

## P R O G R A M A

### 1.- PRESENTACIÓN

Suele afirmarse, desde una perspectiva formalista, que el Derecho romano ha dejado de ser un ordenamiento jurídico vigente y que ha quedado reducido a mero apartado de la Historia del Derecho. Según este criterio simplificador, las Constituciones y los Códigos que, tras la Revolución francesa, han entrado en vigor, a lo largo del siglo XIX, son considerados como actos creadores *ex novo*, por lo que suponen una ruptura completa con los antecedentes de Derecho histórico. Así habría ocurrido, por ejemplo, con el Código napoleónico en Francia, con el BGB alemán o con el Código civil español.

Sin embargo, tales afirmaciones son válidas sólo en cierta medida. Es evidente que el paso de la Edad Moderna a la Edad Contemporánea supone un cambio radical, pero no hasta el extremo de haber introducido un ordenamiento totalmente original y novedoso. Podemos plantear, pues, importantes objeciones frente a ese criterio inicial.

Ante todo, el Derecho romano de la Edad Antigua, que evoluciona desde el siglo VIII a. C. hasta el siglo V d. C., es un ordenamiento jurídico dotado de vigencia plena e inmediata. Pero lo más importante es constatar que no va a desaparecer tras la caída del Imperio de Occidente. En efecto, después de haber extendido su vigencia, más allá de la Ciudad, a todo el Orbe mediterráneo y de haber alcanzado un grado de elaboración completa, se imponía su recopilación definitiva, como así sucedió con ocasión de la obra sistemática del emperador bizantino Justiniano. Asimismo, el Imperio de Oriente se mantiene a lo largo de la Edad Media, hasta el siglo XV, y el Imperio de Occidente, restaurado en la persona de Carlomagno, pervive, después, como Sacro Imperio Romano-Germánico, hasta los tiempos de Napoleón.

De este modo, podemos afirmar que el Derecho romano, a través del *Corpus Iuris Civilis* de origen justiniano, va a recuperar su vigencia, pero no como un ordenamiento capaz de renovarse legalmente, sino como un modelo definitivamente cristalizado e inalterable, aunque susceptible de actualización a través de la doctrina. Todo ello nos lleva a la convicción de la existencia de una Tradición romanística medieval, moderna y contemporánea.

En primer término, la Tradición romanística medieval, que tiene lugar entre los siglos V y XV d. C., se desarrolla en una circunstancia histórica fuertemente condicionada por la teocracia pontificia, o predominio del poder espiritual del Papado sobre el poder temporal de los monarcas, y por el régimen estamental, dominado por la nobleza y el clero, en detrimento del pueblo llano. En tales condiciones, la obra de los glosadores y comentaristas facilita la persistencia del ideal secular y ciudadano, frente a los ordenamientos canónico y feudal, éste último de carácter consuetudinario. A partir de la doctrina universitaria que los juristas civilistas extraen de las fuentes romanas, se hace posible la configuración de un Derecho común romano-canónico, que cumple la función de ordenación interregional. En este sentido, podemos hablar, todavía, de una vigencia

parcial y mediata. Al mismo tiempo, gracias al fenómeno de la Recepción, en el seno de los nuevos ordenamientos propios, locales y regionales, se produce una forma de vigencia, que también podemos denominar supletoria, es decir, complementaria de los citados Derechos propios locales y regionales, que van constituyéndose a lo largo del tiempo (*ius commune-iura propria*). Entre los ejemplos más significativos de Recepción, se encuentra el libro de Las Siete Partidas, en el ámbito de la Corona de Castilla. Tal vigencia supletoria tiene por objeto facilitar la interpretación, clarificadora e integradora, de las nuevas normas a la luz del Derecho histórico.

Nos referimos, en segundo término, a la Tradición romanística moderna, que comprende los siglos XVI, XVII y XVIII. Hemos de destacar acontecimientos trascendentales, como la caída del Imperio de Oriente y Constantinopla, el descubrimiento y colonización de América, la Reforma protestante y la Contrarreforma católica, e incluso las guerras de religión. Las circunstancias históricas cambian profundamente, siendo un hecho de especial relevancia la creación del Estado moderno de carácter absoluto, tanto en el ámbito de la monarquía católica como en los reinos protestantes. Se pasa, entonces, de la teocracia pontificia al absolutismo monárquico, en un contexto en que las insuficiencias del Derecho común romano-canónico resultan patentes. Los autores tienen ante sí el reto de configurar un nuevo Derecho natural y de gentes que permita normalizar las relaciones interestatales, de acuerdo con los principios de la razón universal, tras la superación del concepto unitario de Derecho común romano-canónico-feudal del periodo medieval. Destacan, en este sentido, dos orientaciones metodológicas fundamentales, representadas por F. de Vitoria, en el marco de la Segunda escolástica, y por H. Grocio. Asimismo, tales principios racionales están destinados a delimitar los poderes de monarca absoluto. Uno de los ejemplos ilustrativos de Recepción moderna se encuentra en la Glosa latina incorporada por el jurista G. López al texto castellano de Las Partidas. Las nuevas escuelas jurídicas de inspiración romanística vienen identificadas con los términos de *mos italicus*, *mos gallicus*, *usus modernus pandectarum*. En suma, la vigencia parcial y mediata, o bien supletoria, del Derecho romano permanece, tras las oportunas modificaciones.

En tercer lugar, cabe preguntarse si podemos admitir la existencia de una Tradición romanística contemporánea, a pesar de las transformaciones, incluso revolucionarias, que ahora tienen lugar. Se trata, en efecto, de un periodo en que, tras la caída del régimen estamental y de los privilegios nobiliarios y clericales, van configurándose los ordenamientos propios de las Naciones-Estado, en el contexto del Derecho internacional público y privado. La respuesta a esta pregunta es afirmativa, al menos en el sentido de vigencia supletoria implícita<sup>1</sup>, a través de las reglas y principios generales del Derecho, desarrollados por mediación de la jurisprudencia y la doctrina contemporáneas, junto con los antecedentes históricos (*nihil fit ex nihilo; nihil sub sole novum*). Un ejemplo ilustrativo, entre otros muchos, es la regla *negativa non sunt probanda*.

---

<sup>1</sup> En el marco del Derecho foral, podemos encontrar incluso el reconocimiento explícito de esa vigencia supletoria, como pone de manifiesto la Ley 1 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. En cuanto al Derecho común, los arts. 1 y 3 del Código Civil hacen referencia a los principios generales y a los antecedentes históricos. En este sentido, F. REINOSO, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1987.

Por lo que se refiere al Derecho internacional, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se remite a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Citamos también la obra, AA VV, *Principios de Derecho contractual europeo*, Madrid, 2003.

## 2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL APRENDIZAJE

Concepción interdisciplinar del ordenamiento jurídico estatal e interestatal

Comprensión del sistema de las instituciones

Iniciación al método de razonamiento casuístico

## 3.- ACTIVIDADES ACADÉMICAS

Consulta de los materiales docentes publicados, a través del Campus virtual, y de la bibliografía recomendada

Clases teórico-prácticas

Tutorías, presenciales y no presenciales, a través del Campus virtual

Trabajo fin de curso y examen final

Otras actividades complementarias

## 4.- EVALUACIÓN

La normativa de la Universidad de Alicante, relativa a la implantación de Títulos de Grado, establece (en su art.16.1 f) lo siguiente: *Los nuevos planes de estudio requieren del sistema de evaluación continuada. Por tanto, dado que el alumno debe adquirir parte de las competencias como consecuencia del desarrollo de la actividad docente planificada, en aquellas situaciones en que haya una prueba final su aportación a la calificación no excederá del 50%.*

De acuerdo con este sistema de evaluación continuada, establecemos cuatro calificaciones diversas, cuya media aritmética da como resultado la calificación definitiva:

1<sup>a</sup>.- **Nota teórica parcial**, a partir de las redacciones entregadas al final de clase, sobre comentarios de textos latinos, aplicando el criterio “50 puntos = 10”.

2<sup>a</sup>.- **Nota práctica parcial**, a partir de las intervenciones orales en clase, sobre traducciones, cuestiones, definiciones, clasificaciones, ejemplos, casos, etc., aplicando el criterio “50 puntos = 10”.

3<sup>a</sup>.- **Nota teórica final**, a partir de examen final, de 0 a 10 puntos.

4<sup>a</sup>.- **Nota práctica final**, a partir del trabajo fin curso, sobre el caso práctico, de 0 a 10 puntos.

## 5.- TEMARIO

TEMA 1: Derecho romano actual: Introducción. 1.- Recepción contemporánea. 2.- Antecedentes del Derecho romano actual: Época moderna; época bajomedieval; época altomedieval; época justiniana; época postclásica; época clásica; época preclásica; época arcaica.

TEMA 2: Derecho objetivo romano actual: Introducción. 1.- Fuentes de derecho objetivo. 2.- Criterios aplicables de derecho objetivo.

TEMA 3: Régimen del hecho jurídico romano actual: Introducción. 1.- Hechos naturales. 2.- Acciones u omisiones ilícitas. 3.- Actos lícitos sustantivos. 4.- Actos lícitos procesales.

TEMA 4: Derecho subjetivo romano actual: Introducción. 1.- Derechos personales (persona física y jurídica). 2.- Derechos personales (familia). 3.- Derechos patrimoniales (bienes públicos). 4.- Derechos patrimoniales (reales). 5.- Posesión. 6.- Derechos patrimoniales (sucesión hereditaria).

TEMA 5: Razonamiento jurídico romano actual: Introducción. 1.- Razonamiento probatorio. 2.- Razonamiento demostrativo.

## 6.- MATERIALES DOCENTES

Los materiales docentes de la Asignatura están publicados en el repositorio de la Universidad de Alicante (RUA) y vinculados a la misma a través del Campus virtual, de modo que los estudiantes pueden consultarlos y descargarlos.

## 7.- BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS

Entre las fuentes de información a que puede acudir, se encuentran las siguientes:

Alcaraz, E. y Hughes, B., *El español jurídico*, Madrid, 2009

Alcaraz, E., *El inglés jurídico*, Barcelona, 2002

Alcaraz, E. y Hughes, B., *Diccionario de términos jurídicos, Inglés-español, Spanish-English*, Barcelona, 1993

Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Jersey, 2004

*Code Civil, avec des notes indicatives des lois romaines*, H.J.B. Dard, París, 1805

*Corpus Iuris Civilis*, edición bilingüe de I. García del Corral, 6 vols., Barcelona 1889-98

*Corpus Iuris Civilis*, edición electrónica, accesible a través de [www.derecho-romano.org/](http://www.derecho-romano.org/)

Domingo, R., Principios de Derecho global, Madrid, 2003

Mans, J. M., Los principios generales del Derecho, Barcelona, 1947

Reinoso, F., Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1987

Stein, P., *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999

Torrent, A., Derecho público romano y sistema de fuentes, Zaragoza, 2002

Torrent, A., Manual de Derecho privado romano, Madrid, 2002

Torrent, A., Diccionario de Derecho romano, Madrid, 2005

Bases de datos de legislación, jurisprudencia, doctrina, etc.

## 8.- ANEXO (CASO PRÁCTICO)

Documento TOL408.818 Jurisprudencia

Cabecera: APROPIACION INDEBIDA. Animus rerum sibi habendi. Delito apropiación indebida, no devolución del vehículo en alquiler. En la Villa de Madrid, a quince de abril de dos mil cuatro.

**Jurisdicción:** Penal

**Ponente:** [Miguel Colmenero Menéndez de Luarca](#)

**Origen:** Tribunal Supremo

**Fecha:** 15/04/2004

**Tipo resolución:** Auto

**Sala:** Segunda

**Sección:** Primera

**Número Sentencia:** 561/2004

**Número Recurso:** 2297/2002

**ENCABEZAMIENTO:**

Número de Resolución: 561

Procedimiento: Auto de Inadmisión

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a quince de Abril de dos mil cuatro.

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Dictada Sentencia por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Cuarta), en autos nº Rollo 245/97 dimanante de la causa 201/97 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Valencia, se interpuso Recurso de Casación por Gerardo representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Lucía Carazo Gallo.

SEGUNDO.- En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

TERCERO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución, el Magistrado Excmo. Sr. Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- Por la representación procesal del recurrente, se formula recurso de casación contra la sentencia de 25 de junio de 2002, dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, por la que se condena a Gerardo, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria legal correspondiente y con pronunciamientos sobre responsabilidad civil, como autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal.

Como primer motivo, se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del principio de presunción de inocencia; y como segundo motivo, infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal.

SEGUNDO.- Como primer motivo, se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución.

A) Fundamenta este motivo la parte recurrente en que en los hechos declarados probados, se expresa que el día 9 de enero de 1997, el acusado se puso en contacto con la empresa de alquiler de vehículos, para manifestar que iba a devolver el automóvil arrendado, dándose una prórroga del contrato originalmente pactado hasta fecha indefinida, por lo que no existió el propósito de hacer suyo el vehículo alquilado.

B) Como tiene declarado esta Sala, en reiteradas ocasiones, (STS 175/2000, de 7 de febrero, por vía de ejemplo), se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se condena sin pruebas, o éstas son insuficientes, o éstas no son susceptibles de valoración, por su ilicitud o su irregularidad en la obtención y práctica de la prueba. También cuando la motivación de la convicción que el Tribunal expresa en la sentencia es irracional o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica. Consecuentemente, el ámbito sobre el que se ejerce el control revisor del derecho fundamental que se invoca se contrae a comprobar que ante el Tribunal de la instancia se practicó la precisa actividad probatoria; que ésta es susceptible de ser valorada, por su práctica en condiciones de regularidad y licitud previstas en la ley, concurriendo los requisitos de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva; que tiene el

sentido preciso de cargo; que permite imputar a una persona, objetiva y subjetivamente, unos hechos por los que es acusado; y que la valoración de la prueba desarrollada por el Tribunal de instancia es racional y lógica (STS 5- 6-02).

Ahora bien, uno de los puntos que se cuestiona en el caso que nos ocupa, es un elemento subjetivo del tipo, en concreto, la intención de hacer propia ilícitamente la cosa cuya posesión se ostenta, en virtud de título que obliga a su restitución. Como todos los elementos de esta índole, por su misma naturaleza, pertenecientes a la esfera íntima del individuo, sólo son perceptibles -a salvo de la confesión del imputado en tal sentido- mediante un juicio de inferencia deducido del análisis razonado, razonable y convincente del caso objeto de enjuiciamiento (STS 22-5-01).

El alcance de la presunción de inocencia se extiende a los datos objetivos y materiales del comportamiento típico y de la participación tenida en él por el acusado, pero no a los elementos subjetivos del tipo, ya que por su misma naturaleza no pueden percibirse por los sentidos ni ser objeto de prueba en sentido estricto -testifical, documental, etc.-, debiendo por ello obtenerse a partir de los datos objetivos y materiales probados, mediante juicio de inferencia, esto es, a través de la deducción razonable según las reglas de la lógica y de la experiencia, y cuya impugnación corresponde al cauce casacional del artículo 849.1º por infracción de Ley en la medida en que se combate la apreciación de un elemento subjetivo del tipo (STS 9-10-01).

Por otra parte, como la jurisprudencia ya consolidada de este Tribunal ha establecido, en reiteradas ocasiones, "la doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a probar a cada parte aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el "onus" de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sin o que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas. En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones, en virtud de los principios procesales "onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat" y "afirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sunt probanda".

C) En el caso que se plantea mediante el presente motivo, el Tribunal de Instancia ha expresado los criterios para estimar que ha quedado ausente de toda acreditación la existencia de una prórroga en el contrato de alquiler del vehículo, habiendo quedado demostrado, simplemente, que el día 9 de enero de 1997, el acusado se puso en contacto telefónicamente con la empresa de alquiler, manifestando que devolvería el coche de manera inconcreta, al volver de un viaje a Madrid, pero sin que pueda atenderse la existencia de esa referida prórroga, como dice el Tribunal con razón, cuando el inculpado deja transcurrir más de 45 días, y aun así no lo devuelve, sino que es la policía la que ocupa casualmente el vehículo a resultas de una actuación policial desvinculada de los presentes hechos, y cuando precisamente el vehículo se encontraba estacionado en las cercanías del lugar donde debería realizarse la devolución. Estos criterios contrarrestan las manifestaciones del recurrente en el sentido de una prórroga indefinida del contrato de arrendamiento que por otro lado resulta poco creíble por ser

contraria a las prácticas de mercado en el sector, al quedar inconcreta la entrega del vehículo.

Así las cosas, no puede alegarse que el Tribunal de Instancia haya dictado fallo condenatorio en ausencia de prueba y conforme a criterios de inferencia contrarios a la lógica y a la experiencia humana. Debe recordarse en este apartado, como reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala ha expuesto, que corresponden a quien ejerce la acusación probar los hechos constitutivos de ilícito penal, como lo es, en el presente caso, la obligación de restituir la cosa en virtud de contrato, y la omisión por parte del recurrente de esta obligación, pese a poder hacerlo y por un lapso de tiempo y en unas condiciones que permiten suponer el ánimo del acusado de hacer suya la cosa incorporándola a su propio patrimonio, correspondiendo, en virtud del reparto de la carga de la prueba, al acusado acreditar, como lo ha intentado sin éxito, la existencia de causa que legitime tal omisión.

Por todo lo expuesto, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad a lo que determina el artículo 885. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Como segundo motivo se alega infracción de ley al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal.

A) En apoyo de este motivo la parte recurrente invoca paralelamente a lo expuesto en el ordinal anterior la falta del elemento subjetivo del tipo de hacer la cosa suya por parte del acusado.

B) Es doctrina de esta Sala -entre otras, 1311/2000 de 21 de julio y 1566/2001, de 4 de septiembre, 445/2002 de 8 de marzo, 2182/2002 de 24 de mayo, 1289/2002 de 9 de julio y 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002, de 26 de noviembre- que en el delito de apropiación indebida, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto ("o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos"), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada "incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el iter criminis se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro de lo recibido lo que constituye deslealtad e incumplimiento del encargo recibido, que colma el "tipo de infidelidad", que tras una considerable evolución doctrinal y jurisprudencial es una de las modalidades del delito de apropiación indebida. (STS 4/02/2003)

C) El presente motivo se interpone por la parte recurrente como consecuencia obligada del anterior y en realidad vienen los dos a pivotar sobre la misma razón, la falta de acreditación del ánimo del recurrente de hacer suyo el vehículo alquilado.

Siendo éste un elemento subjetivo del tipo, su apreciación sólo puede hacerse mediante juicio de inferencia de las circunstancias concomitantes, anteriores, posteriores y



coetáneas a los hechos. En el caso presente, como ya se ha expuesto en el ordinal anterior, el Tribunal de Instancia estima la existencia de tal ánimo de hacer suya la cosa o "rerum sibi habendi" del transcurso de más de 45 días en devolver el automóvil, el hallazgo puramente casual del mismo por la policía y a resultas de otra actuación policial, y en definitiva, encontrar el vehículo estacionado en las proximidades del lugar donde habría de realizarse la devolución. En tal estado de cosas, es factible suponer con arreglo a la lógica, la intención del sujeto activo de incorporar el bien a su propio patrimonio, mediante su uso y disfrute indefinidamente, mucho más allá de los términos convenidos.

Por todo lo expuesto, procede la inadmisión del presente motivo de conformidad a lo que determina el artículo 885. 1º de la Ley Enjuiciamiento Criminal.

**FALLO:**

NO HABER LUGAR A LA ADMISIÓN del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Así lo acordaron y firman los Excmos. Sres. que han constituido Sala para ver y decidir esta resolución.

N. B.: El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

**TABLA 1**  
**DERECHO ROMANO ACTUAL**

Índice	Pgs.
Introducción .....	1
1.- Recepción contemporánea .....	5
2.- Antecedentes del Derecho romano actual	
Época moderna .....	17
Época bajomedieval .....	19
Época altomedieval .....	22
Época justiniana .....	24
Época postclásica .....	26
Época clásica .....	28
Época preclásica .....	31
Época arcaica .....	35

**Introducción**

1.- El Derecho romano como “Historia del Derecho” y como “Derecho histórico”

La expresión latina *duplex interpretatio* hace referencia a la existencia de dos modos de concebir el Derecho romano: En primer lugar, como “Historia del Derecho” y, en segundo lugar, como “Derecho histórico”. Se trata de dos planteamientos metodológicos diversos, pero complementarios. El primero de ellos, orientado más bien a la investigación científica; el segundo, sobre todo a la enseñanza e incluso a la práctica jurídica.

1.1 El Derecho romano, en el sentido de Historia del Derecho, es aquel **ordenamiento jurídico que ha evolucionado a lo largo del tiempo, desde la fundación de la Ciudad-Estado (siglo VIII a. C.) hasta la caída del Imperio de Occidente (476 d. C.) y la época de la compilación justiniana (s. VI d. C.)**. El objeto de estudio se circunscribe a la Edad Antigua y los temas son abordados conforme a un método de trabajo más histórico y evolutivo que institucional y técnico-jurídico. Es decir, se estudia el Derecho romano como un ordenamiento que, en su conjunto,

tuvo vigencia plena e inmediata, pero que ya no la tiene en la actualidad. Por tanto, nos hallamos ante una investigación que se realiza con independencia del Derecho actual.

Esto supuesto, la Historia del Derecho romano antiguo se divide en cinco etapas sucesivas, que son las siguientes:

Época arcaica, que coincide con la Monarquía primitiva y el tránsito al régimen republicano, del siglo VIII al siglo VI a. C.

Época preclásica, que coincide con el apogeo y crisis de la República, del siglo V al s. I a. C.

Época clásica, que corresponde al Principado de Augusto y sus sucesores, del siglo I al s. III d. C.

Época postclásica, que corresponde al Dominado o Imperio absoluto, durante los siglos IV y V d. C.

Época justiniana, que se circunscribe al mandato del emperador bizantino Justiniano, durante un periodo determinado del siglo VI d. C.

1.2 Por lo que se refiere al Derecho romano concebido como Derecho histórico, hemos de señalar que nos hallamos ante un **ordenamiento jurídico perfeccionado definitivamente que, por su dilatada experiencia, ha sido recibido, en parte, perviviendo, así, en el seno de los ordenamientos hoy vigentes**. El objeto de estudio no se circunscribe a la Edad Antigua, sino que abarca también el periodo intermedio, medieval y moderno, y los temas son abordados conforme a un método de trabajo más institucional y técnico-jurídico que evolutivo e histórico. Es decir, se estudia el Derecho romano en relación con aquellas figuras o instituciones tradicionales que, por haber sido recibidas en los ordenamientos contemporáneos, ostentan una vigencia que podemos calificar de renovada, a través de la interpretación basada en los antecedentes históricos. Supuesta la recepción de determinadas figuras tradicionales en el ordenamiento contemporáneo, dicha interpretación pretende clarificar su significado y alcance, a lo largo del tiempo, poniendo de manifiesto todos aquellos aspectos que han quedado implícitos, pero que resultan imprescindibles para su correcta comprensión y adecuada aplicación práctica.

De acuerdo con este planteamiento, el objetivo es llevar a cabo un “estudio retrospectivo”, dividido en los apartados o periodos que se indican a continuación:

**Recepción contemporánea**, que comprende aquellos institutos que, no siendo creación *ex novo* del legislador del tiempo presente, tienen profundo arraigo tradicional.

**Antecedentes del Derecho romano actual** o conjunto de referentes inmediatos, que han servido de fuente inspiradora a la recepción, y de otros elementos, a través de los cuales es posible remontarse en el tiempo, en busca de las manifestaciones primarias.

## 2.- Complejidad e interdisciplinariedad

La presente Tabla introductoria sigue, según se expresa en su primera columna, un desarrollo no progresivo sino retrospectivo. Da comienzo con la recepción contemporánea. A continuación, se encuentra el Derecho romano intermedio. Y, por último, se llega hasta el Derecho romano de la antigüedad. Por otro lado, tenemos la segunda columna, dedicada a las consideraciones preliminares, en la que se recogen determinadas manifestaciones de fenómenos histórico-jurídicos complejos, que han de ser abordados desde perspectivas diversas: religiosa, moral, ética, política, económica, social, ... y jurídica, en el marco de la infraestructura, la superestructura y la estructura.

**Infraestructura:** Nivel que abarca las circunstancias materiales y relaciones *de facto*, así como la situación de las fuerzas operantes en el campo político, económico-social, etc., que están a la base de la continuidad y las transformaciones históricas, en un contexto de intereses compartidos y contrapuestos.

**Superestructura:** Nivel en que residen las convicciones primarias compartidas que suponen la aceptación de una determinada cosmovisión. Se trata de aquellas creencias, ideologías arraigadas y modos de entender la realidad, que no responden todavía a una metodología estrictamente racional y científica.

**Estructura:** Nivel que alberga las diversas disciplinas humanas y sociales de la razón práctica, es decir, las ciencias que, de acuerdo con una metodología racional, tienen por objeto tanto la función integradora (tendente a la unificación de intereses compartidos) como la función mediadora (que trata de resolver los conflictos entre intereses contrapuestos). **A las ciencias extra-jurídicas corresponde la tarea de ofrecer opciones diversas en torno al modelo de convivencia, mientras que a los poderes competentes, constituyentes y constituidos, incumbe la elección de aquel que en cada circunstancia resulte más adecuado. Esto supuesto, el cometido propio de las ciencias jurídicas es otorgar al modelo adoptado la sanción oportuna, dándole forma imperativa (poder-deber) y garantía ejecutiva (responsabilidad efectiva).**

El ser humano es el referente básico, complejo y común en el ámbito de las ciencias sociales. Dentro del orden preestablecido, cósmico, racional y autónomo, la persona se desarrolla tanto en el plano individual como en el colectivo y está dotada de naturaleza corporal y espiritual. Realiza acciones de carácter instintivo como respuesta mecánica a los estímulos del medio. Pero también es capaz de dominar el medio natural y de evolucionar históricamente, mediante la realización de actos libres. La Moral tradicional, bajo el capítulo *De libertate et de libero arbitrio*, define la libertad mediante la expresión *vis electiva mediorum servato ordine finis*, esto es, poder de elección de los medios para la consecución de un fin. Podría también identificarse con la aptitud para adoptar la mejor de las opciones posibles o, en su caso, la menos mala. La cuestión básica que se plantea entonces es si el libre albedrío implica también facultad de escoger el mal y no el bien. *An potentia peccandi sit de ratione libere*

*arbitrii*? La respuesta es negativa ya que la acción ilícita constituye más bien una *imperfectio liberi arbitrii* (*peccatum est libertatis abusus*). En efecto, la perfección del libre albedrío excluye el pecado y el delito.

La imperfección del libre albedrío nos lleva a considerar la posibilidad de las malas acciones y de sus consecuencias. Desde el punto de vista objetivo, se exige su contrariedad a la ley, ilicitud, y, desde el punto de vista subjetivo, su atribución a un determinado individuo. En este sentido, hemos de distinguir entre aquellos supuestos de acciones ilícitas en que queda excluida la imputabilidad (como consecuencia de la minoría de edad, la enajenación mental, etc.), o la culpabilidad (por coacción, miedo, ignorancia, etc.), y aquellos otros en que no se dan estas circunstancias, ya que, en último término, no se ha perdido la “conciencia moral” o capacidad de discernir entre el bien y el mal. En todo caso, se exige la prueba de la ilicitud, imputabilidad y culpabilidad, con el fin de destruir la presunción de inocencia. He aquí la definición tradicional de conciencia moral: *Iudicium rationis practicum dictans quid hic et nunc, spectatis circumstantiis, faciendum, ut bonum, aut fugiendum, ut malum*. Nos encontramos, pues, ante nociones morales, éticas y, al mismo tiempo, jurídicas.

Las obras de Cicerón, en materia de Ética, Política, Tópica, Retórica, etc., ponen de manifiesto que, junto a estas disciplinas, el Derecho romano antiguo, *scientia iuris*, se inscribe en el marco de las ciencias humanas y presenta una dimensión interdisciplinar. Más en particular, su objeto consiste en el cumplimiento de diversas funciones, entre las que se encuentran las siguientes: 1ª.- Sancionadora de situaciones consolidadas de predominio de determinadas fuerzas en el campo político y económico-social, transformando el poder originario *de facto* en los poderes derivados, constituyentes y constituidos; 2ª.- Integradora, tendente a agrupar intereses compartidos, con el fin de alcanzar objetivos comunes; 3ª.- Organizadora de las entidades públicas y privadas en que tienen acogida los sujetos individuales; 4ª.- Previsora, valoradora y reguladora de la actuación en el fuero externo; 5ª.- Ordenadora de las relaciones, jerárquicas e interpersonales, otorgándoles seguridad y estabilidad, sin perjuicio de las posibilidades de cambio, en el marco de las instituciones; 6ª.- Delimitadora de libertades (*legum servi sumus ut liberi esse possimus*), por razón de coexistencia y oposición, y distribuidora de derechos y deberes correlativos, con las eventuales responsabilidades, asegurando la convivencia pacífica; 7ª.- Mediadora, tendente a resolver pacíficamente controversias y conflictos en relación con los intereses contrapuestos; 8ª.- Disuasoria y represora del crimen y el delito; 9ª.- Reparadora del daño injustamente causado; 10ª.- Restitutoria de lo poseído o detentado sin justa causa; 11ª.- Impugnadora de los actos inválidos; 12ª.- Aseguradora, en el sentido de que garantiza, con carácter accesorio, el respeto y acatamiento de las funciones principales citadas, a través de la coactividad y, en último término, de la coacción, sobre los bienes e incluso sobre las personas.

	<b>CONSIDERACIONES PRELIMINARES</b>
<p><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>Entre los acontecimientos más relevantes que marcan el inicio de la Historia contemporánea, destacamos la revolución liberal-burguesa industrial, de origen inglés, la revolución política de origen francés y el fin del antiguo régimen señorial. De manera sintética, el modelo de convivencia del tiempo presente podría ser expresado en los términos de sociedad postindustrial de clases, en el contexto de una comunidad internacional de Estados desarrollados y subdesarrollados. En el plano ideológico, se da la situación paradójica de coexistencia de planteamientos antagónicos, capitalismo, socialismo, comunismo, etc. Dentro de la diversidad metodológica jurídica, auspiciada por la crítica al iusnaturalismo moderno, de signo católico o protestante (<i>cuius regio eius religio</i>), surge el “iuspositivismo”. Basado en la idea de imperio de la ley y representatividad popular, lleva consigo el principio de libertad religiosa que corresponde al Estado aconfesional o laico. Asimismo, el principio de igualdad ante la ley, superador del régimen estamental. Tampoco se encuentra exento de críticas el iuspositivismo, algunas de ellas dirigidas desde los planteamientos del iusnaturalismo renovado.</p> <p>El Derecho romano actual se centra en el método de estudio histórico y crítico exegético, en el intento de conservar la llamada <i>forma mentis</i> o formación básica universitaria del jurista. Pero no se agota en el plano pedagógico, sino que contribuye también al desarrollo de la dogmática jurídica. A lo largo del siglo XIX, junto a la Escuela de pandectas, se encuentra la Escuela Histórica, cuya aportación fundamental consiste en formular los conceptos básicos de la codificación germánica. Frente a la jurisprudencia conceptual, se alza la jurisprudencia de intereses (R. Ihering). El estudio histórico-crítico alcanza su momento culminante con F. C. de Savigny y, más adelante, con Th. Mommsen. Es un hecho muy destacable el descubrimiento del palimpsesto de Verona de las Instituciones de Gayo, que permitirá, entre otras cosas, conocer las fórmulas de las acciones y reconstruir el <i>Edictum Perpetuum</i> (O. Lenel). Tras la promulgación y entrada en vigor de los Códigos civiles, en Francia, Italia, España, etc. y del BGB en Alemania (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>), concluye la época en que las fuentes del Derecho romano han conservado vigencia supletoria en la práctica jurídica, lo que no significa que éstos se hayan constituido <i>ex novo</i>. Se desarrolla, a continuación, el método de la crítica textual, centrado, sobre todo, en las interpolaciones del Digesto, <i>Palingenesia iuris civilis</i>, <i>Index interpolationum</i>, etc. Más recientemente, la tradición romanística adquiere una dimensión innovadora, a propósito del proceso de armonización y unificación del Derecho común europeo ...</p>

<p><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>En síntesis, <b>el Derecho romano actual es aquel sector del ordenamiento jurídico contemporáneo que comprende términos, conceptos, proposiciones, juicios y modos de argumentar y razonar, procedentes de la <i>scientia iuris</i> y recibidos por vía legal, jurisprudencial y doctrinal, tanto en materia de Derecho internacional, público y privado, como de Derechos nacionales.</b></p> <p>Se impone, pues, la distinción entre el ordenamiento receptor contemporáneo, por una parte, y el ordenamiento recibido de origen tradicional, por otra.</p> <p>Ordenamiento receptor contemporáneo (Sistema de Derecho internacional y de Derechos nacionales)</p> <p>El Derecho internacional público contemporáneo va configurándose, tras la revolución francesa y la desaparición, en tiempos de Napoleón, del Sacro Imperio Romano Germánico, a lo largo del siglo XIX, con motivo del acceso a la independencia de los pueblos americanos. Y ha quedado reconstituido como consecuencia de la situación de fuerzas dominantes al término de la segunda guerra mundial (1939-45). Viene caracterizado por los fenómenos de la descolonización y la globalización. Asimismo, por la prohibición del recurso a la guerra como medio de solución de controversias y la revolución científica y técnica. Debido a la descolonización, la sociedad internacional se ha extendido hasta llegar a alcanzar prácticamente todos los confines del planeta. Igualmente, hechos tan significativos como la llamada carrera armamentista y la extraordinaria capacidad destructiva de las armas nucleares han propiciado la declaración que figura en el art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas, relativa al arreglo pacífico de controversias y a la prohibición del uso de la fuerza con carácter ofensivo, quedando limitada la auto-tutela a la legítima defensa (art. 51). Más allá de ésta, se imponen los medios de solución pacífica de controversias. A pesar de estas grandes transformaciones, constatamos la presencia de una tradición, prácticamente ininterrumpida, que viene del <i>ius naturae et gentium</i>, esto es, de las Escuelas del Derecho natural y de gentes de la Edad Moderna, que han elaborado un sistema jurídico a partir de las obras de autores diversos, entre los que destacan F. de Vitoria, F. Suárez y H. Grocio.</p> <p>En estas condiciones, y situándonos más allá del terreno de las meras relaciones fácticas entre fuerzas diversas, se define el <b>Derecho internacional público</b> como <b>sistema normativo vigente organizador y regulador de las relaciones jurídicas entre los Estados soberanos y otros sujetos concurrentes</b>. A propósito de los organismos internacionales, tiene capital importancia la Organización de Naciones Unidas, formada por los</p>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>elementos siguientes: Asamblea General; Consejo de Seguridad; Corte Internacional de Justicia, Consejo Económico y Social; Consejo de Administración Fiduciaria; Secretario General y Secretaría.</p> <p>La doctrina actual distingue entre Derecho internacional, Moral internacional y Cortesía o <i>comitas gentium</i>. En este sentido, es cierto que los usos sociales pueden llegar a transformarse en normas jurídicas, cuando al elemento material de repetición de actos se une la <i>opinio iuris</i> o convencimiento de que obligan jurídicamente. Se produce, de este modo, la transformación del uso social en la costumbre jurídica. Así ha ocurrido, por ejemplo, en materia de Derecho diplomático. Sin embargo, la violación de normas de cortesía o de preceptos morales no engendra responsabilidad internacional, mientras que la infracción de una norma jurídica sí da origen a la misma. En cualquier caso, la infracción de un uso social no es un hecho irrelevante, puesto que da lugar a consecuencias <i>sui generis</i>, como la repulsa de la opinión pública o el enfriamiento, más o menos grave, del clima moral de la convivencia.</p> <p>La enumeración de las fuentes del Derecho internacional público, contenida en el art. 38 del Estatuto de la Corte internacional de justicia, pone de manifiesto la pervivencia de nociones tradicionales. Por ejemplo, la distinción entre “jurisdicción de derecho” y “jurisdicción de equidad”. He aquí la redacción del mismo: <u><i>1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) Las Convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la Costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; c) Los Principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) Las Decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho ...</i></u></p> <p><u><i>2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para fallar un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieran.</i></u></p> <p>El término equidad, derivado de la palabra latina <i>aequitas</i>, en el sentido subjetivo de ecuanimidad, significa conciencia de imparcialidad del mediador, árbitro o juez. En sentido objetivo, designa equilibrio o compensación entre los intereses o elementos contrapuestos del caso (delito-pena; daño-indemnización; prestación-contraprestación, etc.) y equiparación entre casos equiparables. Esto supuesto, la equidad cumple una “función complementaria” del derecho estricto, puesto que permite llegar a la cuantificación exacta de la</p>
---	--



<p style="text-align: center;"><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>solución dada al caso singular, y una “función alternativa” al mismo, basada en un criterio racional mediador y configurador de las relaciones, conforme a una argumentación de carácter inductivo y casuístico, preferentemente arbitral.</p> <p>Profundas raíces histórico-jurídicas presenta también la fuente que hoy denominamos principios generales del derecho. Cumple tanto la “función informadora”, previa a la norma, como la “función supletoria”, en defecto de ella. Ocupa aquí un lugar primordial el principio de buena fe objetiva (<i>creditum-fides</i>), que establece el vínculo ético-jurídico de mantenimiento de la palabra dada y las convenciones. Asimismo, el principio de autonomía de la voluntad, expresado mediante los términos <i>pacta sunt servanda</i>. En virtud de éste, se reconoce la capacidad de autorregulación del sujeto y la coexistencia de <i>ius cogens</i> y <i>ius dispositivum</i>. En suma, las normas dispositivas son aplicables salvo pacto en contrario.</p> <p>A partir de la instauración de las relaciones jurídicas entre Estados soberanos, surge otro tipo de relaciones más complejas, en que intervienen las personas físicas y que derivan de la presencia de extranjeros en un territorio distinto al de su nacionalidad o ciudadanía y del establecimiento de vínculos que unen a sujetos de nacionalidades diversas. Así pues, el <b>Derecho internacional privado (al igual que el Derecho inter-regional) es aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto dar respuesta a las cuestiones de concurrencia y conflicto de leyes, según los principios de personalidad y territorialidad, no sólo con motivo de la tutela del interés particular sino también en otras materias como la penal, fiscal o procesal.</b> En torno a los principios de “personalidad” y de “territorialidad”, han girado históricamente y se condensan también hoy los más capitales problemas de esta rama jurídica. El principio de personalidad rige bajo el Imperio romano, en el sentido de que sobre su territorio los ciudadanos están sometidos al <i>ius civile</i> y los provinciales, al <i>ius provinciale</i>, hasta la concesión de la ciudadanía a todos los súbditos, por el emperador A. Caracalla, lo que es interpretado como el tránsito al predominio de la territorialidad. Todo ello ha de ser entendido sin perjuicio de las especialidades que presenta el régimen de las relaciones mixtas. Por ejemplo, entre romanos y bárbaros. La disyuntiva personalidad-territorialidad ha producido alternativas diversas y de los intentos de búsqueda de un justo equilibrio entre ellas ha surgido la disciplina del Derecho internacional privado contemporáneo. El contenido de la norma en esta materia participa del elemento personal o del territorial, de modo que ambos principios coexisten. El criterio personal informa normalmente la regulación del estado civil y capacidad de las personas, las relaciones de familia y la sucesión <i>mortis causa</i>. El criterio territorial predomina en lo referente al</p>
---	--

<p style="text-align: center;"> <b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b>  <i>Usus hodiernus pandectarum</i> </p>	<p>régimen de las cosas objetivamente consideradas, la posesión, la propiedad, el usufructo, las servidumbres y, en general, los derechos reales.</p> <p>La actual organización de la comunidad mundial tiene a su base el estado nación, como unidad primaria de convivencia político-jurídica. Éste presenta carácter independiente, aunque se halla integrado en el seno de la sociedad que a todos acoge. Superado el antiguo régimen señorial y estamental (nobleza, clero, pueblo llano), dicho estado-nación es un ente colectivo personificado, representante del pueblo y de carácter constitucional, esto es, sometido al imperio de la ley, <i>ad intra et ad extra</i>, y, al mismo tiempo, soberano, a título derivativo, es decir, competente para ejercer el poder legislativo o facultad de crear, modificar y suprimir el derecho vigente. En este contexto, el pueblo es también el ente colectivo personificado y soberano, a título originario, que actúa de modo directo o a través de los órganos del estado, por medio de representación orgánica. La nación es aquella comunidad establecida sobre profundos vínculos históricos, lingüísticos y culturales, que no ha de confundirse con el pueblo, ya que cabe la posibilidad de que la nación carezca de estado y de que varias naciones formen parte del llamado estado plurinacional. <b>Los Derechos nacionales son ordenamientos diversos, reguladores de aquellas relaciones intersubjetivas, públicas y privadas, puras y mixtas, que a cada uno de ellos le corresponden, en virtud de los principios de personalidad y territorialidad.</b></p> <p>A propósito de la naturaleza de estos ordenamientos estatales nacionales, el estudio comparado ha puesto de relieve que son susceptibles de consideración conjunta, agrupados en varias familias. En este sentido, destacamos dos de ellas. La familia del Derecho continental europeo, <i>civil law</i> o <i>code law system</i>, de tradición justiniana, y la familia del Derecho anglosajón, <i>common law</i> y <i>equity</i> o <i>case law system</i>, de tradición consuetudinaria y jurisprudencial e influencia romano-canónica. Sus precedentes se hallan en las Escuelas medievales del <i>ius commune</i> y en las modernas del <i>ius naturae et gentium</i>, el <i>usus modernus pandectarum</i>, el <i>mos gallicus</i> y el <i>mos italicus</i>.</p> <p>En el seno de la familia continental europea, se implanta, como método jurídico adecuado para fundar y motivar las soluciones a las controversias singulares planteadas, el recurso al sistema legal codificado propio, considerado premisa de la argumentación deductiva. Esta orientación se consolida durante el siglo XIX, cuando la casi totalidad de los países miembros de este grupo se han provisto de códigos y han recibido constituciones escritas. Con posterioridad, ha adquirido un vigor añadido, con el primado de las ideas de carácter</p>
--	---

<p style="text-align: center;"><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>intervencionista y la ampliación, en todos los ámbitos, de la función pública estatal. A las disposiciones emanadas del poder legislativo o de la administración pública les corresponde la prelación jerárquica normativa, mientras que los juristas se encargan de interpretarlas y aplicarlas, tratando de hallar la solución justa en cada caso concreto. La interpretación es de carácter preferentemente deductivo, de modo que la equidad queda reducida a una función auxiliar o complementaria. Sin embargo, este planteamiento metodológico va en contra de su propia tradición jurídica, puesto que la estructura fundamental de estos sistemas se ha forjado a partir de la jurisprudencia romana, ante todo casuística, y, más tarde, gracias a la doctrina elaborada por los universitarios. La crítica que puede hacerse frente al ideal de la codificación es que tales ordenamientos acaban quedando desfasados y anquilosados por su carácter riguroso y estricto, al tiempo que, fuera de ellos, se desarrolla la legislación especial que da lugar a nuevas ramas del derecho. Por ejemplo, en materia de daños, seguros, sociedades etc.</p> <p>Por lo que se refiere a la familia del Derecho anglosajón, la enumeración de sus fuentes de creación comprende los tres apartados siguientes: En primer término, el <i>common law</i>, en segundo lugar, la <i>equity</i> y, por último, el <i>statute law</i>.</p> <p>El <i>common law</i> tiene su origen, históricamente, en la actividad de los jueces (<i>judges</i>). Éstos han ejercido influencia decisiva en la creación y sistematización de este ordenamiento, ya que se han encargado de confeccionar, a partir de las decisiones singulares adoptadas al dictar sentencia (<i>judge-made law</i>), un verdadero repertorio de casos y reglas. Este sistema tradicional se mantiene todavía vigente y, en muchas ocasiones, tiene más importancia que el derecho legislado. El citado <i>common law</i> difiere por completo del modelo continental, de raíz romano-germánica, basado en la codificación legal. El modelo anglosajón es, ante todo, casuístico. De este modo, lo fundamental son los precedentes o decisiones establecidas con anterioridad, en casos equiparables al que se plantea, a las que se reconoce fuerza vinculante (<i>stare decisis</i>). Es, además, tradicional, puesto que, a partir de la Baja Edad Media (H. Bracton, <i>De legibus et consuetudinibus angliae</i>, s. XIII), ha venido adaptándose al cambio de los tiempos, no por medio de un flujo incesante de nuevas leyes, sino por la acumulación de precedentes judiciales y reglas jurisprudenciales. Los tribunales (<i>common law courts</i>) han asumido la competencia en materia de propiedad (<i>property</i>), lesiones (<i>personal injuries</i>) e incumplimiento de contratos (<i>breach of contracts</i>), adoptando soluciones como la indemnización por daños y perjuicios.</p>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>Ahora bien, no estando de acuerdo alguno de los litigantes con la solución dada al caso, se ha desarrollado en la práctica el recurso ante el rey, asesorado por el <i>Lord Chancellor</i>, autoridad eclesiástica máxima, guardián de la conciencia regia. No sorprende, pues, que las decisiones correspondientes se hayan basado en criterios de equidad y justicia (<i>equity and fairness</i>). Éstas forman la segunda categoría de las fuentes históricas del ordenamiento anglosajón. En efecto, hasta el siglo XIX, hay dos tipos de tribunales (<i>common law courts</i> y <i>courts of equity</i>). En la actualidad, son los tribunales ordinarios (<i>courts of law</i>) los órganos competentes para administrar tanto el derecho común y la ley como la equidad, manteniendo ésta su propia doctrina y jurisprudencia.</p> <p>Esto supuesto, el Parlamento, como depositario de la soberanía nacional, es la única instancia con plena capacidad para aprobar las leyes (<i>acts</i>) y crear derecho legislado (<i>statute law</i>). Se trata, en suma, de una fuente no tradicional sino innovadora, pero muy respetuosa de la tradición. Como balance, podríamos afirmar que se observa aquí un equilibrio entre poder legislativo y poder judicial.</p> <p>Más en particular, el ordenamiento jurídico español está siguiendo una evolución histórica en estrecho paralelismo con la del Estado. Durante el siglo XIX, el enfrentamiento entre absolutismo monárquico y liberalismo da lugar a varias alternativas; se suceden constituciones de signo diverso y el proceso codificador no llega a triunfar plenamente hasta la promulgación, en último término, del Código Civil, de carácter común, esto es, de alcance general, pero sin perjuicio de la subsistencia de los ordenamientos tradicionales, forales y especiales. Coexisten, pues, el Derecho civil común y los forales, a pesar de que, con motivo de los Decretos de Nueva Planta y el centralismo borbónico, estos últimos pierden su fuerza innovadora. Tras la segunda república, la guerra civil (1936-39) y la dictadura franquista (1939-75), la Constitución española de 1978 establece, como forma de Estado, el régimen autonómico y, como forma de gobierno, la monarquía parlamentaria. Quedan asentados los pilares del nuevo Estado, pero permanecen las bases del ordenamiento ya consolidado, a lo largo del tiempo, según admite la doctrina. Entre los elementos que han contribuido a la formación del Derecho español, ocupa un lugar destacado el Derecho romano, a través de la recepción medieval, moderna y contemporánea. Y ello es así, a pesar de que la disposición final derogatoria del Código Civil haya suprimido formalmente el orden de prelación de fuentes tradicional en Castilla y, por extensión, en todo el ámbito hispánico. Nos referimos, sobre todo, a la derogación de Las Siete Partidas. He aquí la redacción del art. 1976 del CC: <i>Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común</i></p>
---	--

