, *El maltrato psicológico y la falta de relación paterno filial en el ámbito sucesorio: especial consideración a la (re) interpretación jurisprudencial del art. 853.2cc.* en *La respuesta de la ley ante el Bullying. Análisis del acoso, el abuso y la intimidación*. M. T. Duplá (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 381-401. Capítulo de libro.

El maltrato psicológico producido en el núcleo familiar se contempla y castiga en el ámbito sucesorio a través de las figuras romanas de la indignidad y la desheredación, tanto en el caso de hechos anteriores como posteriores al fallecimiento del causante. A lo hay que añadir que, en cualquier caso, la intimidación como vicio de la voluntad interna aplicable a los negocios jurídicos, podría darse al tiempo de la aceptación o renuncia a cualquier disposición *mortis causa*, lo cual podría conllevar la declaración de ineficacia de éstas, si se dieran las circunstancias necesarias para ello. Todo esto tampoco es nuevo, y cabe hallar los precedentes en la regulación romana de la intimidación y el miedo, aplicable sin duda al ámbito sucesorio. Este es, como punto de partida del presente trabajo, el tratamiento que la norma hace de figuras clásicas como la amenaza, la intimidación y la violencia que, siguiendo la línea de interpretación, en los últimos años, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en pro de la protección de la dignidad de la persona, la autora considera que pueden reconducirse también al actual maltrato psicológico o bullying en sede sucesoria. El objetivo de este estudio es, a partir de lo anterior, concretar el significado y alcance que la nueva interpretación del Tribunal Supremo, y en consecuencia la jurisprudencia menor, ha realizado en los últimos años respecto de la figura del maltrato de

obra del art. 853.2 cc, incluyendo el maltrato psicológico dentro del mismo, como expresa causa de desheredación. En definitiva, abordar una revisión de los hechos y conductas que, según la última jurisprudencia, se consideran hoy maltrato psicológico o bullying, como modalidad concreta del maltrato de obra y que, a la espera de una sin duda necesaria y reclamada adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, puede ofrecernos luz a la hora de conocer la concreta protección que el derecho sucesorio nos aporta en la actualidad respecto de la figura en estudio.

**CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago** (coord.), Derecho de Personas, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**DUPLÁ MARÍN, M<sup>a</sup> TERESA** (coord.), Derecho de familia (vol. I y II), en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**MURILLO VILLAR, Alfonso** (coord.), Derecho de sucesiones, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen /AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José,** "Acuerdos matrimoniales e infidelidad. Ayer y hoy", en *Compensaciones e indemnizaciones en las relaciones familiares*, Sanción Asurmendi (dir.), Fernández Chacón- Gago Simarro (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 473-558. Capítulo de libro.

Las autoras analizan en este estudio los acuerdos matrimoniales, partiendo de la idea de que, los cónyuges o los futuros esposos, en ocasiones prevén convencionalmente consecuencias derivadas de la falta de fidelidad en su matrimonio. El presente trabajo aborda su estudio desde que se registran este tipo de documentos, analizando los argumentos a favor y en contra de su validez, así como los principales problemas que pudieran plantearse, teniendo en cuenta los diferentes contextos históricos y jurídicos, desde el Egipto grecorromano, hasta el momento presente, pasando por la Roma clásica y la época bizantina, con particular atención a la actual práctica norteamericana.

**MURILLO VILLAR, Alfonso,** *El principio "semel heres semper heres" y su recepción en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.* RIDROM [on line]. 26-2021. ISSN 1989-1970. p. 149-208. <http://www.ridrom.uclm.es>). Artículo de Revista.

Esta investigación tiene por objeto conocer el origen, contenido, evolución y recepción del principio romano *semel heres semper heres*, desde su génesis

jurisprudencial romana hasta su plasmación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Con el principio *semel heres semper heres*, (una vez heredero para siempre heredero), se indica de forma mnemotécnica que quien adquiere la cualidad de heredero no puede perderla nunca, es decir, expresa, de una manera muy sintética, que la aceptación de la herencia es irrevocable, pues una vez que ha sido aceptada ya no se puede renunciar a ella.

**DUPLÁ MARÍN, M<sup>a</sup> Teresa**, *Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ISSN 0210-0444, Año n<sup>o</sup> 97, N<sup>o</sup> 788, 2021, págs. 3768-3794.

