

clava ó libertina era tolerado y Augusto lo sancionó con el nombre de *concubinato*, de tal modo que á veces era difícil distinguirlo del matrimonio, no en cuanto á sus efectos, sino en cuanto á la voluntad ó propósito de esas uniones, á la intención de los que las aceptaban, pues *adjetio maritalis* podía confundirse con el concubinato. Este no producía ninguno de los efectos civiles del matrimonio; pero los hijos nacidos de esa unión eran *naturales* y producía parentesco respecto de la madre, y aun posteriormente respecto del padre, permitiendo Constantino su legitimación y concediéndoles Justiniano algunos derechos hereditarios. El Emperador Basilio abolió el concubinato; pero el Emperador León lo restableció. (1)

PROPIEDAD.

232 Los pueblos germanos no conocieron la propiedad individual á lo menos respecto del suelo (Julio César *de bello galico* IV, I.—Tácito *Germania* c. 26.—Lex Ripuariorum etc.) Entre los romanos pasaba lo mismo tanto respecto de muebles como de in-

(1) Cita Mayns, (§ 325) los cánones del Concilio de Toledo (año de 400) insertos en el cuerpo del derecho canónico (Gratiani Decretum Pars I Distin. 34 cap. 91) permitiendo el concubinato á los no casados. Nuestras leyes de Partida, quizá por una copia servil, reglamentaron el concubinato en el título 14 Partida 4^a llamando *barraganas* á las concubinas, palabra que viene, según esas leyes, de *barra* (fuera de) y *gana* (ganancia), ó *ganancia fuera* de la ley.

muebles; pero las concesiones que el Estado hacía á los nobles y á los plebeyos, el derecho que aquellos tenían á usar del *ager público* aumentado con las conquistas, la acumulación de riquezas y la influencia del *jus gentium* condujeron muy pronto á consolidar la propiedad privada tal como lo define la instituta; *plena in ré potestas*. (Inst. Lib. 2, tít. 4^o § 4^o.) Como en todo pueblo incipiente y rudo, la riqueza principal consistía en la tierra que ocupaba y en animales de servicio, única riqueza de que se preocupaba el derecho, y por eso la primera clasificación de cosas apropiables fué de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, perteneciendo á la primera los fondos itálicos, suelo, casas y servidumbres, esclavos, bueyes, caballos, mulas y asnos; y siendo *nec Mancipi* todas las demás cosas. Esta diferencia era radical, porque el goce ó dominio de las primeras se regía por el derecho quiritorio, y el de las segundas por la costumbre ó derecho de gentes. Como el dominio de las primeras sólo había podido ser adquirido del Estado ó con su consentimiento y garantía, no podía transmitirse sino con la forma sacramental de la *mancipación* ó por la *jure cesio* (de que luego hablaremos); mientras que las demás cosas podían enagenarse por la sola tradición, pero sólo las primeras gozaban de la plena protección de la ley, á beneficio de los solos ciudadanos romanos ó de los que gozaban del *comercium* romano. Los peregrinos no gozaban, pues, del derecho de propiedad quiritaria; pero los pretores les concedieron una *actio in rem* para defender la que habían adquirido y que estaba en su patrimonio, *in bonis* (propiedad bonitaria) según las costumbres de los pueblos en general, ó sea, según el derecho de gentes: *jus gentium*. Y á medida que este derecho

prevalecía por las necesidades del comercio se fundió en el *jus gentium* la propiedad quiritaria, desapareciendo esta, sobre todo después de la constitución de Caracalla que extendió el derecho de ciudadanía; y desapareció también la diferencia entre el suelo provincial y el suelo itálico en cuya virtud sólo en este cabía el derecho quiritario de propiedad, y no en aquel cuyos fundos pagaban una renta anual (*vectigal*) que se transformó en contribución, pues privada Italia de la inmunidad de impuestos, desaparecidas las formas de *mancipatio* y *cessio in fure* y admitida la prescripción (*longi temporis possessio*) para los fundos provinciales (sólo en el suelo itálico se aplicaban la *usucapion*) quedaron asimiladas las propiedades provinciales con las itálicas. Además, aun respecto de estas cuando no se había transmitido el dominio con las solemnidades dichas, el poseedor se defendía contra el que reclamaba la cosa con la excepción *doli*, y más tarde con la de *rei venditæ et traditæ* y la *publiciana* (1) creadas por el pretor y que originaron la antítesis entre dominio bonitario y quiritario, habiendo además los pretores creado otros modos ficticios de adquirir la propiedad. Esa antítesis desapareció por varias constituciones de Justiniano (L. 1 C. de nudo jur y 1 de usucap.) de manera que en las Institutas quedaron comprendidas en una sola regla todas las propiedades de las provincias y de Italia, desaparecieron las formas solemnes (2) de tras-

(1) En cuya virtud se daba por consumada entre terceros una prescripción pendiente.