<p><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p><i>en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio.</i></p> <p>Por lo que se refiere al nuevo orden de prelación de fuentes, partimos del art. 1 del CC: <u>1.- Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2.- Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3.- 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. 4.- Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5.- Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado. 6.- La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7.- Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.</u></p> <p>A ello añadimos lo dispuesto en el art. 3 del CC: <u>Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. 2.- La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.</u></p> <p>En síntesis, la admisión de fuentes subsidiarias equivale al reconocimiento de la existencia de lagunas de la ley y la costumbre. Tal reconocimiento de la imperfección e insuficiencia de las fuentes formales de derecho positivo legitima la actividad interpretativa e integradora del derecho formulado, mediante el recurso al no formulado, aunque contenido implícitamente en el ordenamiento jurídico, concebido en su totalidad. Una de las vías admitidas de la argumentación interpretativa es, precisamente, el recurso a los antecedentes históricos. En efecto, <b>las disposiciones legales, incluso aquellas que ofrecen mayor apariencia de novedad, son siempre reproducción, modificación, adaptación o desarrollo de un derecho preexistente.</b> Se da la circunstancia de que los precedentes arrojan mucha luz en torno a los problemas que plantea tanto la comprensión teórica como la aplicación práctica de las figuras contemporáneas.</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>El ámbito de los principios generales del derecho es, quizá, el más idóneo para el estudio histórico-comparado. El primer problema que se plantea, en torno a ellos, es la falta de una precisa y completa enumeración legal. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha comenzado exigiendo que éstos se encuentren reconocidos por la ley o bien admitidos, de forma reiterada y autorizada, a través de sus propias decisiones pues, de no estar consignados así, no pueden dar lugar a recurso de casación. La doctrina ha censurado este criterio, que parece incurrir en el defecto denominado círculo vicioso. Sin embargo, con el paso del tiempo, la jurisprudencia del TS ha venido reconociendo la existencia de toda una serie de principios generales del derecho. Y ello ha tenido lugar, precisamente, en su formulación latina tradicional, circunstancia que, sin duda, contribuye a reforzar su autoridad. He aquí un índice de los mismos:</p> <p><i>Actore non probante, reus es absolvendus</i>  <i>Ad impossibilia nemo tenetur</i>  <i>Aequitas in dubiis praevallet</i>  <i>Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur (reus in exceptione actor est)</i>  <i>Alterius culpa, alteri non participi, nocere non debet</i>  <i>Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum</i>  <i>Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse</i>  <i>Bona fides non patitur ut bis idem exigatur</i>  <i>Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat</i>  <i>Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno</i>  <i>Bono et aequo non convenit, aut lucrari aliquem cum damni alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum</i>  <i>Caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio</i>  <i>Causa causae causa causati</i>  <i>Cogitationis poenam nemo patitur</i>  <i>Confessus pro iudicato habetur</i>  <i>Conventio legem contractui dedit</i>  <i>Da mihi factum dabo tibi ius</i>  <i>Dolum ex insidiis perspicuis probari convenit</i>  <i>Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat</i>  <i>Emptio consensu peragitur</i></p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p><i>Etiam tacite consensu convenire intelligitur</i>  <i>Et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur</i>  <i>Favorabilia amplianda sunt</i>  <i>Fiscus ex suis contractibus usuras non debet</i>  <i>Heredem eiusdem potestatis, iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat</i>  <i>Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest</i>  <i>In claris, non fit interpretatio</i>  <i>In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspicere debet</i>  <i>In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit</i>  <i>In dubio pro operario</i>  <i>In dubio pro reo</i>  <i>In omni contractu bonam fidem praestare debet</i>  <i>Invitus agere vel accusare nemo cogatur</i>  <i>Is damnum dat, qui iubet dare</i>  <i>Iudex iudicare debet iuxta allegata et probata</i>  <i>Iura novit curia</i>  <i>Iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat</i>  <i>Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere</i>  <i>Ius publicum privatorum pactis mutari non potest</i>  <i>Nemo dat quod non habet</i>  <i>Nemo debet inaudito damnari</i>  <i>Nemo plus commodo heredi suo relinquit quam ipse habuit</i>  <i>Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habuit</i>  <i>Nemo pro parte testatus por parte intestatus decedere potest</i>  <i>Nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat</i>  <i>Non bis in idem</i>  <i>Non debet cui plus licet quod minus est non licere</i>  <i>Non facit alii iniuriam qui utitur iure suo</i>  <i>Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit</i>  <i>Non reus actoris sed actor rei forum sequitur</i></p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p><i>Odia restringi et favores convenit ampliari</i>  <i>Omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt</i>  <i>Pacta sunt servanda</i>  <i>Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est</i>  <i>Prior atque potentior est quam vox mens dicentis</i>  <i>Prior tempore potior iure</i>  <i>Probatio extremis media praesumuntur</i>  <i>Prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur</i>  <i>Quae simulatae geruntur pro infectis habentur</i>  <i>Qui occasionem damni dat damnum dedisse videtur</i>  <i>Qui sentit commodum sentire debet incommodum</i>  <i>Qui tacet non utique fatetur sed tamen verum est eum non negare</i>  <i>Qui vult antecedentem velle etiam consequentem praesumitur</i>  <i>Quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt</i>  <i>Quod nullum est nullum producit effectum</i>  <i>Quod quis ex sua culpa damnum sentit non intelligitur damnum sentire</i>  <i>Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio</i>  <i>Ratihabitio mandato comparatur</i>  <i>Ratihabitio retrahitur ab initio</i>  <i>Rebus sic stantibus</i>  <i>Reformatio in peius</i>  <i>Res inter alios acta vel iudicata, alteri nec prodest nec nocet</i>  <i>Res iudicata pro veritate accipitur</i>  <i>Semper in dubiis, benigniora praeferenda sunt</i>  <i>Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur</i>  <i>Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus</i>  <i>Venire contra factum proprium non valet</i>  <i>Verba dubia interpretentur contra proferentem</i></p>
---	--



<p><b>1.- RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA</b> <i>Usus hodiernus pandectarum</i></p>	<p>El orden de prelación de fuentes establecido por el Código civil difiere considerablemente de aquellos otros criterios adoptados por los ordenamientos forales y especiales, en este sentido, puesto que no se aprecia en ellos una ruptura radical con la tradición jurídica. Podemos constatar, incluso, que en la enumeración de fuentes del Derecho foral navarro, se hace mención expresa al ordenamiento jurídico romano, para otorgarle función supletoria.</p> <p>Ordenamiento recibido</p> <p>El ordenamiento contemporáneo que hemos denominado “receptor” es un sistema innovador, en sus líneas fundamentales, pero ello no excluye que en su pleno desarrollo venga a completarse mediante el recurso al llamado Derecho romano actual, en calidad de ordenamiento recibido, cuyo contenido resulta inseparable de sus antecedentes de derecho intermedio y antiguo.</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA MODERNA</b> <i>Ius naturae et gentium</i></p>	<p>Nos referimos, ahora, al Derecho romano intermedio de la Edad Moderna, época que comprende los siglos XVIII, XVII y XVI. Pervive el ordenamiento estamental, al tiempo que el comercio y la vida urbana otorgan relevancia creciente al tercer estamento, dentro del cual prevalece la burguesía. Puede hablarse de la existencia de una economía eurocéntrica colonial y esclavista, de alcance afroamericano. Como consecuencia de acontecimientos trascendentales (caída de Constantinopla; descubrimiento de América; bulas del Papa Alejandro VI y Tratados entre España y Portugal sobre el Nuevo Mundo; conquista y colonización de América; Reforma protestante y Contrarreforma católica; guerras de religión etc.), pasamos del Derecho común romano-canónico al Derecho natural y de gentes, en sus dos manifestaciones fundamentales, católica y protestante, iniciada la primera por F. de Vitoria y la segunda por H. Grocio. Asistimos también al tránsito de la tradición manuscrita de las fuentes a la tradición impresa. Al mismo tiempo, surge el Estado moderno, bajo el signo del absolutismo monárquico, <i>cuius regio eius religio</i>, tanto en los reinos protestantes como católicos. Todo ello acaba desembocando en la revolución industrial, la independencia de Estados Unidos (1776) y la revolución francesa (1789).</p> <p>El humanismo del Renacimiento, representado por Erasmo de Rotterdam, afecta pronto a la Ciencia jurídica. En efecto, L. Valla y A. Poliziano critican el saber escolástico de los juristas, carente de perspectiva histórica, denunciando su bárbaro latín medieval (a partir de la versión vulgata de las fuentes) y su razonamiento deductivo y falaz. Se produce, asimismo, un grave conflicto entre los dogmas de la fe y el estudio racional de la naturaleza (por ejemplo, geocentrismo frente a heliocentrismo).</p> <p>Paralelamente, se desarrolla el método humanista de estudio del Derecho romano, llamado <i>mos Gallicus</i>, situado más allá de la ciencia de los comentaristas, <i>mos Italicus</i>. Se aspira a una comprensión histórica de los textos romanos originales y a una exposición racional de las ideas jurídicas. <i>Cuiacius</i> y <i>Donellus</i> son considerados entre los más importantes autores representantes de esta escuela. El humanista D. Godofredo publica la primera edición impresa del <i>Corpus Iuris Civilis sine glossis</i>. Gracias al impulso de la escuela del <i>usus modernus pandectarum</i>, se consuma la recepción en Alemania.</p> <p>En términos generales, la Ciencia jurídica, de base iusnaturalista, evoluciona, en un clima de confrontación de dos escuelas. En el contexto de las monarquías absolutas, la primera de ellas está centrada en la Segunda Escolástica de raíz católica (F. de Vitoria, F. Suárez); la segunda, en los planteamientos de H. Grocio y sus</p>
---	--

<p><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p><b>ÉPOCA MODEERNA</b> <i>Ius naturae et gentium</i></p>	<p>sucesores, de ascendencia protestante. Todo ello ha de conducir, con el tiempo, al Estado-nación, cuyo régimen constitucional se inspira en el carácter aconfesional del poder público y la libertad religiosa.</p> <p>En efecto, al mismo tiempo que cambia la circunstancia histórica (superación del régimen estamental; auge de la burguesía etc.), los autores del periodo de la Ilustración, opuestos al absolutismo monárquico, retoman las ideas políticas y jurídicas de la antigüedad grecolatina, en torno a la polis y la ciudad-estado republicana.</p> <p>En el ámbito hispánico, tiene lugar la unidad dinástica de las Coronas de Aragón y de Castilla, pero esto no significa que se alcance la unidad jurídica, puesto que cada uno de los Reinos mantiene su propio ordenamiento. Este acontecimiento va seguido de otro de gran repercusión: la investidura del rey Carlos I de España como emperador de Occidente.</p> <p>El orden de prelación de fuentes de derecho castellano, establecido en las Cortes de Alcalá de Henares de 1348, se mantiene todavía vigente; tiende luego a generalizarse y, en realidad, subsiste hasta el siglo XIX. Sin embargo, el grave problema que aquí se plantea es el de la diversidad de copias manuscritas y variedad de redacciones del texto de Las Partidas. Díaz de Montalvo publica una edición (1491) que divulga un texto considerado defectuoso por determinados juristas de la época y no apto, por tanto, para resolver los inconvenientes reseñados.</p> <p>En el intento de superar esta diversidad de versiones, el jurista Gregorio López de Tovar lleva a cabo una edición impresa, revisada y enmendada por el Consejo real, eligiendo entre las diversas variantes textuales aquellas que mejor se ajusten a las necesidades de la época. Se imprime con carácter oficial en 1555, de modo que su texto ha de prevalecer sobre cualquier otro, en caso de divergencia. Aunque dicha redacción no es la original de Alfonso X, ni corresponde a la revisión del Alfonso XI, posee al menos una fijeza que excluye toda clase de dudas.</p> <p>El texto de Las Partidas, redactado en lengua castellana, a doble columna, va acompañado de una extensa glosa latina adjunta, que resulta sumamente apreciada por los juristas posteriores, ya que constituye una síntesis de la doctrina de los autores medievales del <i>ius commune</i>, elaborada a partir del <i>Corpus Iuris Civilis</i>.</p>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA BAJOMEDIEVAL</b> <i>Ius commune</i></p>	<p>¿Qué consideraciones preliminares hemos de hacer en torno a la formación del <i>ius commune</i>, en el seno de la universidad bajomedieval, y a su recepción por parte de los <i>iura propria</i>? Nos referimos al largo periodo de la Baja Edad Media que comprende cinco siglos del segundo milenio, XV, XIV, XIII, XII y XI. Puede decirse que, ahora, se impone la teocracia pontificia del papado romano; en otras palabras, predomina la autoridad espiritual sobre el poder temporal. La conflictividad es manifiesta entre ambas fuerzas universales, así como entre éstas y los poderes regionales y locales. Puede hablarse de una sociedad agraria preferentemente y de un ordenamiento feudal estamental (nobleza, clero, pueblo llano).</p> <p>Siguiendo el modelo de los estudios eclesiásticos, y auspiciada por el Sacro Imperio Romano-Germánico, surge la Escuela de los Glosadores de Bolonia (1088). Al mismo tiempo que realizan copias manuscritas de los textos, los juristas civilistas llevan a cabo el trabajo de creación y desarrollo de la doctrina jurídica escolástica del Occidente europeo. Por medio de la labor de interpretación de las fuentes justinianas redescubiertas, <i>Corpus Iuris Civilis</i>, se logra una síntesis integradora de la legislación romana y la jurisprudencia clásica.</p> <p>A modo de síntesis, <i>Corpus iuris canonici</i> y <i>Corpus iuris civilis</i> son fuentes del Derecho común, esto es, del ordenamiento regulador de las relaciones inter-regionales bajomedievales. En efecto, el Derecho canónico, que es el Derecho de la Iglesia católica, también forma parte del <i>ius commune</i>. Su fuente es el <i>Corpus iuris canonici</i>, obra compuesta por dos partes fundamentales: el Decreto de Graciano y las Decretales, compiladas por Raimundo de Peñafort.</p> <p>Es el tiempo del renacimiento cultural propiciado por la institucionalización de las Universidades (París, Montpellier, Oxford, etc.). La Teología alcanza el rango de ciencia o conocimiento basado no tanto en la fe como en la razón humana. El empleo de la metodología escolástica (de carácter dialéctico y centrada en la autoridad de las fuentes recibidas, bíblicas, aristotélicas, patrísticas, etc.) alcanza su máxima expresión con la Suma Teológica de Tomás de Aquino. Precisamente, en el seno de la Teología moral, queda ubicado el Derecho. Ahora bien, el ordenamiento civil romano, diferenciado del Derecho canónico y del feudal, recupera su condición de disciplina basada en las leyes de la lógica y la razón práctica. En cualquier caso, las ciencias humanas y naturales se hallan supeditadas a los dogmas de la fe religiosa.</p> <p>La configuración doctrinal del Derecho común, romano-canónico-feudal, va acompañada de su recepción, en el</p>
--	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA BAJOMEDIEVAL</b> <i>Ius commune</i></p>	<p>marco de los nuevos ordenamientos propios, regionales y locales, al tiempo que adquiere creciente protagonismo la vida urbana y el comercio. Asimismo, este Derecho común llega a ser reconocido como ordenamiento subsidiario del propio, pero, sobre todo, constituye un sistema institucional y una metodología racional, que viene a denominarse <i>forma mentis</i> del jurista.</p> <p>Sin embargo, cuando es ya patente que la labor de los glosadores y su metodología ha alcanzado su momento culminante, y se inicia la decadencia, aparece la <i>Magna Glossa</i> de Acursio, con el carácter de glosa ordinaria. Ello supone la cristalización definitiva y perpetuación de la interpretación literal (<i>Corpus Glossatorum Iuris Civilis</i>, obra en que el texto marginal se superpone al texto original). A partir de entonces, se desarrolla el comentario, que tiene en la persona de Bártolo de Sassoferrato uno de sus representantes más destacados. Las obras de los comentaristas adquieren autonomía y prevalecen sobre el texto original.</p> <p>Por lo que se refiere al ámbito hispánico, hemos de reconocer que la figura del rey Alfonso X el Sabio ocupa un lugar destacado en el panorama de la cultura europea. Simboliza, en concreto, la más brillante aportación hispánica a la historia universal de la legislación. Esto no obstante, en torno a la obra legislativa alfonsina, existe un complejo debate doctrinal entre la tesis tradicional y la crítica más reciente, iniciada por A. García-Gallo. En resumen, la cuestión sería la siguiente: Tenemos, por un lado, dos obras, el Fuero Real y el Espéculo, sobre las que hay acuerdo respecto a su atribución a Alfonso X, pero también serias discrepancias en lo relativo a su naturaleza y exacta ubicación cronológica. Por otro lado, se encuentran Las Partidas, a propósito de las cuales persiste la divergencia entre la concepción tradicional, que las adjudica a dicho rey, y la crítica de A. García-Gallo, que no admite la versión de una sola redacción definitiva sino que defiende la existencia de un largo proceso de redacciones sucesivas, que sólo habría concluido en pleno siglo XIV. El Fuero Real, el Espéculo y Las Partidas responderían, en el fondo, a reelaboraciones de un mismo texto ...</p> <p>Destaca, asimismo, el debate doctrinal a propósito de la génesis y evolución del Derecho foral valenciano, a partir del otorgamiento de los <i>Fori antiqui Valentiae</i>, en tiempos de Jaime I.</p> <p>En definitiva, el periodo bajomedieval se considera terminado, con motivo de la caída de Constantinopla y del Imperio romano de Oriente en poder del Imperio turco otomano, que tiende a alcanzar la hegemonía en el mar Mediterráneo. Se plantea entonces la Cristiandad el reto inmediato de buscar vías alternativas de comunicación</p>
--	---

<p><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p><b>ÉPOCA BAJOMEDIEVAL</b> <i>Ius commune</i></p>	<p>con Tierra Santa y las Indias, a través de la navegación transatlántica. La unión de Castilla y Aragón resulta decisiva, en este sentido, e incluso lleva consigo el término final del dominio musulmán en la península ibérica.</p>
--	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA ALTOMEDIEVAL <i>Leges romanae barbarorum</i></b></p>	<p>Se aborda, a continuación, el periodo altomedieval, delimitado temporalmente por la caída del Imperio romano de Occidente (476) y la fundación de la Universidad de Bolonia (1088). La destitución del último emperador de Occidente se interpreta, más que como desaparición del Estado romano, en el sentido de concentración de todo el poder en manos del emperador de Bizancio. Por tanto, los nuevos reinos germánicos se habrían constituido no <i>de iure</i> sino <i>de facto</i>. Lo cierto es que el intento del emperador bizantino Justiniano de restaurar la unidad no acaba de consolidarse, al tiempo que la autoridad eclesiástica romana se fortalece. En estas condiciones, termina llegando el cisma de Oriente y la instauración del Sacro Imperio Romano Germánico en Occidente. Ya la coronación del rey franco Carlomagno, con el título de emperador, por el Papa León III (800), es un hecho muy significativo, que denota la necesidad ineludible que entonces se siente de reunificación en Europa occidental. Este objetivo ha de lograrse a través del Imperio reconstituido y, sobre todo, del Derecho romano, en el contexto del renacimiento cultural universitario, aristotélico-tomista. Sin embargo, todo esto no se alcanza hasta que queda superado el llamado terror milenario, situación de pánico colectivo derivada de interpretaciones apocalípticas que se producen ante la llegada del año mil, según establece la cronología de la cristiandad occidental.</p> <p>Esto supuesto, bajo el epígrafe de “coexistencia en los nuevos reinos germánicos de las <i>leges Romanae-Barbarorum</i> y las <i>leges Barbarorum</i>”, sintetizamos el espíritu que preside el Derecho intermedio de los siglos X, IX, VIII, VII y VI.</p> <p>Especial consideración merece el estudio del Derecho altomedieval en el ámbito hispánico, correspondiente al reino visigodo de Tolosa y al de Toledo (<i>Codex Euricianus, Breviarium Alarici</i>), e incluso al de los nuevos reinos cristianos que van expandiéndose, frente a la dominación musulmana (<i>lex Visigothorum, liber iudiciorum, Fuero Juzgo</i>). Se plantea aquí un primer debate doctrinal en torno a los principios de personalidad y de territorialidad. En este sentido, la opinión tradicional sostiene que el Código de Eurico está destinado únicamente a la población visigoda, mientras que la “tesis territorial” ha sido enunciada y defendida por A. García-Gallo y A. D’Ors. Se alega que su contenido corresponde al Derecho romano, en el estadio de vulgarización propio de la segunda mitad del siglo V, en el ambiente cultural del sur de las Galias, aun cuando en él se aprecien algunos vestigios de costumbres germánicas. Más tarde, sobre la base del Código euriciano se realiza la compilación de leyes denominada <i>liber iudiciorum</i> y, en tiempos posteriores, <i>Fuero Juzgo</i>, en su versión castellana antigua. Publicada en 654, constituye, sin duda, una codificación de carácter territorial, pues</p>
---	---

<p><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p><b>ÉPOCA ALTOMEDIEVAL</b> <i>Leges romanae barbarorum</i></p>	<p>en ella misma se expresa que ha de regir como texto único del Estado visigodo. Importancia decisiva en la pervivencia del Derecho romano en la Alta Edad Media posee la <i>Lex Romana Visigothorum</i>, también denominada <i>Breviarium Alarici</i>. Es una compilación mixta de leyes (procedentes de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano) y de jurisprudencia. A pesar de tratarse de una compilación pobre y superficial, con textos romanos adulterados y simplificados, la obra tiene gran difusión y ejerce influencia no sólo en otras colecciones civiles y eclesiásticas sino en la práctica forense y, sobre todo, en la enseñanza del derecho y la formación del jurista. La figura de Isidoro de Sevilla, autor de las Etimologías, obra de síntesis de todo el conocimiento de la época, pone de manifiesto la importancia de la labor de conservación y transmisión de la cultura latina.</p> <p>Otro importante tema abierto a la discusión entre los autores es el que se refiere a la aportación musulmana y sefardita a la cultura hispánica y, por extensión, a la europea, especialmente por lo que se refiere al aspecto jurídico.</p>
---	---



<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA JUSTINIANEA</b> <i>Codex, Digestum, Institutiones, Novellae leges</i></p>	<p>¿Qué consideraciones preliminares cabe hacer, ahora, en torno al mandato del emperador bizantino Justiniano, a mediados del siglo VI?</p> <p>En Occidente, tras la caída del Imperio Romano (476), son instaurados los Reinos Romano-Germánicos, entre los que se encuentra el Visigodo, que se rigen por compilaciones mixtas de leyes y de jurisprudencia (<i>leges Romanae-Barbarorum</i>), entre ellas, el Breviario de Alarico, y por nuevos códigos (<i>leges Barbarorum</i>), entre ellas, el Código de Eurico. Los llamados pueblos bárbaros abandonan el arrianismo y se integran en el catolicismo romano bajo la autoridad papal que, de un modo u otro, viene a ocupar el vacío de poder imperial.</p> <p>En Oriente, sin embargo, el Imperio Bizantino pervive e incluso se mantendrá a lo largo de la Edad Media. Durante la época del emperador Justiniano (527-565), tiene lugar el intento de reunificar el Imperio, incorporando por conquista determinadas regiones occidentales, sobre todo, Italia, ejerciéndose un control político sobre el papado romano (cesaropapismo). El emperador justifica su intervención alegando tres motivos fundamentales: la restauración de la unidad religiosa, frente al arrianismo; el logro de la unidad política, frente a los usurpadores bárbaros y la reunificación jurídica, conforme al modelo clásico. En estas condiciones, se lleva a cabo una labor intensa en el campo del Derecho, conservadora de la tradición y, al mismo tiempo, reformadora y actualizadora. En primer término, se prepara un Código, recopilación sistemática y cronológica de normas legales, <i>Codex</i>, que muy pronto es publicado (528-29) aunque, más adelante, será sustituido por otro nuevo más completo (534). Paralelamente, se procede a la compilación de las obras de la jurisprudencia clásica en el Digesto, <i>Digesta</i> o <i>Pandectae</i>, obra publicada formalmente como ley (530-33), superadas y corregidas las discrepancias entre los autores. Se procede, además, a la publicación de las Instituciones, obra que también es publicada formalmente como ley (533), aunque se trate materialmente de jurisprudencia de carácter didáctico. Por último, entre los años 535 y 542, se produce una copiosa actividad legislativa, a través de las <i>Novellae leges</i>, actividad que incluso se prolonga hasta el final del mandato del emperador Justiniano.</p> <p>El Código, en su segunda edición, está dividido en doce libros, cada uno de los cuales se subdivide en títulos, con las rúbricas correspondientes a las diversas materias jurídicas. Las disposiciones legislativas llevan el nombre del emperador que las ha promulgado, así como el de su destinatario (<i>inscriptio</i>) y la fecha y lugar de emisión (<i>subscriptio</i>), siguiéndose el orden cronológico. Entre las leyes más antiguas, se encuentra C. 6, 23, 1, de la época de Adriano, mientras que las más recientes pertenecen a Justiniano como, por ejemplo, C. 6, 23, 31.</p>
--	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA JUSTINIANA</b> <i>Codex, Digestum, Institutiones, Novellae leges</i></p>	<p>Por otro lado, el Digesto se divide en cincuenta libros, subdivididos en títulos, y dentro de cada uno de ellos se encuentran ordenados los fragmentos seleccionados de las obras de los autores clásicos. Citamos aquí como ejemplo el texto de Paulo situado en D. 22, 3 <i>De probationibus et praesumptionibus</i>, 2: <i>Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat</i>. Es un hecho cierto que, además de las alteraciones textuales debidas a causas involuntarias, hay otras modificaciones voluntarias o interpolaciones, realizadas con el fin de adaptar los contenidos a las nuevas circunstancias, o bien de superar opiniones enfrentadas entre los intérpretes, etc. Justiniano decidió también que se hiciera un manual elemental de Derecho, con fines pedagógicos, que pudiera sustituir a las antiguas Instituciones de Gayo, obra que fue dividida en cuatro libros.</p> <p>¿Qué carácter presenta la <i>iurisprudentia</i> en época justiniana? Es una jurisprudencia classicista y meramente renovadora, pero no creadora. En primer lugar, se centra en las obras de los juristas de la época clásica, que va del siglo I al III d. C. No se limita a los juristas de las leyes de citas, sino que pretende tener completo alcance. Pero no se ordena a los compiladores que mantengan una fidelidad plena a los originales, sino que se les otorga la facultad de alterar los textos, adaptándolos y corrigiéndolos con el fin de superar las controversias y dudas, <i>vexatae quaestiones</i>. Y, en efecto, introdujeron infinidad de interpolaciones, como pone de manifiesto el <i>Index interpolationum</i>, cuyos resultados obedecen al método crítico desarrollado a partir de la <i>Palingenesis iuris civilis</i>. En segundo lugar, la jurisprudencia ha perdido la autonomía, pues a los juristas no les está permitido realizar una labor creadora, sino meramente conservadora y recopiladora. El emperador prohíbe, incluso, que los futuros juristas lleven a cabo comentarios o interpretaciones, por su cuenta, a partir de los textos compilados (<i>Const. Tanta 21: Nemo audeat commentarios legibus annectare...</i>), reservándose él, en último término, la función interpretativa, junto con la legislativa, conforme al principio de concentración de poderes. No sorprende, por tanto, la intensidad de la labor legislativa que va a llevarse a cabo, a través de las <i>Novellae leges</i>.</p> <p><b>En suma, la compilación justiniana, que a partir de la Edad Media se denomina <i>Corpus Iuris Civilis</i>, en paralelo al <i>Corpus Iuris Canonici</i>, representa la conclusión final del proceso evolutivo del Derecho Romano de la Antigüedad pero, al mismo tiempo, ofrece el fundamento textual de una tradición jurídica doctrinal universitaria que se inicia con la Escuela de Bolonia y que, a través de la Edad Media y Moderna, llega hasta el momento presente.</b></p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA POSTCLÁSICA</b> <i>Corpus iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>Coincide el Derecho postclásico con el llamado imperio absoluto o Dominado, que se prolonga hasta el final del régimen imperial occidental (siglos V y IV d. C.). Tiene lugar ahora la cristianización, fenómeno no limitado a la vida religiosa, que lleva consigo, en primer término, el abandono del culto imperial aunque, en segundo término, trae como consecuencia el reconocimiento del catolicismo como religión oficial del Estado. Resulta también patente la influencia helenística. Se habla, incluso, del paso del régimen esclavista al feudalismo.</p> <p>Constatamos, ante todo, la reorganización del régimen burocrático imperial, caracterizada por la división del imperio en <i>pars Orientis</i> y <i>pars Occidentis</i> y el intervencionismo público en materia económica (<i>Edictum de pretiis</i>).</p> <p><b>Asistimos al tránsito del politeísmo al monoteísmo y al término del periodo de persecuciones contra los cristianos, concediéndoseles la libertad de culto, por medio del Edicto de Milán.</b> He aquí tres acontecimientos muy significativos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Concilio de Nicea convocado por el emperador Constantino, en el que se condena como herejía al arrianismo, difundido entre los pueblos germánicos.</li> <li>- Los emperadores Valentiniano y Valente prohíben el matrimonio mixto entre romanos y bárbaros.</li> <li>- El Cristianismo es convertido en la religión oficial del Imperio romano, impuesta por el Estado, al tiempo que se persiguen otras creencias diversas (Edicto de Tesalónica). Aunque el Cristianismo no llega a abolir la esclavitud, la concepción de la persona que, a partir del sacramento del bautismo, va a incorporar el Derecho canónico resulta incompatible con la condición servil, contraria a la naturaleza humana racional, según los clásicos.</li> </ul> <p><b>Con motivo de la promulgación del Código teodosiano, por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, pasamos de la metodología jurisprudencial inductiva y casuística al método deductivo, desarrollado a partir del sistema legal codificado.</b> Se trata de una recopilación oficial de legislación imperial, siguiendo el criterio sistemático y el orden cronológico. Precedido por los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, compilaciones de rescriptos realizadas en época de Diocleciano, comprende leyes edictales a partir de Constantino, distribuidas en 16 libros. Contiene Derecho privado, administrativo, fiscal, penal y eclesiástico. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, se limita a recoger la ley de citas del año 426. A pesar de la división</p>
--	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA POSTCLÁSICA</b> <i>Corpus iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>administrativa y política, es expresión de la unidad jurídica del imperio, estableciendo las bases de la tradición romanística altomedieval. El hecho de que este Código, elaborado en Oriente, haya sido recibido en Occidente es indicativo de la existencia de unidad legislativa, en un solo Estado imperial, a pesar de la división en dos sedes, oriental y occidental.</p> <p>Con el carácter de recurso complementario a la jurisdicción civil, se alza la función arbitral episcopal, <i>episcopalis audientia</i>, inspirada en un renovado principio de equidad, <i>aequitas christiana</i>. Asimismo, se constituye la jurisdicción eclesiástica especial o privilegio forense. Esta jurisdicción, junto con la potestad normativa conciliar, se encuentra en los orígenes del <i>ius canonicum</i>. En suma, no podríamos hablar aquí de secularización, sino del fenómeno de la sacralización en el ámbito jurídico. Constatamos, asimismo, que determinadas nociones procedentes de la ética estoica son asumidas por la nueva moral cristiana.</p> <p>Otro elemento a resaltar es el agravamiento de la crisis demográfica, al tiempo que los pueblos germánicos, considerados bárbaros o extranjeros, se integran en condición de federados, pero sin acceso a la ciudadanía. Destacamos, en este sentido, el Tratado de federación entre el emperador Honorio y Valia, que da lugar a la instauración del Reino visigodo de Tolosa.</p> <p>Finalmente, el último emperador Rómulo “Augústulo” es depuesto por Odoacro, acontecimiento que supone la caída del Imperio Romano de Occidente, a partir de la cual tiene lugar la instauración gradual de los nuevos Reinos romano-germánicos. Todo ello se produce como consecuencia de la falta de integración política, cultural y religiosa de los llamados pueblos bárbaros en el Imperio. Formalmente, todo el poder político se concentra en Oriente, mientras que la Iglesia romana pervive y fortalece su autoridad y potestad.</p>
--	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA CLÁSICA</b> <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>Particular importancia presenta el denominado Derecho clásico, debido a que la jurisprudencia alcanza el máximo desarrollo en sus diversas manifestaciones. Los límites temporales de este periodo son, por un lado, la instauración del Principado (siglo I d. C.) y, por otro, la implantación del Dominado con Diocleciano (siglo III d. C.). El primero de estos regímenes presenta como “forma de Estado” la organización supranacional, siendo la “forma de gobierno” denominada diarquía, o poder compartido entre el Príncipe y el Senado, aunque tiende a la monarquía de tipo absoluto, en el marco del enfrentamiento entre el politeísmo y el monoteísmo judeo-cristiano. Desde el punto de vista económico y social, se ha destacado la importancia que adquiere el comercio mediterráneo y el trabajo prestado en régimen de esclavitud.</p> <p>En efecto, acabada la guerra civil entre las fuerzas de Octavio y de Marco Antonio, se produce la histórica sesión senatorial constitutiva, en la que el citado Octavio renuncia a todos sus poderes extraordinarios <i>de facto</i>. A continuación, el Senado le confiere <i>de iure</i> el título honorífico de Augusto, proclamándolo <i>Princeps romanorum</i>. En virtud del pacto constitucional entre el <i>Senatus</i>, que representa la tradición y la legalidad republicana, y quien detenta, de hecho, el imperio militar sobre Italia y las provincias, da comienzo el Principado, que se presenta oficialmente como una restauración de la República. <b>Se trata, en realidad, de un nuevo régimen supranacional, metropolitano, provincial y municipal, superado el modelo mediterráneo de la Polis y la Ciudad-Estado.</b></p> <p>Es atribuida a Augusto también la <i>tribunicia potestas</i> y el <i>imperium proconsulare maius et infinitum</i> sobre la totalidad de las provincias. Esto no obstante, en una primera fase del Principado, podemos distinguir dos clases de provincias: <i>provinciae senatoriae</i> o <i>populi Romani</i> y <i>provinciae Caesaris</i>. Las primeras, administradas por el Senado; las segundas, bajo control directo del Príncipe. De este modo, mientras que los ingresos tributarios de las provincias senatoriales se integran en el <i>Aerarium populi Romani</i>, los de las imperiales van a parar al <i>fiscus Caesaris</i>.</p> <p>Augusto asume, además, la autoridad de <i>Pontifex maximus</i>, de modo que viene a acumularse al poder público la autoridad religiosa, llegando al extremo de divinizar la figura imperial y de rendir culto al emperador.</p> <p>Esta divinización se produce al mismo tiempo que comienza, cronológicamente, la Era Cristiana. Según los cálculos del monje escita Dionisio el Exiguo, efectuados en 532, pero utilizados tardíamente en la Edad Media</p>
--	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA CLÁSICA</b> <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>occidental (s. X), se fija en el 25 de diciembre del año 753 desde la fundación de Roma la fecha del nacimiento de Jesucristo. Sin embargo, los cronologistas han preferido fijarla en el 1 de enero del 754 de Roma. Por su parte, los historiadores contemporáneos consideran que el citado monje habría cometido un error de 5 a 7 años en la datación, ya que el edicto del censo a que hace alusión el evangelio está fechado en el 747.</p> <p>Durante el Principado de Octavio Augusto, el Derecho resulta muy afectado por las transformaciones que se viven entonces. Se introduce una reforma fundamental en la actividad de los juristas, al conceder Augusto a algunos de ellos la facultad de <i>respondere ex auctoritate Principis</i> (D. 1, 2, 2, 49). Se trata de una disposición de carácter ambivalente, puesto que, al mismo tiempo que refuerza la autoridad jurisprudencial, otorga preferencia a unos juristas en detrimento de otros, teniendo presente el grado de afinidad a su persona y al nuevo régimen político. Como ha señalado A. D’Ors, se produce entonces la confusión de dos nociones que, en realidad, presentan carácter antitético: las de <i>potestas-auctoritas</i> o, en otros términos, las de <i>lex-ius</i>. En efecto, la “autoridad basada en el conocimiento personal” de algunos juristas es reforzada por medio de la “autoridad pública del Príncipe” (<i>ius publice respondendi ex auctoritate Principis</i>). Tal medida favorece la burocratización de la jurisprudencia, a través de la integración de los juristas en el <i>consilium Principis</i>. Esto no obstante, a lo largo del Principado, la jurisprudencia como ciencia del derecho alcanzará su mayor esplendor. Más allá de la “respuesta judicial” <i>ad hoc</i> a las <i>quaestiones facti et iuris</i> singulares, que sirven de base a la “resolución jurisdiccional”, <i>do, dico, addico</i>, la “decisión jurisprudencial” es considerada como la razón del precedente, <i>ratio iuris</i>, susceptible de aplicación a otros casos futuros similares. A partir de aquí, los juristas elaboran una pluralidad de textos de contenido práctico y teórico (<i>libri responsorum, regularum, ad edictum, institutionum, digestorum, etc.</i>). No podemos confundir, pues, las nociones de <i>iurisdictio, iudicium</i> y <i>iurisprudentia</i>. Es cierto que la jurisprudencia descansa en el criterio de autoridad personal, y que no puede ser considerada fuente de creación <i>ex novo</i> de derecho. Sin embargo, sí puede ser considerada fuente de conocimiento complementaria y supletoria de la ley, en las condiciones en que ésta la reconozca. En definitiva, hemos de distinguir la jurisprudencia uniforme de aquella otra que sólo es expresión de los criterios interpretativos de una determinada escuela o de un autor concreto.</p> <p><b>En suma, el Derecho clásico viene caracterizado, ante todo, por el desarrollo de la jurisprudencia. Asimismo, cae en desuso el ejercicio del poder legislativo por parte de los comicios, que pasa al Senado, órgano que aprueba los senadoconsultos a propuesta del Príncipe, <i>oratio Principis</i>. A propósito de las</b></p>
--	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA CLÁSICA</b> <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p><b>constituciones imperiales, constatamos que adquieren gran importancia los rescriptos, a los que hemos de añadir los decretos, edictos y mandatos.</b></p> <p>En la época de Nerón, se sitúa el “incendio de Roma”, acontecimiento proverbial considerado como el comienzo de las persecuciones contra los cristianos. Frente al politeísmo, se alza el monoteísmo, que rechaza el culto imperial. Puede afirmarse que el espíritu del evangelio lleva consigo la separación entre potestad temporal y autoridad espiritual, según expresa el pasaje de Mateo 5, 15: <i>Reddite ergo quae sunt Caesaris Caesari et quae sunt Dei Deo</i>. Se trata de una fuerza innovadora que catalogamos como desmitificadora. En este mismo orden de acontecimientos, hemos de citar la destrucción de Jerusalén por Tito y el consiguiente inicio de la diáspora del pueblo judío.</p> <p><b>Bajo el poder de Adriano, destacan las obras de los juristas Salvio Juliano, compilador del Edicto perpetuo, y Gayo, autor entre otros libros de las Instituciones, conforme a un sistema expositivo que llegará incluso a las codificaciones contemporáneas. En virtud de un rescripto imperial, se reconoce fuerza legal a la jurisprudencia, cuando, de forma unánime, sea aceptada por todos los autores.</b></p> <p>El emperador A. Caracalla promulga la <i>Constitutio Antoniniana de civitate</i> (212). La ciudadanía romana es extendida a los provinciales habitantes de todas las circunscripciones del Imperio. Es la consecuencia última de la romanización y la ampliación de la latinidad. Entre las motivaciones inmediatas de esta disposición imperial, se encontraría el intento de favorecer la recaudación fiscal y el reclutamiento militar. Entre sus efectos, destaca la extensión de la vigencia del Derecho civil romano a todo el orbe mediterráneo, concebido como un ordenamiento común territorial, sin perjuicio de las especialidades personales, regionales y locales, sobre todo en Oriente. En efecto, esta Constitución no se aplicará a los pueblos germánicos que, a pesar de hallarse en territorio imperial, serán considerados “bárbaros”.</p> <p>En cualquier caso, gracias a esta disposición imperial los textos de las fuentes pasan a la parte oriental, donde van a ser conservados y, finalmente, compilados con carácter definitivo. Queda superada, en parte, la mentalidad pragmática latina, adquiriendo carácter preferente la concepción sistemática helenística.</p>
--	---

<p style="text-align: center;">2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA PRECLÁSICA</b> <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>El estudio histórico retrospectivo nos lleva, a continuación, al Derecho preclásico, cuyos límites temporales son, por un lado, la promulgación de la ley de las Doce Tablas (siglo V a. C.) y, por otro, la crisis final de la República (siglo I a. C.), hecho que conduce a la instauración del Principado. Este periodo viene caracterizado por la secularización y el régimen de constitución mixta, monárquica, aristocrática y democrática, que trata de superar las formas corrompidas de tiranía, oligarquía y demagogia. No obstante, se hace patente la conflictividad económico-social entre grupos antagónicos (el orden senatorial, el ecuestre y los populares).</p> <p><b>El escritor clásico Tito Livio, en su Historia de Roma, <i>Ab urbe condita libri</i>, se remonta a la época de mediados del siglo V a. C., marcada ya por la conflictividad económico-social: Con el fin de encontrar una solución consensuada, se nombra una comisión mixta de diez personas, <i>decemviri legibus scribundis</i>, encargada de elaborar una ley aplicable a los ciudadanos sin distinción, en igualdad de condiciones, isonomía. La ley de las Doce Tablas marca el tránsito de las costumbres a las normas escritas. Desde entonces, esta ley es considerada como una síntesis integradora de intereses contrapuestos, que trata de superar el conflicto económico-social entre el patriciado y la plebe.</b></p> <p>Tras la legislación decenviral, se produce una intensa actividad legislativa. He aquí algunos ejemplos que se dan en momentos sucesivos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Lex Canuleia</i>: Plebiscito en virtud del cual tiene lugar la admisión del matrimonio mixto entre patricios y plebeyos, quedando derogada en esta materia la ley de las Doce Tablas.</li> <li>- <i>Lex Licinia Sextia de consule plebeio et praetore ex patribus creando</i>: Plebiscito votado a propuesta de los tribunos <i>C. Licinius</i> y <i>L. Sextius</i>, por el que se crea un segundo cónsul elegible entre el estamento plebeyo y un magistrado jurisdiccional, de origen patricio, el pretor urbano, encargado de resolver los litigios entre los ciudadanos romanos. Estos magistrados son elegidos por los comicios populares y desempeñan su función durante el plazo de un año.</li> <li>- <i>Lex Valeria de provocatione ad populum</i>: Se establece una garantía fundamental del ciudadano frente al poder punitivo de los magistrados. Sólo los comicios por centurias pueden imponer una pena capital. Es posible que ya la ley decenviral haya sentado un precedente en esta materia: <i>De capite civis nisi per</i></li> </ul>
--	---



<p style="text-align: center;">2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</p> <p style="text-align: center;">ÉPOCA PRECLÁSICA <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p><i>maximum comitatum ... ne ferunto.</i> Estamos ante los orígenes de la dualidad de modalidades del enjuiciamiento criminal: inquisitoria y acusatoria.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Lex Hortensia de plebiscitis:</i> Ley aprobada previa propuesta del dictador <i>Hortensius</i>, en virtud de la cual los plebiscitos, votados a iniciativa del tribuno de la plebe, son equiparados plenamente a las leyes, votadas a propuesta de magistraturas mayores de origen patricio: <i>Lex est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu.</i></li> </ul> <p><b>Paralelamente, Roma adquiere protagonismo creciente en el ámbito de las relaciones inter-ciudadanas y de derecho de gentes. En efecto, se instaura la magistratura del pretor peregrino, magistrado al que es encomendada la <i>iurisdictio</i> en materia de relaciones mixtas entre ciudadanos romanos y extranjeros (<i>inter cives et peregrinos</i>). El Edicto del pretor urbano y peregrino, fuente del Derecho honorario, viene a ayudar, completar e incluso corregir al Derecho civil, basado en la ley y la interpretación jurisprudencial, puesto que muchas figuras surgidas en el marco de esas relaciones mixtas acaban siendo utilizadas también por los <i>cives</i> entre sí.</b></p> <p>Sin embargo, el conflicto bélico alcanza a la Alianza itálica (<i>bellum sociale</i>), hasta el punto de que éste sólo es superado por medio de la extensión de la ciudadanía romana a toda la península itálica (<i>Lex Iulia de civitate sociis danda</i>). Tal circunstancia, unida a la incorporación de las provincias de Hispania y las Galias, pone ya de manifiesto las insuficiencias del régimen republicano romano. La crisis del modelo político-jurídico de la polis y la ciudad-estado se manifiesta en los acontecimientos siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Dictadura de Sila, caracterizada por la abundante legislación, en materia penal y administrativa.</li> <li>- Primer triunvirato, a cargo de César, Pompeyo y Craso. A partir de la constitución de esta magistratura extraordinaria se hace patente la decadencia de la República.</li> <li>- César, a quien se atribuye la expresión <i>alea iacta est</i>, cruza con sus tropas el río Rubicón, grave acto de desacato contra el Senado, guardián del orden constitucional. Se inicia la guerra civil, que concluye con la victoria de éste sobre Pompeyo. La dictadura que entonces se implanta, y que da lugar a reformas</li> </ul>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA PRECLÁSICA</b> <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>legislativas diversas, acaba con el cesaricidio, precisamente con ocasión de una sesión senatorial.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Segundo triunvirato: La <i>lex Titia de triumviris</i> sanciona el triunvirato quinquenal <i>reipublicae constituendae causa</i>, entre Octavio, Marco Antonio y Lépido.</li> <li>- La guerra civil posterior concluye con la conquista del Antiguo Egipto por Octavio y la muerte de Marco Antonio y la última reina Cleopatra.</li> </ul> <p>Consideración especial merece la vida y obra de Cicerón. Autor de tratados de contenido moral, político y jurídico, representa la recepción de la filosofía griega en la cultura romana, en general, y en la ciencia jurídica, en particular, destacando en este sentido la influencia de las disciplinas de la Tópica y la Retórica. Va a desempeñar también una gran actividad pública, llegando a alcanzar el cargo de cónsul, cuyo ejercicio viene marcado por la represión de la conjuración de Catilina. La actividad realizada ante los tribunales competentes en materia criminal, de la que queda constancia en las <i>orationes forenses</i>, pone de manifiesto su conocimiento tanto del Derecho público como del privado, así como su formación retórica. La gran cuestión que se plantea en torno a este autor es si puede ser considerado como una jurista o no. A pesar de que no tenemos certeza de que haya escrito un Tratado de Derecho civil y de que su figura haya sido objeto de fuerte crítica (T. Mommsen), lo cierto es que el estudio de sus obras (E. Costa) ha permitido apreciar también su condición de jurisconsulto.</p> <p>En cuanto a su pensamiento político, es preciso distinguir entre la finalidad inmediata que persigue al escribir y la perdurable influencia que va a ejercer a lo largo del tiempo. Esta enorme influencia posterior contrasta, en efecto, con el fracaso del propósito que, en principio, le guía, por no hablar del carácter anacrónico de su obra. El fin que persigue es encomiar la tradicional virtud romana del servicio público y la preeminencia del papel del estadista. Su objetivo político no es otro que el de restaurar la constitución republicana en la forma que había tenido antes del tribunado revolucionario de Tiberio Graco. Se centra en dos ideas que considera fundamentales, pero que, en su época, apenas tienen relevancia histórica: la creencia en la excelencia de la forma mixta de gobierno y la teoría del ciclo histórico de las formas de gobierno. La teoría de Polibio relativa a la anaciclosis (la alternancia rigurosa e inalterable de buenos y malos gobiernos, esto es, el paso de la monarquía a la tiranía, de la tiranía a la aristocracia, de la aristocracia a la oligarquía, de la oligarquía a la democracia, de la democracia a la demagogia) había sido encomiable por su coherencia lógica, pero las observaciones empíricas que la</p>
---	--

**2.- ANTECEDENTES  
del Derecho romano actual**

**ÉPOCA PRECLÁSICA**  
*Fontes iuris romani  
antejustiniani*

respaldaban quedaban restringidas al marco de referencia de las ciudades-estado helénicas. Cicerón lamenta que estas ideas no encajen perfectamente en la Historia romana y, por ello, se limita a rendir homenaje a la teoría, quitándole su rigor lógico. De modo bastante análogo, elogia las ventajas de una forma mixta de gobierno, sin llegar a aclarar qué instituciones romanas considera como representativas de cada uno de los elementos que la componen. Su intención de bosquejar una teoría política, en íntima relación con la historia de las instituciones romanas, es laudable, pero irrealizable, puesto que adopta una doctrina previamente elaborada sobre fuentes griegas que luego ha de injertarse en la tradición romana.