La reciente publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en vigor desde el pasado 3 de septiembre de 2021 culmina, sin duda, una de las modificaciones más importantes de los últimos tiempos al adaptar nuestro ordenamiento jurídico privado a las exigencias y directrices de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el alcance y la interpretación que debe darse a los términos capacidad jurídica (legal capacity) y discapacidad (disability) utilizados en la nueva Ley, partiendo

de la esencia de la reforma planteada, esto es, de los elementos clave del nuevo paradigma presentado en la citada Convención y la Observación General núm. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. La finalidad última que se pretende no es otra más que la de proponer una adecuada integración de dichos términos en nuestro ordenamiento jurídico en general, y en la estructura del Derecho de la Persona, en particular, que facilite *in fine* cualquier interpretación y aplicación posterior del contenido de la nueva Ley, tomando como punto de partida el origen romano de dichos conceptos.

**MURILLO VILLAR, Alfonso**, Recensión a López-Rendo Rodríguez, M<sup>a</sup> del Carmen - Azaustre Fernández, M<sup>a</sup> José, *Sumisión y residencia habitual en el Reglamento Europeo de Sucesiones: Fundamentos romanísticos*, en RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano, n<sup>o</sup> 24, 2020, págs. 150-260. RIDROM [on line]. 26-2021. ISSN 1989-1970. p. 535-540. <http://www.ridrom.uclm.es>).

### **c) Derechos Reales y Obligaciones y Contratos**

**BERNARD MAINAR, Rafael**, *Covid-19 y derecho romano: raíz y configuración romana del principio pacta sunt servanda*, Ridrom N<sup>o</sup> 26, 2021, pp. 209-307. Artículo de revista.

Un acontecimiento de la envergadura de la pandemia Covid-19 genera también consecuencias en el plano jurídico, como sucede en sede de

cumplimiento de los contratos. Tradicionalmente, la observancia de lo pactado (*pacta sunt servanda*) ha sido un dogma en el derecho de las obligaciones y de los contratos. Aun tratándose de una regla esculpida al calor de los tintes morales del influyente Derecho canónico medieval, comprobamos su hondo enraizamiento en el Derecho romano, al igual que alguna de sus excepciones que, con el paso del tiempo, germinará en la cláusula *rebus sic stantibus*. La codificación acogerá un principio casi absoluto, pero la acuciante realidad compele a su actualización. Ambas visiones sobre los efectos del contrato, absoluta y relativa, nos remiten ineludiblemente al Derecho romano.

**CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel**, Recensión a Ramón Perfecto Rodríguez Montero, *Cinco estudios sobre interpretación jurisprudencial*, Santiago de Compostela: Andavira, 2020, 169 pp. Ana Isabel Clemente Fernández, *Glossae: European Journal of Legal History*, N° 18, 2021, págs. 540-547. Recensión publicada también en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 25, 2021, págs. 310-317.

El autor de la monografía objeto de recensión agrupa en la misma cinco contribuciones relativas a derechos reales, derecho de obligaciones y contratos, y derecho de sucesiones.

**MURILLO VILLAR, Henar**, *El contrato estimatorio y su proyectada codificación*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 2021, año n° 97, Número 784, págs. 779-814. Artículo de revista.

La autora analiza en este trabajo el contrato estimatorio que surgió en Roma, donde tuvo un gran arraigo y difusión en el tráfico mercantil; posteriormente, mediante el fenómeno de la recepción, ha llegado hasta el derecho moderno, si bien nunca ha sido contemplado en un cuerpo legal. Sin embargo, es utilizado de forma muy habitual en el comercio minorista, regulado, fundamentalmente, por la opinión doctrinal y jurisprudencial. Actualmente existe una propuesta de Anteproyecto de Ley de Código mercantil, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho mercantil, que si culmina con éxito su periplo legislativo, el contrato estimatorio quedará regulado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Y será un contrato tipificado en la categoría de «los contratos de colaboración», los cuales sirven de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias. De producirse este hecho tan trascendental, quedará demostrado, una vez más, que todas aquellas cuestiones jurídicas a las que el ordenamiento jurídico romano no alcanzó a dotar de una solución legal certera y definitiva, han llegado con las mismas dudas hasta nuestros días.

**MURILLO VILLAR, Henar**, *¿Sociedad unipersonal, «societas unius personae» o «quasi societas»?* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 97, N° 788, 2021, págs. 3553-3580. Artículo de revista.

El reconocimiento legal de la sociedad unipersonal es una realidad incuestionable en nuestros días, otra cosa es que su denominación sea la más apropiada, pues la locución «sociedad unipersonal» encierra una digresión terminológica. De todos modos, su versión latina, *societas unius personae* no hubiera tenido cabida en el ordenamiento jurídico romano pues carecería de un significado técnico-jurídico preciso. Por ello, el objetivo del presente trabajo consiste en elevar una propuesta de denominación, con independencia de su aceptación doctrinal y uso actual, para la debatida cuestión de la unipersonalidad societaria, desde la óptica jurisprudencial romana.