(2) Estas formas solemnes únicas hábiles en los primeros tiempos de Roma para adquirir y transmitir la propiedad eran: la *mancipatio*, la *in jure cessio*, *sub corona emptio*, *bonorum sectio* ó *venditio* y *lex*. La primera era la venta en presencia de cinco testi-

mitir el dominio, se identificó la *usucapion* con la prescripción, se fundió el derecho quiritario en el de gentes ó natural y puede seguirse el proceso jurídico de esta fusión comparando los modos *quiritarios* antiguos con los de la época justiniana de adquirir el dominio y los cuales, tomados de Destrais, con-signa la siguiente enumeración:

333 Por derecho quiritario, *ex jure* quiritum se adquiere el dominio: I por sucesión hereditaria de derecho civil (Varro *de re reest* 2, 10-4). II *In jure cessio hereditatis*. III Partitio (G. II 254) IV *In manum conventio*. V. Sectio (Varro id 2, 10, 4) VI. *Adrogatio*.

gos representantes de las cinco tribus ó clases romanas y de otro que tenía la balanza y pesaba el metal (*ibri pens*); el precio estaba representado por un lingote de metal ó una moneda que tenía el comprador, y el vendedor ponía la mano en la cosa enagenada diciendo el primero: *hanc ego rem ex jure quiritum meam esse aio* y el adquirente contestaba *eaque mihi emptæ est hoc re æneaque libra*, y á este contrato podían añadirse otras convenciones. La *in jure cessio* era un litigio fingido en cual el que quería adquirir fingía una reclamación ante el pretor poniendo la fórmula de la reevindicación; el enagenante no contradecía esa acción (*actio legis*) y el magistrado atribuía la propiedad al primero. La *in jure cessio* se aplicaba á muchos objetos, como los incorporales, servidumbres y derechos de familia y subsistió y se hace mención de ella en tiempo de Diocleciano, y de la *mancipatio* á fines del siglo 4º; después la *traditio* ocupa el lugar de estas viejas solemnidades. *Sub corona* era la venta de esclavos que hacia el Estado, exponiéndoles con una corona ceñida. La *bonorum sectio* era la venta que ha hacia el Estado, *subhastatio*, bajo la lanza que se clavaba en el lugar de la almoneda como símbolo de la propiedad quiritaria, y el adjudicatario tenía el interdicto *sectorium* para la toma de posesión. La *lex* ó la ley comprendía todos los modos en los que por simple ministerio de la ley se transmitía el dominio, como son los casos de los *caduca* de la ley Papia Pópea, las *æreptoria* etc.

VII Modos *naturales* de adquirir las cosas *nec mancipi* y comprenden: *Ocupatio* (Fiestus V *Possessiones*, Cicero *de officis* 1, 7, 21): *Accesio* (Arg. L. 11 § 7 *de publ. in rem act* 6, 2): *Traditio* (Ulp. Reg. XIX 7 y 2) Acescion de frutos: VIII Modos *ciniles* particulares que son: del Estado; *Mancipatio*. (Varro *de re ust.* II, 10, n. 4. Ulp. Reg. XIX 2): *In jure cessio* (id) *Adjudicatio* (Ulp. Reg. citada. Arg. Vat. frag. § 47): *Lege acquirere* (Ulp. Reg. cit.): *Usucapio* (Varro loc. cit. Ulp. loc. cit.)

334 *Por derecho Natural* ó de Gentes se adquiría la propiedad natural ó *in bonis*: I por sucesión hereditaria pretoriana (Gayo III 80 y VI 34. L. 70 § 1º *de verb. seg.* 50, 16): II Por la *bonorum venditio* Rectiliana (Gayo loc. crt.) III Por restitución de fideicomiso en virtud del Senado-consulta Trebeliano (Gayo 11, 253 y 255. Párrafo 4 in fin. Inst. *de fideie hæred* 2, 23. L. 63 pr. ad sct. Trebell 36, 1. L. 12, § 1 *de publ. in rem act.* 6, 2. L. 24 § 1º. *Fanereise* 10, 2. L. 2 § 19 *pro empt.* 41, 4). IV Por aplicación del senado consulta Claudiano. V. Por *adictio bonorum libertatum conservandarum causa* (Pr. Inst. *De eo cui libert causa* 3, 11, L. 3 y 4 § 21. *De fideicom libert.* 40, 5). VI *Ocupatio non bellica*. VII *Accessio* (L. 11 § 7 *Depubl. in rem act* 6, 2. VIII *Traditio* (Gayo, II, y 204, Ulp. Frag. 1, 16). IX Por trasmisión pretoriana que comprende: *litis æstimatio* LL 46 *de rei vind* 6, 1) Embargo *ex causa noxali* de esclavo L 2 § 1 in fine, si *ex nox caus* 2, 9. L. 26 § 6 in fine y L. 28 *de nox act.* 9, 4.—L. 6. *De publ. in rem act.* 6, 2). Entrega de posesión *dam ni infecti causa ex secundo decreto*. L. 5 pr. Ley 15 § 26 y 27 *De damn infec.* 39, 2, L. 5 *com. deid*: 10, 3. L. 3 § 23 in fine *de aeq vel mit possess* 41, 2): Por el interdicte *de arboribus cædendis*

(dicho título 43, 27): Por la acción publiciana reccioria: Por la *adjuicatio iudicio imperio* continenti. L. 7 pr. *De publ. in rem, act.* 6, 2 L. 44 § 1 *Fam ercise.* 10, 1.) X Por restitución voluntaria de infedeicomiso *ex senalus consulto Pegasiano* (Gayo II 260) y XI Por percepción de frutos.