La verdadera importancia de Cicerón para la Historia del pensamiento político consiste en que ha dado a la doctrina estoica del derecho natural la formulación a través de la cual ha sido universalmente conocida, en toda la Europa occidental, hasta el siglo XIX. De él pasa a los juristas romanos y en no menor medida a los Padres de la Iglesia. Según esta doctrina, hay un derecho natural universal que surge a la vez del providencial gobierno del mundo por el dios supremo y de la naturaleza racional y social de los seres humanos, que los hace afines a ese dios. Obliga inmutablemente a todos los hombres y todas las naciones. Toda legislación que lo infrinja no merecerá el nombre de ley, porque ni el gobernante ni la ley positiva pueden convertir lo injusto en justo (*lex est recta ratio imperans honesta prohibens contraria*).

En síntesis, la formación filosófica de Cicerón nos permite explicar el carácter ecléctico de su doctrina. Carece de originalidad, pero constituye una fuente importante para el conocimiento de los estoicos medios y de los representantes de las Academias segunda y tercera, cuyas obras no han llegado hasta nosotros. Es un puente, a través del cual penetra el pensamiento griego en el mundo romano, y tiene el gran mérito de haber creado el vocabulario filosófico latino. Centra su interés en cuestiones de Moral, Política y Derecho. A propósito de la Moral, considera que la vida humana ha de regirse por la razón, que es lo que hay de más divino en el hombre. Y la norma suprema de conducta consiste en seguir la propia naturaleza, en conformidad con la naturaleza universal. El matiz peyorativo que da Cicerón a las pasiones le hace preferir la impassibilidad estoica a la moderación aristotélica. Al estoicismo debe también su distinción entre la ley natural y la ley civil, así como el criterio según el cual la ley natural es anterior y superior a la civil positiva.

<p style="text-align: center;"><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p style="text-align: center;"><b>ÉPOCA ARCAICA</b> <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>Nos remontamos, finalmente, al periodo del Derecho arcaico (siglos VI, VII y VIII a. C.). Se plantea aquí el problema del origen del Derecho y las instituciones, en su forma consuetudinaria, pero también el de las raíces más profundas del ordenamiento contemporáneo. Se constata, en este sentido, la existencia de un vínculo genético entre “jurisprudencia pontifical” (relacionada con creencias, rituales y preceptos de tipo religioso, así como con los ciclos inmutables de la naturaleza) y “jurisprudencia laica” (dependiente de los cambios históricos).</p> <p>Es probable que, tras un proceso largo de federación de las agrupaciones pre-cívicas, <i>familia, gens, etc.</i>, haya tenido lugar la fundación de la <i>Civitas</i>. Convencionalmente, este hecho se sitúa en el año 753 a. C. Se instaura un régimen monárquico, vitalicio pero no hereditario, en que el <i>Rex</i> está al frente del <i>Senatus</i>, y prevalece una economía agrícola autárquica. Nos hallamos ante una fundamentación teocrática del poder y un ordenamiento religioso de carácter heterónomo, a lo largo de dos etapas sucesivas: latino-sabina y etrusca. A la autoridad religiosa corresponde el poder espiritual y temporal.</p> <p>Coincidiendo con el desarrollo del comercio inter-ciudadano, se inicia el tránsito gradual de la Monarquía a la República, durante el cual parece que la figura del <i>Rex</i> va quedando relegada al ámbito religioso (<i>rex sacrorum</i>), al tiempo que se instauran las magistraturas, cargos temporales de elección popular en los comicios. <b>Comienza la secularización o tránsito de la jurisprudencia pontifical a la jurisprudencia laica (<i>fas, mos, ius</i>).</b> <i>Fas</i> es ordenamiento de origen religioso, de carácter heterónomo, inderogable y vinculante, en principio, en el fuero interno y externo, debido al poder sancionador de los pontífices. <i>Mos</i> es ordenamiento que proviene de los antepasados, de carácter heterónomo, inderogable y vinculante, en principio, en el fuero interno y externo, debido al poder sancionador de los <i>patres</i>. Con motivo de la adaptación de los preceptos religiosos a circunstancias históricas y ante situaciones no previstas en el <i>fas</i> y el <i>mos</i>, el <i>ius</i> es, en cambio, aquel ordenamiento diferenciado, de carácter autónomo, derogable y vinculante, no en el fuero interno, <i>cogitationis poenam nemo patitur</i>, sí en el fuero externo, en detrimento del <i>fas</i> y <i>mos</i>, esto es, del poder sancionador de los pontífices y de los <i>patres</i>, que es asumido por los magistrados competentes.</p> <p>Asimismo, la intensificación de las relaciones inter-ciudadanas cristaliza en alianzas de tipo defensivo, <i>foedera pacis</i>. En efecto, el denominado <i>foedus Cassianum</i> es un tratado de paz y colaboración por el que Roma se integra en la fuerza militar conjunta de la liga latina. Éste es el punto de partida de una progresiva integración y</p>
--	--

<p><b>2.- ANTECEDENTES del Derecho romano actual</b></p> <p><b>ÉPOCA ARCAICA</b> <i>Fontes iuris romani antejustiniani</i></p>	<p>organización de todas las ciudades de la península, en el marco de la comunidad denominada <i>societas italica</i>.</p> <p>Originariamente, en Roma como en todos los pueblos mediterráneos, el sentimiento jurídico se halla fuertemente enraizado en la religión, de tal manera que las primeras manifestaciones del ordenamiento jurídico se producen por medio de la adaptación de rituales religiosos más antiguos. El problema de distinguir lo religioso de lo jurídico, en el régimen primitivo, es tarea muy ardua. El campo de investigación que se ofrece al romanista se centra en la progresiva diversificación de los preceptos de la divinidad y las normas jurídicas emanadas de la voluntad humana. Se trata de averiguar en qué medida van separándose, a lo largo de un proceso de racionalización y secularización. Frente a las creencias e imperativos provenientes de la <i>voluntas deorum</i>, que se imponen a los hombres de manera indiscutible e inalterable, se produce la individualización de reglas jurídicas laicas, primero, de forma consuetudinaria y sólo más tarde, coincidiendo con grandes transformaciones históricas, por vía legal.</p>
--	--



**TABLA 2**

**DERECHO OBJETIVO ROMANO ACTUAL**

Índice	Pgs.
Introducción .....	1
1.- Fuentes de derecho objetivo .....	5
2.- Criterios aplicables de derecho objetivo .....	29

**Introducción**

La noción de derecho objetivo, en la que tienen cabida modalidades diversas, *ius naturale, ius gentium, ius civile, ius honorarium, etc.*, es expresada por medio de la oportuna definición: **Valoración de la conducta, organización y ordenación aplicable a la convivencia, consistente en permitir, imponer, prohibir y castigar (D. 1, 3, 7: Virtus legis haec est permittere, imperare, vetare, punire), con el fin de proteger los intereses compartidos y contrapuestos y alcanzar los bienes, por medio de las fuentes, de producción y de conocimiento, las normas, legales y consuetudinarias, y los recursos complementarios y supletorios.** El derecho objetivo viene expresado por medio de juicios y proposiciones de tipo prescriptivo, que figuran en la premisa mayor y la conclusión del razonamiento demostrativo. Los contenidos del citado juicio prescriptivo son de orden fáctico, facultativo o mixto, por lo que presenta indudable complejidad. Es cierto que enuncia hechos y facultades, pero esto se hace por parte del órgano dotado de competencia normativa en el ejercicio de sus funciones, conforme a las solemnidades requeridas y con alcance general. Quedan excluidos de este ámbito aquellos juicios fácticos y facultativos que no cumplen estos requisitos, como los emitidos por otros operadores jurídicos (jueces, abogados, etc.), o bien los de carácter interrogativo o explicativo, o los singulares y concretos. Todo ello queda patente, a través de dos ejemplos que se proponen a continuación:

Ejemplo 1:

Premisa mayor prescriptiva-facultativa: “El contrato de compraventa entre comprador y vendedor produce derechos de crédito y obligaciones entre las partes”. Asimismo, V. y C. están capacitados y legitimados para vender y comprar el inmueble I.

Premisa menor descriptiva: V. y C., capacitados, legitimados y no concurriendo causa de nulidad, han realizado el contrato de compraventa del inmueble I.

Conclusión prescriptiva-facultativa: Se ha reiterado la interpretación jurisprudencial en esta materia. Asimismo, V. y C. han adquirido los correspondientes derechos de crédito y obligaciones.

Ejemplo 2:

Premisa mayor prescriptiva-facultativa: “El que matare a otro será condenado a la pena preestablecida”. Asimismo, V. tiene el deber de no matar a C.

Premisa menor descriptiva: V. ha causado la muerte de C., no concurriendo circunstancias modificativas.

Conclusión prescriptiva-facultativa: Se ha reiterado la interpretación jurisprudencial en esta materia. Asimismo, se impone a V. la responsabilidad penal correspondiente. En este sentido, **interés jurídico** es tendencia, legítima y protegida, de la voluntad del sujeto, dirigida a obtener, en condiciones de escasez, recursos con los que satisfacer necesidades presentes y futuras. **Bien jurídico y valor** es finalidad última y calidad inherente a ella que orienta la labor de mediación, entre intereses compartidos y contrapuestos, realizada por el legislador, el árbitro, el juez, etc.

La presente Tabla del derecho objetivo no se reduce al sistema normativo positivo vigente, sino que, de acuerdo con la orientación interdisciplinaria, incorpora también los principios o presupuestos lógicos y axiológicos. En efecto, el Derecho no es la única disciplina normativa, ni presenta carácter exclusivo y excluyente, sino que interviene en un amplio campo de actuación compartido. Interactúa en el marco de la Lógica, en sus diversas manifestaciones jurídicas (Dialéctica, Tópica, Retórica, Oratoria) y de las Ciencias humanas, morales y políticas, económicas y sociales, etc. Asimismo, todas ellas arraigan en la razón humana y la conciencia individual (moral y ética) y colectiva (política y económico-social). Es preciso, pues, buscar los fundamentos del Derecho, junto a las demás disciplinas normativas, más allá de la fuerza vinculante, esto es, de la amenaza de sanción y del temor, instintivo y no racional, al castigo y, en última instancia, del recurso a la fuerza física. Temor “inconcreto”, en realidad, puesto que el carácter técnico y variable del ordenamiento jurídico lo hace inaccesible a quienes no son expertos en materia jurídica. Supuesto que la vigencia del Derecho descansa, en último término, en la ficción de “no desconocimiento”, *ignorantia iuris non excusat*, la realidad empírica de su desconocimiento, nos lleva a la necesidad de no prescindir de la conciencia individual y colectiva, como fundamentos primarios de toda convivencia social.



En suma, si el derecho objetivo quedara reducido a su aspecto puramente normativo, no tendrían cabida temas básicos como los referentes a las fuentes de producción y de conocimiento, principales y supletorias, así como a la interpretación normativa clarificadora e integradora,

### **Fuentes de derecho objetivo**

Entendemos por fuente de derecho objetivo (*fons iuris*, en expresión metafórica), toda **causa productora de consecuencias, relativas a la creación, modificación o extinción del sistema normativo vigente aplicable a la vida práctica**. La causa remota no es otra que la autonomía de la voluntad del sujeto (ente público o persona particular), mientras que las causas próximas se centran en los actos de ejercicio de dicha autonomía (de carácter público o privado; expreso o tácito). Más en particular, nos referimos a los actos de aprobación de la ley (*lex publica*), el reglamento (*edictum*), la disposición vinculante entre particulares (*lex privata*), así como a la reiteración de usos y modos de relación adoptados con carácter vinculante. Ahora bien, dado que la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni indeterminada, ni puede ser confundida con arbitrariedad, hemos de admitir también entre las fuentes a aquellos principios informadores o presupuestos lógicos y axiológicos que delimitan y facilitan el ejercicio de la misma.

Asimismo, resulta que la enumeración de las fuentes no puede quedar circunscrita a las modalidades ya consideradas de ejercicio de la citada autonomía. Y ello se debe a que ningún sistema preestablecido vigente es capaz de prever, de forma clara e inequívoca, todos y cada uno de los casos que puedan presentarse en el tiempo presente y el futuro. Como ya reconocen los textos latinos, la vida práctica es siempre mucho más rica y compleja que cualquier ordenamiento vigente por muy completo que llegue a ser en sus previsiones. Éste es el clásico problema de las lagunas normativas: ***Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit et ea quae plerumque accidunt contineri (D. 1, 3, 10)***. Dado que el juez tiene el deber inexcusable de resolver siempre todas las controversias que se le planteen, hemos de admitir también las llamadas fuentes de conocimiento, no prescriptivas, ni reguladoras en sentido estricto, sino clarificadoras de las normas vigentes y, en último término, los recursos supletorios integradores.

Éste es, básicamente, el esquema de las fuentes del derecho objetivo, que ha de ser entendido sin perjuicio del reconocimiento de la facultad de los particulares de introducir a través de pacto un régimen jurídico *ad hoc*, en determinadas relaciones, y de la competencia judicial o arbitral de resolver, en su caso, *ex aequo et bono*, esto es, mediante el recurso directo y exclusivo a este modo de argumentación basado en la razón de equidad, conforme a la Tópica jurídica.

## Ramas del ordenamiento jurídico objetivo

A partir de las fuentes, surge el *ius positivum*, que comprende una pluralidad de ordenamientos, con caracteres peculiares, que evolucionan a lo largo de la historia de los pueblos. Sin cuestionar la unidad del sistema positivo vigente considerado en su totalidad, los autores han establecido diversos criterios de división interna, como aquel que da lugar a cuatro ramas fundamentales: Derecho de gentes y Derecho propio de cada Ciudad-Estado, que, a su vez, quedan subdivididos, atendiendo a la naturaleza pública o privada de sus elementos constitutivos. He aquí las definiciones básicas:

***Ius gentium publicum***: Antecedente del actual Derecho internacional público, es la sección del ordenamiento jurídico que, mediante tratados y costumbres, regula las relaciones entre Ciudades-Estado independientes, pero agrupadas en alianzas o federaciones, siendo el arbitraje, de derecho o *ex aequo et bono*, el modo por excelencia de resolver controversias y quedando asegurada la coactividad y la coacción por medio de la coalición interestatal de fuerzas. Se incluye aquí el Derecho del Mar. ***Ius gentium privatum***: Antecedente del actual Derecho internacional privado, es la sección del ordenamiento jurídico que, según los principios de personalidad y territorialidad, las normas de conflicto y otras disposiciones, se remite al régimen aplicable a las relaciones jurídicas que plantean conflictos normativos a causa de la ciudadanía, siendo el arbitraje y la jurisdicción estatal del pretor peregrino, los modos por excelencia de resolver las controversias y quedando asegurada la coactividad y la coacción por medio del poder de ejecución forzosa de los magistrados de cada Ciudad-Estado. Se incluye aquí el Derecho marítimo.

***Ius civitatis publicum***: Antecedente del actual Derecho público interno, es la sección del ordenamiento jurídico que, mediante leyes y costumbres, establece la organización estatal y regula aquellas relaciones jerárquicas entre los órganos del Estado y los particulares, que le corresponden según los principios de personalidad y territorialidad, siendo la jurisdicción estatal el modo por excelencia de resolver las controversias y quedando asegurada la coactividad y la coacción por medio del poder de ejecución forzosa de los magistrados competentes. ***Ius civitatis privatum***: Antecedente del actual Derecho privado interno, es la sección del ordenamiento jurídico que, mediante leyes y costumbres, regula aquellas relaciones jurídicas entre particulares, que le corresponden según los principios de personalidad y territorialidad, siendo la jurisdicción estatal y el arbitraje los modos por excelencia de resolver las controversias y quedando asegurada la coactividad y la coacción por medio del poder de ejecución forzosa de los magistrados competentes.

	<b>OBSERVACIONES GENERALES</b>
<b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b>	<p><b>Causas remotas:</b>  <b>Autonomía de la voluntad (popular, pública y privada)</b>  (La voluntad general puede ser excluyente de la voluntad de los particulares, por ejemplo en Derecho penal, <i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>, o no excluyente de ella, por ejemplo en Derecho comercial, <i>pacta sunt servanda</i>.- <i>ius cogens et ius dispositivum</i>)</p> <p>Ante el problema de la antítesis “determinismo-libertad” o “heteronomia-autonomía”, los juristas clásicos, adoptan una postura ecléctica o “concepción dual” del ser humano, corporal y espiritual, de acuerdo con las ideas éticas estoicas ya difundidas por Cicerón. Y se inclinan por la coexistencia de dos órdenes diversos pero complementarios, calificados con los términos de “natural” y “positivo” (<i>ius naturale-ius positivum</i>).</p> <p>Derecho natural es, en una primera acepción, <i>quod natura omnia animalia docuit</i>, ordenamiento heterónimo, en el sentido de sometimiento necesario a las leyes universales de la física y la biología, comunes a todos los seres vivos. En una segunda acepción, es <i>quod naturalis ratio inter omnes homines constituit</i>, ordenamiento heterónimo, en el sentido de vinculación a las leyes universales de la razón, comunes a todos los hombres. Asimismo, los juristas romanos, a partir de la razón natural, <i>naturalis ratio</i>, afirman las nociones fundamentales de libertad e igualdad de los seres humanos. La libertad es entendida como facultad natural, <i>naturalis facultas</i>, frente a la esclavitud (y a las penas privativas de dicha libertad), que son figuras sólo de derecho positivo y contrarias a la razón natural (<i>libertas est naturalis facultas; servitus est constitutio iuris gentium</i>). Al mismo tiempo, se considera conforme a la razón natural la igualdad ante la ley, sin que pueda establecerse discriminación por la condición de la persona, <i>quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt</i>.</p>

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><b>Causas remotas: Principios informadores</b>  <b>Presupuestos lógicos (axiomática jurídica)</b></p> <p>La expresión típica de la lengua jurídica latina <i>scientia iuris</i> nos pone de manifiesto que ya la jurisprudencia clásica ha adquirido una de sus nociones básicas. Puede afirmarse, en este sentido, que el <i>ius romanum</i>, antecedente del Derecho contemporáneo, ya desde la época clásica, ha alcanzado, gracias a la influencia de la filosofía griega, difundida entre otros por Cicerón, el rango de disciplina científica, que tiene por objeto una determinada rama del conocimiento práctico y que se basa en un método racional (<b>D. 1, 3, 15: <i>In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris</i></b>).</p> <p>Más en particular, la expresión <i>iusti atque iniusti scientia</i> nos permite establecer una clara distinción entre el conocimiento científico desarrollado a través de “juicios sobre el ser”, propios de las llamadas ciencias naturales, y otros saberes, entre los que se encuentra la ciencia jurídica, que tienen por objeto la orientación de la actuación de los entes públicos y sujetos particulares, tendente a la consecución de unos fines determinados. No se trata, ahora, de juicios sobre el ser, sino de juicios de valor y “juicios sobre el deber ser”. Así pues, la ciencia consiste en el conocimiento, teórico o práctico, de una determinada materia, desarrollado con arreglo a una metodología racional.</p> <p>Por una parte, las llamadas ciencias naturales, basadas en el método inductivo, empírico y experimental, se especializan en el ámbito ontológico descriptivo del “ser”, es decir, su campo de actuación y análisis es la realidad “objetiva”, universal y permanente de las leyes físicas, biológicas etc., susceptibles de expresión cuantitativa, a través de fórmulas matemáticas. La metodología aplicable aquí está inspirada en la llamada Lógica formal, de carácter binario, puesto que sólo admite juicios verdaderos o falsos.</p> <p>Por otra parte, las Ciencias humanas y sociales, Moral, Ética, Política, Economía, Sociología, Derecho etc., se centran en el campo deontológico valorativo-prescriptivo del “deber ser”. Su materia de análisis es una realidad “subjetiva”, histórica y cultural, cambiante y variable, según la idiosincrasia de cada pueblo y la mentalidad personal, por lo que la Lógica formal no resulta idónea y es preciso recurrir a otras disciplinas alternativas de la razón práctica, como la Dialéctica, la Tópica, la Retórica o la Oratoria. Lo erróneo sería pensar que sólo en el terreno de la naturaleza universal</p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>puede hacerse ciencia. Se impone, pues, la convicción de la existencia de un conocimiento racional orientado, si no a la formulación de juicios de contenido no opinable, verdaderos o falsos, sí al menos a la expresión de opiniones fundadas, en términos de probabilidad o de mera convicción personal. En suma, ante la necesidad insoslayable de actuar, y a pesar de que no tengamos certeza plena de las causas y consecuencias, hemos de conformarnos con criterios de aproximación, a partir de una adecuada discusión que tenga por objeto una opción determinada y la contraria.</p> <p>En definitiva, la labor de creación y transformación del Derecho incumbe tanto a la facultad de la voluntad como a la razón, puesto que la primera de ellas ha de tomar su decisión dentro de unos cauces predeterminados. Esto supuesto, <b>entendemos por axioma todo principio del razonamiento jurídico evidente por sí mismo, que no necesita demostración y que sirve para demostrar la certeza de aquellos otros criterios que, en un primer análisis, resultan dudosos.</b> He aquí un elenco de axiomas jurídicos en su enunciado latino tradicional:</p> <p><i>Absolvere potest, qui potest condemnare</i>  <i>Absolvere non potest, qui condemnare non valet</i>  <i>Absolvere nocentem sanctius est quam condemnare innocentem</i>  <i>Absurdum in omnibus dispositionibus semper es vitantum</i>  <i>Cautela abundans nocet</i>  <i>Accessorium sequitur naturam sui principalis</i>  <i>Guarentigia non valet, si non valet principale instrumentum</i>  <i>Accidentaliter evenientia non mutant rei substantiam</i>  <i>Accusatore non probante reus absolvitur</i>  <i>Acta faciunt rem notoriam</i>  <i>Actio semel extincta non reviviscit</i>  <i>Actio cui conceditur, multo fortius retentio</i>  <i>Actio cui conceditur, multo fortius exceptio</i>  <i>Actio personalis non datur contra tertium</i>  <i>Actor debet sequi forum rei</i>  <i>Actore non probante reus absolvendus est etiamsi nihil probaverit</i></p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Actori non licet quod reo denegatur</i>  <i>Actor et reus sunt correlativa et a pari procedunt</i>  <i>Actori quod conceditur censeatur etiam concessum reo</i>  <i>Dolus actoris et dolus rei insimul compensantur</i>  <i>Actus debet semper interpretari ut aliquid operetur, non autem ut fit inutilis</i>  <i>Actus in dubio debet interpretari validus</i>  <i>Actus a principio nullus nullum producit iuris effectum</i>  <i>Aequiparatorum eadem est dispositio</i>  <i>Extensio fit regulariter de uno aequiparato ad aliud</i>  <i>Aequitas in paribus causis paria iura desiderat</i>  <i>Aequalitas in iudiciis servanda</i>  <i>Agentes et consentientes pari poena quando puniantur</i>  <i>Agenti incumbit onus probandi</i>  <i>Agere invitus nemo compellitur</i>  <i>Allegare nihil et allegatum non probare, paria sunt</i>  <i>Id quod quis allegare tenetur probare debet</i>  <i>Aliud pro alio invito creditore solvi nequit</i>  <i>Ambiguitas in meliorem partem interpretanda est</i>  <i>Animus ab operibus operantis dignoscitur et talis praesumitur qualem facta demonstrant</i>  <i>Animus hominis qualis fuerit dignoscitur ex iis qua antea vel postea gesta fuerunt</i>  <i>Antecedens qui vult videtur velle necessarium consequens</i>  <i>Antecedenti destructo nullum est dare consequens</i>  <i>Arbitrio iudicis relinquitur quod in iure definitum non est</i>  <i>Bona non dicuntur nisi deducto aere alieno</i>  <i>Bona fides non patitur ut bis idem exigatur</i>  <i>Casus exceptus firmat regulam in contrarium</i>  <i>Casus mixtus non continetur sub simplici</i>  <i>Causa expressa regulat actum</i></p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Causa cessante cessat eius effectus</i>  <i>Causa justa excusat a poena</i>  <i>Causa proxima magis attenditur quam remota</i>  <i>Certus qui est amplius certiorari non debet</i>  <i>Charitas bene ordinata incipit a seipso</i>  <i>Circuitus inutiles sunt vitandi quando subest aequitas</i>  <i>Commodum eius esse debet cuius est periculum</i>  <i>Incommoda illum sequi debent quem et commoda sequuntur</i>  <i>Commodum et incommodum aequaliter determinantur</i>  <i>Communio regulariter parit discordias</i>  <i>Commune quod est meum non est</i>  <i>Concessum dicitur quicquid expresse prohibitum non reperitur</i>  <i>Concessum ad tempus post illud censetur denegatum</i>  <i>Conditione pendente, actus non perfectus</i>  <i>Conditione deficiente, contractus celebratus censetur resolutus ab ipso initio</i>  <i>Confessio est probatio omnibus melior et efficacior</i>  <i>In claris non est opus coniecturis</i>  <i>Connexorum idem est iudicium</i>  <i>Consensus non trahitur ad ignorata et non cogitata</i>  <i>Consequens qui vult, vult etiam suum necessarium antecedens</i>  <i>Consilium natura est ut quamvis excitet ad deliberandum, non tamen obliget ad sequendum</i>  <i>Consuetudo parem vim habet cum lege</i>  <i>Consuetudo est optima legum interpretis</i>  <i>Consuetudo potest quicquid potest praescriptio</i>  <i>Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis</i>  <i>Contractus omnis seu quaelibet dispositio promissio vel pactum intelliguntur rebus sic stantibus</i>  <i>Contrarietas est vitanda et concilianda in omni dispositione</i>  <i>Contraria simul esse non possunt</i></p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Contraria allegans non auditur</i>  <i>Defendens se potest contraria allegare</i>  <i>Contrariorum contraria est ratio et contrarius effectus</i>  <i>Copulata plura quando requiruntur ad aliquid disponendum non sufficit unum tantum intervenire</i>  <i>Incompatibilia plura quando copulantur, tunc copula resolvitur in alternativam vel disjunctivam</i>  <i>Correlativorum idem est iudicium et eadem disciplina</i>  <i>Correlativo uno destructo, destruitur et aliud</i>  <i>Culpa suos debet tenere authores</i>  <i>Culpa ubi non est, nec poena esse potest, aut delictum aut onus</i>  <i>Culpa ubi major est, ibi gravior debet esse poena</i>  <i>Damnum dedisse videtur qui occasionem damni dat</i>  <i>Damnum qui sentit, debet sentire et lucrum et contra</i>  <i>Dare alteri nemo potest id quod ipse non habet</i>  <i>Debitor speciei, perempta specie ante moram, liberatur</i>  <i>Debitor nemo potest esse sui ipsius</i>  <i>Definitio est initium omnis disputatio</i>  <i>Definitio perfecta debet habere genus ac propriam et completam differentiam</i>  <i>Delicta puniri publice interest et expedit Reipublica ne maneant impunita</i>  <i>Paritas delicti paritatem poena requirit</i>  <i>Delicta graviora, gravius puniantur</i>  <i>Delictum in omittendo levius est quam in committendo</i>  <i>Delictum non imputatur ubi dolus non est</i>  <i>Delictum in dubio non praesumitur</i>  <i>Vox unius vox nullius</i>  <i>Dies interpellat pro homine</i>  <i>Disponere de re sua quilibet potest</i>  <i>Dispositio omnis intelligitur rebus sic stantibus</i>  <i>Nominum diversitas diversitatem rerum et locorum inducit</i></p>
---	--



<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Diversorum diversum est iudicium</i>  <i>Dolus unius non debet alteri nocere</i>  <i>Dolus ubi non adest, ibi non est delictum poenam dignum</i>  <i>Dolus cum dolo compensatur</i>  <i>Donare suum nemo praesumitur</i>  <i>Error potius quam donatio praesumitur</i>  <i>Pars tutior in dubiis est eligenda</i>  <i>Errantis nullus est consensus</i>  <i>Error in facto proprio non potest allegari</i>  <i>Iuris error neminem excusat</i>  <i>Error iuris excusat quando erratur in articulo iuris dubio</i>  <i>Nominis error non vitiat dispositionem, si constat de intentione</i>  <i>Agere qui potest multo magis potest excipere</i>  <i>Exceptio firmat regulam in contrarium</i>  <i>Exempla declarant regulam</i>  <i>Exempla non restringunt regulam</i>  <i>Experientia omnium rerum est mater</i>  <i>Expressum ubi requiritur non sufficit tacitum neque praesumptum</i>  <i>Expressi major est vis quam taciti</i>  <i>Expressum facit cessare tacitum</i>  <i>Extinctum semel amplius non reviviscit</i>  <i>Extrema omnia sunt vitiosa et ex duobus contrariis sit medium optimum</i>  <i>Facta sunt efficaciora ad declarandum animum facientis quam ipsa verba</i>  <i>Factum contra ius, pro non facto habetur</i>  <i>Factum proprium nemo impugnare potest</i>  <i>Factum non praesumitur nisi probetur</i>  <i>Favori suo quilibet renunciare potest</i>  <i>Favores sunt ampliandi</i></p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Fictio idem operatur quam veritas</i>  <i>Paria sunt esse talem vel haberi pro tali</i>  <i>Fidem fallere et promissa non adimplere grave est</i>  <i>Fides publica etiam hostibus est servanda</i>  <i>Fraudem fraude repellere licet</i>  <i>Futura contingentia sunt incerta apud nos</i>  <i>Confessio extrajudicialis geminata plene probat</i>  <i>Interpellatio geminata magis aggravat debitorem morosum</i>  <i>Dispositio generalis omnes species comprehendit</i>  <i>Specialis dispositio derogat generali</i>  <i>Genus perire non potest</i>  <i>Habitus facit praesumptionem</i>  <i>Honor est maximum bonorum</i>  <i>Ignorantia facti iusta et probabilis excusat</i>  <i>Iuris ignorantia non praesumitur nec excusat</i>  <i>Leges scire omnes debent et lata culpa est iuris dispositionem ignorare</i>  <i>Imperare sibi ipsi nemo potest</i>  <i>Ad impossibilia nemo tenetur</i>  <i>Inclusio unius est exclusio alterius</i>  <i>Inclusio unius non est exclusio alterius , quando eadem ratio militat in excluso et incluso</i>  <i>Quando sunt connexa, inclusio unius non non est exclusio alterius</i>  <i>Incommoda eum sequi oportet, quem commoda et utilitates sequuntur</i>  <i>Inferior non potest tollere legem superioris</i>  <i>Iniuria non fit scienti et volenti</i>  <i>Interesse cessante, non auditur agens</i>  <i>Interpretari actum eius est cuius est condere</i>  <i>Interpretatio facienda est secundum mentem disponentis, si de illa constat, alias secundum verisimilitudinem et demum</i>  <i>attenta mera significatione verborum</i></p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Iudex debet iudicare secundum allegata et probata, non autem secundum propriam conscientiam</i>  <i>In iudiciis debet servari aequalitas</i>  <i>Iniuriam nemini facit qui utitur iure suo</i>  <i>Una eademque res diverso iure censi non debet</i>  <i>Iuri suo quilibet renunciare potest</i>  <i>Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habeat</i>  <i>Lex generaliter loquens, generaliter est intelligenda</i>  <i>Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus</i>  <i>Ratione legis cessante, cessat quoque eius dispositio</i>  <i>Mens legis magis est attendenda quam verba</i>  <i>Lex quantumcunque dura est servanda</i>  <i>Lex non extenditur ad praeterita, sed trahitur ad futura</i>  <i>Libera quaelibet res praesumitur a servitute</i>  <i>Maius cui conceditur et minus concessum esse videtur</i>  <i>Malus semel, semper praesumitur esse malus</i>  <i>Ex malitia sua nemo commodum reportare debet</i>  <i>Procurator excedens fines mandati non obligat principalem</i>  <i>Medium praesumitur probatis extremis</i>  <i>Media declarantur ex praecedentibus et sequentibus</i>  <i>Melius est nocentem dimittere quam innocentem punire</i>  <i>Nemo est dominus membrorum suorum</i>  <i>Occidere seipsum nemini licet</i>  <i>In contractibus potius attenditur sensus et mens quam verba</i>  <i>Mixtum non continetur sub simplici in odiosis, seu alias in materia stricte interpretanda, seu materia exorbitante et correctoria</i>  <i>Mora non est ubi nulla est petitio</i>  <i>Mors omnia solvit</i>  <i>Morte finitur societas</i></p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Mandatum expirat morte mandantis</i>  <i>Beneplacitum expirat morte concedentis</i>  <i>Delicta morte extinguitur</i>  <i>Mortuo non fit iniuria</i>  <i>Natura rei potius attendi debet quam simplex nominatio</i>  <i>Naturalia si concurrant cum accidentalibus praeferuntur</i>  <i>Causa necessaria facit permissum id quod alias de iure esset prohibitum</i>  <i>Necessitas non habet legem, ideo lex subiacet necessitati</i>  <i>In necessitatibus nemo liberalis existit</i>  <i>Negantis factum per rerum naturam nulla est probatio</i>  <i>Negatio facit rem dubiam</i>  <i>Negligentia propria semper nocet</i>  <i>Negligentia unius alteri nocere non debet</i>  <i>Negligentia imputari non debet ignoranti</i>  <i>Nemo dat quo non habet</i>  <i>Nihil et inutile aequiparantur</i>  <i>Nihil fit ex nihilo</i>  <i>Non esse et non posse probari paria sunt</i>  <i>Nullum quod est nullum producit effectum</i>  <i>In obscuris inspici debet quod verosimilius est</i>  <i>Odia sunt restringenda</i>  <i>Favor in dubio potius est considerandus quam odium</i>  <i>Onus qui sentit debet sentire etiam commodum</i>  <i>Operarius dignus est mercede sua</i>  <i>Pacta conventa regulariter sunt sevanda</i>  <i>Delicta paria compensatione tolluntur</i>  <i>Parium eadem est iuris dispositio</i>  <i>Solvere vel deponere paria sunt</i></p>
---	--



<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Solvere et compensare paria sunt</i>  <i>Permissa esse censentur omnia quae non sunt prohibita</i>  <i>Permissum ad tempus, post illud censetur prohibitum</i>  <i>Plus et minus non mutant substantiam rei nec eam faciunt differre specie</i>  <i>Plus si licet etiam quod est minus licitum est</i>  <i>Poena proprie non dicitur nisi quae imponitur propter culpam</i>  <i>Poena non irrogatur nisi expresse iure caveatur</i>  <i>In poenis fit benignior interpretatio</i>  <i>Poena ad alios casus non sunt extendendae sed restringendae</i>  <i>Possessor olim et hodie possessor praesumitur</i>  <i>Possidentis melior est conditio</i>  <i>Posteriora derogant prioribus</i>  <i>Praescriptum tantum censetur quantum possessum</i>  <i>Praesumptio cedit veritati quia veritas praevallet praesumptioni</i>  <i>Principium cuiusque rei est spectandum</i>  <i>Prior tempore potior iure</i>  <i>Prior nominatus censetur magis dilectus</i>  <i>Probare oportet, nec sufficit dicere</i>  <i>Prohibitum una via non censetur alia permissum</i>  <i>Prohibitum directe non potest fieri per indirectum</i>  <i>Interpretatio in dubio facienda est ut actus censeatur permissus quando non reperitur prohibitus</i>  <i>Prohibere non potes quod tibi non nocet et alteri prodest</i>  <i>Qualitas facilius datur et praesumitur quam substantia</i>  <i>Quod non vis tibi fieri aliis ne facias</i>  <i>Quod de uno negatur de alio concessum esse videtur</i>  <i>Ratio est anima legis</i>  <i>Ratio ubi est eadem, ibi debet esse eadem iuris dispositio</i>  <i>Diversa ratio ubi est, dispositio quoque diversa esse debet</i></p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Ratio potius quam verba est expectanda</i>  <i>Ratihabitio retrotrahitur et mandato comparatur</i>  <i>Res sua nemini servire potest</i>  <i>Res transit cum suo onere ad quemcunque vadat</i>  <i>Res inter alios acta aliis nocere non debet</i>  <i>Rei partes favorabiliores sunt partibus actoris</i>  <i>Res iudicata pro veritate habetur</i>  <i>Sententia praesumitur rite et recte lata</i>  <i>Res iudicata facit de non ente ens et de ente non ens, indebito debitum et de debito non debitum</i>  <i>Notorium inducit res iudicata</i>  <i>Reprobatio unius ex duobus propositis videtur includere approbationem alterius</i>  <i>Reo favendum est potius quam actori</i>  <i>Rei officium est se defendere</i>  <i>Separatorum separata debet esse ratio</i>  <i>Simile non est idem</i>  <i>Et licet simile non possit dici identitas tamen valde simile reputatur idem</i>  <i>Singula quae non prosunt multa collecta iuvant</i>  <i>Obligatio tollitur et extinguitur solutione eius quod debetur</i>  <i>Hypotheca tollitur solutione eius quod debetur</i>  <i>Creditor recipere non tenetur solutionem diminutam</i>  <i>Solvens alii quam vero creditori non liberatur</i>  <i>Solvi non potest aliud pro alio invito creditori</i>  <i>Superfluitas evitanda est</i>  <i>Tacens quando contradicendo actum impedire non potuisset, tunc consentire non censetur</i>  <i>Tacitum non operatur quantum expressum in prohibitis</i>  <i>Totum continet singulas partes</i>  <i>Totum qui dicit nihil excludit</i>  <i>Turpitudinem vel dolum suum allegans non auditur</i></p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Turpitudinem suam potest quis allegare in criminalibus se defendendo</i>  <i>Verba clara non admittunt interpretationem</i>  <i>Verba dubia contra proferentem sunt interpretanda</i>  <i>Verisimile est id quod proximum et simile vero est</i>  <i>Verisimile quod non est, nec dicendum nec credendum</i>  <i>Veritas praevalet existimationi seu opinioni</i>  <i>Veritas est basis, fundamentum seu mater iustitiae</i>  <i>Via una electa non potest ad aliam recurri</i>  <i>Vim vi repellere licet</i>  <i>Ultima derogant prioribus</i>  <i>Voluntas in mente retenta nihil operatur</i>  <i>Voluntas praeferenda est verbis</i>  <i>Voluntas ex coniecturis declaratur</i>  <i>Voluntas ultima deambulatoria est usque ad mortem</i>  <i>Voluntas morte extinguitur</i>  <i>Voluntatis mutatio non praesumitur</i>  <i>Utile per inutile non vitiatur</i></p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><b>Causas remotas: Referentes axiológicos</b></p> <p>Considerando que el ser humano está dotado de capacidad racional de conocer y de capacidad de actuar en conciencia, previo discernimiento entre lo bueno y lo malo, se plantea el tema de los bienes y los valores, con carácter primordial, como pone de manifiesto la definición del derecho objetivo. Los textos romanos nos ofrecen expresiones ilustrativas, como <i>De iustitia et iure, ius est ars boni et aequi; placuit in omnibus rebus iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem; iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi; fundamentum iustitiae est fides, id est, dictorum conventorumque constantia et veritas etc.</i></p> <p><i>Fides, iustitia, aequitas</i></p> <p>Según la doctrina ético-jurídica de los estoicos, la libertad y la autonomía, frente al determinismo y la heteronomía, constituyen los presupuestos de la ordenación de la conducta en la convivencia social. En el marco de un determinismo estricto, los estoicos tratan de salvar la libertad conciliándola con la necesidad. Para ello, distinguen entre causas principales y causas auxiliares. En cualquier caso, es vano intentar rebelarse contra el impulso de la necesidad. Ése es el motivo de nuestros sufrimientos. Lo mejor es dejarse llevar, cooperando con nuestro asentimiento libre al movimiento de la naturaleza. Así se logra la perfecta serenidad y la paz de espíritu propia del sabio que se somete a la necesidad providencial. En suma, la libertad queda reducida a resistencia inútil o cooperación al impluso universal necesario, por lo que no basta para desvirtuar el rígido determinismo que arrastra todas las cosas (G. FRAILE, <i>Historia de la Filosofía, T. I. Grecia y Roma</i>, Madrid, 1990, pp. 613 y ss.).</p> <p>En el plano de las relaciones jurídicas, es la libertad una facultad natural del sujeto, que consiste en la aptitud para reconocer la existencia de dos o más posibilidades lícitas de actuación. Asimismo, en la opción por una de ellas, dejando las demás y asumiendo las consecuencias derivadas, en términos de derechos y deberes. Por otro lado, la imputabilidad es aptitud del sujeto para llevar a cabo, por sí mismo, acciones u omisiones ilícitas, asumiendo las consecuencias derivadas, en términos de responsabilidad. Libertad y autonomía (<i>vis electiva mediorum servato ordine finis</i>) son principios que se proyectan hacia la elección de medios tendentes a la consecución de fines (bienes, valores).</p>
---	--



<b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b>	<p style="text-align: center;"> <u>LIBERTAD Y AUTONOMÍA</u>  <u>MEDIOS</u>  <u>FINES (BIENES Y VALORES)</u> </p>
	<p>A propósito de los bienes y valores, tomamos un texto de Cicerón. En su Tratado sobre los deberes, nos dice que el fundamento de la justicia es la <i>fides</i>, término que alude a la veracidad de la palabra dada y al mantenimiento de los acuerdos y las convenciones.</p>
	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p><i>Cic., De Officiis 1, 7: Fundamentum iustitiae est fides, id est, dictorum conventorumque constantia et veritas</i></p> <p>El fundamento de la justicia es la lealtad, la buena fe, esto es, la sinceridad en las palabras y la fidelidad en los compromisos, y aunque parezca un tanto forzado debemos imitar a los estoicos, los cuales indagan cuidadosamente la etimología de cada término que emplean, y así nosotros creemos que “fe” (<i>fides</i>) viene de “hacer” (<i>facere</i>), porque en realidad la buena fe consiste en hacer lo que se dice.</p> <p>La expresión latina contemporánea <i>nihil prius fide</i>, nada es más importante que la fe pública, que constituye, en la actualidad, el lema de los Colegios notariales, nos pone de manifiesto la importancia de la función que desempeñan los notarios, en cuanto fedatarios o titulares de la fe pública, en el sentido de que empeñan su palabra como garantía de veracidad del contenido de sus escrituras. De este modo, crean confianza entre los ciudadanos y dan seguridad y certeza a las relaciones.</p> </div>
	<p>Distinguimos, ante todo, entre un sentido objetivo o normativo de <i>fides</i>, como principio o norma que establece un determinado deber. Y en sentido subjetivo, <i>bona fides</i>, relativo a un estado de ánimo o hecho anímico, consistente en la buena voluntad o ignorancia de la existencia de vicio o defecto en determinadas relaciones. Ej. Adquirente de buena fe en la compraventa de inmuebles que inscribe. Nos centramos en la <i>fides</i> objetiva.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>La <i>fides</i>, en sentido objetivo, es el principio ético-jurídico que impone el deber de veracidad de la palabra dada y de mantenimiento de los pactos y convenciones, cuyo cumplimiento genera confianza y facilita las relaciones pacíficas entre los sujetos, mientras que su incumplimiento genera desconfianza, que inhabilita de modo inmediato al infractor y lo excluye de dichas relaciones.</p> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>Síntesis: La <i>fides</i> y el <i>creditum</i> están a la base de las relaciones humanas, políticas, económicas, sociales y jurídicas, entre los pueblos constituidos en Estados, entre los ciudadanos y los extranjeros, e incluso entre los ciudadanos.</p> </div>