**POLO ARÉVALO, Eva María**, *Tratamiento de la diligencia en las fuentes romanas: especial referencia a la diligentia quam in suis rebus adhibere solet en el ámbito contractual*, *Revista General de Derecho Romano*, nº 36, 2021. Artículo de Revista.

El artículo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de la diligencia en las fuentes romanas y su conexión con los conceptos vinculados a ella, como la buena fe, el dolo y, especialmente, la culpa, examinando los modelos de conducta a los que se remiten los textos para delimitar la imputabilidad por

inobservancia de la misma, en concreto, la *diligentia del bonus paterfamilias*, la *exactissima diligentia* y la *diligentia quam in suis rebus adhibere solet*, núcleo de reflexión sobre la que los juristas romanos estudian esta materia. El trabajo se inicia con el estudio de la *diligentia* en el marco de los valores tradicionales vigentes en la sociedad romana, para luego analizar la diligencia y la buena fe en relación con el binomio dolo-culpa. En este apartado, se hace especial hincapié en la *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* aplicada a las figuras del *bonus* y *diligentissimus paterfamilias* para posteriormente la vinculación de la *summa negligentia* y la *diligentia quam in suis* como criterios de imputación en la *culpa lata* y la *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* como modelo de diligencia subjetivo en el depósito, sociedad y precario.

**RODRÍGUEZ MARTÍN, José-Domingo**, *Consegna nossale del cadavere e privazione di sepoltura in diritto romano*. Capítulo de libro. *Il diritto alla sepoltura nel Mediterraneo antico*, 2021, École Française de Rome.

El trabajo, que se enmarca en una monografía sobre la privación de sepultura en la Antigüedad, aporta la información que sobre la cuestión ofrecen Gayo y los Fragmentos de Autún.

**FUENTESECA, Margarita** (coord.), *Derecho de obligaciones*, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**RODRÍGUEZ-MONTERO, Ramón P., CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana,** (coord.), Derecho de contratos, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**GARCÍA SÁNCHEZ, Justo** (coord.), Derecho comercial romano, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**RODRÍGUEZ ENNES, Luís** (coord.), Derechos reales, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**DOMÍNGUEZ TRISTÁN, Paula,** *Análisis de uno de los elementos característicos de algunas conductas constitutivas de bulliynng en el ámbito de la teoría general del negocio jurídico: la intimidación (vis compulsiva)* en La respuesta de la ley ante el Bullying. Análisis del acoso, el abuso y la intimidación. M. T. Duplá (coord.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 96-137. Capítulo de libro.

La autora presenta un minucioso trabajo en el que analiza la figura de la intimidación, en su regulación romana, como parte de las conductas vinculadas a la actual figura de Bulliyng, revisando algunos aspectos de la configuración del *metus* en Derecho Romano, en el actual derecho civil y realizando finalmente propuestas de futuro.

#### **d) Derecho Procesal**

**FUENTESECA, Margarita**, *Un supuesto de hecho triplicado en el Digesto*, Inter Amicos, Jornadas romanísticas Internacionales, ed. Francisco Cuenca Boy, Miranda de Ebro, 2021, p. 61-64.

El autor analiza tres pasajes del Digesto en los que se plantea exactamente el mismo supuesto de hecho, en forma de caso práctico. Uno de ellos es del jurista Pomponio, y los otros dos son de Ulpiano, de sus comentarios *ad Edictum*. La cuestión que debe ser aclarada es porqué los compiladores desobedecieron las órdenes del emperador Justiniano de eliminar repeticiones innecesarias y de suprimir lo superfluo en la confección de la compilación.

**LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen/ AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> José**, *Ejecución de Sentencias en Jacobo de las Leyes y Partidas Alfonsinas. Fundamentos romanistas*. Revista General de Derecho Romano, 37 (2021). Artículo de revista.

En este trabajo las autoras examinan los fundamentos romanistas de las obras del Maestro Jacobo de las Leyes -Flores del Derecho, Doctrinal de los Pleitos y Partidas-en materia de ejecución de sentencias en el procedimiento civil, tanto la ejecución en cosa cierta como en la dineraria, poniéndolas también en relación con otras obras del *ius commune*, singularmente, el *Ordo Iudiciarius* de Tancredo.

**LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen/AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>José** (coord.), Derecho procesal romano, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

#### **e) Derecho Penal**

**MARTÍN MINGUIJÓN, Ana**, *Furtum usus et furtum possessionis. la quaestio del animus furandi*, Revista General de Derecho Romano, ISSN-e 1697-3046, N<sup>o</sup>. 36, 2021. Artículo de revista.

El objetivo del presente trabajo es analizar textos que proporcionan información útil sobre el *furtum usus* y *furtum possessionis*. Se advierte que, además de la conducta tipificada como *furtum usus* procede esta acción cuando el *fur* tiene responsabilidad por custodia de la cosa, derivada de cualquier relación existente entre este y el propietario de la cosa. Por ello, la autora no limita su trabajo al estudio de los casos del uso excesivo, y en

contra de la voluntad del dueño, por parte del comodatario y del depositario. Se exponen y analizan, también, las distintas opiniones jurisprudenciales sobre qué conductas pueden considerarse que proceden del *animus furandi*. El trabajo concluye con la tutela procesal del propietario y del acreedor pignoraticio y si, en caso de concurrencia de acciones, esta tiene carácter alternativo, o no.

**MARTÍN MINGUIJÓN, Ana**, *Damnatio memoriae et publicatio bonorum post mortem. condenas accesorias por crimen maiestatis*. RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano, nº 27, 2021, págs. p. 1-80. Artículo de revista.

La concepción romana de la memoria eterna persigue la inmortalidad del alma a través del recuerdo perdurable del difunto. Por ello, la condena accesoria a la pena capital o al destierro, la *damnatio memoriae por crimen maiestatis*, fue un castigo cruel y temido que suponía, además, de la deshonra pública, la condena al olvido del condenado, con la aniquilación de cualquier monumento erigido en su honor, el tachado de su nombre y efigie, la *abolitio nominis* y la *rescissio auctorum*. También se decretó, con el mismo carácter accesorio a la pena principal, la *publicatio bonorum* con las consiguientes consecuencias para los herederos del condenado. Ambas penas, supusieron una excepción al principio de que el crimen se extinguía con la muerte del reo.

**PANERO ORIA, Patricia**, *El tratamiento jurídico del acoso, abuso e intimidación en el Derecho Romano*, en *La respuesta de la ley ante el bullying: análisis de la conflictividad y tratamiento jurídico del acoso, el abuso y la intimidación*. Tirant lo Blanch, 2021, pp-. 51-96.

En este trabajo la autora pone de manifiesto que conductas como el acoso, el abuso y la intimidación, constitutivas de bullying, ya fueron no solo conocidas, sino reguladas e incluso en algunos casos sancionadas por el Derecho Romano en el ámbito de los delitos, concretamente en el ámbito de los delitos privados *-delicta-*. En el marco de la noción romana de *iniuria* es donde se encuadran estas conductas. Partiendo de esta idea, se refiere primero y de forma genérica, a los supuestos que configuran la *iniuria* romana, y segundo y ya más concretamente, a aquellos casos recogidos en las fuentes jurídicas romanas que, de una forma u otra, recuerdan al actual bullying, y que se pueden identificar con el acoso, el abuso y la intimidación.

**DOMÍNGUEZ TRISTÁN, Paula/PANERO ORIA, Patricia** (coord.), *Derecho penal romano*, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia**, *Relatos martiriales en pasionarios y textos posteriores: el caso de santa Leocadia de Toledo*, en *Mujeres de la Hispania romana: una mirada al patrimonio* / Alicia Valmaña Ochaíta (ed. lit.), María

José Bravo Bosch (ed. lit.) *Árbol académico*, Rosalía Rodríguez López (ed. lit.) *Árbol académico*, 2021, ISBN 978-84-1377-082-6, págs. 283-318. Capítulo de libro.

La autora presenta un estudio de las referencias que se encuentran sobre santa Leocadia en algunas crónicas históricas de los siglos XVI y XVII, con análisis del Acta pasional que data del siglo VII, probablemente, y comparación de su contenido con otras pasiones.

**VALMAÑA OCHAÍTA, Alicia**, *Pestilentia y pestis: Gestión y culpabilidad en el tratamiento de las epidemias en Roma (especial referencia a la primera década del *Ab urbe condita*)*. Capítulo de libro

Livio recoge varios casos de epidemias a lo largo de los diez primeros libros de su *Ab urbe condita*. En ellos la autora encuentra una visión en la que los remedios humanos se combinan, en general, con la invocación los dioses; sólo en algunos casos muy concretos, la posible epidemia se convierte en un proceso de culpabilización concreta.