235 Entre estos modos de adquirir los más capitales esenciales en toda sociedad son las sucesiones hereditarias, de que hablaremos separadamente, la prescripción y la tradición. Al principio y según la ley de las doce tablas no había más que *usucapion* en favor del ciudadano romano y de fundos itálicos; pero bajo los Emperadores cristianos (Cód. 7 39 *de prescrip* XXX vel X L. *annonum*) se introdujo la prescripción de largo tiempo para toda clase de fondos de todas las provincias y ya bajo Justiniano no se hace mención de extranjeros, creyendo algunos que la introducción de esta reforma remontó á época más lejana (Véase *Destrais op. cit.*) En cuanto á la tradición, ella era un modo de adquirir la propiedad en virtud del principio, desechado en las legislaciones modernas, de que *non nudis pactis, sed traditione dominium rerum transferuntur*; pero el hecho material de la tradición necesita una causa jurídica y esta viene á consistir principalmente en los contratos translativos de propiedad, como compra-venta, permuta, etc.

236 Al lado del dominio, el derecho romano desarrolló con maestría lógica el sistema de *derechos reales* que todavía existen hoy en las legislaciones modernas, así como también la teoría de la posesión y la clasificación de las cosas ó bienes. Los derechos reales eran la enfiteusis, la superficie, la servidumbre y la hipoteca en el mismo sentido sustancial en que existen hoy

estos sistemas jurídicos. La enteusis debe su origen á los arrendamientos á perpetuidad que hacían las corporaciones al principio y más tarde los Emperadores; y para garantizar los derechos de los arrendatarios se les concedió una acción útil (*actio vectigalis*), contra el arrendador y contra terceros despojantes, y así se transformó en derecho real, designándose á esos arrendatarios con el nombre de enfitéutas (cultivadores), y habiendo pasado después este contrato al uso de los particulares propietarios. En cuanto á la posesión, debe su origen al derecho de los pretores que crearon medios para proteger la posesión de hecho, el *statu quo*, contra cualquier perturbador ó despojante, sin preocupar la cuestión de propiedad del poseedor; estos medios llamados interdictos y la teoría de la posesión son instituciones que perfeccionadas por la labor jurídica de Roma, se han perpetuado á través de los siglos y son obra de precisión, de lógica, de sabiduría del derecho romano. Finalmente, éste hizo la clasificación de las cosas ó bienes (que todavía hoy copian los códigos modernos, á pesar de su imperfección científica), dividiéndolas en cosas que están fuera del comercio, como las santas, sagradas y religiosas, y cosas que están dentro del comercio, las cuales son públicas ó particulares; en cosas de uso común á todos los hombres y animales, como el aire, el agua, etc., y cosas de uso común para sólo los hombres y aún para sólo los vecinos de pueblo determinado, como calles, plazas, caminos, etc.

OBLIGACIONES.

237 Obra maestra también y de admirable desarrollo progresivo bajo la sabiduría, previsión y unidad lógica de los trabajos de los pretores y de los jurisconsultos, fué la teoría ó sistema de las obligaciones. Obra maestra aquella que comenzó con las rudas y groseras pantomimas del trueque y el *nexum*, hasta llegar á prever la infinita y complicadísima variedad de todas las relaciones particulares en materia civil que el progreso de los siglos y el crecimiento de las sociedades inventa día á día; y esto bajo un plan de unidad, de armonía lógica, exactitud literaria y de precisión admirable. Los pueblos rudos y primitivos casi no tienen ó no necesitan de otro contrato que el de *trueque* directo, faltándoles la moneda; y este contrato fué el primero reglamentado por el derecho romano, porque él es el germen económico de todo contrato, él incubaba, por decirlo así, la forma primitiva de la cooperación social, forma que cambiará, pero subsistiendo en toda obligación ese hecho sustancial: la *cooperación*, que es lo que constituye una sociedad. Así como la propiedad (acabamos de verlo), se transmitía por la *mancipatio*, así esta forma servía para contraer obligaciones, con la diferencia, de que en lugar de transferirse el dominio de una cosa, quedaba *obligada la persona del deudor*, quedaba encadenado, *nexus erat*, y el acreedor podía secuestrar su persona por la *manus injectio* y tenerla en *mancipium*; y á esta obligación sus-