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>Análisis</p> <p><i>1.- Fides inter populos</i>  Desde época antiquísima, Roma está en contacto con otras ciudades latinas. Bajo la presidencia del rey, los miembros del colegio sacerdotal encargado de las relaciones inter-ciudadanas vienen denominados en las fuentes con el término <i>fetiales</i>. En cierto modo, los representantes de la diosa <i>Fides</i>. Éstos tiene la competencia de entablar negociaciones con los representantes de otras comunidades estatales independientes y llegar a establecer estipulaciones y convenios de paz y colaboración, <i>foedera pacis</i>. Es probable que ya la fundación misma de la <i>Civitas</i> se haya producido como consecuencia del hecho de la agrupación o federación de entidades pre-cívicas, en particular, la familia patriarcal agnaticia, cuyos jefes, <i>patres</i>, acaban integrándose en el <i>Senatus</i> o Senado.</p> <p>Con anterioridad a la ley de las XII Tablas, ya tenemos constancia de que Roma se encuentra en relaciones con otras Ciudades-Estado del Lacio. Más en particular, con la ratificación del <i>foedus Cassianum</i> viene a establecerse una alianza militar con una fuerza militar conjunta, cuya jefatura sigue el turno de rotación entre los estados miembros.</p> <p>Se toma conciencia, ya desde los tiempos más remotos, de que entre las Ciudades-Estado, que son comunidades independientes o soberanas, no sometidas a un poder legislativo ni judicial superior a ellas, según expresan fórmulas diversas entre las que se encuentra <i>maiestas populi romani</i>, hay objetivos fundamentales tales como la convivencia pacífica y la colaboración entre ellas, más allá de los conflictos y controversias que puedan plantearse.</p> <p>Prolongando esta reflexión, es importante constatar que incluso hoy en día sigue apelándose a la vieja noción de <i>fides</i>, en su significado objetivo y subjetivo. El T.I.J. ha reiterado en diversas ocasiones que: <i>según el derecho internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario a atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin ...</i></p> <p><i>2.- Fides inter cives et peregrinos</i>  Sobre la base de los tratados, las alianzas y la colaboración entre las Ciudades, se desarrollan las relaciones jurídicas</p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>privadas entre particulares de diversas nacionalidades, basadas, en principio, en el solo vínculo de la <i>fides</i> o espíritu que anima la costumbre, especialmente en el ámbito del comercio marítimo.</p> <p>Más tarde, cuando el grado de cohesión se hace muy estrecho, en el seno de la liga latina y la comunidad o sociedad itálica, ese vínculo vendrá reforzado por el poder jurisdiccional del pretor peregrino y sus edictos, en un procedimiento que recuerda en determinados aspectos al arbitraje.</p> <p>3.- <i>Bona fides inter cives</i></p> <p>Por último, las figuras negociales originarias de derecho de gentes privado ven ampliado su ámbito de vigencia, de modo que son también utilizadas en las relaciones de los ciudadanos romanos entres sí, produciéndose así su recepción en el marco del <i>ius civile</i>. Todo ello en virtud del carácter dispositivo de la ley civil y de la autonomía de la voluntad de los particulares.</p> <p><i>Iustitia et aequitas</i></p> <p>Además de ser un bien (<i>bonum iustitiae-bonum pacis</i>), que lleva inherente un determinado valor, la justicia constituye una virtud, moral, ética, económico-social y jurídica, <i>constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi</i>, que consiste en dar a cada uno lo suyo, es decir, tratar a todos con igualdad y sin discriminación, atendiendo únicamente a la licitud o ilicitud de sus actos. Según la doctrina tradicional aristotélico-tomista, podemos hablar de tres clases de justicia: La conmutativa, basada en el cambio o trueque y reguladora de las relaciones entre los miembros de una comunidad; la distributiva, que establece la participación de los miembros de una comunidad en ésta y regula las relaciones entre la comunidad y sus miembros y la legal o general, que establece las leyes que han de obedecerse y regula las relaciones entre los miembros y la comunidad. He aquí algunas definiciones escolásticas: <i>Iustitia legalis est virtus generalis ordinans cives ad bonum commune. Iustitia legalis violatur per iniustitiam legalem ... ut si Princeps leges iniquas condit. Iustitia distributiva est virtus ordinans communitatem ad cives, huius officium est distribuere officia et praemia iuxta merita ... distribuendo inter cives officia, onera et munera iuxta proportionem recepta ... constituit aequalitatem geometricam inter totum et partes. Iustitia commutativa est virtus moralis constituens aequalitatem rei ad rem, inter personas privatas ... constituit aequalitatem arithmetica ... ut tantum detur quantum valet damnum illatum.</i></p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><b>La justicia general, que orienta las partes al todo, se centra en la función legislativa. La justicia distributiva, que orienta el todo a las partes, se centra en la jerarquía organizativa y la justicia conmutativa, que orienta una parte a otra parte, se centra en la igualdad entre ellas.</b></p> <p>Prolongando esta reflexión, <b>la equidad es entendida como justicia del caso concreto.</b> La expresión <i>bonum et aequum</i>, que forma parte de la definición <i>ius est ars boni et aequi</i>, alude, en sentido subjetivo, a la ecuanimidad o conciencia de imparcialidad y neutralidad del mediador. En sentido objetivo, a compensación o equiparación, en el caso, entre elementos contrapuestos: prestación y contraprestación, daño e indemnización, delito y pena etc., así como a la equiparación entre casos que presentan la misma <i>ratio decidendi</i>. La equidad romana ha de ponerse en relación con la epiqueya de la filosofía griega o virtud correctora de la generalidad de la ley, atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso concreto. Pero la <i>aequitas</i> no cumple únicamente esa función correctora de la ley, sino que, además, puede ser considerada el antecedente histórico del derecho legislado y codificado, e incluso un posible recurso alternativo al mismo. Estamos, en suma, ante la noción jurídica primitiva, así como ante un medio de concreción del <i>ius strictum</i>, ofreciendo incluso una alternativa al mismo.</p> <p>Al igual que la “epiqueya”, la <i>iustitia</i> y la <i>aequitas</i> pertenecen, ante todo, al ámbito de la Ética y la Política, por lo que a estas disciplinas corresponde su estudio, desarrollo y concreción. En cambio, al ordenamiento jurídico corresponde su propia función tutelar, protectora y garantista de las opciones justas y equitativas adoptadas por los poderes públicos o por los particulares, de forma autónoma y libre y, al mismo tiempo, reglada. Así pues, el Derecho dejaría de cumplir su función específica, convirtiéndose en un instrumento de carácter dogmático, si con él se tratara de imponer, de modo definitivo, una determinada opción, prohibiendo y reprimiendo cualquier otra posibilidad, puesto que ello supondría la exclusión de los cauces y medios de transformación, progreso y adaptación a las cambiantes circunstancias históricas. Incumbe, pues, a la conciencia personal y social, asistida por las disciplinas normativas extrajurídicas, la labor de búsqueda y concreción de la justicia y la equidad. En cada circunstancia histórica, ofrece las alternativas válidas a la voluntad competente para tomar la decisión oportuna, adoptando ésta una opción determinada, que el ordenamiento jurídico refrenda e impone por medio de la coactividad y la coacción. Todo ello, sin perjuicio de las posibilidades de cambio, transformación y adaptación a nuevas circunstancias.</p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><b>Causas próximas:</b>  <b>Fuentes de producción y fuentes de conocimiento</b></p> <p>Supuestas las consideraciones precedentes acerca de la autonomía de la voluntad y sus límites, el ejercicio de la misma se realiza a través de las llamadas fuentes de producción, de carácter primario, esto es, las vías idóneas reconocidas para cumplir la función creadora <i>ex novo</i> del ordenamiento jurídico, así como las funciones modificadora y extintiva. Más en particular, nos referimos al acto de aprobación de la ley, pública y privada, y del “reglamento” o edicto, así como a la reiteración de la costumbre. Pero las insuficiencias de estas modalidades nos obligan a ir más allá y considerar también, con alcance secundario, las fuentes de conocimiento. Se denominan así porque, a partir de las disposiciones emanadas de las citadas fuentes de producción, ofrecen los instrumentos de que dispone el intérprete en su labor de clarificación e integración del ordenamiento jurídico establecido <i>a priori</i>. Desarrollan, así, tanto la función primaria declarativa como la complementaria clarificadora, e incluso, la supletoria integradora o concursal. Tales medios o recursos argumentales que la Tópica y la Retórica jurídicas ofrecen a la interpretación e integración jurisprudencial y doctrinal no han de confundirse con los ya citados en materia de axiomática jurídica, aunque exista afinidad entre ellos.</p> <p>En definitiva, el sistema normativo vigente es conocido, interpretado, aplicado y desarrollado, gracias a los recursos argumentales que la Tópica y la Retórica nos facilitan. Tales recursos son clasificados en dos grandes categorías: Aquellos que se especializan en materia probatoria de los hechos y los que inciden en el problema de la demostración del derecho aplicable al caso práctico singular. He aquí un esquema de los recursos que ofrece la Tópica, la Retórica y la Lógica formal.</p> <p><b><i>Loci communes ad probationem factorum</i></b></p> <p>Hechos exentos (notorios y asimilados)  <i>Factum notorium non eget probatione et semper valet</i>  <i>F. fictum iuris non eget probatione et semper valet</i>  <i>F. praesumptum iuris et de iure non eget probatione et semper valet</i>  <i>F. praesumptum iuris tantum non eget probatione et donec probetur contrarium valet</i></p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>F. non controversum non eget probatione et valet in iudicio</i> (Hecho no negado o reconocido inicialmente)  <i>F. iudicatum pro veritate accipitur</i></p> <p><b>Prueba directa</b> (Hechos no notorios ni asimilados, a partir de hechos notorios ... e indicios notorios)  (Carga de la prueba, medios y valoración) (Hechos externos perceptibles por los sentidos)  <i>F. controversum positivum est probandum; negativum non est probandum</i>  <i>A iureiurando</i> (Interrogatorio y declaración de las partes bajo juramento y bajo pena de falso testimonio)  <i>A testibus (a testibus peritis)</i>  <i>Ab instrumentis publicis et privatis</i>  <i>A comparatione literarum</i>  <i>A confessione</i> (De hecho negado en principio)</p> <p><b>Prueba indirecta</b> (Hechos internos o anímicos)  <i>F. praesumptum facti vel hominis valet</i></p> <p><b>Criterios subsidiarios</b>  <i>Actore non probante reus est absolvendus</i>  <i>In dubio pro reo; favor libertatis; in dubio pro operario; in dubio contra fiscum ...</i></p> <p><b><i>Loci communes ad demonstrationem iuris</i></b></p> <p><b>Demostación inductiva</b> (Correctora o alternativa)  <i>Aequitas est virtus correctrix eius in quo lex propter universalitatem deficit</i>  <i>Locus ab aequo et bono</i>  <i>Vim vi repellere licet</i>  <i>Dolus cum dolo compensatur</i>  <i>Culpa ubi maior est, ibi gravior debet esse poena</i>  <i>Commodum eius esse debet cuius est periculum</i></p>
---	--

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>Aequitas in paribus causis paria iura desiderat</i>  Demostación deductiva meramente declarativa  (Claridad de los <i>verba</i> y coincidentia entre <i>verba et voluntas</i>)  <i>In claris non fit interpretatio</i>  <i>Locus ab autoritate legis</i>  <i>L. ab autoritate prudentium</i></p> <p>Demostación clarificadora  (Falta de claridad de los <i>verba</i> o no coincidentia entre <i>verba</i> y <i>voluntas</i>)  <i>Verba dubia contra proferentem sunt interpretanda</i>  <i>Voluntas praeferenda est verbis</i>  <i>Interpretatio faciendae est secundum mentem disponentis, si de illa constat, alias secundum verisimilitudinem et demum attenta mera significatione verborum</i></p> <p>Demostación correctora (concurzal e integradora)  (Concurso de delitos, concurso de normas, lagunas)  <i>Bis in idem</i>  <i>Non bis in idem</i>  <i>Bona fides non consentit ut bis idem exigatur</i>  <i>Lex specialis derogat legi generali</i>  <i>Lex principalis derogat legi subsidiariae</i>  <i>Lex superior derogat legi inferiori</i>  <i>Lex loci delicti commissi.- forum loci delicti commissi</i>  <i>Lex loci rei sitae.- forum loci rei sitae</i>  <i>Lex civitatis.- forum civitatis</i></p> <p><i>L. a causa</i>  <i>Ab effectu</i></p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p> <i>A genere</i>  <i>A specie</i>  <i>A toto</i>  <i>A partibus</i>  <i>A definitione</i>  <i>Ab ethymologia</i>  <i>A coniugatis seu derivatis</i>  <i>A connexis</i>  <i>A correlativis</i>  <i>Ab antecedentibus et consequentibus</i>  <i>A differentibus</i>  <i>A contrariis</i>  <i>Ab exceptione</i>  <i>A sententia</i>  <i>Ab ordine</i>  <i>A subiecta materia</i>  <i>Ab extremis</i>  <i>Ab exemplis</i>  <i>A comparatione maiorum, minorum, similibus</i> </p> <p> <i>Exempla similibus:</i>  <i>A iudice ad arbitrum</i>  <i>A transactione ad rem iudicatam</i>  <i>A contractibus ad ultimam voluntatem</i>  <i>A contractu ad quasi contractum</i>  <i>A commodato ad precarium</i>  <i>A dominio ad possessionem</i>  <i>A nuptiis ad sponsalia</i> </p>
---	---



<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>Demostración indirecta  <i>Ab impossibile</i>  <i>Ab inconvenienti seu absurdo</i></p> <p>Criterios subsidiarios  <i>In dubio pro reo; favor libertatis; in dubio pro operario; in dubio contra fiscum ...</i></p> <p><b>Recursos retóricos</b></p> <p>La fuerza expresiva que puede llegar a suministrar el correcto empleo de los recursos retóricos resulta decisiva en el arte de lograr la convicción y adhesión del auditorio o el rechazo de determinado planteamiento. Nos limitamos aquí a una breve enumeración de los tropos y figuras más comunes. El tropo (<i>translatum verbum</i>) es la traslación de una palabra a un marco de significación distinto del que es propio de ella. He aquí un elenco de ellos:</p> <p>Símil  Metáfora  Catacresis  Alegoría  Ironía  Enigma  Metonimia  Sinécdoque  Antonomasia  Perífrasis  Metalepsis  Epíteto  Onomatopeya  Hipérbole</p>
---	---

<p><b>1.- FUENTES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>Hipérbaton</p> <p>En estrecha relación con los tropos, se encuentran las figuras del lenguaje. Si el tropo es mutación de una palabra determinada, la figura, que no implica este tipo de cambio, se centra en la conexión entre las palabras, que siguen manteniendo su significado propio. Se dice que la figura es cuestión de sintaxis, mientras que el tropo solo tiene que ver con la semántica. Hay figuras de palabra, por adición, por supresión y por inversión. Por adición (epífora, epanolepsis, polisíndeton...); por supresión (asíndeton, elipsis, zeugma); por inversión (antítesis, isócolo, párison). Hay figuras de sentido, para acentuar, para extremar, para apelar. Para acentuar (pregunta, duda, exclamación); para extremar (Oxímoron, paradoja, corrección, omisión, anticipación...); para apelar (apóstrofe, prosopopeya o <i>fictio personae</i>).</p> <p><b>Sofismas, paralogismos y falacias</b></p> <p>Ya los filósofos griegos ponen de relieve la necesidad de precaverse frente a los argumentos incorrectos, defectuosos y engañosos, porque encubren razonamientos aparentes que conducen al error. Sofisma es razonamiento incorrecto que no implica necesariamente intención de engañar, en cuyo caso recibe el nombre de paralogismo, o bien razonamiento falso, formulado con la intención de inducir a error a la parte contraria, denominado falacia. Son típicos ejemplos de falacia la negación del antecedente hipotético o la afirmación del consecuente, más allá de los modos permitidos denominados <i>ponendo ponens</i> y <i>tollendo tollens</i>.</p> <p><b>Lógica formal</b></p> <p>Aunque la lógica jurídica sea, específicamente, la de carácter aplicado de la razón práctica, ello no significa que el derecho pueda ser considerado ajeno a la lógica formal tradicional. Ésta consta de tres grandes apartados, a saber, Conceptos y términos; Juicios y proposiciones y razonamientos y argumentaciones. Y los razonamientos pueden ser deductivos (categóricos, hipotéticos, disyuntivos, conjuntivos, dilemas, etc.) e inductivos.</p>
---	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><b>Incluimos en este segundo apartado elementos diversos, a saber, normas legales (públicas y “privadas”), normas “reglamentarias” o edictales y normas consuetudinarias, cuya interpretación (declarativa, clarificadora y correctora) da lugar a precedentes casuísticos, reglas jurisprudenciales y opiniones doctrinales.</b></p> <p>He aquí dos breves pasajes latinos, de carácter enumerativo, cuyo comentario puede servirnos a modo de introducción a esta amplia y complicada materia:</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p><i>Gaius, Liber institutionum 1, 2: Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis, responsis prudentium.</i></p> <p><i>Institutiones Iustiniani 2, 3: Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto. Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, prudentium responsa.</i></p> </div> <p>Son dos enunciados paralelos que establecen la jerarquía normativa de derecho antiguo, y que nos permiten comprobar cómo, en el campo del derecho escrito, por una parte, se encuentra la ley, en sentido originario, y, por otra, las diversas formas asimiladas a ella, en sentido derivado.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>De manera sintética, decimos que la ley, en sentido amplio comprensivo de la forma original y de las formas asimiladas, es aprobación, sanción y promulgación de la propuesta correspondiente, en materia reservada, por parte del órgano que en cada momento ejerce la soberanía, junto con otros órganos competentes. A propósito de la soberanía, conviene puntualizar que titular originario de la misma es el <i>populus</i>, como pone de manifiesto la expresión <i>maiestas populi Romani</i>. Todo atentado contra ella está sancionado penalmente con el crimen de lesa majestad, <i>crimen laesae maiestatis</i>, que va desde la desobediencia grave a las órdenes de los representantes del pueblo, hasta el acto violento dirigido contra los mismos, en perjuicio del orden público establecido.</p> </div> <p>Por tanto, el pueblo es ente colectivo personificado dotado de autonomía y autogobierno, compuesto por el conjunto de los ciudadanos, actuando, en principio, de forma unánime. Pero el requisito de la unanimidad, exigiría la reunión permanente y el acuerdo total, lo que en la práctica resulta inviable. Por ello, la razón jurídica práctica introduce dos</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>ficciones, la de representación y la de unanimidad. Esto es, lo que decide el órgano representante se admite como si fuera del pueblo y lo que decide la mayoría se atribuye a la totalidad, obliga a todos (<i>Quod publice fit per maiorem partem ad universos refertur, D. 50, 17, 160, 1</i>).</p> <p><b>Lex publica, en su sentido originario republicano y constante en la teoría, es disposición aprobada por los comicios centuriados, comitia centuriata, a propuesta de magistrado con imperio.</b> Dado que determinadas normas legales tienen carácter meramente dispositivo, y que pueden ser modificadas o alteradas, por mediación de pacto entre particulares, los acuerdos vinculantes entre ellos vienen designados en los textos con la expresión de <i>lex privata</i>. Las leyes públicas representan un número reducido de actos normativos, <i>pesima respublica, plurimae leges</i>. Más abundantes son los plebiscitos. Ej.: <i>lex Aemilia frumentaria</i>.</p> <p>A continuación, nos referimos a la <i>lex publica</i>, en su sentido derivado, ya que comprende diversas <b>figuras asimiladas</b>:</p> <p><b>Plebiscitum</b> es disposición aprobada, durante la República, por los comicios tribunados, <i>comitia tributa</i>, a propuesta del tribuno de la plebe. Ej.: <i>lex Canuleia</i>.</p> <p><b>Senatusconsultum</b> es disposición aprobada, durante la primera etapa del Principado, por el Senado, a propuesta del Príncipe, Augusto y sus sucesores, órgano que viene a asumir la representación popular, cuando la ciudadanía se ha extendido a toda Italia y tiende a ampliarse a las provincias. En el tránsito de la República al Principado, época en que la ciudadanía romana ha crecido tanto que se extiende más allá de la península itálica y se hace muy difícil convocar a todo el pueblo, se admite que el Senado pase a ser detentador de la soberanía, esto es, que asuma el carácter de órgano representativo y que la ejerza junto con el Príncipe, pero en nombre del pueblo:</p> <p><b><i>I. 1, 2, 5: ... quum auctus est populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendae causa, aequum visum est senatum vice populi consuli.</i></b></p> <p><b>Constitutio Principis</b> es disposición aprobada, durante la segunda etapa del Principado y el Dominado, por el Emperador,</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>que asume la representación popular y está asesorado por su <i>consilium Principis</i>. <b>Edictum perpetuum</b> o recopilación definitiva de las disposiciones emanadas de los magistrados con poder jurisdiccional y sancionado por medio de un senadoconsulto en época del Principado. <b>Responsa et sententiae prudentium</b> o respuestas y reglas emanadas de los juristas dotados de autoridad, de forma unánime, de carácter interpretativo, y sancionadas formalmente por sucesivas constituciones imperiales.</p> <p>Finalmente, ya desde finales del Principado y tránsito al Dominado, los textos indican que el Emperador tiene en sus manos el ejercicio del poder soberano, pero siempre permanecerá latente la idea de que lo lleva a cabo por concesión popular, en nombre del pueblo:</p> <p><b>I. 1, 2, 6 = D. 1, 4, 1: Quod principi placuit, legis habet vigorem, quum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit.</b></p> <p>Este pasaje no ha de ser interpretado en el sentido de que el Emperador tiene un poder originario absoluto. Se trata, más bien, de la concesión de la facultad de hacer, modificar y suprimir las leyes. Por este motivo, tampoco ha de entenderse que goza de un privilegio absoluto de cumplir o incumplir las normas vigentes, salvo en casos excepcionales, como sucede en el de determinados impedimentos matrimoniales.</p> <p>La <b>jurisprudencia</b>, en cuanto conclusión del razonamiento probatorio o interpretativo del jurista, en su función consultiva y de mediación, no es regla creadora <i>ex novo</i>, pero puede llegar a ser considerada medida clarificadora o correctora, en determinadas condiciones establecidas en la ley, esto es, si dicha conclusión resulta compartida de forma unánime, entre los juristas de mayor autoridad. Comprende la jurisprudencia desde precedentes casuísticos y enunciado de reglas hasta exposiciones sistemáticas, destinadas a la enseñanza y a la práctica forense.</p> <p>En definitiva, nos hallamos ante una pluralidad de manifestaciones jurídicas, que hemos de definir con precisión a fin de evitar confusiones entre ellas:</p> <p>1.- Norma jurídica es previsión, prescripción o precepto, general y vinculante, de rango legal, reglamentario o</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>consuetudinario. Por extensión, incluimos aquí, además, las disposiciones de tipo convencional.</p> <p>2.- Precedente casuístico es respuesta razonada a la cuestión práctica concreta, susceptible de aplicarse a otros casos equiparables, y de rango jurisprudencial.</p> <p>3.- Regla es razón reiterada y constante, en la solución de un determinado tipo de caso práctico, y de rango jurisprudencial.</p> <p>4.- Opinión doctrinal es criterio interpretativo enunciado por juristas académicos de la mayor autoridad.</p> <p>Sin embargo, tales distinciones conceptuales son entendidas, sin perjuicio de la existencia entre ellas de un denominador común, pues se trata, en todo caso, de enunciados lógicos de razón práctica, susceptibles de utilización como premisas de la argumentación relativa a la aplicación preventiva y consecutiva:</p> <p><b>La norma jurídica como precepto vigente y proposición racional</b></p> <p>En el lenguaje de las ciencias humanas y sociales, los términos “norma” y “ley” son usados como equivalentes, a pesar de que en la filosofía de las ciencias representen dos categorías antitéticas. En efecto, la ley natural es un principio explicativo de la realidad, no susceptible de enjuiciamiento o valoración, mientras que la norma humana constituye un criterio ideal de enjuiciamiento y valoración, que no nos permite explicar la realidad. No confundimos, pues, los juicios descriptivos del ser con los juicios prescriptivos del deber ser. El gran problema que se plantea en torno al fundamento de la norma reside en el hecho de que, por un lado, es expresión de la autonomía de la voluntad del sujeto y, por otro, responde a unos criterios racionales, de carácter heterónomo. Asimismo, el acto de ejercicio de la autonomía trae como consecuencia el reconocimiento explícito de la misma, pero también viene a delimitarla, en el sentido ciceroniano de la expresión <i>legum servi sumus ut liberi esse possimus</i>. A partir de la síntesis de estos elementos antitéticos ha de ser posible superar ese problema. Así pues, hablamos, al mismo tiempo, de imperativo emanado de la voluntad soberana y de estructura lógica de la norma.</p> <p>Explicar la diferenciación de la norma jurídica con respecto a la norma de razón práctica moral, ética, política y económico-social, atendiendo sólo al criterio externo de la coactividad y la coacción, equivaldría a fundamentar su obligatoriedad estrictamente en el temor al castigo impuesto por la fuerza, aplicable en última instancia, y supuesto el</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>previo conocimiento general de un sistema que, en realidad, es técnico, especializado y complejo, por lo que requiere dedicación profesional. El problema es que los fundamentos profundos de la norma jurídica no se hallan al margen de los de las demás disciplinas normativas. Por ello, es preciso ir más allá del solo recurso subsidiario a la ejecución forzosa y al temor instintivo que, según se supone, genera. En realidad, el carácter técnico y variable del ordenamiento positivo lo hace inaccesible a quienes no son expertos en esta materia. Para entender por qué es respetado, de hecho, en la vida práctica, y por qué se aplican sus sanciones, a pesar de que el sujeto no suele ser consciente del significado y alcance de las normas punitivas, hemos de recurrir a la conciencia humana, entendida en sentido unitario.</p> <p>La reflexión sobre la conciencia y su unidad es una constante a lo largo de la historia de la filosofía. En Aristóteles, se identifica con la <i>fronesis</i>. Los estoicos acentúan su naturaleza racional. Cicerón, en su Tratado sobre los deberes, <i>De Officiis</i>, auténtico compendio de moral práctica, se refiere a las virtudes de la razón y de la conciencia, 1, 43: <i>La sabiduría, señora de todas las virtudes, llamada por los griegos "Sofía" (que no debe confundirse con la prudencia, denominada "Fronesis" por los griegos, la cual definiría yo como el conocimiento de aquello que se debe perseguir o evitar), no es más que la ciencia de las cosas divinas y humanas, la cual abarca las relaciones recíprocas de los hombres y los dioses y de los hombres entre sí.</i> Muchos padres de la Iglesia y muchos escolásticos entienden la conciencia moral como una <i>sindéresis</i>, cuya misión es corregir los errores de la razón y controlar los instintos. Además Tomás de Aquino habla de espíritu que indica si un acto es justo o no, <i>spiritus corrector et paedagogus animae societatis</i>. En su obra <i>Les passions de l'âme</i>, R. Descartes se refiere al remordimiento de conciencia o especie de tristeza que procede de la duda que se tiene de que una cosa que se hace o se ha hecho sea buena, pues si se estuviera completamente seguro de que lo que se hace es malo, uno tendría arrepentimiento. Desde I. Kant, la conciencia es considerada como facultad que juzga la moralidad de nuestras acciones.</p> <p>Esta facultad de la conciencia puede ser concebida como innata o como adquirida. Puede hablarse de innatismo moral, así como de innatismo intelectual. Pero también se adquiere por medio de la educación, en un determinado contexto cultural. Asimismo, se habla de un origen heterónomo o autónomo. En efecto, a partir del orden cósmico y de las leyes naturales, el ser humano en la evolución progresiva de la historia de la cultura va adaptando los elementos originarios y recreando un nuevo sistema de valores de carácter complementario.</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p> Junto a la conciencia personal o individual, se sitúa la conciencia colectiva o compartida, en el sentido político, económico-social, etc.</p> <p> En síntesis, la conciencia humana, facultad espiritual común a las diversas disciplinas normativas, presenta una serie de facetas que enumeramos a continuación: Discernimiento entre lo bueno y lo malo; identificación ante la voluntad libre y autónoma de las diversas opciones lícitas, en el campo personal y social; valoración positiva o negativa de los actos de elección realizados por la voluntad; remordimiento o arrepentimiento, en caso de valoración negativa, y tranquilidad de espíritu, en caso positivo.</p> <p> Por su parte, la norma jurídica, en materia de organización y ordenación de la convivencia, es decisión y disposición de la voluntad, dotada de fuerza vinculante, una vez realizado el previo debate moral, ético, político y económico-social, entre opiniones contrapuestas.</p> <p> Afirmamos en conclusión:</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p>1º.- La norma jurídica no es potencia creadora de autonomía, ni de libertades, sino que, por el contrario, la voluntad autónoma es facultad productora de normas, que la autolimitan, por razón de concurrencia y contraposición.</p> <p>2º.- Las diversas opciones ante las que se encuentra la voluntad vienen dadas por las circunstancias históricas en cada momento.</p> <p>3º.- Corresponde a la conciencia personal y social valorar tales posibilidades de actuación.</p> <p>4º.- La decisión de crear, modificar o abolir la norma jurídica corresponde a la voluntad del sujeto.</p> <p>5º.- Tal decisión está condicionada por los presupuestos lógicos y referentes axiológicos.</p> <p>6º.- La norma jurídica viene a ser la formalización, garantía y refuerzo de la decisión moral, ética, política y económico-social adoptada.</p> <p>7º.- Asimismo, la norma jurídica es juicio o premisa de la razón práctica.</p> </div>
--	---



<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p>Clasificación de las normas, atendiendo a criterios diversos:</p> <p>Legales, convencionales, reglamentarias, consuetudinarias; de derecho necesario y de derecho dispositivo</p> <p>Permisivas, imperativas, prohibitivas y sancionadoras</p> <p>Sustantivas y adjetivas</p> <p>Categorías e hipotéticas; fácticas, facultativas y mixtas</p> </div> <p><b>Antecedentes remotos de la distinción entre costumbre y ley</b></p> <p>En todos los pueblos de la Antigüedad, y entre todos ellos, se da, de un modo u otro, el fenómeno jurídico, por lo que sus ordenamientos, en el ámbito común y en el propio, pueden ser considerados, en un sentido muy amplio, como antecedentes remotos de los actuales. Así pues, tiene especial relevancia el que ha surgido y evolucionado en la urbe y en el orbe romano y constituye uno de los elementos fundamentales de la cultura del mundo mediterráneo greco-latino. Con el fin de abordar el problema que se plantea en torno a la costumbre y la ley, a propósito de las fuentes del derecho, la jerarquía normativa y las relaciones entre el ordenamiento jurídico y otras disciplinas valorativas y normativas, es necesario remontarse a los orígenes históricos de la ciudad de Roma. En este sentido, tomamos como referencia fundamental el texto que reproducimos a continuación.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p><i>D. 1, 2 De origine iuris, 1.- Initio civitatis nostrae populus sine lege certa sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a Regibus gubernabantur ...</i></p> </div> <p>Estamos ante un breve extracto inicial relativo a los orígenes del Derecho en Roma, que se conserva en el Digesto o Pandectas. Obra realizada bajo los auspicios del emperador bizantino Justiniano, en el siglo VI d. C. Dividida en 50 libros y subdividida en títulos y fragmentos, comprende una selección de los textos más destacados de los juristas clásicos. En este caso, se trata del autor de un pequeño manual de síntesis histórica del Derecho romano.</p> <p>Una interpretación del mismo, centrada en su estricta y rigurosa literalidad, parece avalar la hipótesis de una primera</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>etapa evolutiva que podríamos calificar de pre-jurídica, término que no equivale necesariamente a situación de anomía. En efecto, el poder del rey tendría, ante todo, carácter tradicionalista y fundamento religioso, aunque no pueda considerarse divinizado, ni absoluto, debido a la relevancia del Senado. Lo cierto es que no aparece conferido y delimitado por la norma jurídica o <i>lex humana</i>, a la cual corresponde, en cada circunstancia histórica, organizar el poder público y establecer su alcance, así como la responsabilidad en caso de extralimitación. Nos encontraríamos, pues, ante un poder pre-constitucional, que arraiga más en la fe religiosa que en la razón humana. Los historiadores antiguos, entre los que destaca Tito Livio, hacen referencia a la Roma primitiva, a través de relatos legendarios, que han sido sometidos a la crítica, a partir de los humanistas modernos. En la actualidad, esa primera etapa queda delimitada convencionalmente a lo largo del periodo de tiempo que va desde el siglo VIII al VI a. C., con anterioridad a la adopción de la estructura de la ciudad-estado inspirada en el modelo de la “polis griega”.</p> <p>Durante todo este periodo prevalece la economía agraria basada en los ciclos de la naturaleza, en el seno de la familia patriarcal, anterior al desarrollo del comercio y el dinero. La religiosidad, en la forma del politeísmo primitivo, lo impregna todo, es decir, se encuentra omnipresente. No hay todavía una ciencia humana, política, ética, económica, procedente de la razón secularizada, sino que los preceptos religiosos, bajo el control de los pontífices, predominan.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>La monarquía primitiva, en latín <i>regnum</i>, es un régimen que podemos calificar de teocrático, con los caracteres de vitalicio, no electivo, no hereditario y unipersonal, en el que su titular, <i>rex</i>, ostenta un poder indiviso.</p> </div> <p>Teocracia pagana. <b>Auspicia</b>  Por lo que se refiere a la naturaleza del poder del rey, consideramos, como hipótesis más probable, que sería excesivo hablar de divinización del mismo, o de tributación de culto al titular del poder regio. Se trataría de una “teocracia pagana”, pero en el sentido de que el monarca, como mediador entre los dioses y los hombres, es titular de los auspicios, <i>auspicia</i>, <i>avis specere</i>, esto es, de la facultad de consultar los signos naturales externos y de interpretarlos con el fin de indagar cuál sea la voluntad de la divinidad. Este ritual de obtención de auspicios favorables es necesario, con anterioridad a la adopción de cualquier decisión importante.</p> <p>Poder vitalicio, no electivo ni hereditario. <b>Interregnum</b></p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>En cuanto al problema de la sucesión <i>mortis causa</i> en el trono, descartado el carácter electivo y hereditario, los historiadores contemporáneos se centran en la institución del <i>interregnum</i>, que tiene por objeto colmar el vacío de poder tras el fallecimiento del titular de los auspicios. Interregno significa periodo de sede vacante y forma de gobierno de transición y renovación, estrechamente vinculada a las prácticas rituales primitivas. Los autores nos informan, en efecto, de que los <i>auspicia ad patres redeunt</i>, con ocasión de la muerte del rey. Según parece, durante el citado periodo de sede vacante, se procedía al nombramiento de un <i>interrex</i>, entre los patres o senadores. A él correspondía la misión de someterse a la prueba de los auspicios. Si éstos eran favorables, se entendía que gozaba del beneplácito de la divinidad. Si no los conseguía, era preciso nombrar a otro y así sucesivamente hasta que se llegaba a la <i>inauguratio</i>.</p> <p>Poder unipersonal. <b><i>Primus inter pares</i></b> Decimos unipersonal puesto que el titular del poder supremo de la comunidad es el <i>rex</i>, único y vitalicio. Pero esto ha de entenderse sin perjuicio de las atribuciones que corresponden al llamado <i>paterfamilias</i>. En efecto, su poder, también vitalicio, viene denominado <i>patria potestas</i>, en el ámbito interno propio de la unidad familiar patriarcal, considerada como entidad pre-cívica. Asimismo, el poder monárquico depende, en cierto modo, de la autoridad y competencia del <i>Senatus</i>, <i>interregnum</i>, <i>auctoritas patrum</i>, en que se integran los patres. Por este motivo, algunos autores han llegado a sostener que el rey tendría una posición débil, frente a la asamblea de los <i>patres</i>, respecto a los cuales habría sido únicamente un <i>primus inter pares</i>.</p> <p>Poder indiviso. <b><i>Quaestores parricidii</i></b> A propósito de indivisión, entendemos que el poder regio no se encuentra previamente delimitado en el seno de una estructura orgánica constitucional. Como mediador ante las fuerzas y poderes supremos, preside la vida religiosa, en su calidad de sumo sacerdote, <i>rex sacrorum</i>, incluyendo el gobierno y dirección de los asuntos cotidianos de convivencia y agrupación de familias y gentes, en su conjunto. A pesar de que en algunas fuentes se habla de <i>leges regiae</i>, no parece acertado atribuirle el poder temporal legislativo, aunque sí habría ejercido ya algún tipo de jurisdicción, en principio, en materia criminal (<i>quaestores parricidii</i>).</p> <p>Supuestas las ideas anteriores, en torno a la monarquía primitiva, completamos la argumentación, abordando el problema del origen histórico del Derecho en Roma, a partir de los preceptos religiosos y las costumbres primitivas.</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>Todo ello, a la luz de los significados de tres términos fundamentales, <i>fas, mos, ius</i>. Tomamos ahora como referencia una cita de Servio y otra de las Etimologías de Isidoro de Sevilla. La obra de Isidoro titulada las Etimologías constituye un compendio sistemático de conocimientos, elaborado a partir de las designaciones lingüísticas latinas que reciben los seres y las instituciones, buscando en la forma originaria y en la historia de las palabras dos elementos básicos: el término representativo y, a través de él, la idea o reflejo de la realidad.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p><i>Servio, Georg. 1, 269: ... ad religionem fas, ad homines iura pertinent ...</i></p> </div> <p>De acuerdo con una traducción no estrictamente literal sino de tipo conceptual, podemos afirmar que la expresión <i>fas-nefas</i> designa el ordenamiento más antiguo, que comprende los preceptos religiosos, junto a aquellos otros que corresponden al término <i>mos</i>, mientras que la palabra <i>ius</i> significa ordenamiento jurídico o conjunto de preceptos más recientes derivados de la razón y la voluntad del hombre, atendiendo a la circunstancia de tiempo y lugar.</p> <p>Según A. TORRENT, <i>Derecho público romano y Sistema de fuentes</i>, Oviedo, 1982, pp. 113 y ss., originariamente en Roma, como en todos los pueblos mediterráneos, el sentimiento jurídico se halla fuertemente enraizado en la religión, de tal manera que las primeras manifestaciones del orden jurídico se producen por medio de esquemas religiosos. El problema de desentrañar lo religioso y lo jurídico en el ordenamiento primitivo es una tarea muy ardua; el campo de investigación que se ofrece al romanista es estudiar la progresiva diversificación entre las reglas religiosas y las jurídicas, es decir, tratar de averiguar en qué medida van separándose en Roma los fundamentos de un ordenamiento que va secularizándose, lo que indica un perfeccionamiento evolutivo, a medida que va haciéndose más racional, frente a la creencia en la voluntad divina, que se impone a los hombres por el hecho mismo de su divinidad. Este proceso de individualización de normas jurídicas laicas, al margen de la “legalidad religiosa”, está en conexión con una serie de aspectos aún no bien conocidos de la Historia de Roma.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p><i>Isidoro de Sevilla, Etym. 5, 2, 2: Fas lex divina est, ius lex humana</i></p> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>Síntesis A partir del significado de los términos latinos <i>fas, mos</i> y <i>ius</i>, es posible anteponer el ordenamiento religioso, inspirado en los ciclos inmutables de las fuerzas de la naturaleza, junto a las tradiciones de los antepasados, al ordenamiento jurídico, que depende de las circunstancias de cada momento histórico y varía en función del tiempo (carácter atemporal frente a carácter temporal o secular).</p> </div>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>Análisis</p> <p>1.- Nos referimos, en primer lugar, a la manifestación más antigua de los modos de ordenar la convivencia, identificada con los vocablos <i>fas-nefas</i>, como deducimos del carácter indeclinable de los mismos. Su inmutabilidad lo inhabilita ante situaciones de cambio histórico, pero no desaparece, a pesar de todo, por su fuerte arraigo en la conciencia personal.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>Es aquel ordenamiento que comprende los preceptos religiosos, de carácter heterónomo e inderogable y, en principio, dotado de fuerza vinculante en el fuero interno de la conciencia y en el fuero externo, en virtud del poder sancionador de la autoridad religiosa (<i>exsecratio, interdictio aquae et igni</i>).</p> </div> <p>2.- En segundo término, hemos de referirnos al <i>mos</i>, en plural, <i>mores maiorum</i>. Utilizamos aquí esta expresión en el sentido de usos y modos de comportamiento que se dan en el seno de la familia agnaticia y la sociedad patriarcal y se consideran impuestos por los antepasados. No en el de costumbres, <i>consuetudines</i>, o prácticas reiteradas y vinculantes que nacen de la necesidad de reforma y actualización de los citados <i>mores maiorum</i>, debido a que van quedando anticuados, o porque simplemente no prevén las nuevas cuestiones que van planteándose.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>Se trata de un ordenamiento que comprende los preceptos de la sociedad patriarcal familiar y gentilicia, de carácter heterónomo e inderogable y, en principio, dotado de fuerza vinculante en el fuero interno y en el fuero externo, en virtud del poder sancionador del <i>paterfamilias</i> (<i>ius vitae et necis</i>).</p> </div> <p>3.- Finalmente, hemos de hacer referencia al <i>ius</i>. Únicamente podríamos hablar de él, en sentido propio, en determinadas circunstancias históricas. Más en particular, nos referimos a la entrada en contacto de Roma con otras comunidades más avanzadas. Esto da lugar a la superación del régimen agrario tradicional y autárquico, la incorporación al mundo del comercio, la afluencia a Roma de nuevos pobladores, que ya no siguen la religión de los patricios y que entran en relaciones con ellos, etc. Ha de hablarse de proceso de evolución histórica, que supone la aparición de nuevas circunstancias no previstas en el <i>fas</i> y el <i>mos</i>. En suma, diversidad de opciones en el campo político, económico y social y secularización o racionalización de las disciplinas correspondientes, entre las cuales va a surgir el Derecho con su propia razón de ser y con el fin de sancionar el modelo elegido en cada tiempo y lugar.</p>
--	---

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>El <i>ius</i> es aquel ordenamiento que comprende los preceptos emanados de la voluntad humana, de carácter autónomo y derogable y dotado de fuerza vinculante tan solo en el fuero externo, en virtud del poder sancionador de magistrados laicos, en detrimento del poder sancionador de los cargos sacerdotales y de los patres (Digesto 48, 19, 18: <i>Cogitationis poenam nemo patitur</i>. En efecto, nadie padece pena o sanción jurídica por su pensamiento. El Derecho, a diferencia de la Religión, la Moral o la Ética, no entra en el fuero interno de la conciencia personal sino que, al igual que sucede con la Política, la Economía, etc., se circunscribe al ámbito del fuero externo de la conciencia colectiva).</p> <p>En conclusión, a partir del <i>fas</i> y el <i>mos</i> y a través de un proceso de secularización, surge el Derecho, junto a las otras disciplinas normativas humanas y sociales.</p>
	<p>Todas estas disciplinas normativas humanas y sociales intervienen, de manera conjunta, en la tarea de conseguir el objetivo integrador y mediador, pero el Derecho, que varía en cada comunidad y con el paso del tiempo, presenta la peculiaridad de actuar como medio de imponer una determinada opción política, económico-social, etc., siendo el recurso a la coacción física la garantía de obligatoriedad.</p>
	<p>La Ética, al igual que la Moral, es una disciplina que tiene por objeto el discernimiento en conciencia personal entre el bien y el mal, así como la valoración de los actos humanos libres y responsables. Sin embargo, mientras que la Ética forma parte de la Filosofía, la Moral pertenece, más bien, al ámbito de la Teología. Por su parte, las ciencias políticas y económico-sociales interactúan en el campo de la conciencia colectiva.</p>
	<p><b>Antecedentes remotos de la distinción entre costumbre y ley (Cont.)</b></p> <p>Supuesto que el Derecho ha surgido, en Roma, a partir del ordenamiento religioso, <i>fas</i> y <i>mos</i>, y a través de la secularización, se impone, a continuación, el análisis de los diversos cauces por los cuales ha discurrido este proceso. En primer lugar, se encuentra la “costumbre” y, más adelante, surgirá la “ley”.</p>

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p>Puede definirse la costumbre de este modo: Aquella práctica reiterada, en las relaciones de tipo político, económico o social, que lleva implícita una norma aceptada generalmente como vigente. No ha de confundirse, pues, con las meras reglas de trato o convivencia. De aquí se desprende que la costumbre está formada por dos elementos, a saber, el material o repetición de un comportamiento, de forma constante y uniforme, <i>longa consuetudo</i>, y el espiritual, <i>opinio iuris sive necessitatis</i>, es decir, la convicción compartida entre los sujetos de que tal comportamiento ha de mantenerse como regla que obliga jurídicamente. Y ello, sin perjuicio de la admisión de la costumbre modificadora o supresora de otra anterior, a medida que las circunstancias históricas van cambiando. En última instancia, se establece, ante la eventualidad de inobservancia, la correspondiente sanción, susceptible de imponerse coactivamente.</p> </div> <p>En la actualidad, la importancia de la costumbre, especialmente en el campo del Derecho internacional, público y privado, sigue siendo enorme. En efecto, el Derecho internacional general está formado preferentemente por normas consuetudinarias y principios fundamentales, puesto que el Derecho convencional de los tratados carece todavía de alcance universal. En otras palabras, salvo excepciones como la Carta de la ONU, los tratados internacionales normativos no han sido aceptados por la inmensa mayoría de los Estados y su ámbito de vigencia suele ser reducido. Por tanto, una amplia corriente doctrinal mantiene que la norma fundamental del Derecho internacional se expresa todavía en los términos latinos <i>consuetudo est servanda</i>, indicativos de la fuerza vinculante de la costumbre.</p> <p>Art. 38 del Estatuto del T.I.J.: La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones ... La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio <i>ex aequo et bono</i> si las partes así lo convinieren. M. DÍEZ DE VELASCO, <i>Derecho internacional público</i>, Madrid, 1997, pp. 114 y ss.</p> <p>Asimismo, en el campo de los ordenamientos públicos internos, hemos de destacar la relevancia del modelo anglosajón de constitución no escrita.</p> <p>Según J. DE ESTEBAN, <i>Constituciones españolas y extranjeras</i>, Madrid, 1977, p. 511, hablando con propiedad jurídica, el Reino Unido carece</p>
--	---

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>de Constitución formal. El ordenamiento político británico se rige por la denominada Constitución consuetudinaria, que consiste en un conjunto de normas y declaraciones de derechos de muy variado origen histórico y muy distinta naturaleza jurídica y que se complementa con normas de distinto rango, resoluciones judiciales, etc. Con propósitos sistemáticos, se puede decir que las fuentes del Derecho constitucional británico son de cinco clases: a) los textos fundamentales de la historia constitucional, como la Magna Carta, el Bill of Rights y el Act of Settlement, entre otros, una parte de cuyo articulado está derogado por anacrónico. Aunque los autores ingleses incluyen estos textos entre el statute law, es decir, entre la legislación ordinaria, lo cierto es que su origen no es legislativo, sino que procede de pactos entre la Corona y el Parlamento; b) la legislación ordinaria de contenido constitucional, que se diferencia formalmente del resto de la legislación, aunque su contenido sea muy distinto: las Parliament Acts de 1911 y 1949 y la Representation of de People Act de 1918; c) las Convenciones constitucionales, de carácter consuetudinario, que no se encuentran recogidas en ningún texto escrito, aunque constituyen una pieza básica del régimen británico; d) las Convenciones parlamentarias que frecuentemente tampoco están recogidas en textos escritos, aunque son la base del funcionamiento parlamentario; e) el Derecho judicial, del que habría que distinguir el common law en sentido estricto y la interpretación judicial del Derecho estatutario, de origen legislativo. Este conjunto heterogéneo de fuentes es lo que se denomina Constitución británica.</p> <p>Asimismo, la Escuela histórica otorga a la costumbre el rango de fuente más relevante del ordenamiento jurídico, en detrimento de la ley, a pesar de que lo explícito prevalece sobre lo tácito, puesto que la primera constituye el modo de expresión inmediata de la voluntad popular, mientras que la ley responde, en cierto modo, a la idea de representatividad.</p> <p>Si nos remontamos a la época monárquica, en Roma, constatamos que, con el paso del tiempo, va quedando superada la fase inicial, es decir, aquella en que los modos de convivencia se inspiran en el ritualismo y el formalismo tradicionales. Desde entonces y hasta la formalización del tratado de organización de la liga latina, foedus Cassianum, y la promulgación de la ley de las Doce Tablas, siglo V a. C., el ius comienza a manifestarse, de manera exclusiva, a través de usos y costumbres. La expresión “tácito consenso del pueblo avalado por larga reiteración”, <i>tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus (Ulp. 1, 4)</i>, permite afirmar que los términos <i>usus</i>, <i>consuetudo</i> y <i>desuetudo</i>, en sentido contrario, hacen referencia a la norma jurídica implícita en un modo de comportamiento continuado y aceptada tácitamente en el seno de la comunidad.</p> <p>Origen popular e inter-estatal</p> <p>Como se ha dicho, la Escuela histórica del siglo XIX otorga a la costumbre el rango de fuente más relevante del ordenamiento jurídico, en detrimento de la ley, a pesar de que lo explícito prevalece sobre lo tácito, puesto que la primera constituye el modo de expresión inmediata de la voluntad popular, mientras que la ley responde, en cierto modo, a la idea de representatividad. Esto supuesto, la locución latina <i>ex facto ius oritur</i> no expresa la idea a tenor de la cual las costumbres vienen a ser simples medios de legitimación de las fuerzas o poderes fácticos dominantes en la</p>
--	---