**TRISCIUOGLIO, Andrea**, c. a S. Karataş, *Zwischen Bitten und Bestechen. Ambitus in der politischen Kultur der römischen Republik – Der Fall des Cn. Plancius* (Hermes. Klassische Philologie, Einzelschrift B. 115, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2019, pp. 5-328), in *Gnomon* 93.7 (2021), pp. 663-666. Recensión.

## f) Derecho Romano y Recepción

**CLEMENTE FERNÁNDEZ, Ana Isabel**, *Proyección de la 'auctoritas' romana en las fuentes bizantinas*, en *Forum classicorum: perspectivas y avances sobre el Mundo Clásico* / Jesús de la Villa (dir.) Árbol académico, Antonio López Fonseca (dir.) Árbol académico, Emma Falque Rey (dir.) Árbol académico, María Paz de Hoz (dir.) Árbol académico, María José Muñoz Jiménez (dir.) Árbol académico, Irene Villarroel Fernández (dir.), Victoria Recio Muñoz (dir.) Árbol académico, Vol. 2, 2021, ISBN 978-84-09-34327-0, págs. 1109-1116. Capítulo de libro.

En el presente trabajo la autora analiza la noción de '*auctoritas*' en relación con sus equivalentes griegos en el ámbito de las fuentes bizantinas, prestando especial atención a los textos recogidos en los '*Basílicos*' y tomando como premisa las precedentes fuentes romanas. Este estudio se ciñe al examen de la locución '*auctoritas tutoris*' contenida en algunos de los fragmentos del Título 26.8 del Digesto que lleva por rúbrica '*De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*', a fin de examinar dicha expresión en relación con sus equivalentes griegos en la obra jurídica bizantina conocida por el nombre de Basílicos, compilación griega promulgada durante el reinado del emperador León VI (886-912).

**FUENTESECA, Margarita**, *Lectiones*, ed. JMBosch, 2ª ed. 2021. Monografía.

En estas *Lectioes* se exponen las instituciones del Derecho privado y procesal romano en forma de manual resumido para el estudiante, adaptado a los planes de estudio vigentes en las Facultades de Derecho de España. Las veintisiete lecciones aquí contenidas se corresponden con la impartición de la asignatura Derecho romano en trece o catorce semanas de docencia. En esta segunda edición se ha cambiado el formato del texto, pero además se ha realizado una revisión y actualización de alguna de las *Lectioes*.

**LÁZARO GUILLAMÓN, Carmen,** *La recepción del principio spoliatus ante omnia restituendus en el derecho foral histórico valenciano. Vergentis: revista de investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III, ISSN-e 2445-2394, N.º 13, 2021, págs. 19-51. Artículo de revista.*

El concepto de posesión, su régimen jurídico y sus formas de protección en el Derecho foral histórico valenciano, concretamente en los textos de los Furs de València ofrecen, según la autora, uno de los ejemplos más claros de la recepción de ideas y formas del Derecho romano reinterpretadas por la labor de los juristas del *ius commune*, sobre todo, en este caso, por la ampliación del concepto de *possessio* y de su defensa, operada por el Derecho canónico medieval e informado por el principio *spoliatus ante omnia restituendus* que, desde su aplicación a oficios y beneficios eclesiásticos, a derechos señoriales como poder jurisdiccional, incluso también a derechos que hoy calificaríamos de cargas reales, y también a los derechos del cónyuge sobre la comunidad matrimonial, se extiende a la tutela sumaria de la simple

posesión de una cosa a favor de quien ha sido expoliado. En particular, se analizará cómo el denominado canon *Redintegrada* del Decreto de Graciano, así como las Decretales de Gregorio IX, en particular, el título XIII del libro II, cuya rúbrica reza *De restitutione expoliatorum*, se integran en los textos de los Furs de València a los efectos de la protección sumaria de la posesión.

**RESINA SOLA, Pedro** (coord.), Tradición y recepción romanísticas, en Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo Justo García Sánchez (dir.), Ed. AIDROM y Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021, Colecciones: Derecho Romano.

**LÓPEZ-RENDO, Carmen /AZAUSTRE, M<sup>a</sup>José /RODRÍGUEZ DÍAZ, Emma**, *Simulación de juicios, bases de datos y gamificación en Derecho romano*. RIDROM [on line]. 26-2021. p. 575-638. Artículo de revista.

En este artículo las autoras describen diversas metodologías aplicadas en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho romano: 1) la búsqueda de jurisprudencia que contiene fuentes del Derecho romano en las bases de datos especializadas, 2) la simulación de juicios. Procedimiento per formulas y cognitio extra ordinem, y 3) diversas actividades de gamificación: Kahoot, Socrative; todo ello con el fin de favorecer la adquisición y desarrollo de competencias básicas del alumnado, su aproximación a las fuentes jurídicas y su motivación hacia la asignatura.