<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>realidad política y económico-social. En efecto, el Derecho consuetudinario tiene siempre a su base el consenso tácito del <i>populus</i>, en su totalidad, mientras que la ley escrita presenta origen estatal, puesto que su refrendo se produce a instancia del órgano competente en materia de iniciativa legislativa y dicho refrendo popular no suele ser unánime sino mayoritario.</p> <p>Nos encontramos, pues, ante una norma jurídica de origen popular, pero diversa de los simples usos sociales o hábitos de cortesía, e incluso de origen inter-estatal. No surge directamente del poder normativo unilateral del Estado, sino que nace de la práctica política y económico-social, en determinados ámbitos locales, especiales o profesionales, o bien de las relaciones inter-ciudadanas. Así sucede con la costumbre derivada de la práctica mercantil, entre comerciantes, o de la práctica forense, entre abogados, jueces y tribunales, o de la actividad parlamentaria, entre partidos políticos, etc. Por tanto, suele hablarse, en ocasiones, de costumbre inter-estatal o para-estatal.</p> <p>Caracteres</p> <p>En un primer momento, los usos y costumbres no se manifiestan de manera expresa, mediante fórmulas orales o escritas, sino que se integran en el conjunto de la relación interpersonal, pudiendo deducirse su significado y alcance, a partir de la reiteración de determinados comportamientos. Esto no obstante, y con el fin de evitar inconvenientes como la falta de certeza o de seguridad jurídica, es habitual recopilar por escrito y <i>a posteriori</i> las costumbres que se consideran existentes. Tampoco presentan carácter prescriptivo, pues no se basan en la tipificación de casos hipotéticos previstos de antemano, sino que tienen su punto de partida en los comportamientos adoptados de forma reiterada ante los casos prácticos planteados en la vida práctica.</p> <p>Requisitos</p> <p>Se exige como requisito de la costumbre la rectitud y racionalidad, con el fin de distinguir claramente el uso correcto de la corruptela y de evitar la confusión entre uno y otra. Se plantea, además, la necesidad de su prueba en juicio o su acreditación por parte de quien la alega, cuando su significado o alcance es objeto de controversia. A diferencia de lo que ocurre con la norma legal, no resulta aquí aplicable el principio a tenor del cual el juez conoce el derecho, <i>iura novit</i></p>
--	---

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>curia.</i></p>
	<div data-bbox="488 309 2051 389" style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p><i>C. 8, 52 Quae sit longa consuetudo, 2 (Constantinus ad Proculum): Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.</i></p> </div> <p><b>Consuetudo secundum legem, praeter legem y contra legem: Pervivencia del problema de la relación entre costumbre y ley escrita</b></p> <p>En definitiva, puede ser considerada la <i>consuetudo</i> como la forma primigenia de manifestación del Derecho, pero esto no significa que, tras la entrada en vigor de las normas legales escritas, las costumbres desaparezcan o queden ancladas definitivamente en el pasado, sino que unas y otras van a coexistir, asumiendo el Derecho consuetudinario diversas funciones: complementaria, alternativa, supletoria, correctora.</p> <p>Desde el punto de vista formal de la jerarquía normativa, la ley ocupa el rango superior, por razón de preeminencia de lo explícito sobre lo tácito, de modo que la costumbre sólo cumple una función supletoria y, por tanto, subordinada. Sin embargo, desde el punto de vista material de la legitimación, el rango superior correspondería a la costumbre, dado que ésta emana directamente de la voluntad popular que, además, podríamos considerar unánime, mientras que la ley deriva de la propuesta realizada por el órgano competente representativo del pueblo y es ratificada por mayoría. Esto supuesto, la ley sólo tendrá plena legitimación cuando sea fiel reproducción del contenido de la costumbre, en cada momento histórico. Prevalece la voluntad directa del mandante sobre la del mandatario.</p> <p>Precedentes del Código Civil</p> <p>Las Partidas, siguiendo el modelo de recepción del <i>ius commune</i>, de inspiración romanística, admiten la eficacia de la costumbre en toda su amplitud, régimen jurídico que se mantiene, a lo largo del tiempo, hasta la promulgación del Código Civil.</p> <p>La doctrina tradicional se basa en una clasificación fundamental en esta materia. Atendiendo al criterio de la eficacia del</p>

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>derecho consuetudinario en relación con el ordenamiento legal, los autores distinguen tres especies dentro del género de las costumbres: <i>consuetudo secundum legem, praeter legem y contra legem</i>.</p> <p><b>Consuetudo secundum legem:</b> Es aquella que cumple una función complementaria, ya que surge y se desarrolla con motivo de la aplicación de la ley al caso práctico, por lo que constituye su interpretación usual.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p><i>D. 1, 3, 37: Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpretes consuetudo.</i></p> </div> <p><b>Consuetudo praeter legem:</b> Es aquella que, de un modo u otro, viene a completar la ley escrita, ya que suple, por medio de la interpretación integradora, posibles deficiencias o eventuales lagunas, especialmente cuando se trate de aplicarla a casos no previstos o no previsibles en aquel momento en que la ley fue promulgada. Sucede con frecuencia, sobre todo en épocas de grandes transformaciones históricas, que, con ocasión de la interpretación y aplicación de la ley, nos encontramos ante una nueva relación jurídica, en virtud de la cual se ha desarrollado una práctica reiterada, que acaba por ser considerada expresión de una norma jurídica aplicable como si fuera una ley, <i>pro lege custoditur</i>. Vale para este segundo apartado el mismo texto ya citado en el anterior, puesto que la interpretación puede ser tanto clarificadora como integradora.</p> <p><b>Consuetudo contra legem:</b> Se contempla bajo este epígrafe, en primer lugar, la hipótesis de la ley que, con el paso del tiempo, ha ido cayendo en desuso y, en segundo lugar, la posibilidad de que, con motivo de la transformación de la vida práctica económica y social, resulte alterado, en mayor o menor medida, el sentido originario del texto legal, que va quedando obsoleto. He aquí un texto romano clásico que avala la doctrina favorable a la validez de este tipo de costumbre, por razón de equiparación a la ley.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p><i>D. 1, 3, 32, 1: Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris,</i></p> </div>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p><i>sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.</i></p> <p>“No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada y éste es el derecho que se dice establecido por la costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por la voluntad del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectamente admitido que las leyes se deroguen no sólo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso”.</p> <p>La reforma realizada por el Código Civil</p> <p>Tras la entrada en vigor del Código Civil, sólo se admite expresamente la costumbre supletoria, <i>praeter legem</i>, al tiempo que se prohíbe el desuso y la costumbre <i>contra legem</i> contraria a la ley escrita (<b>art. 1.3: 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.</b>) Se plantea, entonces, la interrogante en torno a la costumbre <i>secundum legem</i> o conforme a la ley. Según la opinión doctrinal dominante, la costumbre interpretativa ha quedado también excluida. De este modo, el <i>usus fori</i> o <i>usus curiae</i> no puede ser considerado fuente subsidiaria del derecho, en defecto de la ley, ya que la observancia de una ley, de acuerdo con una determinada interpretación que dejara fuera otras posibilidades, resultaría inadmisibles por contravenir el principio de libre interpretación.</p> <p>Es notorio que el movimiento constitucional y codificador contemporáneo ha relegado la costumbre a un puesto secundario frente a la ley. Sin embargo, la experiencia demuestra que sería imposible desligar el ordenamiento jurídico del espíritu popular y los usos sociales, puesto que subsiste siempre una parte del Derecho que nace espontáneamente de la conciencia colectiva, al margen de los poderes constituyente, legislativo y reglamentario. (J. CASTÁN, <i>Derecho civil español, común y foral, I, Introducción y parte general, 1, Ideas generales; Teoría de la norma jurídica</i>, Madrid, 1986, p. 477.) Otra cosa distinta es que la ley se remita expresamente a la costumbre, supuesto en el que puede hablarse de consuetudo <i>secundum legem</i> válida y eficaz, e incluso de alteración del orden de prelación de fuentes, en el sentido de que la costumbre deja de ser norma de carácter subsidiario y se transforma en principal (Por ejemplo, los arts. 1496 y</p>
--	--

<p><b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b></p>	<p>1555 del CC).</p> <p>En último término, no puede olvidarse la importancia de la costumbre en el Derecho civil foral y especial, en el que puede afirmarse el predominio del elemento espontáneo y de las formas consuetudinarias del Derecho.</p> <p>En conclusión, puede afirmarse que tanto los ordenamientos forales y especiales como el Derecho común tienen, en parte, un origen consuetudinario, de modo que sus fuentes históricas propias no son más que reglas consuetudinarias formalizadas después por mediación de textos escritos a los que se ha atribuido rango legal, y, en parte, responden a la recepción del Derecho común medieval de inspiración romanística.</p>
--	--

<b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b>		<b>PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA</b>
	<i>lus gentium publicum</i>	Aquí, el principio de autonomía de la voluntad estatal se ejerce de forma bilateral o plurilateral, de modo que el orden jerárquico sería: 1º.- Tratados ( <i>foedera</i> ); 2º.- Costumbres; 3º.- Recursos complementarios y supletorios (Precedentes, reglas, opiniones: todo ello, de acuerdo con la interpretación reiterada y unánime de la jurisprudencia, <i>libri responsorum, regularum, digestorum etc.</i> ).
	<i>lus gentium privatum</i>	Dando por supuesto el principio de autonomía de la voluntad de los particulares y el recurso alternativo a la equidad, el orden jerárquico formal sería éste: 1º.- Tratados, normas legales de remisión y remitidas, en materia de conflicto normativo por relaciones mixtas y condición de extranjeros, conforme a los principios de personalidad y territorialidad, y normas convencionales; 2º.- Normas de rango inferior a la ley: Edicto del pretor peregrino; 3º.- Costumbres; 4º.- Recursos complementarios y supletorios (Precedentes, reglas, opiniones: todo ello, de acuerdo con la interpretación reiterada y unánime de la jurisprudencia, <i>libri responsorum, regularum, digestorum etc.</i> ).
	<i>lus proprium publicum</i>	Aquí, el principio de autonomía de la voluntad popular y pública se ejerce de forma unilateral y resulta decisivo el principio de legalidad excluyente de la autonomía de los particulares (Ej.: <i>nullum crimen nulla poena sine lege</i> ), de modo que el orden jerárquico sería: 1º.- Normas legales; 2º.- Normas reglamentarias o edictales; 3º.- Recursos complementarios y supletorios (Precedentes, reglas, opiniones: todo ello, de acuerdo con la interpretación reiterada y unánime de la jurisprudencia, <i>libri responsorum, regularum, digestorum etc.</i> ).
	<i>lus proprium privatum</i>	Dando por supuesto el principio de autonomía de la voluntad de los particulares y el recurso alternativo a la equidad, el orden jerárquico formal sería éste: 1º.- Normas legales, conforme a los principios de personalidad y territorialidad, y normas convencionales; 2º.- Normas de rango inferior a la ley: Edicto del pretor urbano; 3º.- Costumbres; 4º.- Recursos complementarios y supletorios (Precedentes, reglas, opiniones: todo ello, de acuerdo con la interpretación reiterada y unánime de la jurisprudencia, <i>libri responsorum, regularum, digestorum etc.</i> ).

<b>2.- CRITERIOS APLICABLES DE DERECHO OBJETIVO</b>	<b>ÁMBITO DE VIGENCIA NORMATIVA</b>	
	<i>lus gentium publicum</i>	El ámbito de vigencia de las normas convencionales de los tratados y de las consuetudinarias es interestatal o universal.
	<i>lus gentium privatum</i>	<p>Las normas estatales de conflicto o de remisión, relativas al procedimiento negocial o forense, tienen alcance territorial, mientras que la norma remitida tendrá, en unos casos, vigencia personal (estado y condición civil, familia, sucesiones, capacidad para contratar etc.) y, en otros, territorial (penal, fiscal, procesal, daños, reales, etc.).</p> <p>Las normas convencionales de los particulares tienen vigencia singular y concreta. Mediante pacto es posible someterse a una jurisdicción distinta de la establecida, <i>forum prorogatum</i>, o excluir ésta para someterse a arbitraje, cláusula compromisoria.</p>
	<i>lus proprium publicum</i>	El ámbito de vigencia de las normas legales y consuetudinarias es territorial (penal, fiscal, procesal, etc.) ( <i>lex loci delicti commissi; forum loci delicti commissi; lex fori</i> ) ( <i>actor sequitur forum rei</i> ) o personal (sufragio activo, sufragio pasivo, función pública etc.) ( <i>forum civitatis</i> )
	<i>lus proprium privatum</i>	<p>El ámbito de vigencia de las normas legales y consuetudinarias es territorial (propiedad y derechos reales, daños etc.) (<i>lex loci rei sitae; forum loci rei sitae; lex fori</i>) o personal (capacidad y condición civil, familia, contratación, sucesiones etc.).</p> <p>Las normas convencionales de los particulares tienen vigencia singular y concreta. Mediante pacto es posible someterse a una jurisdicción distinta de la establecida, <i>forum prorogatum</i>, o excluir ésta para someterse a arbitraje, cláusula compromisoria.</p>

**TABLA 3**  
**RÉGIMEN DEL HECHO JURÍDICO ROMANO ACTUAL**

Índice	Pgs.
Introducción .....	1
1.- Hechos naturales .....	3
2.- Acciones u omisiones ilícitas .....	5
3.- Actos lícitos sustantivos .....	21
4.- Actos lícitos procesales .....	61

**Introducción**

**Hecho jurídico es caso eventual, en principio tipificado en la norma o atípico, y caso producido cuya realización permite la aplicación de la misma. Es, ante todo, el antecedente hipotético o condicional de la norma o juicio prescriptivo de derecho objetivo. Sin embargo, aquí significa modo de concretarse la práctica política y económico-social, subsumible en el ordenamiento jurídico. Se expresa, por tanto, a través de juicios descriptivos que figuran en el razonamiento probatorio y en el término medio del razonamiento demostrativo.** Presenta, en efecto, carácter descriptivo, ya sea dependiente de la voluntad o la intención, o bien ajeno a ellas, de manera que, conforme al razonamiento interpretativo de derecho aplicable, produce consecuencias de orden facultativo o prescriptivo. Puede ser lícito o ilícito, tipificado legalmente o no tipificado, sustantivo o adjetivo de tramitación procesal (ya sea extrajudicial o judicial, declarativa o ejecutiva), de ejercicio de la facultad de hacer o de la facultad de exigir a los demás. Asimismo, de aplicación, no contenciosa (cumplimiento voluntario del deber) o contenciosa (imposición y ejecución forzosa de una responsabilidad), o de inaplicación, etc.

Quedan fuera del alcance de la presente Tabla los juicios fácticos normativos realizados por el órgano competente en el cumplimiento de su función, de carácter categórico o hipotético y con las solemnidades requeridas. Prevalece aquí el criterio interrogativo o explicativo, propio de la práctica negocial y forense o de la actividad doctrinal.

Supuesto que nos encontramos ante un *numerus apertus* o número indefinido de acontecimientos únicos e irrepetibles, la presente Tabla de doble entrada comprende, en primer lugar, una ordenación de casos por géneros y por especies. En efecto, se parte de la distinción entre casos no



dependientes de la capacidad de acción humana y dependientes de ella, ya se trate de actos realizados con arreglo al ordenamiento jurídico o de acciones y omisiones antijurídicas. Al mismo tiempo, se procede a la identificación de algunas figuras específicas ilustrativas.

El término **hecho jurídico lato sensu**, entendido en sentido amplio, comprende tres grandes categorías, a saber, hecho *stricto sensu*, ajeno a la voluntad y la intención del ser humano; acción u omisión antijurídica y actos lícitos dependientes de la voluntad. He aquí las definiciones correspondientes:

**Hecho jurídico stricto sensu** es todo acontecimiento que se produce como concreción y manifestación singular de las leyes naturales de la Física, la Biología etc. En caso de producirse, tienen lugar determinados efectos jurídicos, con arreglo a las leyes positivas y al ordenamiento vigente. Pueden ser físicos, por ejemplo, un terremoto, o biológicos, por ejemplo, el nacimiento, la minoría y la mayoría de edad, o el fallecimiento, con independencia de la causa del mismo.

**Acción u omisión ilícita o antijurídica** consiste en hacer aquello que está prohibido o no hacer lo impuesto por la norma, sin causa justificada. De producirse tal comportamiento, tienen lugar determinadas consecuencias jurídicas, con arreglo a las leyes positivas y al ordenamiento vigente.

**Acto lícito** es manifestación externa de la libre voluntad del sujeto, de forma declarativa o ejecutiva. La producción del mismo viene tutelada y es eficaz con arreglo a las leyes positivas y al ordenamiento vigente.

La segunda coordenada viene referida a la “caracterización genérica y específica”, esto es, a la identificación de los elementos comunes de cada género o clase, así como a los propios de las figuras particulares.

	<b>NOCIONES Y CARACTERES GENÉRICOS Y ESPECÍFICOS</b>
<b>1.- HECHOS NATURALES</b>	<p><b>CONCEPCIÓN:</b></p> <p>Hecho biológico de gestación del ser humano, en el seno materno, que puede llegar a perfeccionarse por el nacimiento o quedar frustrado por el aborto, natural o intencionado.</p> <p>Efectos: No es, pues, un modo de adquirir la personalidad. Sin embargo, se otorga, bajo la condición del nacimiento viable, protección civil al concebido, a efectos adquisitivos, como si ya hubiera nacido, <i>conceptus pro iam nato habetur</i>. Se otorga, incluso, tutela penal a la esperanza de vida.</p> <p><b>NACIMIENTO:</b></p> <p>Hecho biológico de separación completa del concebido del seno materno, en determinadas condiciones de viabilidad.</p> <p>Efectos: Otorga legalmente al nacido los <i>status personarum</i>, a partir de los progenitores, esto es, la condición de persona libre, la de ciudadano y el parentesco familiar. Adquiere la capacidad jurídica o titularidad de las facultades fundamentales, pero no la capacidad de obrar por sí mismo. Para superar este inconveniente, se introduce la figura de la “representación legal” ejercida por el progenitor titular de la patria potestad y, en su defecto, por el tutor o curador.</p> <p><b>FALLECIMIENTO:</b></p> <p>Hecho biológico de cesación de la vida humana, por causa natural o motivo intencionado.</p> <p>Efectos: Extingue los <i>status personarum</i>, personalidad libre, ciudadanía, parentesco familiar, y, en general, todo derecho o vínculo de carácter personalísimo e intrasmisible (por ej.: el matrimonio), mientras que los derechos y obligaciones transmisibles siguen el régimen jurídico de la sucesión hereditaria <i>mortis causa</i>. Todo ello se entiende sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales o civiles, por dolo y daño, exigibles por parte de los herederos legítimos, entre otros legitimados.</p>

**1.- HECHOS  
NATURALES**

**MINORÍA Y MAYORÍA DE EDAD:**

La minoría es aquel hecho biológico y psicológico de insuficiencia de madurez y formación corporal e intelectual del ser humano.

Efectos: Excluye la aptitud del menor (ya dotado de capacidad jurídica, pero sin capacidad de obrar por sí mismo) para realizar actos de forma libre, voluntaria y responsable, por lo que éste se encuentra sometido a la patria potestad o la tutela. En el caso de discapacidad mental, la institución protectora es la curatela.

Aunque, en sentido estricto, emancipación es el acto del progenitor de liberación del hijo de la patria potestad a que estaba sometido, en sentido amplio, comprende, además, otras figuras, entre las que se encuentra el hecho biológico de alcanzar determinada mayoría de edad, esto es, la suficiente madurez para comportarse de manera libre y responsable (por ej., la pubertad o aptitud natural para generar, en relación con el peculio, la tutela y la curatela).

Efectos: Extingue la patria potestad o la tutela y otorga al emancipado capacidad de obrar por sí mismo.

<p><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p><b>ILÍCITO PENAL E ILÍCITO CIVIL:</b></p> <p>La primera de estas figuras comprende toda <b>contravención de la ley penal, en detrimento del interés general</b>. Se exige aquí, además, determinada manifestación externa de la intención o cierta actitud imputable al sujeto, que han de ser merecedoras de reproche social (dolo o imprudencia, de carácter penal). Asimismo, el ilícito penal puede darse en grado de consumación, frustración o mera tentativa, pero no basta con la sola intención interna (<i>cogitationis poenam nemo patitur</i>). Rige en esta materia el principio de legalidad, <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>, y hemos de distinguir entre crimen o delito público, por una parte, y delito privado, por otra.</p> <p>Como consecuencia de su mayor gravedad, dicha ley impone una sanción destinada a cumplir la función represora.</p> <p>La segunda figura comprende toda <b>contravención de la ley civil, en detrimento del interés particular</b>. No siempre se exige aquí que haya intención o actitud reprochables por parte del sujeto, puesto que cabe la responsabilidad por caso fortuito o independiente de la culpa o negligencia (por ej. el incumplimiento de la obligación de dar cosa genérica, <i>genus non perit</i>). Sí se exige, en cambio, la producción de un <b>daño</b> o perjuicio. Esto es, <b>disminución o pérdida patrimonial o personal, objeto de estimación o compensación pecuniarias, ya sea entre quienes están vinculados por contrato o sólo se hallan en régimen extracontractual</b>. No rige en esta materia el principio de legalidad, en el sentido de que se admite, más allá de la tipicidad, la interpretación integradora, según el principio de reparación de todo daño causado injustamente. El ilícito civil se refiere no sólo a los casos de indemnización, sino que abarca también otros, a saber, prohibición, anulación, restitución etc., en muy diversos supuestos prácticos: mala fe, fraude y dolo civil, negligencia, fraude de acreedores, incumplimiento del deber de respetar la propiedad, posesión y derechos reales; así como del deber de no retener algo sin causa justa, incumplimiento de las obligaciones, etc.</p> <p>Como consecuencia de su menor gravedad, dicha ley impone una sanción que cumple otras funciones complementarias diversas de la represora, más en particular, la anuladora, restitutoria, reparadora, indemnizatoria, etc.</p> <p><b>Dolo penal y dolo civil</b></p> <p><i>D. 48, 8, 1, 3: Hadrianus rescripsit, eum qui hominem occidit, non occidendi animo, absolvi posse, et qui hominem</i></p>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p><i>non occidit sed vulneravit ut occidat pro homicida damnandum</i></p> <p><i>D. 4, 3, 1, 2: Dolus malus est machinatio quaedam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitur</i></p> <p>Síntesis y análisis:</p> <p>Es probable que el dolo sea una noción muy antigua de la jurisprudencia pontifical relativa a la represión de los <i>crimina</i> y que, secularizada más tarde, se haya extendido al ámbito civil de la reparación del daño, acumulada a la pena represora o independiente de ella.</p> <p>1.- Dolo penal, directo y eventual</p> <p>Entre los clásicos, encontramos el dolo como un concepto genérico, <i>consilium alteri nocendi</i>, (determinación de un sujeto de hacer un mal a otro, aunque el resultado quede en mera tentativa) y como noción singularizada y concreta, propia de la metodología casuística, que permite identificar cada una de las figuras típicas delictivas. Así, se habla de <i>animus occidendi</i> o <i>animus necandi</i> para referirse al dolo homicida. <i>Animus laedendi</i> o intención de lesionar a otro; <i>animus iniuriandi</i> o intención de deshonrar o desacreditar, cuyo intento de acreditación queda desvirtuado por el éxito de la <i>exceptio veritatis</i>; <i>animus furandi</i>: en el delito de <i>furtum</i>, además del apoderamiento de cosa ajena contra la voluntad del dueño, se exigía un elemento intencional, sin el cual no puede imponerse la pena: <i>G. 3, 197: furtum sine dolo malo non comittitur</i>. En la actualidad, en el caso práctico propuesto nos encontramos con la figura del <i>animus rem sibi habendi</i>, propio del delito de apropiación indebida: intención nociva del reo de tener la cosa ajena para sí, en perjuicio del dueño.</p> <p>Dolo es determinación consciente y querida de un sujeto de perjudicar a otro. Dolo directo es esa determinación, en cualquier circunstancia que pueda presentarse. El dolo eventual viene referido no a la circunstancia necesaria que se da normalmente, sino a aquella otra que no se da normalmente, pero podría darse.</p> <p>Efectos La acción dolosa produce por sí misma la consecuencia de la responsabilidad penal, con independencia de que haya o no haya daño.</p>
---	--

<p><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>En cambio, existiendo daño, se acumula a la citada responsabilidad penal la responsabilidad civil. Daño es detrimento patrimonial o personal que da lugar a la obligación civil de indemnización o compensación, cuando es consecuencia del dolo penal o civil, la imprudencia o la negligencia, quedando excluida esta posibilidad en caso de culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor.</p> <p>2.- Dolo civil (<i>dolus debitoris, dolus in damno, dolus negotialis</i>).- Dolo determinante y dolo incidental</p> <p>En materia de Derecho privado, el dolo civil es intención del sujeto de incumplir la obligación debida, o bien de producir un daño o detrimento, en los bienes materiales o las personas, pero sin ánimo reprochable de causar un mal a otro. Por ejemplo, cuando se actúa para obtener una ventaja o evitar una pérdida. Se exige que sea susceptible de estimación pecuniaria e indemnización o compensación. Es por tanto uno de los requisitos de dicha indemnización o compensación.</p> <p>Asimismo, el dolo negocial es la consciente y fraudulenta inducción al error a la parte con la que se entra en relación. El dolo negocial empezó a ser reprimido en el 68 a. C. durante la pretura del jurista Aquilio Galo. Introdujo en el Edicto la <i>exceptio de dolo</i>, que en la evolución posterior, y sobre todo a través de los <i>iudicia bonae fidei</i>, conduce a una agravación de la responsabilidad.</p> <p>Efectos:</p> <p>El dolo civil no es punible <i>per se ipsum</i>; sólo da lugar a indemnización o compensación, si va unido al daño.</p> <p><b>ILÍCITO CIVIL.- Daño extracontractual o aquiliano.- Supuestos diversos:</b></p> <p>Daño producido como consecuencia de una acción antijurídica penal y culpable: <u>Tiene lugar la acumulación de responsabilidades subjetivas, penal y civil (<i>bis in idem</i>), por culpa.</u></p> <p>Daño producido como consecuencia de una acción antijurídica penal pero no culpable: <u>Tiene lugar la imposición de responsabilidad civil no subjetiva en sentido estricto.</u></p>
---	--

<p><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p><u>Daño producido como consecuencia de una acción antijurídica civil dolosa o culposa (negligente): Tiene lugar la imposición de responsabilidad civil subjetiva por negligencia. Se plantea aquí el problema de la distinción entre dolo civil y penal, así como entre imprudencia penal y negligencia civil. Suele afirmarse que, mientras el dolo penal consiste en la intención de causar daño a la víctima, <i>consilium alteri nocendi</i>, el dolo civil no lleva consigo esta agravación específica, sino que la determinación dañosa obedece más bien a otro tipo de causas, como la de obtener un beneficio o evitar un perjuicio. Asimismo, la imprudencia penal presenta un plus de gravedad con respecto a la negligencia civil.</u></p> <p><u>Daño producido como consecuencia de una acción antijurídica civil (para la que no se exige al actor alegación de dolo ni de negligencia del reo): Salvo que resulte probado el caso fortuito o la culpa de la víctima, por la parte demandada, tiene lugar la imposición de responsabilidad civil subjetiva presunta o por inversión de la carga de la prueba.</u></p> <p>Daño producido como consecuencia de una acción antijurídica civil (para la que no se exige al actor alegación de dolo ni de negligencia; ni al reo se le permite alegar caso fortuito): <u>Salvo que resulte probada la fuerza mayor o la culpa de la víctima, por la parte demandada, tiene lugar la imposición de responsabilidad civil subjetiva presunta y objetiva por caso fortuito.</u></p> <p><b>La ley Aquilia de daño y su interpretación jurisprudencial</b></p> <p><i>D. 9, 2, 13: Liber homo utilem actionem aquiliae habet, non directam, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur</i></p> <p><i>D. 9, 2, 44: In lege Aquilia et levissima culpa venit</i></p> <p>Esta interpretación de la ley Aquilia es posible, puesto que la analogía, prohibida en materia criminal y represora, está permitida en materia de función reparadora del daño.</p> <p>Síntesis: A partir de la <i>Lex Aquilia de damno</i>, plebiscito del siglo III a. C., la interpretación jurisprudencial posterior, basada en la analogía, llegará a enunciar la regla general según la cual toda acción u omisión antijurídica que cause</p>
---	--

<p><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>daño patrimonial o personal, interviniendo culpa o negligencia, da lugar a la indemnización correspondiente, acumulada a la pena criminal o independiente de ella.</p> <p>1.- ORIGEN. En su origen, se trata de un delito privado, <i>damnum iniuria datum</i>, castigado con pena pecuniaria que incluye la estimación en dinero de la cosa, pero en su grado máximo, junto con la injuria, <i>iniuria</i>, el hurto, <i>furtum</i>, y el robo, <i>rapina</i>, pero finalmente en la Compilación justiniana los compiladores excluyen esta figura del ámbito criminal y la incluyen en la sistemática del Derecho civil.</p> <p>La redacción legal inicial tipifica cuatro conductas productoras de daño, en el ámbito de la economía agraria, <i>occidere, urere, rumpere, frangere</i>, causar la muerte del ganado, quemar, romper y deteriorar. Parece que, en principio, se trata de una responsabilidad objetiva, con independencia de actitud anímica del causante.</p> <p>2.- ACTOS DE VIDA URBANA. Más adelante, la interpretación extenderá la ley a otros actos análogos, pero de la vida urbana, que causan daño o menoscabo patrimonial, ya no con función represora, sino meramente reparadora o indemnizatoria. Con la condición de que haya culpa o negligencia.</p> <p>3.- OMISIÓN. Se incluyen, a continuación, los supuestos de omisión de las cautelas que normalmente han de observarse en la gestión de los negocios. Se trata de la mera negligencia o falta de diligencia, tanto grave, como media y leve.</p> <p>4.- DAÑO PERSONAL. Más tarde, se extiende del daño patrimonial al daño personal, lo que plantea el gravísimo problema de que nos hallamos ante bienes que se encuentran fuera del comercio y son inestimable en dinero, por lo que más que de verdadera indemnización hay que hablar de una especie de compensación.</p> <p>5.- DOBLE FUNCIÓN REPARADORA. Acumulada a la acción criminal represora y dependiente de ella, o bien en vía civil no acumulada e independiente.</p> <p>En la vía civil exclusiva, se llega, en determinados supuestos, hasta la culpa levísima, lo que en la práctica se traduce en una inversión de la carga de la prueba de la culpa o negligencia del reo, puesto que el actor se limita a alegarla, sin</p>
---	---



<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>deber de probarla, de modo que prevalece mientras no se pruebe por parte del reo una circunstancia como la culpa de la víctima, el caso fortuito, la fuerza mayor, etc. Se trata de una inversión de la carga probatoria, no de una presunción <i>iuris tantum</i>, puesto que no es general; sólo rige en casos de especial riesgo, quedando excluida en los demás. Tal es el caso de los profesionales liberales, en la actualidad.</p> <p>Asimismo, tienden a afirmarse las nociones de daño emergente y lucro cesante.</p> <p><b>ILÍCITO CIVIL.- Daño contractual.- Algunos ejemplos ilustrativos:</b></p> <p>Daño producido por dolo civil negocial, esto es, consciente y fraudulenta inducción al error de una de las partes con respecto a la otra: <u>Procede, en este caso, el remedio de la restitutio in integrum ob dolum. En este sentido, los intérpretes modernos distinguen el dolo determinante, sin el cual no se habría concluido el negocio, y el dolo incidental, que no es decisivo para su realización.</u></p> <p>Daño producido por incumplimiento de obligación de dar cosa genérica: <u>Tiene lugar la imposición de una responsabilidad civil en todo caso, subjetiva y objetiva; <i>genus non perit</i>.</u> Por ejemplo, el caso del mutuario en el préstamo.</p> <p>Daño producido por incumplimiento de obligación de cosa específica, en que el deudor asume el riesgo: <u>Tiene lugar la imposición de una responsabilidad civil incluso objetiva, por caso fortuito.</u> Por ejemplo, el caso del comodatario, por razón de la gratuidad favorable al mismo, en el comodato.</p> <p>Daño producido por incumplimiento de obligación de cosa específica, en que el deudor no llega a asumir el riesgo, <i>species perit ei qui debetur</i>: <u>Tiene lugar la imposición de una responsabilidad civil subjetiva por dolo civil y culpa lata, leve y levísima.</u> Por ejemplo, el caso del vendedor, <i>periculum est emptoris</i>, en la compraventa.</p> <p>Daño producido por incumplimiento de obligación de cosa específica, en que el deudor se limita a asumir el dolo: <u>Tiene lugar la imposición de una responsabilidad subjetiva.</u> Por ejemplo, el caso del depositario, por razón gratuidad favorable al acreedor, en el depósito.</p>
---	--

<p><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p><b>Fraude de acreedores</b></p> <p>El daño producido por <i>fraus creditorum</i> tiene lugar cuando el deudor enajena sus bienes con la intención de agravar su situación de insolvencia patrimonial. E incluso, cuando deja de reclamar activos que le pertenecen, con esa misma finalidad. <u>Tiene lugar entonces la rescisión de los negocios fraudulentos, onerosos o gratuitos, mediante la acción pauliana, y, en su caso, la reclamación mediante la correspondiente acción subrogatoria. Los requisitos que han de cumplirse para que prospere la acción rescisoria son los siguientes: <i>Eventus damni</i> o perjuicio económico para los acreedores; <i>Consilium fraudis</i> o intención del deudor de defraudarlos y <i>Scientia fraudis</i>, es decir, conocimiento del fraude por parte del tercer adquirente de los bienes enajenados.</u></p> <p><b>Retención injustificada</b></p> <p>Son muy diversas las hipótesis de daños y perjuicios producidos por el hecho de la retención de un bien, en concepto de posesión o de detentación, sin justa causa para ello. <u>En determinadas circunstancias, ha de recurrirse al juicio reivindicatorio y ello ha de entenderse sin perjuicio de que el poseedor pacífico tenga la defensa interdictal y pueda llegar a adquirir la propiedad por usucapión, con el paso del tiempo.</u></p> <p><b>En definitiva, la ley penal y la ley civil protegen intereses y bienes jurídicos diversos, desde planteamientos diferenciados, por lo que no estamos ante regímenes incompatibles, de modo excluyente, sino ante la concurrencia cumulativa de ellos, expresada con los términos latinos <i>bis in idem</i>.</b></p> <p><b>ILÍCITO PENAL</b></p> <p><b><i>Crimina y delicta</i> en el marco del Derecho penal</b></p> <p>Definición</p> <p>La definición de Derecho penal puede ser formulada de acuerdo con un criterio subjetivo, así como desde un punto de vista objetivo. En sentido subjetivo, decimos que es aquel poder del Estado, <i>ius puniendi</i>, que consiste en la facultad de sancionar los ilícitos de mayor gravedad, crímenes y delitos, por medio de la pena correspondiente. Siguiendo una</p>
---	--

<p><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>orientación objetiva, puede afirmarse que se trata de un conjunto de normas de rango legal que delimitan y regulan el ejercicio de dicho <i>ius puniendi</i>.</p> <p>Funciones</p> <p>Cumple el Derecho penal, la función disuasoria y represora con respecto a aquellas conductas ilícitas de la máxima gravedad, es decir, que suponen un incumplimiento de deberes merecedor de reproche social. Se trata de impedir los atentados, contra bienes jurídicos protegidos, que alcanzan el ámbito del interés general. Prevalece en Roma dicha función represora, frente a la que actualmente denominamos correctora, tendente en último término a la reinserción social. A la función represora citada se acumula tanto la función reparadora del daño, como la restitutoria de la cosa poseída sin justa causa, pero con la diferencia entre ellas de que estas últimas responden ya a los principios de exigencia a instancia del particular interesado únicamente y de renunciabilidad.</p> <p>Doble fundamentación</p> <p>¿Cuál es el fundamento del poder represor? Consideramos que éste reside tanto en la ilicitud o antijuridicidad de la acción típica, elemento material o corporal externo, como en la imputabilidad del sujeto, elemento anímico interno, esto es, en la atribución individualizada de tal acción a la actitud maliciosa de una persona determinada. Tal actitud comprende un elemento cognoscitivo o conocimiento de las circunstancias de ilicitud y otro volitivo o intención propia y no coaccionada de actuar. Sin embargo, la experiencia práctica nos demuestra que el grado de desconocimiento de la ley penal, entre el pueblo destinatario de la misma, es tal que ello haría casi imposible su aplicación. Las exigencias de la razón práctica nos imponen, pues, el recurso a la ficción de no desconocimiento de la ley penal, de modo que el reo no pueda alegar ignorancia del derecho, <i>ignorantia iuris non excusat (D. 22, 6, 9 pr.)</i>. En última instancia, sólo nos quedaría apelar a una conciencia moral natural, individual y social, que permite al ser humano discernir entre el bien y el mal.</p> <p>Principios generales en materia de Derecho penal</p> <p>Principio de coactividad externa, <i>cogitationis poenam nemo patitur (D. 48, 19, 18)</i>. El ámbito de vigencia del Derecho penal no llega hasta el fuero interno de la conciencia. Sólo comienza a operar a partir del momento en que la</p>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>intención se manifiesta externamente, aunque la conducta no llegue al grado de consumación del delito, siendo suficiente con la mera tentativa. Queda aquí simplemente planteado el problema de los delitos motivados por las creencias religiosas: impedir el culto permitido o realizar el prohibido, etc.</p> <p>Principio de legalidad, <i>nullum crimen nulla poena sine lege (D. 50, 16, 131, 1)</i>. Este principio de legalidad constituye un límite frente al poder público sancionador y represor y, al mismo tiempo, una garantía de las libertades del ciudadano. Se requiere, pues, la existencia de una norma penal votada en los comicios y queda excluida en la interpretación judicial la denominada <i>analogia in malam partem</i>. Dicho principio de legalidad significa, en suma, que la tipificación de los delitos y la fijación de las penas es materia reservada a la norma de rango legal, quedando excluida de tal cometido la potestad reglamentaria. Al mismo tiempo, su interpretación ha de ser literal, estricta o restrictiva, de modo que se prohíbe la interpretación extensiva o analógica que permitiría ampliar el tenor literal a casos análogos a los previstos. Se trata, asimismo, de materia catalogada como <i>ius cogens</i>, no <i>ius dispositivum</i>, de manera que la autonomía de la voluntad de las partes no puede alterar el régimen legal, en modo alguno, a través de pactos, acuerdos o convenciones.</p> <p>Aunque la jurisprudencia penal carece de la fuerza creadora de la civil, ello no es óbice para que pueda llegar a ejercer gran influencia práctica, puesto que, a través de la interpretación clarificadora de la ley, resulta fundamental a la hora de la aplicación de los tipos previstos a los casos planteados.</p> <p>Principio de irretroactividad. Las leyes proyectan, en general, su ámbito de vigencia temporal hacia el futuro, de modo que vienen a regular tan sólo aquellos actos humanos realizados con posterioridad a su publicación y entrada en vigor. Sin embargo, la ley penal, en particular, es susceptible de aplicación retroactiva, siempre que resulte más favorable al reo que la anterior, o bien suponga una reducción de la pena o la despenalización de un determinado tipo delictivo previamente establecido.</p> <p>Principio de territorialidad, <i>lex loci delicti commissi</i>. Este principio general, basado en el consenso entre todos los pueblos, <i>consensus gentium</i>, se formula diciendo que la ley penal de cada Estado se aplica a los crímenes y delitos cometidos dentro de su territorio, cualesquiera que fueren la ciudadanía de la víctima y del delincuente. Sus orígenes se encuentran ya en Roma y el Mediterráneo antiguo; más tarde, es recibido en la legislación de Partidas, entre otras fuentes, y ha llegado al Derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, llevado hasta sus últimas consecuencias,</p>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>conduce a resultados indeseados, que han de ser evitados por medio de los tratados y convenios de colaboración interestatal en materia de represión penal.</p> <p><b>Distinción entre <i>crimina</i> y <i>delicta</i></b></p> <p>Hemos de constatar, asimismo, que la ley decenviral opera con la distinción básica entre crímenes o delitos públicos y delitos privados. Crimen o delito público es acción u omisión antijurídica y culpable, que la ley sanciona con una pena represora, por atentar contra el interés general, y que es perseguible de oficio, o bien a instancia de cualquier ciudadano o de la víctima. Delito privado es acción u omisión antijurídica y culpable, que la ley sanciona con pena represora, por atentar contra el interés general, pero que es susceptible del perdón de la víctima y de persecución sólo a instancia del particular ofendido, acusación privada, que no ha de ser confundida con la acción civil de daño, de carácter reparador.</p> <p>Antecedentes remotos</p> <p><i>Leges regiae:</i>  <i>Festus: Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto</i>  <i>Servius: Si qui imprudens occidisset hominem ... in contione offerret arietem</i></p> <p>Síntesis: La lectura de estos fragmentos, relativos al <i>crimen homicidii</i>, pone de manifiesto que ya en los albores del Derecho penal, prevalece la concepción espiritual sobre la concepción material y ello debido a los avances que presenta la jurisprudencia pontifical. Es posible que los términos “dolo” e “imprudencia” expresen conceptos de orden religioso, que después se secularizan, con motivo de la transformación de la sanción religiosa en sanción jurídica.</p> <p>Tenemos noticia de la existencia de dos crímenes antiquísimos que son objeto de represión en el periodo monárquico. Se trata, en primer lugar, de la <i>perduellio</i> que, como sugiere la etimología, es un crimen relativo a la deslealtad que comete el romano que establece tratos con el enemigo frente al que Roma se encuentra en guerra. Estamos ante la alta traición, en que incurre quien no cumple con el deber sacrosanto de defender la integridad e independencia de la patria, origen del <i>crimen maiestatis</i> o crimen de lesa majestad. Inicialmente, está sancionado con pena capital, que</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>cumple la función expiatoria de este gravísimo atentado contra el orden religioso, en el sentido de sacrificio purificador, puesto que supone ante todo una violación del <i>fas</i>.</p> <p>En segundo término, nos encontramos ante los antecedentes del <i>crimen homicidii</i> que, según la información que nos transmiten Festo y Servio, se encuentra sancionado ya en época monárquica, en virtud de dos preceptos cuyo tenor literal se expresa en los términos que hemos reproducido.</p> <p>Resulta sorprendente el hecho de que, más que el resultado objetivo de muerte de la víctima, se tenga en cuenta la actitud anímica del agresor, puesto que se distingue ya claramente entre homicidio doloso y homicidio imprudente. Dolo es intención consciente y querida de cometer un crimen. Imprudencia es la actitud carente de toda atención y cuidado, que de manera implícita acepta el riesgo del resultado criminal. Y lo es también el hecho de que su represión sea encargada a unos magistrados públicos <i>ad hoc, quaestores parricidii</i>, competentes en materia de investigación y aportación de pruebas, que han de servir de fundamento a la sanción penal, que va quedando desligada del ámbito religioso. Es posible que estos preceptos se encuentren ya muy próximos al espíritu de las XII Tablas, norma legal que introduce en Roma el Derecho penal, en cuanto ordenamiento secularizado, destinado a cumplir las funciones disuasoria y represora, con arreglo a la <i>aequitatis ratio</i>. En efecto, a partir de la ley decenviral, el Derecho penal se asienta sobre los principios de legalidad e irretroactividad, <i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>, antijuridicidad de la acción u omisión en el fuero externo, <i>cogitationis poenam nemo patitur</i>, culpabilidad por dolo o imprudencia, que han de ser probados, y función disuasoria y represora de la pena.</p> <p>Análisis</p> <p>1.- Concepción material o corporal del ilícito penal. Es aquella que otorga la mayor relevancia al resultado final producido como consecuencia de la conducta del sujeto, sin entrar en el difícilísimo problema de la prueba y valoración de su estado anímico. Esto es, se cataloga el ilícito atendiendo al resultado.</p> <p>Esta concepción sería la más antigua, acorde con la mentalidad retributiva que plasma en la ley del talión (<i>lex talionis: oculus pro oculo et dentem pro dente</i>). Presenta la ventaja de la simplicidad en cuanto a su determinación, pero también graves inconvenientes, pues no castiga la tentativa y el delito frustrado y no distingue entre dolo e</p>
---	---

<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>imprudencia.</p> <p>2.- Concepción espiritual o anímica del ilícito penal. Es aquella que otorga carácter decisivo o preferente al elemento intencional, que da lugar a la conducta, con independencia de que el grado de ejecución sea el de consumación, frustración o tentativa.</p> <p>Supongamos, como ejemplo ilustrativo, el caso del arquero que realiza la acción antijurídica de lanzar una flecha que mata a otra persona. En función del citado elemento anímico, podemos catalogarlo de muy diversos modos: Homicidio doloso, homicidio imprudente, muerte causada por negligencia, muerte fortuita ...</p> <p>En este sentido, la antijuridicidad, o ilicitud, es entendida como disconformidad de la conducta externa, carente además de justificación, con respecto al ordenamiento jurídico, o la ley. La culpabilidad puede ser definida en el sentido de actitud anímica interna reprochable del sujeto al que se le imputa una conducta antijurídica. Entre las justas causas que excluyen la antijuridicidad y, por tanto, también la culpabilidad, se encuentra la legítima defensa, <i>vim vi repellere licet</i>, el cumplimiento del deber o el ejercicio de un derecho, mientras que la minoría de edad, la coacción física o psíquica (miedo insuperable) o la enajenación mental son consideradas circunstancias excluyentes de la imputabilidad y culpabilidad, no de la antijuridicidad.</p> <p>En cuanto a la culpabilidad, hemos de distinguir el dolo y la imprudencia. Dolo es intención consciente y querida de cometer un crimen, <i>consilium alteri nocendi</i>. Puede ser directo o eventual, según se quiera algo de modo necesario o solo de forma ocasional. Imprudencia es la actitud carente de toda atención y cuidado, que de manera implícita acepta el riesgo del resultado criminal.</p> <p>Otro problema añadido que se plantea con frecuencia es el de la concurrencia y compensación de culpas (<i>D. 24, 3, 39: Paria delicta mutua compensatione dissolvuntur</i>).</p> <p><b>CRIMEN O DELITO PÚBLICO:</b></p> <p>Acción u omisión antijurídica y culpable, que la ley penal tipifica y sanciona.</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>Es perseguible de oficio y a instancia de parte o de cualquier ciudadano, puesto que atenta contra el interés general: la seguridad del Estado, el orden público, la vida, etc., y, en su caso, el criminal es castigado con pena represora.</p> <p>Antijuridicidad es oposición de la conducta del sujeto a la norma legal o incumplimiento del deber, sin causa justificada.</p> <p>Imputabilidad es aptitud del sujeto para cometer determinada acción u omisión antijurídica y acumulación de indicios incriminatorios que podrían ser suficientes para sustentar la acusación.</p> <p>Culpabilidad es juicio de reproche dirigido contra la intención o actitud anímica del sujeto, subyacente en determinada acción u omisión antijurídica imputable.</p> <p><b>DELITO PRIVADO:</b></p> <p>Acción u omisión antijurídica y culpable, que la ley penal tipifica y sanciona.</p> <p>Es perseguible no de oficio, sino a instancia de parte, como ocurre con la injuria, la calumnia o los delitos contra la honestidad, y, en su caso, el delincuente es castigado con pena represora.</p> <p><b>ALGUNAS FIGURAS DE <i>CRIMINA Y DELICTA</i>, EN PARTICULAR</b> (El elemento clave definitorio de todas estas figuras singulares es la actitud anímica del sujeto típica, con independencia del grado de ejecución o resultado producido)</p> <p><b>CRIMEN DE HOMICIDIO (<i>HOMICIDIUM</i>):</b></p> <p>Atentado injustificado del homicida contra la vida de la víctima, realizado con dolo, <i>animus necandi</i>, haya o no resultado de muerte, o bien muerte de la víctima causada por imprudencia del homicida.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil compensatoria, siempre que no concurren los elementos de figuras especiales como el parricidio o el asesinato.</p>
---	--



<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>Es importante constatar que, desde época antigua, se impone el criterio de <b>responsabilidad subjetiva</b> por dolo, frente a la objetiva, basada en el resultado de muerte: <i>Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto</i>.</p> <p><b>DELITO DE LESIONES (INIURIAE):</b></p> <p>Atentado injustificado del agresor contra la integridad corporal de la víctima, realizado con dolo, <i>animus laedendi</i>, aunque no llegara a consumarse o se produjera el resultado de muerte, o bien daño personal de la víctima causado por imprudencia del agresor.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil compensatoria.</p> <p><b>DELITO DE CALUMNIAS (CALUMNIAE):</b></p> <p>Imputación infundada, por parte del calumniador, de un crimen o delito, contra la persona calumniada, hecha con conocimiento de su falsedad y <i>animus calumniandi</i>.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil compensatoria.</p> <p><b>DELITO DE INJURIAS (INIURIAE):</b></p> <p>Ofensa injustificada del injuriador contra el honor y la dignidad de la persona injuriada en detrimento de su fama y prestigio social, realizada con <i>animus iniuriandi</i>. Contra la acusación por injuria, cabe la <i>exceptio veritatis</i>.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil compensatoria.</p> <p><b>DELITO DE HURTO (FURTUM):</b></p> <p>Sustracción de la posesión y apoderamiento injustificado de un bien mueble ajeno por el ladrón, sin intimidación ni fuerza en las cosas, realizada con ánimo de lucrarse a costa de la víctima, <i>animus furandi</i>.</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil, reparadora o restitutoria.</p> <p><b>DELITO DE ROBO (RAPINA):</b></p> <p>Sustracción de la posesión y apoderamiento injustificado de un bien mueble ajeno por el ladrón, sirviéndose de intimidación o fuerza en las cosas y realizado con ánimo de lucrarse a costa de la víctima, <i>animus furandi</i>.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil reparadora y restitutoria.</p> <p><b>DELITOS DE ALLANAMIENTO DE MORADA Y DE USURPACIÓN:</b></p> <p>El delito de allanamiento de morada puede definirse como intromisión injustificada en domicilio ajeno por el allanador, sin el consentimiento expreso o tácito de su morador, realizada con intención no loable. En Roma, integra una de las modalidades de la injuria y como tal es castigado por la <i>lex Cornelia de iniuriis</i>.</p> <p>En cuanto a la usurpación de bienes inmuebles, los juristas romanos afirman que éstos no son susceptibles de recuperación mediante la <i>actio furti</i> (D. 47, 2, 25: ... <i>fundi furti agi non posse</i>). En cambio, la posibilidad de reclamación de los mismos es admitida, sin menoscabo de la facultad de recurrir, en su caso, a las vías de represión del crimen de violencia, <i>crimen vis</i>. Por tanto, definimos la usurpación, diciendo que es sustracción de la posesión y ocupación injustificada de inmueble ajeno, que no es domicilio del titular, por el usurpador, sin el consentimiento expreso o tácito de dicho titular, hecha con ánimo de lucrarse a costa de otro, <i>animus lucrandi</i>.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil, reparadora o restitutoria.</p> <p><b>CRIMEN DE PREVARICACIÓN (PRAEVARICATIO):</b></p> <p>A partir de una compleja evolución histórica, podemos definir la prevaricación en el sentido de resolución injusta adoptada por encargado público, prevaricador, con dolo directo, <i>animus praevaricandi</i>.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal y, en su caso, civil reparadora.</p>
---	--

<p><b>2.- ACCIONES U OMISIONES ILÍCITAS</b></p>	<p><b>CRIMEN DE COHECHO (<i>REPETUNDAE, CORRUPTIO, SUBORNATIO</i>):</b></p> <p>A partir de una compleja evolución histórica, el cohecho se presenta hoy como delito bilateral por antonomasia. En él, cada una de las partes atenta contra un bien jurídico determinado e incumple un específico deber: el corrompido, su obligación oficial de lealtad; su corruptor la de respetar el normal desarrollo de las funciones públicas.</p> <p>Desde el punto de vista activo, es soborno en que incurre el particular, cohechador, que ofrece o entrega dinero, generalmente, al encargado público, con el propósito de obtener una resolución administrativa favorable.</p> <p>Desde el punto de vista pasivo, podemos definir el cohecho en el sentido de corrupción en que incurre el encargado público, cohechador, que, a cambio de un beneficio, se ofrece a realizar un acto en el ejercicio de su función o lo realiza.</p> <p>En consecuencia, ello da lugar a determinada responsabilidad penal.</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>Acto lícito es toda manifestación externa de la libre voluntad del sujeto, delimitada conforme a derecho, quedando amparada bajo su tutela y protección.</b></p> <p>Estos actos pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios, por lo que podemos distinguir entre actos públicos y privados, unilaterales, bilaterales y plurilaterales; declarativos o ejecutivos, normativos y no normativos, negociales y no negociales, sustantivos y adjetivos o procesales, etc.</p> <p><b>ACTOS JURÍDICOS DEL PODER PÚBLICO</b></p> <p>Tomamos como referencia dos expresiones ciceronianas, a propósito del tema del <b>sometimiento al ordenamiento jurídico de los poderes públicos del Estado soberano:</b></p> <p><i>(Quid est enim civitas, nisi iuris societas? Cicerón, De re publica 1, 32</i></p> <p><i>Legum servi sumus ut liberi esse possimus, Cicerón, Pro Cluentio 53, 145-46</i></p> <p>Inspirándose en el modelo platónico, Cicerón escribe dos diálogos fundamentales. Uno sobre la Política, en la que reproduce la teoría aristotélico-polibiana de los ciclos, y otro sobre las leyes, ante la necesidad de limitar el poder de los gobernantes por el peligro de que las pasiones les lleven a la corrupción. No basta ni siquiera con la ley positiva, sino que, en último término, es invocada la <i>lex naturae</i> o <i>recta ratio</i> que impone lo honesto y prohíbe lo contrario.</p> <p>Los autores antiguos ya han constatado la tendencia a corromperse de las diversas formas de gobierno. Hoy decimos que el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente. Más en particular, como observa Cicerón, en su obra <i>De re publica</i>, el paso de la monarquía a la tiranía ya había tenido lugar en tiempo del rey Tarquinio. Había seguido después una etapa de preponderancia del Senado y, más adelante, se había hecho necesario moderar este poder aristocrático, por medio de la institución de los tribunos de la plebe... Dentro de este esquema evolutivo, va insertando Cicerón su visión de la historia de Roma. Consciente de las amenazas que pesan sobre la República en el momento en que escribe su obra (lucha entre partidos, ambición de los dos jefes militares que acaban enfrentándose en una guerra civil), previene a sus conciudadanos de los peligros que entraña el poder monárquico. Aunque reconoce que el poder de uno solo, <i>princeps</i>, puede garantizar la paz, la seguridad y el bienestar de todos, considera que la</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>libertad del pueblo no queda asegurada por ello, puesto que ésta no consiste en tener un buen señor, sino en no tener ninguno (... <i>libertas, quae non in eo est, ut iusto utamur domino, sed ut nullo</i>).</p> <p>Es preciso, pues, ir más allá de la Política, centrada en la lucha por la toma del poder y por conservarlo e imponerlo, con el fin de delimitarlo, según normas y prescripciones de rango constitucional. Y éste es precisamente el objeto del Diálogo ciceroniano <i>De legibus</i>, de inspiración platónica. En efecto, la primera norma constitucional que Cicerón propone, siguiendo a Polibio, no establece la entrega del poder de forma pura y absoluta a un príncipe, ni a una élite superior, ni a una mayoría popular, sino que diseña una forma mixta de gobierno, esto es, que reparte el <i>imperium</i> y la <i>potestas</i> entre cargos y órganos diversos pero interdependientes, tratando de establecer un equilibrio entre ellos. Estos tres pilares de la constitución ciceroniana son el <i>imperium</i> monárquico, que reside ahora en unos magistrados colegiados y temporales, cónsules, pretores, tribunos, etc., el pueblo reunido en los comicios y la autoridad de una aristocracia experta y prestigiosa, reunida en el Senado.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>La interdependencia se traduce en un régimen jurídico complejo en que los magistrados son titulares del <i>imperium</i> y la <i>potestas</i>, pero son elegidos por los comicios anualmente. Asimismo, los comicios votan las leyes y eligen a los magistrados, pero son convocados y presididos por el magistrado correspondiente que además hace la propuesta, <i>ius agendi cum populo</i>. Y el Senado ejerce la función de deliberar y emitir consejos sobre los asuntos más relevantes, pero es convocado y presidido por el magistrado correspondiente, <i>ius agendi cum patribus</i>. Asimismo, el poder legislativo pertenece a los comicios, en cuanto a votación o refrendo, y al magistrado competente, cónsul, tribuno, en cuanto a iniciativa o <i>rogatio</i>. El poder judicial es ejercido por los pretores, pero la sentencia corresponde al juez privado en lo civil y al jurado popular en lo criminal. Y el poder ejecutivo es competencia de los magistrados, teniendo presente la autoridad del Senado, <i>auctoritas patrum</i>.</p> </div> <p>Cicerón trata de salvar la República mediante una formulación grecolatina de la Doctrina del Estado de Derecho, a tenor de la cual la <i>Civitas</i> o Ciudad-Estado no es sino una sociedad regida jurídicamente, por lo que el poder y la norma son como dos aspectos de una sola cosa (<i>Quid est enim civitas, nisi iuris societas?</i>; <i>De re publica</i> I, 32). Esta idea es expresada por el autor, mediante una figura metafórica, diciendo que el magistrado es la ley que habla y la ley es el magistrado que calla: <i>dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum</i>.</p> <p>Se impone, ahora, la necesidad de hacer un balance y valoración de conjunto de la constitución republicana en</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>perspectiva histórica ¿Se trata de un régimen ideal que no ha alcanzado verdadera relevancia práctica, por lo que sería tan sólo expresión de los deseos y el pensamiento de Cicerón, o bien nos encontramos ante una realidad histórica que se ha perfeccionado con el paso del tiempo para decaer posteriormente?</p> <p>Es cierto que tenemos argumentos que parecen avalar la hipótesis de constitución utópica ajena al desarrollo real de los acontecimientos. Baste recordar sólo la importancia de las magistraturas extraordinarias: decenvirato, dictadura, triunvirato, etc. Y, más en particular, la conflictividad social, motivada por la inexistencia de una clase media y las grandes desigualdades entre unos grupos y otros. Todos estos factores alcanzan su máxima expresión en el último siglo de la República, con motivo de las dos guerras civiles que marcan la caída de este régimen político.</p> <p>Sin embargo, también es cierto que el régimen republicano comprende un periodo de tiempo muy dilatado de casi cinco siglos, a lo largo de los cuales la Ciudad de Roma alcanza su hegemonía en el Mediterráneo. Se llega a un grado de estabilidad y seguridad que resulta suficiente para el desarrollo del comercio, terrestre y marítimo, que va unido al proceso de romanización lingüística y cultural.</p> <p>Síntesis y análisis: En la Ciencia política de la Antigüedad, la teoría de los ciclos, anaciclosis, ha llevado a los autores a la convicción de la necesidad de recurrir al Derecho, más en particular, al ordenamiento constitucional de carácter mixto.</p> <p>1.- Teoría de los ciclos, anaciclosis</p> <p>De acuerdo con esta teoría, enunciada por Polibio y seguida por Cicerón, el poder político, en sus diversas manifestaciones, corrompe al gobernante que lo ejerce. En este sentido, la Política ofrece tres opciones o formas de gobierno, puras, la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia. La primera es el gobierno de uno solo, el monarca; presenta la ventaja de la inmediatez y rapidez de las decisiones; es idónea en circunstancias de urgencia, que no admiten demora. Pero tiende a corromperse y a degenerar en Tiranía, cuando el tirano no actúa en favor del bien común. La aristocracia es la forma de gobierno de los mejores, los filósofos, de aquellos que gozan de una mayor autoridad. Tiene la ventaja de garantizar más que ninguna otra forma de gobierno el acierto de las decisiones, en cuanto que emana de quienes tienen mayores conocimientos de las causas y las consecuencias. Pero presenta el inconveniente de que tiende a degenerar y convertirse en oligarquía, en beneficio de unos pocos. Como reacción, se</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>instaura el régimen democrático o gobierno del pueblo, más bien, de la mayoría. Presenta la ventaja de que, mejor que ningún otro, garantiza el más amplio respaldo social, pero también tiende a degenerar en demagogia, o manipulación de la voluntad colectiva por parte de quienes aparentan defender el interés general y el bien común.</p> <p>2.- Constitución mixta</p> <p>Es necesario ir más allá de la Política y limitar la discrecionalidad de los gobernantes, de modo que la ley y el Derecho introduzcan el mayor control posible a través de los elementos reglados. Nos encontramos ante la antítesis <i>imperium legis – imperium magistratum</i>.</p> <p>Polibio y Cicerón elogian la constitución republicana porque no se limita a un régimen puro, sino que introduce un régimen mixto: monárquico-aristocrático-democrático. Ahí residiría la clave de su continuidad y extensión progresiva al orbe mediterráneo. La crisis se produce cuando se olvidan sus fundamentos originarios.</p> <p>Estamos ante la interdependencia que relaciona órganos diversos y que comprende tres pilares fundamentales. El elemento monárquico, que reside en las magistraturas, que asumen la función ejecutiva y jurisdiccional-judicial, pero también la iniciativa legislativa. Por otro lado, se encuentra el elemento aristocrático que reside en el Senado, donde se encuentran los magistrados al final de su carrera política cuando han completado el <i>cursus honorum</i>. Asumen la función consultiva y deliberante, no la decisoria, salvo en el ámbito de las relaciones interestatales. Y el elemento democrático, los comicios, que asumen la función legislativa y electoral, pero a propuesta del magistrado competente.</p> <p><b>ACTO NORMATIVO DE DERECHO PÚBLICO:</b></p> <p>Ejercicio de la autonomía por parte del pueblo, a través del sufragio, refrendando leyes y plebiscitos, y de los poderes públicos competentes, en defensa del interés general, conforme al procedimiento oportuno, con el fin de establecer una nueva norma vigente, <i>rogatio</i>; suprimir la anterior, en todo o en parte (<i>abrogatio, derogatio</i>); transformarla (<i>obrogatio</i>) o añadirle algo (<i>subrogatio</i>).</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>ACTO NO NORMATIVO DE DERECHO PÚBLICO:</b></p> <p>Ejercicio del <i>ius suffragii</i>, por parte de los <i>cives</i>, con el fin de elegir a quienes van a desempeñar las magistraturas. Asimismo, ejercicio del <i>imperium</i> y la <i>potestas</i> de los órganos competentes, en defensa del interés general, conforme al procedimiento oportuno, en la actividad de gobierno y administración, incluido el acatamiento por parte de los gobernados y administrados.</p> <p><b>ACTO NEGOCIAL DE DERECHO PRIVADO:</b></p> <p>Negocio jurídico es declaración de la voluntad autónoma, con objeto económico-social lícito, realizada en defensa del interés particular, y susceptible de adaptar la norma de <i>ius dispositivum</i> al caso singular, típico o atípico.</p> <p>Estructura del negocio jurídico:</p> <p>Elementos esenciales son aquellos que los particulares no pueden alterar mediante pacto: Voluntad determinada (y conformidad entre declaración y voluntad interna) de una o más personas; Objeto (o régimen jurídico preestablecido); Causa, en los negocios causales (o antecedente que le sirve de fundamento, por ejemplo: la compraventa, en la tradición), no en los abstractos; Forma, en los negocios formales (o solemnidad exigida para la validez), no en los no solemnes. Elementos naturales son aquellos que tienen vigencia legal, mientras los particulares no los alteren a través de pacto <i>ad hoc</i>. Elementos accidentales (condición, término, modo) son aquellos que sólo son efectivos, si los particulares los introducen mediante pacto.</p> <p>Clases de negocios jurídicos: Unilaterales, bilaterales y plurilaterales; onerosos y gratuitos; <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i>; causales y abstractos; formales o solemnes y no formales o no solemnes, etc.</p> <p><b>ACTO NO NEGOCIAL DE DERECHO PRIVADO:</b></p> <p>Ejercicio de libertades y derechos, con carácter no dispositivo, y cumplimiento de deberes, en defensa del interés particular.</p>
---	---



<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL:</b></p> <p><i>Nuptiae</i> o <i>matrimonium</i> es mutuo consentimiento entre los cónyuges, entendido como <i> affectio maritalis</i> de carácter permanente, o bien como <i> consensus</i>, es decir, consenso inicial de constitución de la sociedad conyugal personalísima plena, <i> consensus facit nuptias</i>.</p> <p>Efectos: Sirve de fundamento a la constitución del régimen económico matrimonial y cumple la función legitimadora inmediata de la filiación, a través de la presunción de paternidad. El matrimonio romano se basa en los principios de monogamia y exogamia, que pasarán al matrimonio canónico.</p> <p>En cuanto al régimen económico-matrimonial, nos centramos en la dote y la donación <i> propter nuptias</i>. Se trata de aportación y destinación, en favor de los cónyuges, de determinados bienes, por persona legitimada.</p> <p>Efectos: Tales bienes quedan destinados a hacer frente a las cargas del matrimonio y a servir de sustento a la mujer tras su disolución.</p> <p><b>Manifestaciones primarias del Derecho de familia</b></p> <p>En términos generales, podemos afirmar que la familia constituye el núcleo primario de la convivencia económico-social y política, en cuyo seno tiene lugar la transmisión de la herencia cultural, incluida la religiosa, de generación en generación. Frente al <i> mos maiorum</i> patriarcal, corresponde al ordenamiento jurídico garantizar, entre otras cosas, la no discriminación entre cónyuges y el cumplimiento de la función asistencial de menores, incapacitados y necesitados. <b>Más en particular, el Derecho romano, a pesar de sus deficiencias, ha hecho posible el tránsito de la familia agnaticia a la familia cognaticia.</b></p> <p>La doctrina más ampliamente aceptada en el campo romanístico es aquella que concibe la familia patriarcal agnaticia como uno de los grupos preexistentes a la fundación de la Ciudad-Estado. Nos hallamos frente a un organismo que arraiga en las creencias y preceptos de orden religioso, <i> fas</i>, así como en la tradición que viene de los antepasados, <i> mos maiorum</i>, y que va transmitiéndose a lo largo del tiempo. En suma, los autores hacen referencia a la familia agnaticia como unidad pre-cívica e incluso como núcleo primario de la vida religiosa, política y económico-social. Nos</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>encontramos ante el poder originario y soberano del <i>paterfamilias</i>, <i>patria potestas</i>, <i>mancipium</i>, <i>manus mariti</i>, que se une al que ostentan los otros jefes familiares, para dar lugar a la constitución del Senado, y que coexiste con el que corresponde al <i>rex</i>.</p> <p>El proceso de secularización y racionalización de la vida política, económica y social, a la que contribuye decisivamente el ordenamiento jurídico, da lugar a la temprana superación de la institución monárquica, pero la familia agnaticia se mantendrá a pesar de las transformaciones hasta época muy avanzada, de modo que sólo con Justiniano tendrá lugar su abolición oficial definitiva. Quedará, así, reconocida plenamente la familia cognaticia basada en el vínculo de consanguinidad. Es evidente, pues, que las primeras manifestaciones del <i>ius</i>, a través de la ley decenviral, no han podido superar la situación de discriminación que existe entre los cónyuges, ni implantar el principio de igualdad y libertad en la relación entre ellos y en la de carácter paterno-filial, pero han introducido importantes innovaciones, entre las que destacamos la emancipación y el matrimonio sin integración de la esposa en la familia agnaticia del marido. Por este motivo, ha venido a aplicarse el término <i>ius</i> a poderes absolutos no delimitados, <i>ius vendendi</i>, <i>ius vitae necisque</i>, <i>ius exponendi</i>, etc. Frente al llamado derecho de exposición, los decenviros habrían introducido ya un anticipo de la presunción legal de paternidad marital: <i>T. 4, 4: ...decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo, scripsissent</i></p> <p>Distinguimos, ante todo, entre <b>familia agnaticia y familia cognaticia</b>. La familia agnaticia es el grupo formado por el <i>paterfamilias</i> y todos aquellos que se encuentran sometidos a él en la línea recta descendente, así como aquellos que han estado sometidos al progenitor hasta el momento de su fallecimiento, que ocupan la línea colateral, quedando excluido el parentesco por línea femenina. En la línea recta descendente, se encuentra los hijos, nietos, biznietos, etc., mientras que en la colateral se incluyen los hermanos, sobrinos, etc. La esposa del <i>paterfamilias</i> se encuentra en el primer grado, como si se tratara de una hija agnada y las esposas de los hijos, en el segundo grado, como nietas agnadas. La emancipación de los <i>filiifamilias</i> y el matrimonio sin integración de la mujer en la familia agnaticia del marido excluye el parentesco agnaticio. La familia cognaticia es el grupo formado por todas aquellas personas entre las que existe parentesco de consanguinidad, sin distinción entre las líneas masculina y femenina. Se distinguen en ella las líneas rectas, de carácter descendente y ascendente, y las líneas colaterales, de modo que cada grado de cognación se hace coincidir con una generación.</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>Familia agnaticia y familia cognaticia</b></p> <p><i>D. 25, 3 De agnoscendis et alendis liberis, 4 (Paulo): Necare videtur non tantum is qui partum perfocat sed et is qui alimonia denegat et is qui publicis locis exponit</i></p> <p>(Este texto aparece bajo el título “sobre el reconocimiento y el deber de alimentar a los infantes, a partir del momento del nacimiento”)</p> <p><i>Nov. 118 pr.: Per leges antiquas differentia inter cognatos ex masculis et ex feminis non iuste introducta est</i></p> <p>Este primer fragmento tomado de la jurisprudencia clásica lleva a cabo una interpretación en materia de ley penal, la relativa al homicidio, más en particular al infanticidio. No se trata de una interpretación extensiva o analógica, prohibida por el principio estricto de legalidad penal, <i>nullum crimen sine lege</i>, sino de una interpretación meramente clarificadora, que se basa en la idea según la cual el crimen o delito se comete por acción o por omisión.</p> <p>Síntesis y análisis:</p> <p>Frente a la tradición de los antepasados, <i>mos maiorum</i>, que otorga al <i>paterfamilias</i> poderes ilimitados, como el llamado <i>ius exponendi</i>, el Derecho de familia, <i>ius</i>, reconoce de modo gradual el parentesco cognaticio por consanguinidad y acaba suprimiendo definitivamente el parentesco agnaticio patriarcal.</p> <p>1.- Familia agnaticia</p> <p>Es la unidad primaria (pre-cívica) de convivencia, basada exclusivamente en el parentesco por línea de varón derivado del matrimonio e integrada por el <i>paterfamilias</i>, titular entre otros poderes del llamado <i>ius exponendi</i>, y las personas que están sometidas a él o que lo han estado hasta el momento de su muerte.</p> <p>Se basa en el parentesco por línea de varón o paterna, descendente, ascendente y colateral, quedando excluidos los emancipados. ¿Qué ocurre con el parentesco por línea femenina o materna? La respuesta es que distorsiona y absorbe dicho parentesco, de modo que la esposa se integra en la familia en calidad de hija agnada del <i>pater</i> y hermana</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>agnada de sus hijos, o tía agnada de sus nietos, etc.</p> <p>He aquí dos poderes alternativos que sirven de fundamento a esta organización pre-cívica:</p> <p><i>Ius agnoscendi.</i> El padre de familia tiene la facultad de reconocer o rechazar al recién nacido. Por tanto, no es el nacimiento sino dicho reconocimiento el que otorga la personalidad. En este sentido, resulta ilustrativa la expresión <i>tollere liberos</i>: Acto ritual y solemne por el que el padre de familia toma y levanta entre sus brazos al recién nacido, de modo que lo acepta y lo acoge en la familia. No es, pues, el hecho biológico del nacimiento, suficiente para otorgar la personalidad al sujeto.</p> <p><i>Ius exponendi:</i> Poder atávico del padre, que la ley decenviral no suprime, por el cual rechaza acoger al recién nacido y lo abandona en lugar público, con el fin de que otro lo acoja como expósito.</p> <p>2.- Familia cognaticia</p> <p>Es la unidad natural del convivencia, basada en el parentesco de consanguinidad, sin distinción entre la línea de varón y de mujer, de carácter matrimonial e incluso extramatrimonial (Ver gráfico de líneas y grados de cognación del <i>Corpus Iuris Civilis</i>).</p> <p>He aquí dos figuras innovadoras, surgidas a partir de la interpretación jurisprudencial:</p> <p><i>Crimen expositionis:</i> Crimen que comete el progenitor que abandona al recién nacido con el fin de que otra persona se apiade de él y lo acoja como expósito. Se trata de un crimen que se produce normalmente por omisión del deber de cuidado, o bien por acción derivada de dolo eventual.</p> <p>Adquiere, así, plena vigencia el hecho biológico del nacimiento o modo de adquirir, por imperio de la ley, la personalidad y de establecer la relación paterno y materno-filial. Y ello tiene lugar por razón legal de notoriedad, <i>mater semper certa est</i>, o de presunción de paternidad, <i>pater is est quem nuptiae demonstrant</i>.</p> <p><i>Praesumptio iuris tantum:</i> Es regla general por la que determinado hecho dudoso, la paternidad del marido, es</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>admitido como cierto, sin necesidad de prueba, mientras no se alegue y pruebe una causa excluyente del mismo. De este modo, el hecho biológico del nacimiento marca el origen de la personalidad y el derecho a la vida del recién nacido, con el deber correlativo de los progenitores de reconocimiento y de prestación de alimentos. El plazo está comprendido entre los seis meses posteriores a la celebración y los diez anteriores a la disolución.</p> <p><b>Derecho de familia y sucesiones</b></p> <p>El término latino <i>familia</i> tiene un doble significado: personal y patrimonial. Es, en efecto, agrupación primaria de personas unidas por el vínculo del parentesco, a partir del núcleo matrimonial e incluso extramatrimonial. Es, también, conjunto de bienes que, aun siendo de titularidad individual, están gravados por razón del deber legal asistencial de alimentos entre los parientes más próximos, así como por las expectativas y derechos hereditarios de los familiares legitimarios. El Derecho de familia comprende, ante todo, la relación personal entre cónyuges y el régimen económico matrimonial, junto con la relación paterno-materno-filial y la prestación de alimentos entre parientes.</p> <p>La sucesión por causa de muerte, <i>mortis causa</i>, es la subrogación de una persona en aquellos derechos y obligaciones de otra, que no se extinguen con su muerte y forman parte de su herencia. El Derecho de sucesiones se ocupa de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada. La primera se basa en la voluntad del testador, pero sin perjuicio de las expectativas y derechos de los parientes legitimarios. La segunda tiene lugar precisamente en favor de los familiares del causante. El parentesco familiar limita, pues, la capacidad de disponer por testamento e incluso <i>inter vivos</i>. El ordenamiento jurídico permite la impugnación tanto del testamento inoficioso como de la donación inoficiosa, en perjuicio de la legítima. He aquí la conexión evidente entre el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones.</p> <p><i>Matrimonium cum manu</i></p> <p>En el momento de la promulgación de la ley de las Doce Tablas o ley decenviral, todavía subsiste, entre el patriciado, una tradición ancestral no escrita. Se trata de aquella práctica reiterada y reconocida, a tenor de la cual la convivencia conyugal no interrumpida entre marido y mujer, durante un año, <i>usus</i>, incorpora a ésta a la familia agnaticia del primero, sometiéndola a la <i>manus mariti</i>. La fuerza vinculante del <i>mos maiorum</i> garantiza el mantenimiento de dicha tradición. De este modo, el poder marital, <i>manus mariti</i>, y la unión entre cónyuges, <i>matrimonium</i>, se funden</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>necesariamente, ya que, transcurrido el periodo anual de convivencia entre ellos, la esposa queda integrada en la nueva familia agnaticia y sometida al <i>paterfamilias</i> en condición de hija o nieta agnada.</p> <p>Es cierto que la ley decenviral, producto del consenso entre el patriciado y la plebe, no suprime esa práctica, pero introduce una modificación que resultará decisiva con el paso del tiempo.</p> <p style="text-align: center;"><i>T. 6, 4: Si qua nollet in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset; G. 1, 111.</i></p> <p>Este precepto hace alusión a la denominada <i>usurpatio trinoctii</i> o modo de interrumpir el <i>usus</i> y evitar el ingreso de la mujer casada en la nueva familia agnaticia, sin quedar sometida al <i>paterfamilias</i>. De acuerdo con este criterio, la interpretación de los juristas distingue claramente la figura de la <i>manus mariti</i>, que va cayendo en desuso, y el <i>matrimonium</i>, unión presidida por los principios de igualdad y libertad entre los cónyuges, principios que se contraponen a modo de reacción al régimen anterior.</p> <p><i>Matrimonium sine manu</i></p> <p>Unión heterosexual, monogámica y exogámica entre los cónyuges, basada en la <i> affectio maritalis</i> implícita en la convivencia continuada, que el ordenamiento jurídico reconoce a los efectos de constituir el régimen económico y la relación paterno-filial. La monogamia y la exogamia arraigan en creencias y preceptos ancestrales de la religión politeísta antigua, entre las que destaca la prohibición o tabú del incesto.</p> <p>En cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de matrimonio, los autores han puesto de manifiesto que nos encontramos más próximos a la unión de hecho <i>more uxorio</i> que a un vínculo jurídico de carácter contractual. La <i> affectio maritalis</i> parece ser más bien una noción de tipo psicológico que una voluntad jurídica recíproca entre contratantes. El matrimonio se disuelve, en efecto, por mutuo disenso, <i>divortium</i>, y por la sola cesación, unilateral, de dicha afección, que además se considera implícita en la mera interrupción de la convivencia.</p> <p>Para que el matrimonio pueda ser considerado conforme a derecho, <i>iustae nuptiae</i>, han de concurrir determinados requisitos. En primer lugar, se exige que los cónyuges hayan alcanzado la pubertad o capacidad natural para engendrar y ello acabará concretándose en la edad de catorce años para el varón y doce para la mujer. En segundo</p>
---	---

### 3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS

lugar, es preciso que los cónyuges sean titulares del *ius connubii*, reservado en principio a los patricios. Tras las Doce Tablas, el *plebiscitum Canuleium* lo extendió también a los plebeyos y, más tarde, va a ser considerado como atributo de la ciudadanía romana, para extenderse a determinadas categorías de extranjeros pertenecientes a Ciudades-Estado que mantienen relaciones *iuris gentium* privilegiadas con Roma. Hemos de recordar que, con motivo de la extensión de la ciudadanía romana a todo el imperio, el *connubium* se universaliza y pierde su sentido inicial restrictivo. Por razón de exogamia, se prohíbe el matrimonio entre todos los parientes en línea recta y en líneas colaterales hasta un determinado grado, que varía con el tiempo. En tercer lugar, ha de haber entre los cónyuges voluntad o intención recíproca y continuada de permanecer unidos, que se considera implícita en la convivencia. En el supuesto de que los cónyuges se encuentren sometidos a la patria potestad, se exige la autorización paterna.

Nos referimos, por último, a la relación entre padres e hijos surgida del matrimonio. La relación materno-filial, tanto matrimonial como extramatrimonial, deriva del hecho biológico del nacimiento, de forma inmediata, dado que el parto es considerado hecho notorio, admitido por sí mismo, *mater semper certa est*. En cambio, la paternidad no es hecho notorio y presenta dificultades probatorias insuperables, por lo que se recurre a la *praesumptio iuris tantum* de paternidad del marido, si el nacimiento se produce dentro del plazo legal, después de ciento ochenta días (*D. 1,5, 12: Septimo mense nasci perfectum partum est propter auctoritatem Hippocratis*) desde la celebración del matrimonio y antes de los trescientos desde la disolución. Esta presunción de paternidad es válida sin necesidad de prueba, mientras que el marido no alegue y pruebe una circunstancia excluyente de la misma. Fuera de los requisitos y plazos de la presunción, se exige el reconocimiento paterno o la sentencia judicial.

#### **Régimen económico matrimonial**

Institución diversa del matrimonio pero complementaria de él es el régimen económico matrimonial, constituido en virtud de convenio dotal de naturaleza fiduciaria. Dote es, pues, convención y aportación económica al matrimonio realizada normalmente por la familia de la mujer, que después ha de traerse a colación, y con el encargo al marido de conservarla y restituirla, en su caso, a la mujer misma. La dote es la piedra angular del Derecho familiar romano, que tiene su fundamento en la necesidad de protección de la mujer y la maternidad. De este modo, el ordenamiento jurídico supera la situación inicial que suponía la entrega de la dote, de manera irrevocable, a la familia agnaticia del marido, con ocasión de la *conventio in manum*. A partir de las Doce Tablas, la dote de la familia cognaticia otorga a la mujer el beneficio del anticipo de la herencia y cumple dos funciones fundamentales: Asegurar la estabilidad del

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>matrimonio y garantizar unos medios de subsistencia a la mujer y los hijos en caso de disolución, ya sea por repudio, divorcio o fallecimiento del marido.</p> <p><i>D. 23, 3, 56, 1: Ubi onera matrimonii sunt, ibi dos esse debet</i></p> <p><i>D. 24, 3, 2 pr.: Soluta matrimonio, solvi mulieri dos debet</i></p> <p>Mientras que la regulación del matrimonio forma parte del libro primero de las instituciones, dentro del Derecho de personas, el régimen económico matrimonial, legal y convencional, a pesar de tener un carácter accesorio con respecto a dicha regulación, se encuentra ubicado junto a los contratos, en el marco del Derecho de cosas. Por tanto, su naturaleza jurídica está más próxima a las figuras patrimoniales que a las personales.</p> <p>Síntesis y análisis:</p> <p>Régimen económico-matrimonial es regulación legal y convencional (entre quienes hacen la aportación y los cónyuges beneficiarios) de la titularidad y administración de determinados bienes vinculados a las necesidades de la sociedad conyugal e incluso a la protección de la mujer, tras la disolución del matrimonio. Todo ello, sin perjuicio de que cada uno de los cónyuges pueda tener sus bienes privativos. En este sentido, es importante constatar cómo el régimen económico va evolucionando de forma paralela a la transformación del matrimonio.</p> <p>1.- La dote en el <i>matrimonium cum manu</i></p> <p>Cuando en un principio está vigente el <i>matrimonium cum manu</i>, entendemos que la dote, <i>dos</i>, es aquella donación, pura e incondicional, que lleva consigo la mujer y que pasa a la propiedad del jefe de la familia agnaticia del marido. Su fundamento reside en la necesidad de establecer una compensación por la pérdida de los derechos hereditarios, como consecuencia del cambio de parentesco agnaticio originario.</p> <p>2.- La dote en el <i>matrimonium sine manu</i></p> <p>Sin embargo, con motivo de la difusión del <i>matrimonium sine manu</i>, la dote, <i>res uxoriae</i>, es el conjunto de bienes</p>
---	---



<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>patrimoniales que se entregan al marido, por parte de la esposa, su progenitor o un tercero, con el fin de sostener las cargas de la sociedad conyugal y con la obligación de conservarla y restituirla. Hemos de distinguir, ante todo, la dote estimada y la dote inestimada. En el supuesto de dote estimada, en dinero, el marido adquiere una especie de propiedad fiduciaria, ya que es formalmente dueño, en virtud de la confianza en él depositada, pero no goza materialmente de la plena disponibilidad, sino que ha de administrarla, conservarla y restituirla a la mujer o a sus herederos en el momento de la disolución del matrimonio. En el supuesto de no hacerse estimación pecuniaria, el marido es un mero administrador de bienes que son de titularidad de su esposa, asumiendo la obligación de conservación y, en su caso, de restitución.</p> <p>El incumplimiento de dichas obligaciones merece la sanción inmediata del descrédito del infractor, pero, ya a finales de la República, con ocasión de la disolución del matrimonio, la restitución de la dote a la mujer pasa a estar tutelada por medio de una acción judicial basada en la buena fe, <i>actio rei uxoriae</i>, esto es, en el deber de respetar la confianza y de mantener la palabra dada, cuyo incumplimiento, además de desacreditar al infractor e inhabilitarlo para los negocios, lleva consigo una sanción pecuniaria.</p> <p>3.- La dote y la donación <i>propter nuptias</i> en el matrimonio basado en el consenso inicial</p> <p>Durante el periodo postclásico, se refuerza el régimen legal con una figura complementaria, la llamada <i>donatio propter nuptias</i>, esto es, la donación de determinados bienes hecha a la mujer por el marido, aumentando los recursos de ésta, en el momento de la disolución del matrimonio. Los bienes que forman parte de la <i>donatio</i> son también administrados por el marido, por lo que puede hablarse de paralelismo entre dote y donación nupcial.</p> <p>En tiempo de Justiniano, se lleva a cabo una profunda reforma del régimen dotal clásico, aboliendo la <i>actio rei uxoriae</i> y concediendo, en cualquier caso de disolución del matrimonio, a la mujer o a sus herederos, una nueva acción que el emperador designa con el nombre de <i>actio de dote in personam</i>, de carácter indemnizatorio. Asimismo, reconoce a la mujer o a aquellos que tienen derecho a la restitución de la dote una acción real oponible <i>erga omnes</i>, e incluso una hipoteca legal tácita, sobre los bienes del marido, que les va a permitir ejercer la acción hipotecaria, de forma privilegiada, frente a otros posibles acreedores hipotecarios ordinarios.</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>Condición jurídica de la mujer</b></p> <p><i>G. 1, 144, 190: Feminas perfectae aetatis in tutela esse nulla ratio suasisse videtur</i></p> <p>Síntesis y análisis: La ley decenviral permite que la mujer emancipada de la patria potestad pueda tener un patrimonio propio, pero con la condición de que los actos dispositivos sean autorizados por un tutor, condición que, por su carácter anacrónico, acaba desapareciendo por obra de la legislación y la jurisprudencia, al tiempo que se afirma la tutela materna.</p> <p>1.- <i>Tutela mulierum</i>: Institución arcaica que tiene por objeto completar la falta de plena capacidad de obrar de la mujer <i>sui iuris</i>, en el sentido de que ha de realizar sus actos dispositivos de tipo patrimonial por medio de la autorización del tutor.</p> <p>No comprende, pues, los actos de administración económico-jurídicos, relativos a la utilización de los bienes, explotación económica, percepción de frutos, etc. tanto realizados por sí misma, como mediante cesión a terceros, arrendamiento, aparcería, etc.</p> <p>Ni siquiera los actos dispositivos que tengan por objeto <i>res nec Mancipi</i>.</p> <p>Por tanto, se refiere, solamente, a los actos dispositivos, que suponen modificación, transmisión o gravamen de la propiedad, como transmisión inter vivos y mortis causa, onerosos o gratuitos que afectan a las <i>res Mancipi</i>.</p> <p>2.- Legislación y jurisprudencia que, con posterioridad, conduce a su abolición indirecta:</p> <p>A partir de las leyes matrimoniales rogadas por Augusto de finales del s. I a. C., que favorecen a las personas casadas o con hijos y restringen los derechos hereditarios de solteros, célibes, o casados sin descendencia, <i>orbi</i>, que no podrán percibir la totalidad de los bienes que les sean deferidos por herencia, surge el <i>ius liberorum</i>.</p> <p><i>Ius liberorum</i>: Privilegio concedido a la mujer que tuviese tres o más hijos, por el que queda liberada de la tutela y se le otorga plena capacidad para recibir por testamento de sus hijos. En época de Honorio y Teodosio, tal privilegio es</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>extendido a todas ellas.</p> <p>Gayo, en sus Instituciones, habla ya de la <i>tutela mulierum</i> como de algo del pasado y se refiere en concreto al testamento hecho por la mujer, que carece de <i>ius liberorum</i>, sin autorización del tutor. Lo considera válido no por derecho civil sino por derecho pretorio, <i>bonorum possessio</i>. Siendo el testamento acto unilateral y personalísimo no se comprende el sentido de la autorización.</p> <p>3.- Tutela materna: Es cierto que el Derecho romano antiguo no llega a reconocer la patria potestad compartida entre el padre y la madre. Sin embargo, la tutela materna, en cierto sentido, es un antecedente remoto. Surge en época imperial avanzada, en ambientes helenísticos y acaba obteniendo sanción general, con carácter subsidiario, en defecto de la patria potestad, e incluso como figura complementaria.</p> <p><b>DONACIÓN, <i>INTER VIVOS ET MORTIS CAUSA</i>:</b></p> <p>El término donación designa una pluralidad de negocios jurídicos diversos, que tienen en común la causa lucrativa, previa a la transmisión de la propiedad o al perdón de la deuda o condonación. Sin embargo, el donante no puede ir en perjuicio de sus legitimarios. En caso contrario, estamos ante la posibilidad de impugnar tales donaciones, como inoficiosas. Particular importancia presenta la dote y la <i>donatio propter nuptias</i>, ya citadas. Por otro lado, la <i>donatio mortis causa</i> es negocio jurídico de transmisión de la propiedad, realizado en situación de grave peligro para la vida y sometido a la condición suspensiva de la muerte del donante o sobrevivencia del donatario.</p> <p><b>ACEPTACIÓN DE LA DONACIÓN:</b></p> <p>Adhesión del donatario a la voluntad del donante.</p> <p>Efectos: Lleva consigo la adquisición del beneficio patrimonial. Más en particular, la transmisión de la propiedad o de determinado derecho patrimonial o, en su caso, la extinción de la obligación.</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>TESTAMENTO:</b></p> <p>Negocio jurídico unilateral, personalísimo, formal, <i>mortis causa</i> y revocable, de disposición de la herencia a título universal o particular, sin perjuicio de la legítima, junto con otras posibles disposiciones, como nombramiento de tutor o reconocimiento de la filiación extramatrimonial. El testamento contrario a la legítima es susceptible de impugnación por inoficioso. Puede contener el testamento disposiciones diversas como designación de heredero, desheredación de legitimario, legado, fideicomiso, etc.</p> <p>Todo ello ha de entenderse, sin perjuicio del reconocimiento, en Derecho intermedio y actual, de la sucesión contractual, el pacto sucesorio y el testamento mancomunado.</p> <p>Efectos: El testamento no produce efectos hasta el momento de la muerte del testador, siendo el fundamental la llamada a la herencia del heredero instituido, delación. A falta de testamento, tiene lugar la sucesión intestada o <i>ab intestato</i> conforme a la ley.</p> <p><b>ACEPTACIÓN O ADICIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA:</b></p> <p>Aceptación de la herencia es adhesión, expresa o tácita, a la disposición testamentaria o legal, por parte del llamado a suceder.</p> <p>Efectos: La aceptación lleva consigo la adquisición, por parte de heredero, tanto del correspondiente activo como del pasivo patrimonial hereditario. La aceptación puede ser pura, con responsabilidad por deudas <i>ultra vires hereditatis</i>, o a beneficio de inventario, con responsabilidad <i>intra vires</i>.</p> <p>Repudiación es rechazo del llamamiento a la sucesión y del ofrecimiento de la herencia, por parte del llamado a suceder.</p> <p>Efectos: Excluye la sucesión.</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>Sucesión <i>mortis causa</i></b></p> <p>El Derecho de familia y sucesiones comprende la regulación de dos formas de transmisión <i>mortis causa</i> de la herencia: la testamentaria o testada y la intestada o <i>ab intestato</i>. La primera se basa en la voluntad del testador, pero limitada por el deber legal de respetar la legítima de los familiares más próximos. De este modo, el testador puede dejar toda la herencia a sus legitimarios, o bien dejarles sólo la <i>portio debita</i>, instituyendo a un tercero extraño en la porción de libre disposición. La sucesión intestada se basa en el parentesco familiar, siguiendo el orden de llamamientos sucesivos establecido legalmente, desde la línea y grado más próximos hasta los más remotos. Desde el primer grado en la línea recta descendente hasta el sexto en la colateral, en derecho justiniano.</p> <p>Sujetos (causante, sucesor), Objeto (herencia) y procedimiento (delación-adición)</p> <p>Ya en la época de la promulgación de la ley decenviral, se plantea el problema de las consecuencias que lleva consigo el fallecimiento del <i>paterfamilias</i>. Por un lado, sus poderes de carácter personalísimo, inestimables en dinero e intransferibles, se extinguen con la muerte, de modo que los <i>filiifamilias</i>, pasan de ser <i>personae alieni iuris</i> a <i>sui iuris</i>, extinguida la patria potestad, al igual que la esposa legítima queda liberada de la <i>manus mariti</i>, en el momento en que se disuelve el matrimonio.</p> <p>Por otro lado, en cuanto a los poderes de carácter no personalísimo, como el dominio que se ejerce sobre cosas estimables en dinero y transferibles, resulta que no se produce tal extinción, sino que se forma la herencia, <i>hereditas</i>, en régimen de cotitularidad entre los <i>heredes sui et necessarii</i>. Éstos son los descendientes agnados que han permanecido sometidos al <i>pater</i> hasta el momento de su muerte y que le suceden sin necesidad de aceptación ni posibilidad de repudiar, <i>sive velint sive nolint</i>. Pero la Ley de las XII Tablas, que introduce la emancipación de los hijos, contempla además la posibilidad de que el causante no tenga herederos suyos y necesarios, en cuyo caso viene a admitir también la existencia de herederos voluntarios.</p> <p>La herencia está formada por los derechos y obligaciones que, no siendo inherentes a la persona, no se extinguen con su muerte, como el derecho de propiedad, el derecho del acreedor en un contrato de préstamo e incluso la obligación del deudor derivada de este tipo de contrato. En cambio, se extinguen con su fallecimiento los derechos y deberes inherentes al sujeto. Por ejemplo, resulta intransferible el derecho real de usufructo, junto con otras figuras afines, al</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>igual que ocurre con la obligación del mandatario o del operario en el contrato de arrendamiento de servicios.</p> <p>En estas condiciones, la sucesión <i>mortis causa</i> adquiere una notable complejidad, puesto que se concibe ahora como “subrogación del sucesor en las relaciones hereditarias del causante, en virtud de un proceso que se inicia con la delación o llamamiento-ofrecimiento de la herencia y que concluye con la adición o aceptación de la misma”. La interpretación jurisprudencial ha de afrontar el problema que plantea la situación de la herencia, durante el periodo intermedio que va desde el fallecimiento (delación) hasta la aceptación. Se trata, en realidad, de un patrimonio sin titular, <i>res nullius</i>, por lo que cualquiera podría apropiarse de sus bienes por ocupación. Pero los juristas introducen la noción de herencia yacente, <i>hereditas iacens</i>, o patrimonio personificado, ficción jurídica que permite, además, la gestión y administración en nombre de dicha herencia. Asimismo, es preciso retrotraer el momento de la aceptación al de la delación y, en último término, al momento de testar, con el fin de otorgar al testamento plena eficacia traslativa, puesto que la herencia va cambiando con el paso del tiempo. No tenemos más remedio que fingir que es la misma en el momento de testar y en el de aceptar. He aquí los enunciados de las ficciones jurídicas de personificación hereditaria y de retroacción. <i>Hereditas pro domino habetur. Omnis hereditas quamvis postea adeatur tamen cum tempore mortis continuatur (D. 41, 1, 61; D. 50, 17, 138).</i></p> <p>Sucesión testada e intestada</p> <p>La importancia de la ley decenviral, en esta materia, reside en el hecho de que introduce el testamento oral o nuncupativo, que da lugar a la sucesión testamentaria, frente a la sucesión intestada o <i>ab intestato</i>, de carácter supletorio, puesto que resulta aplicable en defecto de testamento, o bien cuando el heredero instituido no puede o no quiere aceptar.</p> <p>Concepto de testamento</p> <p>He aquí una posible formulación del concepto de <i>testamentum</i>. Se trata de una declaración de voluntad del testador, unilateral, personalísima, formal, <i>mortis causa</i> y revocable, por la que dispone de la herencia, a título universal de heredero o particular de legatario, sin perjuicio de la legítima, e incluyendo, en su caso, otras disposiciones complementarias. Por ejemplo, el nombramiento de tutor o el reconocimiento de la filiación extramatrimonial. Unilateral, porque sólo interviene el testador, desconociéndose entonces el testamento mancomunado, así como los</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>pactos sucesorios. Personalísimo, <i>intuitu personae</i>, puesto que no cabe delegación ni representación, sin perjuicio de la posible colaboración de fedatario público. Formal, ya que se exige para su validez el cumplimiento de unas determinadas solemnidades, de carácter oral, en principio, o escrito, más tarde. Por causa de fallecimiento, <i>mortis causa</i>, en el sentido de que sólo produce efectos más allá de la vida del testador o causante. Revocable, ya que dicho testador puede modificar el testamento anterior por medio de otro posterior.</p> <p>Sucesión intestada</p> <p>XII T. 5, 4-5: <i>Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus proximus nec escit, gentiles familiam habento (Ulp. 26, 1).</i></p> <p>Síntesis y análisis:</p> <p>La Tabla V establece un orden de llamamientos supletorio de la sucesión testada, basado en el parentesco agnaticio, que presenta graves inconvenientes a los que el Edicto del pretor ha de hacer frente, sin derogar dicho cuerpo legal, por lo que crea un ordenamiento paralelo</p> <p>1.- Sucesión intestada en el <i>ius civile</i></p> <p>Orden de llamamientos:</p> <p>1.1 <i>Heredes sui et necessarii</i>: Son los parientes que forman la línea recta descendente, esto es, en primer lugar, los hijos e hijas, incluida la esposa agnada. Heredan sin necesidad de aceptar y no pueden repudiar la herencia.</p> <p>1.2 <i>Agnatus proximus</i>: En defecto de los anteriores, son llamados los parientes que forma la línea colateral, esto es, en primer lugar, los hermanos agnados. Heredan mediante aceptación.</p> <p>1.3 <i>Gentiles</i>: En último término, la <i>gens</i> está formada por la agrupación de familias que tienen un antepasado común. Se hacen cargo de la herencia, en última instancia, a falta de los anteriores.</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>1.- Inconvenientes:</p> <p>1.1 Excluye a los emancipados de la categoría de los herederos suyos y necesarios, lo cual es injusto puesto que éstos han trabajado para la familia hasta la emancipación o liberación de los <i>filiifamilias</i> de la patria potestad.</p> <p>1.2 No admite que a la muerte de la madre le sucedan <i>ab intestato</i> sus hijos, como si fueran herederos suyos, etc.</p> <p>2.- Sucesión intestada en el Edicto del pretor. <i>Bonorum possessio sine tabulis</i></p> <p>Remedios pretorios: El pretor, sin derogar el <i>civile</i>, establece un nuevo orden de llamamientos, otorgando la <i>bonorum possessio ad usucapionem</i>. La posesión es tenencia de hecho, pública, pacífica y estable que el pretor protege con independencia del título jurídico de dominio, de modo que al cabo del tiempo de la usucapión se adquiere dicho título de forma plena e incuestionable.</p> <p>2.1 <i>Liberi</i>: Comprende esta categoría a los herederos suyos, además de los emancipados, pero con el deber de colación, esto es, de contabilizar sus bienes propios, junto con el patrimonio hereditario neto.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>Ejemplo práctico:  Porción hereditaria = Activo – Pasivo + Colación, dividido por el número de hijos <i>sui</i> más el de los emancipados.  El no emancipado la recibe íntegra, mientras que el emancipado lo hace con reducción proporcional a su patrimonio privativo.</p> </div> <p>2.2 <i>Legitimi</i>: Comprende a los parientes agnados; en particular, a las líneas colaterales.</p> <p>2.3 <i>Cognati</i>: Se trata de los parientes por consanguinidad y permite la sucesión recíproca entre la madre y el hijo.</p> <p>2.4 <i>Vir et uxor</i>: Permite la sucesión entre cónyuges.</p> <p>2.5 <i>Aerarium, Fiscus</i>: En último término, la herencia vacante pasa al Erario o al Fisco.</p> <p><b>CONTRATO:</b></p> <p>Aunque la institución del contrato está presente en ámbitos muy diversos del ordenamiento jurídico (Derecho civil, mercantil, laboral, administrativo, ...), nos centramos ahora en el marco del <i>ius privatum</i>.</p>
---	---



### 3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS

Contrato es negocio jurídico (bilateral o plurilateral; no personalísimo generalmente; formal o no; *inter vivos* o *mortis causa*), realizado por las partes contratantes, de modo que el acuerdo de voluntades es condición necesaria y suficiente para su perfección, o bien condición necesaria pero no suficiente, en el sentido de que se exige, además, la transmisión de la propiedad, la posesión o la detentación.