**MATTILA, HEIKKI E. S**, recensiones a la obra *El latín jurídico. Historia, uso internacional, problemas de comunicación*. Ediciones jurídicas Olejnik 2020. Monografía. Carles Duarte i Montserrat, *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, 75 (2021), 341-343. Galdia, Marcus, *Comparative Legilinguistics*, Vol. 48 (2021), pp. 35-40.

La lengua latina no es solamente un fenómeno histórico en los contextos jurídicos. Todo jurista sabe que, numerosas expresiones y máximas latinas, son usadas casi universalmente en la ciencia del Derecho, a veces también en las decisiones judiciales, en los documentos jurídicos de carácter privado y en los textos legislativos de diversos países. Dado que el latín es la lengua materna de la cultura occidental, este uso facilita la comunicación internacional entre los juristas. No obstante, el aprovechamiento del latín a través de fronteras nacionales no está exento de problemas. El latín jurídico no es un instrumento de comunicación tan estandarizado como, por ejemplo, el latín de la medicina o el latín de la botánica. En las diferentes culturas del Derecho (el common law, los derechos románicos y germánicos etc.) solo se utiliza en parte mismas expresiones y máximas latinas, y también hay diferencias en los significados y en la ortografía de estas. Por eso, es necesario, para los juristas que cooperan profesionalmente con colegas extranjeros, de tener una visión general sobre el valor comunicativo internacional del latín en su disciplina. Además, las expresiones y máximas latinas tienen, desde el punto de vista del ciudadano de a pie, el carácter de un “lenguaje en clave” que solamente puede ser comprendido por los profesionales del Derecho. En consecuencia, los especialistas del buen uso

de la lengua tienen regularmente una actitud crítica al uso del latín en los textos jurídicos. La presente obra trata sobre estos problemas, desde la óptica histórica y, sobre todo, desde la contemporánea. Los aportes de la obra son importantes tanto para los juristas como para los lingüistas y filólogos, en particular para los especialistas de las lenguas clásicas y para los traductores de los textos jurídicos que frecuentemente se topan con expresiones y máximas latinas en su trabajo.

**PERIÑÁN GÓMEZ, Bernardo**, *Prontuario de Jurisprudencia Romana*. Ed. Comares, 2021, Monografía.

Repertorio de 224 voces extensas e interconectadas, sobre Fuentes, Derecho Público, Derecho de Personas, Familia y Sucesiones, Derecho Procesal Civil, Derechos reales y Derecho de obligaciones. Cada voz se acompaña de un texto de las fuentes, traducido, para facilitar la comprensión de los conceptos.

**TRISCIUOGLIO, Andrea**, *Protección de la humanitas, no de los derechos humanos: la experiencia romana*, en *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* 11.27 (2021), pp. 150-156. Artículo de revista.

El autor pretende establecer un puente entre la visión jurídica de los romanos sobre la *humanitas* y la consideración jurídica actual de la humanidad, en el sentido específico de "conjunto de todos los hombres", sin considerar su ciudadanía política, titulares de una serie de derechos fundamentales que permiten plantear una condición humana jurídica "digna".



Universidad de  
Oviedo

# RIDROM

Revista Internacional de Derecho Romano

ISSN 1989-1970

**Abril-2022**  
Full text article

<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>



**María del Pilar Pérez Álvarez**

**Catedrática de Derecho Romano**

**Universidad Autónoma de Madrid**

ORCID ID 0000-0003-3399-3566

**In memoriam. Profesor Esteban Varela Mateos (1942-2022)**

(PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. In memoriam. Profesor Esteban Varela Mateos (1942-2022. RIDROM [on line]. 28-2022. ISSN 1989-1970. pp. 602-608.  
<https://reunido.uniovi.es/index.php/ridrom>).

Conocí al profesor Esteban Varela Mateos en un caluroso día de julio del año 1990 en su despacho del antiguo edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. En aquel primer encuentro, auspiciado por quien había sido mi profesor de Derecho Romano, D. Javier Álvarez de Cienfuegos, acerté a transmitirle mi vocación universitaria y mi firme determinación de dedicarme al estudio del Derecho Romano en el futuro. Debió parecerle convincente porque tuve la gran fortuna de que en aquel mismo momento me trasladara su decisión de dirigir mi tesis. Por entonces ya llevaba él casi veinte años en la Universidad. Por ello, estoy convencida de que muchos otros colegas, amigos o discípulos podrían hacer una semblanza más completa del profesor Varela, de la persona y del académico, con muchos más datos y experiencias vividas. No obstante he aceptado la tarea, que algunos compañeros y amigos me han encomendado, con agradecimiento porque me permite rendir un sencillo y sentido homenaje a mi querido maestro pues, *si las palabras no se las dices a nadie, no son nada*<sup>1</sup>. Procedo, por tanto, a cumplir este encargo entre amigos (origen de todo mandato en opinión de Paulo: *nam originem ex officio atque amicitia trahit*<sup>2</sup>) en la idea de que estas líneas se entiendan no solo como expresión de quien las firma, sino como manifestación del sentir de quienes vivimos la Universidad bajo su magisterio.