Efectos: Produce consecuencias en materia de créditos y obligaciones entre dichas partes contratantes y, en su caso, de derechos reales, posesión y detentación. Los créditos y las obligaciones, al igual que la detentación, limitan su vigencia a la relación *inter partes*, mientras que la propiedad, los derechos reales sobre cosa ajena y la posesión son oponibles frente a cualquier tercero que tenga la cosa, *erga omnes*.

Atendiendo al modo de perfeccionarse, los contratos nominados se distribuyen en cuatro grandes grupos, a saber, reales (mutuo, comodato, depósito, prenda), verbales (estipulación, fianza), literales (*acceptilatio*, *expensilatio*, *syngrapha*, *chirographa*) y consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad). Además, hemos de tener en cuenta los contratos innominados (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*). En último término, hemos de tomar en consideración el principio general *pacta sunt servanda*, que da cobertura a figuras similares a las típicas e incluso atípicas, por mediación de los pactos.

Son reales “necesariamente” aquellos contratos que producen la obligación única o principal de devolver una cosa o una cantidad, puesto que tal obligación no puede surgir, si no ha habido entrega previa. Los demás contratos suelen constituirse como consensuales, incluso en el supuesto de que produzcan la obligación de devolver, siempre que ésta no sea única o principal. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento de cosa, *locatio conductio rei*. Del mismo surge la obligación de devolución del bien arrendado, pero ésta no es la principal. La obligación principal es poner a disposición del arrendatario el bien arrendado y, sólo transcurrido el plazo, devolverlo.

El pasaje de las Instituciones de Gayo, 3, 88-89, que reproducimos a continuación, nos permite establecer la **definición de obligación y la clasificación de las figuras contractuales**:

*Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*

*Contrahitur obligatio aut re aut verbis aut litteris aut consensu:*

*Re (mutuum, commodatum)*

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><i>Verbis (sponsio-stipulatio)</i>  <i>Litteris (codex accepti et expensi)</i>  <i>Consensu (Emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas)</i></p> <p>Obligación es deber de contenido patrimonial que surge, ante todo, del contrato o del delito. La jurisprudencia y la doctrina clasifican los contratos, atendiendo al criterio de los requisitos, en reales, verbales, literales y consensuales; atendiendo a las obligaciones producidas, en bilaterales perfectos, bilaterales imperfectos y unilaterales y, atendiendo a la función económico-social, en onerosos y gratuitos.</p> <p>Contrato real es aquel que se perfecciona por medio del acuerdo de voluntades entre las partes y la entrega de una cosa, a título de propiedad, posesión o detentación.</p> <p>Contrato verbal es aquel que se perfecciona por medio de declaraciones de voluntad orales realizadas a través de palabras rituales en forma de interrogación y contestación.</p> <p>Contrato literal es aquel que se perfecciona por medio de declaraciones de voluntad realizadas a través de un documento escrito.</p> <p>Contrato consensual es aquel que se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades, cualquiera que sea la forma elegida por los contratantes para dejar constancia de él. Tienen su origen histórico en negocios <i>iuris gentium ex fide bona</i>.</p> <p>Contrato bilateral perfecto es aquel que produce obligaciones recíprocas para ambas partes</p> <p>Contrato bilateral imperfecto es aquel que, normalmente, produce obligación para una sola parte y, eventualmente, también para la otra.</p> <p>Contrato unilateral es aquel que produce obligación para una sola de las partes</p> <p>Contrato oneroso es aquel en que la prestación patrimonial se obtiene a cambio de la contraprestación pertinente.</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>Contrato gratuito es aquel en que, por familiaridad, amistad, etc., una de las partes obligadas favorece a la otra sin obtener retribución. La donación y la condonación son consideradas como títulos negociales de carácter lucrativo, puesto que el beneficiario recibe una ventaja patrimonial sin quedar obligado.</p> <p><b>Los derechos reales y los derechos de crédito y obligación como objeto de contrato</b></p> <p><i>G. 4.1: Si quaeramus quot genera actionum sint, videtur duo esse, in rem et in personam</i></p> <p><i>Acciones in rem: Reivindicatio, vindicatio servitutis, actio pignoratitia vel hypothecaria in rem, etc. (numerus clausus)</i></p> <p><i>Acciones in personam: Actio comodati directa et contraria, actio locati et conducti, actio empti et venditi, actio pignoratitia vel hypothecaria in personam, etc. (numerus apertus)</i></p> <p>Síntesis y análisis: A partir de las <i>acciones in rem</i> y de las <i>acciones in personam</i> reconocidas por el Edicto del pretor, los juristas establecen la distinción básica, en materia patrimonial, entre derechos reales y derechos de crédito y obligación. En efecto, derecho real es aquella institución patrimonial que tiene a su base determinadas facultades que el titular ejerce directamente sobre la cosa material, <i>res corporalis</i>, conforme al principio de tipicidad o <i>numerus clausus</i> de figuras.</p> <p>Por otro lado, derecho de crédito y obligación es aquella institución que tiene a su base determinadas facultades que el titular ejerce directamente sobre el activo patrimonial, <i>res incorporalis</i>, e indirectamente por mediación de otro sobre la cosa material, conforme al principio de autonomía de la voluntad o <i>numerus apertus</i> de figuras.</p> <p>El patrimonio personal está compuesto por cosas corporales (posesión) e incorporales, esto es, tanto por derechos reales como por derechos de crédito y obligaciones (<i>iura in re, obligationes</i>).</p> <p>1.- Los derechos reales son, como se ha dicho, instituciones patrimoniales que tienen a su base determinadas facultades que el titular ejerce directamente sobre una cosa material, así como el poder de exigir frente a todos, <i>erga omnes</i>, el debido respeto, de acuerdo con los principios de legalidad y tipicidad, <i>numerus clausus</i> de figuras. Con el carácter de derecho real pleno, en cosa propia, se encuentra el dominio o propiedad privada, que no ha de confundirse</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>con la posesión, y el condominio o copropiedad. Y como derechos reales sobre cosa ajena (al mismo tiempo que gravámenes de la cosa propia) se encuentran los siguientes: Servidumbres prediales, rústicas y urbanas; Usufructo y figuras afinas, esto es, las llamadas servidumbres personales; Derechos reales de garantía de las obligaciones, fiducia, prenda, hipoteca y anticresis y, por último, la enfiteusis y la superficie. Se entiende que los gravámenes del dominio han de encontrarse limitados legalmente, en cuanto a su admisión, contenido y duración, de modo que no dejen a la propiedad sin efecto alguno, por lo que han de ser objeto de interpretación estricta, excluyente de la analogía. En último término, tras la extinción del gravamen, vuelve a recobrar el propietario la plenitud de sus facultades (elasticidad del dominio).</p> <p>En materia de derechos reales inmobiliarios, el Derecho romano imperial conoce la figura del censo, es decir, una especie de catastro que asegura la recaudación fiscal y que, al mismo tiempo, viene a cumplir la función de dar “publicidad registral”, a propósito de la propiedad de bienes inmuebles y sus correspondientes gravámenes.</p> <p>Los derechos reales surgen, se desarrollan y extinguen, como consecuencia de hechos y actos lícitos, unilaterales, bilaterales y plurilaterales. Por ejemplo, el usufructo queda constituido en virtud de determinada disposición testamentaria, el legado, mientras que su extinción tiene lugar con motivo del fallecimiento del usufructuario.</p> <p>Ante posibles supuestos de actos ilícitos (determinados crímenes contra el patrimonio o daños causados por culpa o negligencia), el ordenamiento jurídico establece las oportunas acciones tendentes a exigir las responsabilidades penales y civiles derivadas. Es muy importante constatar que, frente a posibles incumplimientos del deber de todos de respetar el ejercicio pacífico de las facultades del titular sobre la cosa, éste cuenta con acciones civiles restitutorias oponibles contra cualquiera que tenga dicha cosa en su poder y posesión de modo público y pacífico. En caso de determinados delitos contra el patrimonio, procede, además de la pena, la restitución de la cosa.</p> <p>2.- En cuanto a los derechos de crédito y las correlativas obligaciones, podemos decir que se trata de instituciones patrimoniales que tienen a su base la facultad del acreedor sobre el activo patrimonial, así como la de exigir al deudor una determinada prestación, de dar, hacer o asumir una responsabilidad, el cual queda sometido a la necesidad de cumplimiento. Comprende, asimismo, las oportunas garantías o responsabilidades eventuales, ante la posibilidad de incumplimiento por causa imputable al mismo, todo ello de acuerdo con los principios de legalidad y autonomía de la voluntad, <i>numerus apertus</i> de figuras. Centrándonos en los créditos y obligaciones contractuales, los juristas</p>
---	--

**3.- ACTOS LÍCITOS  
SUSTANTIVOS**

romanos distinguen entre “contratos nominados” y “contratos innominados”. Los primeros, a su vez, se clasifican en las especies ya expuestas, verbales, reales, literales y consensuales. Pero, más allá de las figuras típicas, la interpretación analógica, *analogia legis et iuris*, permite admitir otras figuras distintas, como son las atípicas, mixtas, fiduciarias, etc., incluyéndose aquellas otras basadas en la sola equidad, *ex bono et aequo*.

En efecto, los contratantes pueden, mediante pactos, adaptar el régimen jurídico a cada caso singular y alterar convencionalmente la regulación legal dispositiva preestablecida, *ius dispositivum*, siempre que mantengan intactos los elementos esenciales, *ius cogens (ius privatum privatorum pactis mutari potest)*.

	<i>Derecho real</i>	<i>D. de crédito y obligación</i>
<i>Libertad patrimonial</i>	<i>Facultad de disponer sobre la cosa material</i>	<i>Facultad de disponer sobre el activo patrimonial</i>
<i>D. subjetivo stricto sensu</i>	<i>Facultad de exigir el respeto frente a todos</i>	<i>Facultad de exigir el cumplimiento de la prestación frente al deudor</i>
<i>Deber</i>	<i>Deber de todos de respetar</i>	<i>Obligación del deudor</i>
<i>Responsabilidad cautelar</i>	<i>Vinculación legal del patrimonio e incluso de la libertad personal</i>	<i>Vinculación o garantía legal y convencional, fianza, hipoteca</i>
<i>Acción</i>	<i>Acción real erga omnes</i>	<i>Acción personal erga alteram partem</i>
<i>Responsabilidad derivada</i>	<i>Por ejemplo, la pena por hurto o robo</i>	<i>Por ejemplo, la pena por fraude de acreedores, quiebra fraudulenta o alzamiento de bienes</i>

**La propiedad y la posesión como objeto de contrato**

*G. 2, 7: ... in provinciali solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum habere videmur*

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>Síntesis y análisis: El presente texto de Gayo establece una clara distinción entre el derecho real de propiedad y la posesión, que no se circunscribe al ámbito del Derecho clásico, por lo que el estudio ha de ampliarse para llegar a comprender también los antecedentes preclásicos y el período final postclásico y justiniano.</p> <p>1.- Derecho preclásico, caracterizado por la coexistencia de dos ordenamientos contrapuestos, el civil y el provincial</p> <p>El Derecho civil tiene su origen en las primitivas costumbres, que van a quedar sancionadas y configuradas, más adelante, a través de la ley de las Doce Tablas. En particular, la Tabla VI, apartado 3, nos permite tomar como referencia inicial la noción primaria de <i>usus</i>, a partir de la cual la ley y la jurisprudencia reconocerán la institución del dominio o propiedad privada. He aquí el texto de la misma: <i>Usus auctoritas fundi biennium est ... ceterarum rerum omnium annus est usus</i>. Hemos de considerar, pues, los conceptos de <i>usus</i>, <i>dominium</i> y <i>reivindicatio</i>.</p> <p><i>Usus</i>, noción del derecho consuetudinario, es mera tenencia de hecho de una cosa, ante todos y tolerada por todos. <i>Dominium</i> es titularidad legítima, adquirida por el uso anual o bianual, que persiste aunque se pierda después dicho uso. <i>Reivindicatio</i> o acción reivindicatoria: Superada la <i>legis actio sacramento in rem</i>, es el medio judicial que tiene el dueño en defensa de su derecho frente a todos, en cuya tramitación actúa como demandante el que alega ser dueño de una cosa y haberla perdido, pidiendo su restitución, y como demandado aquel que tiene la cosa pacífica y públicamente y al que le basta con negar las alegaciones del actor, oponiéndose a su reclamación. La falta de concreción, en cuanto al demandado, permite dirigir la reclamación frente a cualquiera que tenga la cosa o pueda llegar a tenerla.</p> <p>Por lo que se refiere al Derecho provincial, nos centramos en las nociones de <i>possessio</i> e <i>interdicta possessoria</i>.</p> <p><i>Possessio</i>: Tenencia de una cosa, de forma no violenta, ni clandestina ni en precario, <i>nec vi, nec clam, nec precario</i>, que está defendida, frente a todo acto de perturbación privación, mediante un procedimiento interdictal sumario.</p> <p><i>Interdicta possessoria</i>: Medios de defensa de la posesión, a través de un procedimiento sumario en que se alega un acto de perturbación o desposesión, con el fin de que se prohíba dicha perturbación o se ordene la restitución de la cosa, sin entrar en el fondo del asunto ni producir eficacia de cosa juzgada.</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>2.- Derecho clásico y postclásico, caracterizado por la aproximación de los ordenamientos civil y el provincial</p> <p>En efecto, a lo largo de la evolución del Derecho clásico del Principado, tienen lugar transformaciones diversas muy significativas, tanto en el suelo itálico como en el provincial:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Por lo que se refiere al primer aspecto, la posesión y los interdictos de retener y recuperar se extienden desde el ámbito provincial al civil itálico. De este modo, el poseedor, con independencia de que sea o no dueño, va a gozar de la protección sumaria frente a todos. En el Edicto del pretor urbano tienen acogida figuras procedentes de la práctica en el ámbito provincial. Más en particular, nos referimos a las figuras siguientes: <i>Interdictum utrubi</i>, de retener la posesión de los bienes muebles, <i>interdictum uti possidetis</i>, de retener la posesión de los inmuebles, <i>interdictum de vi et interdictum de vi armata</i>, de recuperar la posesión de los inmuebles frente a actos de violencia o de violencia armada respectivamente.</li> <li>- En cuanto al segundo aspecto, los concesionarios particulares de fundos provinciales van a tener acceso a otros recursos complementarios, además de la protección interdictal. Es posible que en el Edicto provincial haya tenido acogida la petición de restitución acumulada al juicio penal por delitos contra la propiedad como el hurto, el robo o la usurpación. Pero, en el supuesto de pérdida de la cosa y frente a un poseedor pacífico, no se contempla, en principio, la posibilidad de recurrir a una acción judicial de carácter plenario como la reivindicatoria. Será necesario, pues, que el gobernador provincial conceda, en defensa del concesionario del <i>ager publicus</i>, una <i>actio vectigalis in rem</i>, con la que obtener la restitución. Puede hablarse, desde entonces, de propiedad provincial, que no se basa en el hecho de la usucapión sino en el de la concesión administrativa, el pago del tributo y la prioridad temporal, pero siempre que se ejercite la acción dentro de los plazos largos de prescripción, <i>longi temporis praescriptio</i>, diez años entre presentes y veinte entre ausentes.</li> </ul> <p>Asimismo, tras la reforma de Diocleciano, se extiende a Italia la tributación territorial provincial, de modo que la originaria distinción “propiedad civil – propiedad provincial” va a perder su razón de ser en la vida práctica. Quedará, a partir de entonces, pendiente la cuestión de si el régimen civil de la propiedad, basado en la usucapión, ha quedado abolido.</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>3.- Derecho justinianeo, caracterizado por la fusión de ambos ordenamientos</p> <p>Finalmente, será Justiniano, en el <i>Corpus Iuris Civilis</i>, quien lleve a cabo la fusión de los ordenamientos civil y provincial. Se trata de seguir un criterio de fidelidad a la tradición jurídica, pero en un nuevo contexto histórico-jurídico.</p> <p>Por una parte, no queda abolido el régimen jurídico del dominio civil y la reivindicatoria. Se decide, pues, el mantenimiento del mismo, pero basado en una figura híbrida, procedente de la unificación de la antigua <i>usucapio</i> y la nueva <i>longi temporis praescriptio</i>, de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes para bienes inmuebles. En este sentido, no podemos confundir esta prescripción adquisitiva de la propiedad con la prescripción extintiva de la acción, que podemos denominar <i>longissimi temporis praescriptio</i>, con un plazo de 30 años de duración.</p> <p>Pervive, además, el régimen de la posesión interdical, que tutela la tenencia no violenta ni clandestina ni en precario frente a actos coactivos de perturbación o privación, por medio de interdictos de retener y de recuperar. Asimismo, la doctrina de la posesión distingue los elementos del <i>corpus</i> y del <i>animus</i>, para diferenciarla de los supuestos de mera tenencia o detentación.</p> <p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN:</b></p> <p>Consiste en la realización de la prestación en las condiciones debidas, referidas a sujetos, objeto, lugar y tiempo. Ha de pagar el deudor, pero puede hacerlo cualquiera, salvo que se trate de obligación personalísima. Debe recibir el pago el acreedor u otro en su nombre. Ha de pagarse lo debido y de forma íntegra, pero puede acordarse el pago de una cosa por otra, o bien el pago reducido. Debe pagarse en el lugar y tiempo establecidos, salvo que luego se decida otra cosa. La mora o retraso injustificado, por causa imputable al deudor o al acreedor, agrava su responsabilidad, <i>mora debitoris, mora creditoris</i>.</p> <p>Efectos: Es modo de extinción de las obligaciones y, en su caso, afecta también a la propiedad y derechos reales, posesión y detentación, <i>solutio, traditio</i>. He aquí dos principios fundamentales: <i>Solvere pro ignorante et invito cuique licet; aliud pro alio invito creditore solvi non potest</i>, a excepción de la <i>datio in solutum necessaria</i>.</p>
---	--



<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>Pago y dación en pago, voluntaria y necesaria, Nov. 4, 3</b></p> <p>La cuestión en torno al justo precio se hace más patente y se agrava, en relación con el procedimiento de ejecución patrimonial, es decir, el embargo y venta en pública subasta de los bienes del deudor insolvente (<i>venditio bonorum</i>), con el fin de obtener recursos dinerarios con que satisfacer a los acreedores, de modo que puedan recuperar la totalidad o una parte de las obligaciones pendientes.</p> <p>La jurisprudencia clásica no tiene inconveniente en admitir que, con el consentimiento del acreedor, el deudor pueda dar en pago una cosa distinta de la que constituía el objeto de la obligación, por ejemplo, un inmueble, justamente valorado, en vez del dinero adeudado. Pero si el acreedor no daba su consentimiento, era preciso recurrir al procedimiento ejecutivo: <i>Aliud pro alio invito creditori solvi non potest, D. 12, 1, 2, 1.</i></p> <p>Sin embargo, Justiniano, <i>Novella lex 4, 3</i>, prescribe que, en caso de que el deudor no tuviera dinero líquido, pudiera ofrecer en pago bienes inmuebles, debidamente tasados, <i>datio in solutum necessaria</i>. Queda, así, planteada la cuestión sobre el <i>iustum pretium</i>.</p> <p><i>Genus numquam perit</i></p> <p>Las cosas determinadas por cantidad, peso o medida no perecen, no se destruyen ni siquiera por caso fortuito o fuerza mayor, de modo que el deudor no puede alegar estas circunstancias para quedar liberado, como si fueran causas de exención de responsabilidad.</p> <p><i>Species perit ei cui debetur (D. 18, 1, 35, 7)</i></p> <p>Por el contrario, las cosas especificadas e individualizadas sí perecen, se destruyen, por causa de dolo, negligencia, caso fortuito, imprevisible pero evitable, fuerza mayor, imprevisible e inevitable. Si es por dolo o culpa del deudor o de un tercero, este deudor o tercero responden, pero si es por <i>casus fortuitus</i> o <i>vis maior</i>, el deudor queda liberado.</p> <p>Síntesis y análisis: “<i>Solutio</i>” significa liberación del deudor y extinción o disolución de la “<i>obligatio</i>”, y ello tiene lugar por causas diversas entre las que destaca el pago, esto es, el cumplimiento de la prestación debida, por parte de</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>la persona legitimada, en las condiciones de tiempo, lugar y modo preestablecidas o aceptadas posteriormente, fuera de las cuales se produce el incumplimiento, que puede ser provisional o definitivo, así como imputable o no imputable</p> <p>1.- Pago o cumplimiento</p> <p>Sujeto del pago: Debe pagar el deudor o el heredero, pero puede pagar cualquier tercero, incluso si el deudor lo ignora o no la consiente. Se paga al deudor o heredero, e incluso a una persona autorizada para ello.</p> <p>Tiempo del pago. Debe pagarse en el momento fijado o cuando el acreedor lo pida, pero puede pagarse más tarde si el acreedor y deudor acuerdan una prórroga o espera.</p> <p>Lugar. Debe pagarse en el lugar fijado o en el fuero del deudor, pero puede pagarse en otro lugar acordado con posterioridad.</p> <p>Modo. Debe pagarse con la prestación debida, principio de identidad e integridad, pero puede acordarse una reducción, quita o dación en pago voluntaria. A partir de Justiniano, la Novela 4, 3, haciéndose eco de la doctrina del precio justo admite la dación en pago necesaria cuando el deudor no tiene dinero, liquidez, y en la pública subasta puede producirse una lesión <i>ultra dimidium iusti pretii</i>. El juez puede autorizar la adjudicación del bien por su valor tasado, no por el precio de mercado.</p> <p>2.- Incumplimiento</p> <p>Falta de alguno o de algunos de los requisitos del pago. Puede ser provisional o definitivo. Asimismo, puede ser por causa no imputable al deudor o por causa imputable a él.</p> <p>Causas y consecuencias: Por causa no imputable, tiene lugar cuando la obligación es específica y la cosa perece por caso fortuito y por fuerza mayor. El deudor queda liberado.</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>Por causa imputable al deudor, tiene lugar cuando la obligación es genérica y cuando la obligación es específica y la cosa se ha perdido por dolo o culpa del deudor, incluso cuando la obligación es de hacer.</p> <p>El deudor responde por mora y por daño. La mora es el retraso injustificado en el cumplimiento de la obligación. Si es por causa imputable al acreedor, el deudor no responde, pero si lo es por causa imputable al deudor, debe dar intereses moratorios, e incluso la responsabilidad aumenta hasta el caso fortuito.</p> <p>Responde además por el daño, mediante indemnización equivalente al valor de la prestación.</p>
---	---

**3.- ACTOS LÍCITOS  
SUSTANTIVOS**

**CONTRATO DE MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO (*MUTUUM*):**

Contrato real, unilateral y gratuito, en principio, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre prestamista mutuante y prestatario mutuario, seguido de la entrega del primero al segundo de la cantidad prestada, en concepto de propiedad.

Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Produce la obligación del prestatario de restituir otro tanto equivalente a la cantidad prestada (incluidos los intereses, en su caso), transcurrido el plazo establecido, y transmite la propiedad.

**PAGO O CUMPLIMIENTO EN EL MUTUO:**

Consiste en la devolución de otro tanto equivalente a la cantidad prestada (incluidos los intereses, en su caso), en concepto de propiedad,

Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de la obligación y de transmisión de la propiedad.

**CONTRATO DE COMODATO (*COMMODATUM*):**

Contrato real, bilateral imperfecto y gratuito, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre comodante y comodatario, seguido por la entrega del primero al segundo de la cosa prestada, en concepto de detentación para el uso.

Efectos: Son de naturaleza obligacional. Produce la obligación del comodatario de atenerse a las condiciones acordadas de uso, de conservación y restitución en el momento establecido, así como la obligación eventual del comodante de reembolsar los gastos de conservación. Asimismo, otorga la detentación de la cosa al comodatario.

**PAGO O CUMPLIMIENTO EN EL COMODATO:**

Consiste en el cuidado y la restitución de la cosa, en concepto de detentación, por parte del comodatario, y,

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p>eventualmente, en el reembolso de los gastos, por parte del comodante.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones y de transmisión de la detentación y, eventualmente, de la propiedad de la cantidad reembolsada.</p> <p><b>CONTRATO DE DEPÓSITO REGULAR (<i>DEPOSITUM REGULARE</i>):</b></p> <p>Contrato real, bilateral imperfecto y gratuito, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre depositante y depositario, seguido de la entrega del primero al segundo de la cosa, en concepto de detentación.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional. Produce la obligación del depositario de custodiarla y restituirla cuando le sea reclamada, así como la obligación eventual del depositante de reembolsar los gastos de conservación. Asimismo, otorga la detentación de la cosa al depositario.</p> <p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN EL DEPÓSITO REGULAR:</b></p> <p>Consiste en la custodia y devolución de la cosa, en concepto de detentación, por parte del depositario y, eventualmente, en el reembolso de los gastos de conservación en concepto de propiedad, por parte del depositante.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones y de transmisión de la detentación y, eventualmente, de la propiedad.</p> <p><b>CONTRATO DE DEPÓSITO IRREGULAR (<i>DEPOSITUM IRREGULARE</i>):</b></p> <p>Contrato real, bilateral perfecto y oneroso, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre el depositante y depositario, seguido de la entrega del primero al segundo de la cantidad de dinero, en concepto de propiedad.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Produce la obligación del depositario de restituir dicha cantidad, además de los intereses pactados, así como la obligación del depositante de entregar la remuneración acordada.</p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN EL DEPÓSITO IRREGULAR:</b></p> <p>Consiste en la devolución de otro tanto equivalente a la cantidad depositada, incluidos intereses, en concepto de propiedad, por parte del depositario. Consiste, asimismo, en la remuneración del depositante, en concepto de propiedad.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones y de transmisión de la propiedad.</p> <p><b>CONTRATOS VERBALES (<i>SPONSIO-STIPULATIO</i>):</b></p> <p>Contrato verbal y solemne, unilateral y abstracto, hasta época avanzada, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre estipulante y promitente, expresado a través de la pregunta y respuesta solemnes, y que produce la obligación del promitente de realizar una prestación determinada. En la época más avanzada, decae su carácter verbal y solemne.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional. Producen la obligación del promitente de cumplir la prestación estipulada, en favor del estipulante.</p> <p><b>CONTRATOS LITERALES (<i>ACCEPTILATIO, EXPENSILATIO, SYNGRAPHA, CHIROGRAPHIA</i>):</b></p> <p>Son modalidades diversas de contrato formal y solemne, unilateral y abstracto, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre las partes, expresado a través de la escritura en el documento correspondiente.</p> <p>Efectos: A semejanza del mutuo, produce efectos obligacionales y reales.</p> <p><b>En el ámbito del negocio bancario, presentan gran importancia económica puesto que, además de su función crediticia, sirven para crear nuevos medios dinerarios de pago, a través de los títulos al portador y de las anotaciones contables en el activo y pasivo, de carácter estrictamente fiduciario, que se añaden a los recursos en metálico.</b></p>
---	---

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>CONTRATO DE PRENDA (<i>PIGNUS</i>):</b></p> <p>Contrato real, bilateral imperfecto y de garantía de las obligaciones, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre el sujeto pignorante y el acreedor pignoraticio, seguido de la entrega de la cosa del primero al segundo, en concepto de posesión.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Produce la obligación del acreedor pignoraticio de conservarla y restituirla, extinguida la obligación principal. Y, en el supuesto de impago, de devolver el excedente, si lo hubiere. Asimismo, la obligación eventual del sujeto pignorante de reembolsar gastos de conservación. Va unido al <i>pactum vendendi</i> que crea el derecho real de prenda, oponible <i>erga omnes</i>.</p> <p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN LA PRENDA:</b></p> <p>Consiste en el cuidado y la restitución de la cosa, en concepto de posesión, extinguida la obligación principal, o en la restitución del excedente. Consiste, asimismo, en el reembolso, en concepto de propiedad, de los eventuales gastos de conservación.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones y de transmisión de la cosa, ya sea en concepto de posesión, o bien, de propiedad.</p> <p><b>CONTRATO DE HIPOTECA (<i>PIGNUS CONVENTUM, HYPOTHECA</i>):</b></p> <p>Contrato denominado por los clásicos prenda convencional, pero inscrito en el censo o catastro inmobiliario en derecho postclásico provincial, unilateral y de garantía de las obligaciones, que se perfecciona, en principio, por el acuerdo de voluntades entre el sujeto hipotecante y el acreedor hipotecario.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Produce la obligación del acreedor hipotecario de otorgar carta de pago. Y, en el supuesto de impago, de devolver el excedente, si lo hubiere. Va unido al <i>pactum vendendi</i> que crea el derecho real de hipoteca.</p>
---	--

<p><b>3.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN LA HIPOTECA:</b></p> <p>Consiste en el otorgamiento de carta de pago, o en la restitución del excedente.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de la obligación y de transmisión del excedente, en concepto de propiedad.</p> <p><b>CONTRATO DE COMPRAVENTA (<i>EMPTIO-VENDITIO</i>):</b></p> <p>Contrato consensual, en principio, bilateral perfecto y oneroso, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional, en principio. Produce la obligación del comprador de entregar el precio, así como la del vendedor de “entregar la cosa” y prestar garantía por evicción (si ésta es reivindicable) y por vicios ocultos. En época postclásica, se exige, por razones fiscales, que la transmisión <i>inter vivos</i> de inmuebles se realice mediante escritura e inscripción en el censo o catastro. Al mismo tiempo, se admiten formas espiritualizadas o ficticias de tradición o entrega, por lo que, en la práctica, el solo consentimiento es traslativo de la propiedad.</p> <p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN LA COMPRAVENTA:</b></p> <p>Consiste en la entrega del precio, en concepto de propiedad. Consiste, asimismo, en la “entrega de la cosa”, respondiendo por evicción, hasta la usucapión, y por vicios ocultos. En efecto, la venta puede realizarse antes de que el vendedor cumpla el plazo de la usucapión y adquiera el pleno dominio. Por tanto, en el supuesto de cosa específica, susceptible de reivindicación por parte de cualquier tercero que alega ser dueño de la misma, el vendedor responde por evicción, es decir, sentencia favorable a ese tercero que priva de la cosa al comprador.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones, e incluso de transmisión de la posesión y la propiedad.</p>
---	--



<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE COSA (<i>LOCATIO-CONDUCTIO REI, OPERIS, OPERARUM</i>):</b></p> <p>El arrendamiento de cosa es contrato consensual, bilateral perfecto y oneroso, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre arrendador y arrendatario.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional. Produce la obligación del arrendador de entregar la cosa, en concepto de detentación para el uso y disfrute, así como la obligación del arrendatario de pagar la renta, en concepto de propiedad. En caso de obligación de pagar parte de los frutos, nos encontraríamos ante la aparcería.</p> <p>Tenemos, además, otras dos figuras complementarias, las del arrendamiento de obra y de servicios. El primero da lugar a una obligación de “resultado final” y el segundo, de mera “actividad continuada”, bajo la dirección del contratante, por lo que puede considerarse como el antecedente del contrato de trabajo.</p> <p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN EL ARRENDAMIENTO:</b></p> <p>Consiste en la puesta a disposición de la cosa en poder del arrendatario. Consiste, asimismo, en el pago de la renta, en concepto de propiedad, y en la restitución de la cosa cedida en concepto de detentación para el uso y disfrute.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones, e incluso de transmisión de la propiedad de la renta.</p> <p><b>CONTRATO DE MANDATO (<i>MANDATUM</i>):</b></p> <p>Contrato consensual, bilateral imperfecto y gratuito, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre mandante y mandatario.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional. Produce la obligación del mandatario de realizar la actividad profesional liberal o gestión representativa encomendada y rendir cuentas de la misma, así como la obligación eventual del mandante de reembolsar los gastos ocasionados y satisfacer honorarios, en concepto de propiedad.</p>
---	--

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b></p>	<p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN EL MANDATO:</b></p> <p>Consiste en la realización de la actividad o gestión y en la rendición de cuentas. Consiste, asimismo, en el reembolso de los gastos y la satisfacción de honorarios, en concepto de propiedad.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones, e incluso de transmisión de la propiedad de los gastos y honorarios.</p> <p><b>CONTRATO DE SOCIEDAD:</b></p> <p>Contrato consensual, bilateral o plurilateral perfecto y oneroso, que se perfecciona por el acuerdo de voluntades entre dos o más socios.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional. Produce las obligaciones recíprocas de aportar y poner en común capital, bienes o trabajo, en orden a conseguir un fin lícito y repartir los beneficios. Es, asimismo, agrupación basada en la <i>affectio societatis</i>, que comprende tanto una relación interna entre socios como una relación externa con terceros.</p> <p><b>PAGO O CUMPLIMIENTO EN LA SOCIEDAD (SOCIETAS):</b></p> <p>Consiste en aportación y puesta en común de bienes y servicios, en orden a conseguir un fin lícito y repartir beneficios.</p> <p>Efectos: Son de naturaleza obligacional y real. Es modo de extinción de las obligaciones, e incluso de constitución de la copropiedad.</p> <p><b>CONTRATOS INNOMINADOS:</b></p> <p>Denominación dada por los intérpretes a un conjunto de convenciones clasificadas en cuatro apartados: <i>do ut des</i> (<i>permutatio</i>); <i>do ut facias</i>; <i>facio ut des</i>; <i>facio ut facias</i>.</p>
---	---

<b>4.- ACTOS LÍCITOS SUSTANTIVOS</b>	<p><b>PACTOS (PACTA):</b></p> <p>Los pactos son negocios jurídicos diversos que van surgiendo en la práctica al amparo del principio de autonomía de la voluntad, <i>pacta sunt servanda</i>, y que la jurisprudencia va configurando de modo progresivo, todo ello con el fin de adaptar el régimen dispositivo de los contratos tipificados en la ley, e incluso de establecer convenciones atípicas. Se perfeccionan, en suma, por el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos.</p> <p>Efectos: Producen consecuencias tanto en materia de derechos reales (por ej.: pacto constitutivo de servidumbre o de usufructo; <i>pactum vendendi</i> en la prenda e hipoteca) como de créditos y obligaciones, transformando los elementos no esenciales del régimen contractual (<i>pactum de non petendo</i>, <i>pactum de non praestanda evictione</i>), o bien creando vínculos referidos exclusivamente a determinados profesionales (<i>receptum argentariorum</i>, <i>receptum arbitrii</i>, <i>receptum nautarum</i>), etc.</p>
--	--

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p><b>ACTO LÍCITO DE DERECHO PROCESAL:</b></p> <p><b>Decisión declarativa o ejecutiva de las partes litigantes y del órgano judicial y jurisdiccional competente, en el ejercicio de la acción, la defensa y la función pública correspondiente.</b></p> <p>A propósito de esta función pública, no hemos de confundir “acto judicial” y “acto jurisdiccional”:</p> <p>Acto judicial es toda decisión procesal del magistrado-juez que tiene por objeto llegar a la resolución de la <i>quaestio facti</i> y la <i>quaestio iuris</i>, mediante el oportuno razonamiento probatorio e interpretativo y, en consecuencia, la declaración pertinente sobre la existencia o no de derechos, deberes o responsabilidades.</p> <p>Acto jurisdiccional es toda decisión procesal del magistrado-juez que tiene por objeto la tramitación y la conclusión definitiva (desde la admisión o inadmisión a trámite hasta el fallo de la sentencia, condenando o absolviendo, y la subsiguiente ejecución forzosa, personal o patrimonial).</p> <p><b>Los actos procesales en la función tutelar del Derecho procesal civil y penal</b></p> <p>El Derecho procesal, de carácter formal, puesto que comprende actos de tramitación, viene a cumplir una función tutelar y de refuerzo con respecto al Derecho sustantivo o material, penal y civil, regulador de las relaciones jurídicas, instaurador de derechos y deberes, así como protector de los actos lícitos y sancionador de los actos ilícitos. En efecto, ante la eventualidad de la violación de la norma jurídica o del incumplimiento del deber, es preciso recurrir a los medios de protección, en sus tres manifestaciones fundamentales, auto-tutela, tutela extra-jurisdiccional y tutela jurisdiccional. Junto a las funciones que cumple el Derecho procesal penal, de carácter disuasorio y represor del crimen y el delito, ilícitos de la máxima gravedad, corresponde al Derecho procesal civil las de garantizar la impugnación de los actos y negocios inválidos, así como hacer posible la restitución de las cosas poseídas sin justa causa y la reparación del daño. En suma, aunque el Derecho procesal penal y el Derecho procesal civil responden a principios diversos (defensa del interés general a través del <i>iudicium publicum</i>, frente a defensa del interés particular a través del <i>iudicium privatum</i>), nos hallamos ante dos medios de protección que actúan de forma complementaria, e incluso convergente sobre un mismo caso.</p>
--	---

#### 4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES

Es probable que, con anterioridad a la instauración de la magistratura pretoria, investida de poder jurisdiccional, judicial y edictal, se haya recurrido a medios diversos, con el fin de resolver las controversias entre los jefes de las familias agnaticias. Nos referimos a la negociación, la conciliación, la mediación, la transacción o el arbitraje, incluida la auto-tutela o empleo legítimo de la coacción por parte del interesado, con carácter extraordinario y con arreglo a unos requisitos muy estrictos. Los medios de tutela extra-jurisdiccional citados son aplicables tanto en el ámbito de las relaciones del *ius civile*, entre ciudadanos, como en las del *ius gentium, publicum et privatum*, entre Ciudades-Estado o entre ciudadanos y extranjeros. En concreto, la transacción es aquel *pactum* o acuerdo de voluntades entre las partes enfrentadas, que pone fin al litigio o lo evita mediante concesiones recíprocas, en determinadas materias de derecho dispositivo.

Tutela arbitral (*fides, aequitas*)

El arbitraje presenta en Roma importancia decisiva y todavía sigue manteniéndola en la actualidad. Resulta aplicable en el ámbito del Derecho civil y mercantil, interno e internacional, como medio alternativo al proceso jurisdiccional, en el sentido de que puede llegar a ofrecer soluciones más rápidas y menos costosas, con la consiguiente economía de medios y recursos. Parecidas consideraciones podemos hacer en materia de Derecho internacional público entre Estados. En Roma, además, es considerado antecedente histórico directo de la tutela jurisdiccional civil, como pone de manifiesto el hecho de que en el proceso formulario la función de juzgar y emitir sentencia corresponda a un juez privado, *iudex privatus*, elegido, en principio, por las partes de mutuo acuerdo. El arbitraje consta de dos elementos, el compromiso y el *receptum arbitrii*. *Compromissum* es contrato o acuerdo de voluntades entre partes enfrentadas, por el que someten su controversia a la decisión de un tercero o árbitro elegido por ellas, asumiendo el deber de acatar su decisión, según la *fides*. *Receptum arbitrii* es aceptación de la función arbitral por la persona designada, con el fin de emitir un laudo basado en la equidad, *ex bono et aequo*, o en la norma vigente.