---

<sup>1</sup> Delibes, Miguel, *Cinco horas con Mario*, Colección Destino Clásicos, Ed. Destino, 2020.

<sup>2</sup> Paulo en D. 17.1.1.4 (1.32 *ad Ed.*)

El profesor Esteban Varela Mateos nació el 24 de febrero de 1942 en Casasola de Arión, un pueblecito cercano a la comarca de Tierra de Campos en Valladolid. Quizás, su origen forjó su carácter sobrio y austero, lejos de alardes superfluos, con un trato muy afable y humano. Muy familiar con Agustina y con sus dos hijos, Carlos (querido colega y amigo que se dedica también al Derecho Romano) y Mónica, y, ahora, con sus cuatro nietos. Le encantaba dar grandes paseos, el cine, el teatro y, sobre todo, charlar con sus amigos, entre los que me consta que me contaba.

El pasado 31 de marzo partió de forma discreta, despedido en la más estricta intimidad por familiares y amigos de su círculo más íntimo, con la prudencia que le caracterizó en vida y que inculcó a su familia y a los que siempre estuvimos cerca de él. En este aciago momento de consternación por la pérdida reciente me aflige hablar en pasado y evocar nuestras largas horas de charlas y vivencias compartidas.

No es este el momento para dar cuenta de sus contribuciones a la ciencia del Derecho pero me gustaría recordar, siquiera de forma somera, el discurrir de su vida en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad de Zaragoza porque nos ilustrará sobre su forma de entender la labor universitaria.

En 1972 se licenció en Derecho en la Universidad de Salamanca y se doctoró cuatro años después en la Universidad Autónoma de Madrid, obteniendo la máxima calificación de apto *cum laude* con la tesis titulada "*De contutoribus. La cotutela en Derecho*

*Romano*” y bajo la dirección del profesor don Pablo Fuenteseca Díaz. Un año antes había conseguido una beca para la formación del personal investigador, concedida por la Dirección General de Universidades<sup>3</sup>. Posteriormente evidenció interés por el análisis de diversos problemas jurídicos en el ámbito del Derecho privado, especialmente en los sectores del derecho sucesorio y del derecho de familia.

En 1976 ocupó una plaza de profesor adjunto interino<sup>4</sup> hasta que, en abril de 1978, accedió por concurso-oposición a una plaza de profesor adjunto numerario. Categoría con la que continuó su labor docente e investigadora hasta junio de 1982<sup>5</sup>.

En esta fecha accedió a una plaza de profesor agregado de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y allí se trasladó a vivir con Agustina y los niños. Tiempo después rememoraría este período con cierta nostalgia.

En marzo de 1984, tras el preceptivo concurso, accedió a la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y simultaneó sus labores docentes e investigadoras con las de gestión al ser elegido Director del Departamento de Derecho Privado durante cuatro cursos académicos.

---

<sup>3</sup> BOE, núm. 28, de 1 de febrero de 1978.

<sup>4</sup> *ORDEN de 20 de septiembre de 1978 por la que se adjudica destino definitivo a los Profesores adjuntos de Universidad que se mencionan, a través de las Comisiones de Adscripción correspondiente.* BOE número 233, de 29 de septiembre de 1978.

<sup>5</sup> *ORDEN de 28 de abril de 1982 por la que se nombra a don Esteban Varela Mateos, Profesor agregado de Derecho romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.* BOE número 149 de 23 de junio de 1982.

Pero si de algo hablaba con vívido cariño era de su época al frente del Colegio Mayor Universitario Pedro Cerbuna, adscrito a la Universidad de Zaragoza. Fue elegido democráticamente como Director de la institución a finales de 1983 hasta 1989. Él mismo calificaría después este período como un *recuerdo inolvidable, años de convivencia intensa y solidaridad sin límites*<sup>6</sup>. Bajo su mandato se produjeron cambios importantes en el discurrir de la vida colegial para acomodarse a los nuevos tiempos: el Colegio se transformó en mixto coincidiendo con su último año allí y se dieron los primeros pasos para la erradicación de las novatadas a los nuevos residentes. Compañeros de aquella época, profesores de otras disciplinas, destacan la *gran talla humana*<sup>7</sup> y el *buen tino*<sup>8</sup> de don Esteban.

En 1989 vuelve a la Universidad Autónoma de Madrid como Catedrático por concurso de méritos<sup>9</sup>, donde permaneció hasta su jubilación en 2012.

Como profesor merece destacarse su dedicación plena a la Universidad. Llegaba temprano, sobre las 8.00, y bajaba a impartir sus clases en las primeras horas de la mañana. Era atento con sus estudiantes y riguroso con sus estudios y la enseñanza del Derecho Romano. La calidad de sus clases era reconocida por todos. Era un excelente comunicador con la capacidad de transmitir su pasión por

---

<sup>6</sup> Varela Mateos, Esteban, “Recuerdos inolvidables”, *Memorias del Cerbuna*, Zaragoza, Ed. Kronos, 1996, p. 162.

<sup>7</sup> Lomba Fuentes, Joaquín, Catedrático Emérito de la Universidad de Zaragoza, “Treinta y dos años del Cerbuna”, *Memorias del Cerbuna*, Zaragoza, Ed. Kronos, 1996, p. 161.

<sup>8</sup> López Ramón, Fernando, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, en la presentación de la publicación citada: *Memorias del Cerbuna*.

<sup>9</sup> Resolución de 12 de mayo de 1989, de la Universidad Autónoma de Madrid, BOE, núm. 121, de 22 de mayo de 1989.

la historia de Roma y su Derecho y, con ello, estimuló muchas vocaciones universitarias. Me lo recuerdan los numerosos correos de condolencia que he recibido estos días de los compañeros de la Facultad de Derecho, actualmente profesores, catedráticos o titulares, y antiguos alumnos del profesor Varela; invariablemente enfatizan el gran recuerdo que conservan de sus clases en su primer año de carrera, calificándolo como uno de los mejores profesores de su vida universitaria y no universitaria.

Efectivamente era muy querido por todos, pero muy especialmente por sus alumnos. Esto queda patente en una entrevista a uno de sus antiguos discentes, donde al recordar su paso por las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid afirma que *fue una experiencia apasionante. Conocí a grandes profesores. Recuerdo a Esteban Varela, que daba Romano y, en una ocasión, tras la explicación de un tema, nos pusimos toda la clase en pie y le estuvimos aplaudiendo durante diez minutos*<sup>10</sup>.

Nunca ocultó su predilección por la enseñanza que se traducía en el máximo respeto por sus estudiantes, en el rigor en la preparación de sus clases, en su convicción sobre la importancia del estudio del Derecho Romano para la formación de los jóvenes juristas y en la conciencia de que la comprensión de los fenómenos jurídicos solo acontece desde su dimensión histórica.

En su faceta de compañero atendía y trataba estupendamente a todos cuantos trabajábamos con él. Nunca se consideró un

---

<sup>10</sup> Del Álamo, M., "Entrevista a Santiago Gómez Pintado, en *Revista de Cantoblanco. Noticias de la Universidad Autónoma de Madrid*, febrero 2006, p. 13.

maestro, posiblemente su sencillez y humildad no se lo permitieron, pero formó a cuatro discípulas de las que siempre se sintió especialmente orgulloso. Así, de su época de Zaragoza son las tesis de María Victoria Sesma Urzáiz (*El principio salva rerum substantia en el usufructo en Derecho Romano*) y de María del Pilar Va Aguaviva (*Las limitaciones legales a la propiedad de inmuebles en Derecho Romano*). Ya en la Universidad Autónoma de Madrid dirigió los trabajos de María José Torres Parra (*El mandato de crédito como garantía personal*) y de quien suscribe estas líneas con el título: *La bonorum venditio*.

Tras su jubilación seguimos manteniendo un estrecho contacto entre las familias. Hablábamos frecuentemente mientras su enfermedad se lo permitió. Con su fallecimiento pierdo sobre todo un amigo, siempre pendiente de mis logros académicos y personales. Una persona extremadamente generosa con su tiempo, capaz de transmitir consejos y valores inestimables para afrontar y superar momentos difíciles y a veces amargos de la vida.

Permanecerá siempre en la memoria y en el corazón de quienes tuvimos el honor y la fortuna de conocerle. Descanse en paz.

María del Pilar Pérez Álvarez  
Catedrática de Derecho Romano  
Universidad Autónoma de Madrid