Tutela jurisdiccional y judicial

La ley decenviral regula, en principio, un proceso penal de carácter inquisitivo y reconoce la *provocatio ad populum*. El proceso civil viene regulado en las tres primeras Tablas, que han sido reconstruidas gracias a la información que nos transmite el jurista clásico Gayo en sus Instituciones. Según este autor, las acciones de la ley, *legis actiones*, daban lugar a un procedimiento basado en un formalismo oral muy riguroso, de modo que la mínima desviación de

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>ellas o la mínima inexactitud llevaba consigo la pérdida del litigio. Además estaban reservadas a los pleitos entre ciudadanos romanos, por lo que resultaban inaplicables a las relaciones mixtas <i>iuris gentium inter cives et peregrinos</i>. Por estas razones, fueron decayendo, hasta quedar reemplazadas por las acciones cuyas fórmulas se encontraban reconocidas en el Edicto del pretor. Asimismo, en el primitivo proceso penal inquisitivo, el magistrado jurisdiccional asume, por acumulación, las funciones de incriminar al reo, la de juzgarlo, absolviendo y condenando, e incluso la de defenderlo, sin perjuicio de que éste pueda actuar también por propia iniciativa. En el proceso civil arcaico tampoco aparecen todavía diferenciadas las dos posiciones contrapuestas; la del actor o demandante (afirmativa) y la del reo o demandado (negativa). En efecto, en la llamada <i>legis actio sacramento in rem</i>, por su carácter ritual y por estar destinada a la defensa del derecho de propiedad o dominio civil, ambas partes litigantes han de afirmar solemnemente su derecho de dominio sobre la cosa y, por tanto, probar el hecho adquisitivo en que fundamentan su alegación. Tenemos noticia de que no siempre sucedía que una de ellas lograba probar plenamente el hecho alegado, frente a la otra. En tal caso, el juez podía quedar liberado de su compromiso de emitir sentencia, mediante juramento de no ver claro el asunto, <i>iusiurandum rem sibi non liquere</i>. Se hacía preciso entonces repetir el proceso ante un nuevo juez, y ello en detrimento del principio de seguridad jurídica.</p> <p>El magistrado competente en materia procesal asume tres poderes fundamentales, jurisdiccional, judicial y edictal. La <i>iurisdictio</i> es, en general, la facultad de dirimir las controversias con arreglo a derecho, esto es, aplicando el ordenamiento jurídico al caso singular planteado y ello se concreta en varios infinitivos latinos, a saber, <i>dare vel denegare actionem, condemnare vel absolvere</i> y <i>addicere</i>. Este último, relativo a la ejecución forzosa de la sentencia condenatoria, en defecto de la ejecución voluntaria, como, por ejemplo, el embargo de bienes y el concurso de acreedores. El <b>poder judicial</b>, entendido <i>stricto sensu</i>, es la facultad de realizar una argumentación probatoria sobre los hechos alegados y la valoración de las pruebas, con el fin de resolver la <i>quaestio facti</i>, Y, a continuación, otra argumentación sobre la interpretación del derecho aplicable al hecho singular resultante de la prueba, que tiene por objeto la resolución de la llamada <i>quaestio iuris</i>. En realidad, durante la época republicana y en el marco del <i>ordo iudiciorum</i>, la magistratura pública no ejerce directamente esta facultad judicial. Se limita a controlar su ejercicio, otorgando poder al jurado popular, <i>quaestio perpetua</i>, en materia de enjuiciamiento criminal, o bien al juez privado, elegido, en principio, por acuerdo entre las partes litigantes, en materia de enjuiciamiento civil.</p> <p>En términos generales, <i>ius edicendi</i> es aquel poder de los magistrados republicanos de dictar normas de rango inferior a la ley, sobre materias no reservadas a ella, como las de carácter administrativo y, más en particular, las destinadas a</p>
--	--

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>la administración de justicia, especialmente en materia de Derecho procesal civil, en que no rige el principio exclusivo y excluyente de legalidad. En efecto, los pretores, en su edicto establecen al inicio de cada mandato anual las normas procesales por las que va a regirse su actuación. Así, cuando admiten, por vez primera, un recurso innovador, se habla del <i>edictum novum</i>. Pero también resulta muy frecuente que determinados recursos procesales consolidados vayan pasando de un pretor a otro, <i>edictum translatitium</i>. Con el paso del tiempo, el Edicto del pretor acaba convirtiéndose en fuente del Derecho romano, equiparable a la ley. En efecto, por encargo del emperador Adriano, el jurista Salvio Juliano, alrededor del 130 d. C., establece la versión unificada, sistemática, definitiva e inmutable de los contenidos constantes y reiterados de los edictos publicados de modo sucesivo por los magistrados. La obra del jurista citado, <i>Edictum perpetuum</i>, es ratificada por medio de un senadoconsulto que le otorga rango legal. Su texto ha llegado hasta nosotros de modo indirecto, a través de los libros de comentario e interpretación de los juristas posteriores, en particular Ulpiano y Paulo, que constituyen una de las fuentes más importantes del Digesto de Justiniano.</p> <p>Puede afirmarse que, a partir de las acciones y de los recursos del edicto perpetuo, la jurisprudencia elabora el sistema de las instituciones de derecho civil.</p> <p>Configuración del proceso a partir de la “razón dialéctica”</p> <p>Al mismo tiempo que va desarrollándose el proceso penal acusatorio (en época de Cicerón), se produce el tránsito de la oralidad a la escritura y va quedando superado el primitivo régimen procesal civil de las <i>legis actiones</i> (según Gayo). La redacción de las fórmulas del Edicto del pretor se inspira en el criterio de dualidad de posiciones contrapuestas, que corresponden, por una parte, al actor (<i>Aulus Agerius, qui dicit</i>) y, por otra, al reo (<i>Numerius Negidius, qui negat</i>). En efecto, corresponde generalmente al que actúa la alegación de existencia del hecho o acto de referencia. Por ejemplo, en la acción reivindicatoria, el acto adquisitivo de la propiedad. Además, el mismo actor niega todo hecho contradictorio o excluyente de su pretensión (<i>negativa non sunt probanda</i>). En el ejemplo anterior, negaría toda pérdida o transmisión de la citada propiedad, tras la adquisición por su parte. Sin embargo, en determinados casos excepcionales, como el de la acción negatoria de servidumbre, tiene lugar la inversión de las posiciones respectivas. Al actor le basta con negar que el inmueble de su propiedad se encuentre gravado con determinada servidumbre, mientras que el reo ha de afirmar el correspondiente acto constitutivo de la misma.</p>
--	---

#### 4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES

En suma, *actor* es aquella parte procesal que ejerce la iniciativa, a través de la querrela criminal y la acusación o de la demanda civil, y ha de presentar las alegaciones de hecho y de derecho, junto con la correspondiente prueba, a tenor de las reglas “*incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*” y “*actore non probante, reus est absolvendus etsi nihil praestiterit*”, reglas que tienen significado pleno en el proceso penal acusatorio y en el proceso civil, mientras que en el proceso penal inquisitorio o mixto su alcance es limitado. Esto se debe a la competencia concurrente que asume aquí el magistrado.

Por el contrario, el reo puede reconocer el hecho alegado por el actor, *confessio* parcial o total, o bien negarlo, salvo el notorio, ficticio o presunto (*praesumptio iuris*). Eventualmente, puede afirmar un hecho o acto contradictorio o excluyente del alegado por el actor (prescripción, excepción, eximente, etc.), en cuyo caso asume la posición activa, por lo que ha de probarlo, como si fuera actor. Por ejemplo, la *exceptio doli*. Incluso, cabe la posibilidad de que presente una reconvencción.

*Reus* es aquella parte procesal frente a la que se ejercita la acción, en su condición de querrellado o acusado, o bien de demandado, y que, salvo en caso de *confessio*, ejerce su *ius defensionis* por medio de la sola *negatio*, según el principio del *favor rei* y la regla *in dubio pro reo*, o eventualmente a través de alegaciones de hecho, quedando asimilado al actor, *reus in excipiendo fit actor*.

Hemos de hacer unas breves consideraciones a propósito de cada uno de los recursos defensivos del reo. **Confesión** es reconocimiento inicial del hecho alegado (y no controvertido, por tanto), o bien argumentación probatoria del hecho negado inicialmente, realizada a partir de la declaración del reo, por la que admite la alegación del actor y acepta su pretensión. Se requiere que sea expresada libremente, de forma reiterada y que no se halle en contradicción con otros elementos probatorios. En el proceso civil, la argumentación confesoria concluye con la admisión del hecho cuestionado, ya que hace prueba plena por sí sola, siendo asimilada incluso a la sentencia condenatoria, *confessus pro iudicato habetur*. Mientras que en el proceso penal es un medio privilegiado de prueba, *confessio est regina probationum*, no bastando por sí misma para condenar, si no va acompañada de otros elementos que junto a ella sean estimados suficientes. La **negación** es aquella alegación del reo de inexistencia del hecho en que el actor basa su pretensión, cuya validez se mantiene mientras este último no pruebe la existencia del mismo. Quedan excluidos los hechos notorios, ficticios y presuntos de derecho. En el proceso civil, la negativa podría ser constitutiva del delito de



<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>falso testimonio. En suma, la facultad de negar no ha de confundirse con aquella actitud pasiva, que puede llegar a ser considerada modo de obstaculizar la acción de la justicia. En determinadas circunstancias, la actitud negativa del reo a colaborar en la práctica de la prueba puede ser considerada como <i>ficta confessio</i>. La <b>prescripción</b> es aquella cláusula escrita que se coloca al comienzo de la fórmula, que contiene la alegación de una circunstancia de hecho que el juez ha de entrar a valorar en primer lugar y que, de ser acreditada, pondría fin al proceso, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto. Por ejemplo, la extinción de la acción por el transcurso del plazo para interponerse. En este sentido, se afirma que la acción reivindicatoria prescribe a los treinta años, mientras que la aquiliana de daño lo hace al año. La <b>excepción</b> es una cláusula extraordinaria de la fórmula en la que el reo alega la existencia de una circunstancia de hecho que de ser probada llevaría a la absolución o atenuación de responsabilidad. <i>Reus in excipiendo fit actor et probare debet exceptionem</i>, D. 44, 1, 1. Frente a ésta, el actor puede oponer la <i>replicatio</i>, a la que el reo contesta a través de la <i>duplicatio</i>.</p> <p>La ordenación sistemática de las acciones y los recursos procesales</p> <p>El Edicto del pretor, mucho antes de su compilación definitiva y de adquirir rango de ley, puede ser considerado como un potente factor de renovación del ordenamiento jurídico de origen consuetudinario y legal, <i>ius civile</i>. En materia procesal civil, otorga protección a las relaciones de <i>ius gentium privatum</i> de tipo comercial entre ciudadanos y extranjeros, <i>inter cives et peregrinos</i>. Al mismo tiempo, facilita la recepción de estas figuras en el Derecho interno y las hace accesibles a los negocios de los ciudadanos romanos entre sí. Pero lo más importante es constatar la influencia de los principios procedentes de la Dialéctica, la Tópica, la Retórica y la Oratoria tanto en el proceso penal acusatorio como en el proceso civil edictal. Este sometimiento de la administración de justicia a criterios racionales ha de permitir, con el tiempo, ir más allá del ámbito de las soluciones estrictamente casuísticas para llegar a la elaboración de un sistema completo y coherente. Se trata del llamado Derecho honorario: <i>Ius honorarium est quod praetores introduxerunt, adiuvandi, supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam</i>.</p> <p>No puede afirmarse que el pretor, que carece del poder de legislar, haya creado derecho sustantivo, es decir, declarativo de derechos y deberes subjetivos y regulador de relaciones jurídicas. Pero lo cierto es que, a partir de recursos formales, otorgando protección procesal y extra-procesal a determinadas situaciones, más allá del ordenamiento civil tradicional, llega al resultado de instaurar un ordenamiento jurídico que se consolida, gracias a la metodología inspirada en criterios sólidos de razón práctica, y se perpetúa hasta el extremo de garantizar así la</p>
--	--

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>continuidad en esta materia. Constituye, asimismo, la base del sistema institucional que va a crear la jurisprudencia.</p> <p><b>ACTO PROCESAL PENAL Y ACTO PROCESAL CIVIL</b></p> <p>He aquí algunas expresiones latinas referidas, por una parte, al enjuiciamiento criminal, <i>iudicium publicum</i>, y, por otra, al enjuiciamiento civil, <i>iudicium privatum</i>.</p> <p><i>Iudicium publicum: Qui accusare volunt probationes habere debent</i> (Tutela del interés general)</p> <p><i>Iudicium privatum: Nemo iudex sine actore; Libellus conventionis, libellus contradictionis</i> (Tutela del interés particular)</p> <p>C. 2, 1, 4: <i>Qui acussare volunt, probationes habere debent</i>: Todo aquel que quiera acusar pueda hacerlo, sea o no víctima del delito, pero con la condición de que tenga pruebas suficientes para no incurrir en acusación infundada. Así pues, es precisa la intervención del magistrado público, <i>quaestor</i>, con competencia instructora y la realización de una investigación que sirva de fundamento a la acusación, con el fin de evitar incurrir en delito de calumnias.</p> <p><i>Iudicium privatum: I. 4, 6, 24: Nemo iudex sine actore</i>: No hay juicio civil, si el particular interesado no reclama. <i>Libellus conventionis, libellus contradictionis</i>: Escritos iniciales del procedimiento civil más avanzado, mediante los cuales el demandante, por un lado, ejercita la acción civil, realiza las alegaciones de hecho y de derecho y formula su pretensión y el demandado, por otro, contradiciendo dicho <i>libellus conventionis</i> del actor, se opone a tal pretensión. Dado que en el proceso civil se admite el juicio contumacial, esto es, en rebeldía, su perfeccionamiento tiene lugar con motivo de la admisión por parte del magistrado-juez de la demanda del actor.</p> <p>Síntesis y análisis: Mientras que el proceso civil queda incoado por medio de la admisión del escrito de demanda, <i>libellus conventionis</i>, presentando a instancia del demandante, el proceso penal comienza su tramitación en virtud del escrito de querrela, entre otras posibilidades, pero no se perfecciona hasta que se contraponen los actos de acusación y de defensa.</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>1. Caracteres iniciales del enjuiciamiento criminal</p> <p>El proceso penal o criminal, por razón de la tutela del interés general, se inicia no sólo por querrela de parte agraviada, sino de diversos modos, a saber, de oficio, por atestado policial, por denuncia popular, por querrela particular, pero únicamente queda perfeccionado tras la inquisición o instrucción sumarial efectiva. Incluso en el procedimiento acusatorio puro, en que la inquisición pública queda reducida a la mínima expresión, no es posible acusar sin pruebas, ni admitir a trámite una acusación sin indicios probatorios sólidos.</p> <p>Querrela es acto procesal inicial y escrito del querellante frente al querrellado, que tiene por objeto determinadas alegaciones de hecho y derecho, que sirven de fundamento a la pretensión de que se realice la investigación oportuna y, en su caso, formular la acusación con las debidas garantías.</p> <p>Estructura de la querrela criminal:</p> <p>Sujetos: Legitimación activa amplia: Querellante popular, público, particular o privado (que no ha de confundirse con el actor civil); legitimación pasiva: el querrellado o sospechoso en relación con el hecho delictivo.</p> <p>Objeto: Tutela penal de determinado bien jurídico (vida, propiedad, etc.).</p> <p>Alegaciones de hecho: Supuesta acción u omisión antijurídica y culpable.</p> <p>Alegaciones de derecho: El precepto penal correspondiente en que se tipifica el supuesto delito o crimen.</p> <p>Pretensión: Investigación o instrucción del sumario, <i>inquisitio</i>.</p> <p>2. Caracteres iniciales del enjuiciamiento civil</p> <p>El proceso civil, por razón de la tutela del interés privado, queda perfeccionado únicamente a instancia del particular interesado, <i>nemo iudex sine actore</i>, y con motivo de la admisión a trámite del escrito de demanda, <i>libellus conventionis</i>, incluso antes de la contestación, puesto que cabe el juicio en rebeldía del reo, previa <i>causae cognitio a limine</i>.</p> <p>Demanda: Acto procesal inicial y escrito del demandante frente al demandado, que tiene por objeto determinadas alegaciones de hecho y de derecho, que sirven de fundamento a la pretensión de indemnización, reparación, etc.</p> <p>Estructura de la demanda (ejemplo: acción reivindicatoria):</p> <p>Sujetos: Legitimación activa: Sólo el particular interesado. En este caso, el que afirma ser dueño de determinada</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>cosa; legitimación pasiva: aquel que tiene la posesión pacífica de la misma, o bien cualquiera que pueda tenerla, <i>actio in rem</i>.</p> <p>Objeto: Tutela civil del derecho de propiedad privada.</p> <p>Alegaciones de hecho: El actor afirma que adquirió en fecha concreta, en virtud determinado título (por ej.: compraventa y tradición), y que pasó el plazo de la <i>usucapio</i>, y que después perdió la posesión. Pero niega todo acto traslativo de la posesión.</p> <p>Alegaciones de derecho: El actor se acoge a los preceptos civiles en que se regula la adquisición de la propiedad, por medio del título y el modo, contrato, tradición y usucapión.</p> <p>Pretensión: Restitución de la cosa.</p> <p><b>ACTOS DEL PROCESO PENAL INQUISITIVO Y ACUSATORIO</b></p> <p>El Derecho procesal penal es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la organización de los poderes públicos competentes en materia de enjuiciamiento criminal, garantizado los principios de audiencia, contradicción y defensa del reo: <i>audire et alteram partem; favor rei; in dubio pro reo</i>. El de audiencia obliga a oír al reo y prohíbe la rebeldía en materia de enjuiciamiento criminal, a diferencia del civil. El de contradicción permite al reo limitarse a negar los hechos que se le imputan, sin necesidad de alegar pruebas. El de defensa permite al reo alegar hechos en su favor, como circunstancias eximentes o atenuantes, que ha de probar, sin menoscabo de la competencia instructora. Asimismo, se garantiza la libertad frente a la detención preventiva o prisión provisional, <i>interdictum de homine libero exhibendo</i>, antecedente remoto del <i>habeas corpus</i>, figura que, desde el Derecho anglosajón, tiende a generalizarse.</p> <p>El Derecho procesal, en general, es una rama del Derecho público, puesto que trata de una manifestación del poder judicial y jurisdiccional del Estado. Sin embargo, desde los orígenes del ordenamiento jurídico romano, se distingue claramente entre <i>iudicia populi et iudicia publica</i>, por un lado, y <i>iudicia privata</i>, por otro. En cuanto a estos últimos juicios privados, nos centramos en el proceso civil, inspirado en el principio de ejercicio de la acción únicamente a instancia del interesado particular, a lo que añadimos los criterios de renunciabilidad y disponibilidad, en el sentido de permitirse a las partes la negociación y transacción judicial o extrajudicial. Por otro lado, en el proceso criminal de los juicios populares o públicos rige el principio en virtud el cual la acción no se limita a la iniciativa del particular ofendido, sino que a ella se acumula la ejercida por el magistrado público competente e incluso por cualquier persona del pueblo, <i>quivis de populo</i>.</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>He aquí las raíces históricas principales de la configuración del Derecho procesal penal:</p> <p><i>Provocatio ad populum (Tab. 9, 1: De capite civis nisi per comitatum maximum ne ferunto)</i></p> <p>Se trata de un derecho fundamental o garantía de rango constitucional, inherente a la ciudadanía, en virtud del cual el condenado, por el magistrado competente, a la pena capital o a multa máxima puede apelar ante el pueblo reunido en los comicios, a propósito de la justicia o injusticia de la condena impuesta por el mismo. En efecto, superada una primera fase caracterizada por el poder represor del <i>rex</i> y los colegios sacerdotales, la amplísima facultad coercitiva de los magistrados laicos debió suscitar graves problemas, por el carácter sumario del proceso y la indefensión en que podían quedar los ciudadanos, y en este contexto debió surgir la mencionada <i>provocatio ad populum</i>.</p> <p><i>Iudicia populi</i></p> <p>De acuerdo con la información que nos transmiten las fuentes sobre los primeros tiempos de la República, los llamados juicios populares son aquellos procesos de carácter inquisitivo o inquisitorio, promovidos por el magistrado competente, que cita al reo para que comparezca ante la asamblea popular, en fecha determinada, especificando la imputación del acto punible y la pena que pretende proponer. Sabemos que, de acuerdo con el principio de audiencia y contradicción, durante tres sesiones consecutivas dicho magistrado ha de exponer las razones y pruebas de la acusación, dando al reo oportunidad para su defensa y oyéndose a los testigos pertinentes. Después de la tercera sesión, el magistrado o desiste o formula acusación definitiva, proponiendo al pueblo la oportuna condena. Todavía hay una cuarta sesión en la que el pueblo, oída la arenga final del magistrado, dicta la sentencia por votación secreta (<i>lex Cassia</i>). En caso de imponerse la pena capital, el condenado puede sustraerse a la misma, exiliándose, lo que lleva consigo la pérdida de la ciudadanía y la confiscación de sus bienes.</p> <p><i>Iudicia publica</i></p> <p>En época republicana avanzada, los juicios populares van decayendo, debido a la acumulación de un excesivo número de procedimientos, a la complejidad creciente de las causas a ellos sometidas, etc. En estas condiciones, el Senado, en materia de delitos públicos con trasfondo político, a los que se suman aquellos otros de especial gravedad que representan un peligro para la creciente expansión romana, comienza a ejercitar el control de la represión criminal, al</p>
--	---

#### 4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES

margen de los comicios, a través de las *quaestiones extra ordinem*, que acaban convirtiéndose en tribunales permanentes especializados cada uno de ellos en un determinado tipo de delito, *quaestiones perpetuae*. Se trata de los *iudicia publica*. Estos son procesos penales, basados en el principio acusatorio, que pueden ser promovidos por cualquier ciudadano como representante del interés público, ante un tribunal o jurado popular específico, instituido para cada tipo delictivo, cuyas condenas no eran susceptibles de apelación ante el pueblo, *provocatio ad populum*. Como pone de relieve Cicerón, el ejercicio de la acusación popular no es algo raro en su época, sino que la actuación en defensa del interés general resulta ser entonces la vía idónea para adquirir prestigio social y acceder a la magistratura, en las diversas etapas establecidas a lo largo del *cursus honorum*.

Según ponen de manifiesto las Oraciones o Discursos forenses de Cicerón, la intervención de abogados, en estos procesos penales ante los jurados populares, tratando de persuadir o convencer al tribunal, hace que los principios jurídicos reciban la influencia de disciplinas como la Retórica o la Oratoria. Particular importancia presenta, en este sentido, la admisión, junto a las llamadas pruebas inartificiales o directas, las pruebas artificiales o indirectas. Los retóricos entienden por prueba inartificial aquella que no consiste en una argumentación compleja sino en la simple constatación de la realidad objetiva. *De Oratore 2, 27, 116: ... quae non excogitantur ab oratore, sed in re posita ratione tractantur*. En cambio, es prueba artificial aquella que consiste en una argumentación dirigida a lograr la convicción del juez, en el sentido favorable a la tesis del abogado, *orator*, que actúa en calidad de acusador o defensor.

La argumentación probatoria de los hechos tiene por objeto la *quaestio facti*, que comprende tanto el elemento externo de la conducta delictiva como el elemento interno de la intención subjetiva. El primero de ellos, de naturaleza corporal y material, es susceptible de constatación inmediata a través de los sentidos y, por tanto, de prueba directa. En cambio, la intención, de naturaleza espiritual o anímica, escapa a la aprehensión sensorial y a la posibilidad de prueba directa. Por razones prácticas, hemos de rebajar el rigor probatorio y conformarnos con una prueba indirecta, basada en la acumulación de indicios que, ordenados conforme a una argumentación convincente, lleva a la aceptación por parte del juez. Estamos ante una argumentación no destinada a la constatación irrefutable del hecho cuestionado, sino tan solo a persuadir a otro. Esta figura se denomina *praesumptio facti vel hominis*, porque se refiere al hecho singular y a la convicción del juzgador. Asimismo, en las *Orationes* de Cicerón, observamos que el discurso del abogado defensor se centra en la *confutatio*. Se limita en ella a negar los cargos que se le imputan al reo. Al mismo tiempo, le está permitido el recurso oratorio a afirmaciones relativas a la inocencia del mismo, sin aportar

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>prueba alguna ni asumir el riesgo de incurrir en crimen de falsedad. Tenemos aquí un posible origen de la <i>praesumptio iuris tantum</i> de inocencia.</p> <p><b>Proceso penal inquisitivo y acusatorio</b></p> <p>Síntesis y análisis: La antigua Ley de las Doce Tablas regula un proceso penal basado en el principio inquisitivo, pero, a partir de ella, tiene lugar el desarrollo de un nuevo régimen de enjuiciamiento criminal basado en el principio acusatorio, principios que van a coexistir en Derecho histórico comparado, de forma pura y, sobre todo, mixta. El Derecho anglosajón del <i>common law</i> otorga preferencia al principio acusatorio, mientras que en los ordenamientos continentales del <i>civil law</i> prevalece el inquisitorio.</p> <p>1.- Proceso basado en el principio inquisitivo o inquisitorio puro</p> <p>1.1 El magistrado competente actúa de oficio, por imperativo legal, en materia de investigación sobre un posible <i>crimen</i>; le corresponde la realización del sumario, <i>quaestio, inquisitio</i>.</p> <p>1.2 El magistrado competente tiene el poder-deber de aportar las pruebas, tanto en contra como en favor del reo.</p> <p>1.3 Se produce la acumulación de funciones en dicho cargo, incriminadora, juzgadora e incluso defensora del reo, sin perjuicio del derecho de éste a ejercer su propia defensa.</p> <p>1.4 <i>Provocatio ad populum</i>: Contra la sentencia del mismo, cabe una especie de apelación y segunda instancia ante el <i>populus</i> reunido en los comicios centuriados, en caso de pena capital o multa máxima.</p> <p>2.- Proceso basado en el principio acusatorio puro</p> <p>A partir de las XII Tablas, van promulgándose leyes criminales específicas, instauradoras de tribunales populares, extraordinarios y permanentes, <i>quaestiones perpetuae</i>.</p> <p>2.1 El citado tribunal popular no actúa de oficio, sino a instancia de parte, de modo que para los delitos públicos se instaura la acusación popular, a la que se añade la acusación particular. Acusación popular es incriminación realizada por cualquier ciudadano, que actúa en defensa del interés general y pide la pena represora. Acusación particular es incriminación realizada por el ofendido, que actúa en defensa del interés general y pide dicha pena.</p> <p>En cambio, en los delitos privados, perseguibles únicamente a instancia del ofendido, se habla de acusación privada,</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>en defensa del interés general y con petición de la pena. No hemos de confundirla con la acción civil, en defensa del interés particular y petición de indemnización.</p> <p>2.2 Posiciones enfrentadas de acusación y defensa. Cada una de estas partes, frente a la otra, es competente para aportar las pruebas pertinentes en favor de su propia causa.</p> <p>Rige en plenitud la regla de reparto de la carga de la prueba, <i>onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat</i>. El que acusa ha de probar la acción u omisión antijurídica, así como la culpa, y el reo puede limitarse a negar, o bien aportar eximentes.</p> <p>2.3 Al Jurado popular corresponde la valoración de las pruebas, la interpretación y el veredicto, con arreglo al criterio <i>in dubio pro reo</i>.</p> <p>2.4 Sentencia de carácter definitivo. No cabe, por tanto, apelación.</p> <p>3.- Regímenes mixtos. En la evolución posterior al periodo republicano, tienden a prevalecer criterios de enjuiciamiento criminal de carácter híbrido, en que coexisten elementos de uno y otro sistema puro.</p> <p><b>ACTOS DEL PROCESO DECLARATIVO Y DEL PROCESO EJECUTIVO:</b></p> <p>La primera clasificación de las acciones, que se hace extensiva a los juicios a que dan lugar, nos permite distinguir las penales de las civiles. Por otro lado, de la definición de <i>actio</i> deducimos la existencia de otras dos grandes categorías procesales. En efecto, dada la definición de <i>actio</i> (facultad del actor de reclamar, frente al reo, que tiene la facultad de defenderse, y ante el magistrado-juez, con el objeto, <i>a priori</i>, de la tramitación del proceso y, <i>a posteriori</i>, del pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido, e incluso de la ejecución forzosa, en defecto de la voluntaria), se llega en conclusión a identificar la dualidad formada por las acciones “declarativas” y “ejecutivas”, que también se hace extensiva a los procedimientos derivados de ellas.</p> <p>La acción “meramente declarativa” es aquella que se dirige a obtener tan sólo un pronunciamiento sobre determinada cuestión de hecho o de derecho. Ej.: la acción declarativa de dominio o propiedad privada sobre una cosa. En cambio, la acción “plenamente declarativa” consiste en la facultad del actor de reclamar una sentencia condenatoria del reo, frente a la facultad de éste de pedir una sentencia absolutoria. Se dirige, pues, a la obtención de una sentencia o pronunciamiento sobre los hechos y los derechos subjetivos controvertidos, con el oportuno fallo condenatorio o absolutorio del reo. Por ejemplo, la acción reivindicatoria, con la que se pretende que el demandado sea condenado a</p>
--	---



<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>restituir la cosa al demandante, dueño o propietario. En cuanto a la acción “ejecutiva”, decimos que se trata de la facultad del actor de reclamar, a partir de un título idóneo, el inicio y desarrollo del procedimiento de coacción forzosa contra el reo, que tiene la facultad de oponerse. Cumple la finalidad de hacer efectiva mediante dicha coacción, sobre la persona o sobre los bienes, la disposición contenida en la condena, cuando no se ha logrado o no puede lograrse de forma voluntaria. La ejecución civil patrimonial puede ser universal y concursal o singular e individual. En el supuesto de falta de liquidez o insolvencia no completa del deudor condenado, la ejecución patrimonial puede ser ejercitada, con carácter ordinario, en virtud de la <i>actio iudicati</i>, mediante embargo y venta pública de la totalidad de sus bienes, en concurso de acreedores. O bien de forma privilegiada, singularizada y concreta, en relación con el objeto empeñado o hipotecado, en virtud de la acción pignoratícia o hipotecaria. Otras acciones ejecutivas son la “acción pauliana” y la “acción subrogatoria”.</p> <p><b>QUERRELLA CRIMINAL:</b></p> <p>Acto procesal del querellante contra el querellado, en el proceso penal, que tiene por objeto la aportación de indicios suficientes de un crimen o delito público, o bien de un delito privado, con el fin de llevar a cabo la investigación oportuna y, en su caso, presentar la acusación formal o, por el contrario, decidir el sobreseimiento de las actuaciones.</p> <p><b>ACUSACIÓN (PÚBLICA, POPULAR, PARTICULAR, PRIVADA) Y DEFENSA:</b></p> <p>Acusación es acto procesal del acusador contra el acusado, en el proceso penal, que tiene por objeto la incriminación del reo y que admite diversas modalidades (pública, popular, particular y privada). La pública es aquella que ha de realizar de oficio el magistrado competente en defensa del interés general. La popular es aquella que puede presentar cualquier ciudadano, <i>quavis de populo</i>, en defensa del interés general. La particular es aquella que puede presentar el ofendido o, en su caso, los herederos, en defensa del interés general. La privada es aquella que puede presentar sólo el interesado, en determinados supuestos, en defensa del interés general.</p> <p>Defensa es acto procesal que debe realizar el reo o acusado y que tiene por objeto la oposición frente a las alegaciones y pretensiones del acusador. Admite varias opciones, según las circunstancias. Es posible que se limite a negar, o bien que alegue determinada circunstancia eximente, atenuante, o bien la prescripción, en cuyo caso ha de probarla, sin perjuicio de la competencia instructora. Cabe también la confesión del reo.</p>
--	--

**4.- ACTOS LÍCITOS  
PROCESALES**

**En cuanto al significado y alcance de la presunción de inocencia, suele afirmarse que permite al reo alegar este hecho sin aportar pruebas ni asumir el riesgo de incurrir en falso testimonio. En cuanto a la prueba, y por lo que se refiere al elemento externo de la acción antijurídica, implica la exigencia de prueba plena para desvirtuarla, no bastando con la indirecta. En cambio, dicha presunción no llega al elemento interno o anímico, puesto que, si llegase a él, no podría quedar desvirtuada por medio de prueba indirecta o presuntiva de facto.**

**EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL ACUMULADA:**

Acto procesal, que puede realizar el particular ofendido, que tiene por objeto la alegación de un daño como consecuencia del crimen o delito y la petición de reparación o restitución.

**DEMANDA CIVIL Y CONTESTACIÓN:**

Demanda es acto procesal del demandante o parte actora contra el demandado, en el proceso civil, que tiene por objeto, normalmente, la alegación positiva de hecho, que ha de probar, con la negación implícita de toda circunstancia excluyente, así como la alegación de derecho y la petición de reparación o restitución.

Contestación es acto procesal del reo civil o demandado que tiene por objeto, normalmente, la negación del hecho alegado por el actor y la oposición a la pretensión. En caso de que alegase una excepción o prescripción, ha de probarla como si fuera actor.

**ALEGACIONES:**

Superado el primitivo régimen procesal de las *legis actiones*, la redacción de las fórmulas del Edicto del pretor se inspira en la dualidad de posiciones contrapuestas que corresponden, por una parte, al actor (*Aulus Agerius, qui dicit*) y, por otra, al reo (*Numerius Negidius, qui negat; actore non probante reus est absolvendus*). Por tanto, corresponde al que actúa la alegación de existencia del hecho o acto de referencia (por ejemplo, en la acción reivindicatoria, el acto adquisitivo de la propiedad), salvo en determinados casos como el de la acción negatoria. Asimismo, el que actúa niega toda circunstancia contradictoria (en el ejemplo anterior, todo hecho o acto posterior traslativo de la

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>propiedad). Por su parte, el reo puede reconocer el hecho o acto alegado, o bien negarlo, a excepción del notorio, ficticio o presunto. Asimismo, puede afirmar un hecho o acto contradictorio con respecto al alegado (prescripción, excepción, eximente, etc., en cuyo caso asume la posición activa, por lo que ha de probarlo, al igual que el actor).</p> <p>En definitiva, la regla general jurisprudencial relativa a la carga de la prueba, <i>onus probandi</i>, se enuncia diciendo que ésta incumbe a aquel que afirma, no al que niega (<i>D. 22, 3, 2: Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat</i>). Esta regla tiene plena validez en el proceso civil y penal acusatorio puro, pero no la tiene en el proceso penal inquisitorio, puesto que ha de ser entendida en relación con la competencia que corresponde de oficio al magistrado instructor, <i>quaestor</i>.</p> <p><b>ACTOS PROBATORIOS:</b></p> <p>En sentido amplio, estos actos consisten en un razonamiento tanto extraprocesal como procesal. En sentido estricto, se trata del procedimiento razonado de acreditación del hecho alegado, que incumbe, <i>onus probandi</i>, en el proceso civil y en el proceso penal acusatorio, a la parte interesada que lo afirma, <i>da mihi factum, dabo tibi ius</i>, mientras que, en el proceso penal inquisitorio, corresponde, ante todo, al magistrado encargado de la función instructora.</p> <p>Hemos de distinguir tres grandes modalidades, a saber, “prueba plenísima”, “plena” y “menos plena”. La primera se realiza de manera inmediata, por simple concreción, y tiene por objeto determinados hechos exentos de prueba plena en sentido estricto, esto es, “hecho negativo” o alegación de inexistencia de un hecho, <i>negativa non sunt probanda</i>, “hecho notorio” <i>notorium non eget probatione</i>, “hecho ficticio”, “hecho presunto <i>iuris et de iure et iuris tantum</i>”, “hecho admitido por la parte contraria”, <i>confessus pro iudicato habetur</i> y, en el proceso civil, “hecho no controvertido”. La llamada prueba plena tiene por objeto los hechos alegados positivamente, no notorios, no ficticios, no presuntos y controvertidos. El medio de prueba plena principal es, junto a la confesión, el documento público (<i>nihil prius fide</i>). En su defecto, se recurre a otros medios: documento privado, testimonio cualificado del perito, declaraciones de las partes o de dos o más testigos idóneos, etc.</p> <p>Ante la imposibilidad de practicar la prueba plena, como ocurre normalmente con el hecho anímico, las exigencias de la práctica permiten que pueda recurrirse, con carácter supletorio, a la prueba menos plena, basada en el razonamiento judicial por el que se llega a la convicción personal del juez de existencia de un hecho, a partir de un cúmulo</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>suficiente de indicios, <i>a coniectura (praesumptio facti vel hominis)</i>.</p> <p>En último término, y como recurso subsidiario, debido a que llega el momento histórico avanzado en que el juez se encuentra obligado a resolver toda causa de que tenga conocimiento, sin poder liberarse de su <i>officium iudicis (De qua re iudex cognoverit pronuntiare cogendus erit)</i>, ha llegado a admitirse la aplicación de reglas basadas no en los principios de veracidad o probabilidad, sino de mera conveniencia o utilidad (<i>in dubio pro reo, pro operario, pro libertate, contra Fiscum etc.</i>).</p> <p><b>ACTOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN:</b></p> <p>En sentido amplio, nos encontramos ante unas actividades tanto extraprocesales como procesales. Tales actividades son realizadas con el fin de determinar el derecho objetivo aplicable y de aplicarlo.</p> <p><b>Interpretación</b> es resolución de la <i>quaestio iuris</i>, con el fin de establecer el significado y alcance del citado derecho objetivo, en el caso concreto singular, de forma preventiva o consecutiva, no controvertida o controvertida.</p> <p><b>Aplicación</b> es acto de acatamiento que comprende manifestaciones diversas, que van desde las formas preventiva, previa a la actuación, y consecutiva de cumplimiento del deber, de modo no contencioso voluntario, por mera abstención o por realización de la prestación, hasta las modalidades de carácter contencioso, tanto declarativa, mediante condena o absolución, como ejecutiva sobre la persona o el patrimonio.</p> <p>Por lo que se refiere a los sujetos, puede afirmarse que cabe, ante todo, una interpretación unipersonal realizada con asesoramiento técnico o sin él, sometida al riguroso principio <i>ignorantia iuris non excusat</i>, pero la más compleja es aquella que se realiza con ocasión de un contencioso, en el que intervienen las partes litigantes y el juez. A diferencia de la prueba, que se considera, en general, actividad de la parte encargada de ello, la interpretación pertenece al oficio del juez competente, en el sentido de que lo ejerce por propia iniciativa, <i>iura novit curia</i>. Pero ha de hacerlo, ateniéndose a los planteamientos de dichas partes litigantes, que no han de quedar en situación de indefensión.</p> <p>Las modalidades de interpretación se dividen en dos grandes categorías, esto es, principal o literal, de mera concreción, en el caso expresa y claramente previsto en la norma escrita, <i>in claris non fit interpretatio</i>, y supletoria o</p>
--	--

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>argumentativa. Esta última queda subdividida bajo las denominaciones de “interpretación directa”, clarificadora, integradora y concurrente, e “interpretación indirecta”.</p> <p>En último término, reiteramos aquí las observaciones realizadas más arriba, a propósito de los denominados recursos subsidiarios, referidos, ahora, a la actividad interpretativa.</p> <p><b>SENTENCIA:</b></p> <p>Es declaración del juez por la que resuelve la <i>quaestio facti</i> y la <i>quaestio iuris</i> y falla, en consecuencia, condenando o absolviendo.</p> <p>Efectos: Los produce cuando es firme, esto es, por no ser susceptible de apelación, o bien por haber transcurrido el plazo para ello. Entonces, tiene eficacia de <i>res iudicata</i>, de cosa juzgada formal y material (<i>post rem iudicatam nihil quaeritur; res iudicata pro veritate habetur</i>), efectos que quedan garantizados por medio de la excepción de cosa juzgada, según el principio <i>non bis in idem</i>. Este principio excluye que pueda litigarse dos veces sobre lo mismo, tanto de modo simultáneo como sucesivo, sin perjuicio de la posibilidad del recurso de apelación y la segunda instancia.</p> <p>Si la sentencia declarativa fuera condenatoria, en defecto de ejecución voluntaria, está previsto el procedimiento de ejecución forzosa, sobre la persona o sobre los bienes, ya sea en concurso de acreedores o siguiendo los trámites de la ejecución singularizada, pignoraticia o hipotecaria.</p> <p>En un primer momento histórico, la sentencia tiene carácter oral e inapelable, pero, tras la introducción de la apelación, pasa a ser decisión formal, escrita y motivada.</p> <p>Es importante resaltar que el razonamiento jurisprudencial contenido en las sentencias emitidas por el tribunal superior jerárquico viene a establecer precedentes casuísticos, o contribuye a instaurar y desarrollar reglas ya admitidas de forma unánime.</p>
--	--

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p><b>Evolución histórica de la sentencia en el proceso declarativo romano</b></p> <p>He aquí algunos términos y expresiones fundamentales, distribuidos en dos grandes apartados:</p> <p><i>Iusiurandum rem sibi non liquere (mutatio iudicis) Aulo Gelio, Noct. Att. 14, 2, 25</i>  <i>Sententia iudicis est res iudicata</i>  <i>Post rem iudicatam nihil quaeritur.- res iudicata pro veritate accipitur</i>  <i>Provocatio ad populum. Restitutio in integrum</i></p> <p><i>De qua re iudex cognoverit, pronuntiare cogendus erit (D. 5, 1, 74 pr.)</i>  <i>Actore non probante reus est absolvendus</i>  <i>Appellatio, Supplicatio, Restitutio in integrum</i>  <i>D. 49, 1, 1: Nemo est qui nesciat usus appellandi necessarius sit quum iniquitatem vel imperitiam iudicantium recorrigat</i>  <i>D. 49, 7 Appellatione interposita nihil innovari</i>  <i>Res iudicata: Post rem iudicatam nihil quaeritur (non bis in idem).- res iudicata pro veritate accipitur</i></p> <p>Síntesis y análisis: El estudio de la evolución del proceso declarativo en Roma nos permite establecer una clara distinción entre la sentencia en el proceso preclásico del periodo republicano y la sentencia en el proceso clásico del Principado.</p> <p>1.- Sentencia en el proceso declarativo preclásico republicano</p> <p>1.1 Órgano competente.- No existe, en época de la Ciudad-Estado republicana, una ordenación jerárquica de la magistratura jurisdiccional, puesto que corresponde, sobre todo, a los pretores, urbano y peregrino. La sentencia no es emitida por el magistrado. En efecto, en el proceso civil viene dada por el juez privado, elegido, en principio, por las partes de común acuerdo. En el proceso penal, por el jurado popular, <i>quaestio perpetua</i>. Todo ello bajo la supervisión y control del citado magistrado, pretor. La sentencia del juez tiene carácter definitivo e inapelable. Y ello ha de ser entendido sin perjuicio de la excepción que representa la <i>provocatio ad populum</i>, en casos de pena capital o multa máxima (<i>de capite civis nisi per comitatum maximum ne ferunto</i>) y la <i>restitutio in integrum</i>.</p>
--	---

#### 4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES

1.2 Requisitos.- La sentencia ha de atenerse a los preceptos legales formales y sustanciales; neutralidad e imparcialidad, respeto a los términos de la fórmula pretoria y congruencia con las pretensiones de las partes. Esto no obstante, el juez privado o el jurado popular gozan de una amplia libertad de apreciación, según su conciencia, en cuanto a la valoración de los medios de prueba aportados y la interpretación del derecho aplicable. Pueden incluso, si no ven claro el asunto, realizar el oportuno juramento y quedar liberados de su deber, siendo entonces necesario el nombramiento de otro nuevo, *mutatio iudicis*, lo que puede ser considerado fuente de inseguridad jurídica.

1.3 Forma oral.- De acuerdo con el principio general de oralidad, que lleva consigo la ventaja de la celeridad, la sentencia es pronunciada verbalmente y en presencia de las partes. Asimismo, los medios de prueba más corrientes son los testigos y las declaraciones de las partes bajo juramento, siendo de destacar la confesión del reo y quedando en segundo plano los documentos escritos: *tabulae testamenti*, *syngrapha*, *chirographa*, *inscriptiones* en el censo, etc.

1.4 Recursos extraordinarios.- Salvo la *provocatio ad populum*, no se tiene noticia de la admisión del recurso ordinario de apelación. La sentencia del juez, tanto de lo criminal como de lo civil, es inmediatamente cosa juzgada, *res iudicata*. Si la sentencia es absolutoria, el reo queda liberado de toda responsabilidad y podría paralizar una nueva reclamación sobre lo mismo por medio de la *exceptio rei iudicatae*. Si fuera condenatoria, se convierte en título ejecutorio, pues ha de ser cumplida, ya sea de modo voluntario o forzoso. Hemos de atenernos entonces a los principios formales y materiales siguientes: *C.7, 52, 1: Rebus iudicatis standum est; Post rem iudicatam nihil quaeritur; D. 50, 17, 207: Res iudicata pro veritate accipitur*. Nos encontraríamos en este último caso más que ante una *fictio iuris*, ante una presunción *iuris et de iure*, pero no con carácter absoluto, sino relativo. En efecto, aunque no se reconoce la apelación, sí se admiten, en cambio, remedios extraordinarios contra la sentencia que adolece de vicio de nulidad. En este sentido, nos encontramos ante todo la restitución íntegra o por completo, por sentencia penal condenatoria en causa de prevaricación judicial, *praevaricatio*, (no ya por el solo cohecho activo o pasivo, *repetundae*, *corruptio*, *subornatio*) o de falso testimonio. Asimismo, el citado pretor concede la *restitutio in integrum* por otras causas diversas como el error o el dolo civil, por parte de los litigantes o del juez. La responsabilidad patrimonial de éste es exigible a través de la acción prevista bajo la rúbrica *iudex qui litem suam fecit*. Cabe también la excepción de nulidad y, en último término, la apreciación de oficio.

2.- Sentencia en el proceso declarativo clásico del Principado de Augusto

#### 4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES

2.1 Órgano competente.- Ya desde comienzos del Principado, se instaura una organización judicial jerárquica o piramidal en cuyo vértice se encuentra el emperador asesorado por un Consejo de juristas. Se crea la estructura provincial, al frente de la cual se halla un gobernador provincial, *propraetor*, *prorrogatio imperii*, *praefectus Aegypti*, *Praefectura italica extra ordinem etc.*, que tiene poder delegado del emperador o del Senado y que, a su vez, subdelega, en magistraturas inferiores. Es probable que la apelación ante el gobernador de las resoluciones inferiores haya surgido en provincias y que luego se haya extendido al ámbito itálico. Va consolidándose de forma gradual un nuevo procedimiento llamado *extra ordinem*, en provincias y en la metrópoli, que acabará por absorber la competencia del procedimiento ordinario anterior restaurado tras las guerras civiles. La sentencia corresponde ahora al magistrado-juez, en virtud de su oficio, *officium iudicis*, o poder-deber de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

2.2 Requisitos.- Según las exigencias del principio de legalidad, el magistrado-juez ha de atenerse al cumplimiento de los requisitos legales, de carácter formal y material. No puede ya hablarse de completa libertad de valoración de la prueba e interpretación, puesto que además de los requisitos legales ha de atenerse a las reglas del razonamiento jurídico. En efecto, ya desde finales de la República, como se desprende de los escritos de Cicerón, la recepción de la filosofía griega da lugar a una lógica jurídica aplicada, cuya observancia se traducirá, a través de las respuestas reiteradas de los juristas, en la exigencia legal de “prueba tasada” e “interpretación reglada”. Al mismo tiempo la función judicial se burocratiza y pasa a ser un poder-deber, *officium iudicis*, esto es, deber inexcusable de dictar sentencia, quedando superada la facultad de hacer el juramento *rem sibi non liquere*.

2.3 Principio de motivación escrita.- Se pasa ahora de la oralidad a la escritura o exigencia de redacción de la sentencia, que ha de recoger de forma precisa la argumentación probatoria e interpretativa, para concluir con el correspondiente fallo condenatorio o absolutorio.

Por lo que se refiere a los medios de prueba, el tránsito de la oralidad a la escritura supone que el juez deja de ser libre para valorar a su arbitrio los elementos probatorios aportados, por lo que ya no puede formar su convencimiento como mejor considere, según su conciencia. Con el paso del tiempo, va configurándose un complejo régimen probatorio, basado en el principio de jerarquía, al que han de atenerse rigurosamente las partes y el magistrado-juez.

En una disposición legal de época imperial avanzada (C. 4, 21, 15), todavía se establece que la prueba por testigos tiene la misma eficacia que la prueba documental: *in exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides*



<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p><i>instrumentorum quam depositiones testium</i>. Sin embargo, tiende a prevalecer y a afirmarse con claridad el criterio a tenor del cual el testimonio oral es ineficaz frente al escrito, en caso de contradicción entre ellos.</p> <p>Entre los diversos medios probatorios va configurándose la graduación siguiente, a tenor de dos enunciados básicos: <i>Nihil prius fide y confessio est regina probationum</i>:</p> <p>1º.- Ante todo, ha de tenerse presente el documento redactado por aquel que desempeñe un cargo público en el ejercicio de sus funciones. Se trata de medios de prueba plena en cuanto a los hechos atestiguados directamente, no a la mera reproducción del testimonio de terceros. Frente a dicho documento, carece de eficacia cualquier otro medio de prueba en contrario, salvo que la autenticidad del mismo sea impugnada, provocando un juicio criminal de falsedad (<i>accusatio falsi</i>). No vale ni la confesión ni la declaración de testigos.</p> <p>2º.- En segundo, término, nos encontramos con las escrituras redactadas por los notarios (<i>tabelliones</i>), ateniéndose a las formalidades prescritas. Particular importancia presenta este medio probatorio en materia de últimas voluntades testamentarias. Con el tiempo, se impondrá la escritura e incluso la inscripción en el censo o catastro inmobiliario para los actos y negocios traslativos de la propiedad de bienes inmuebles, imposición que no resulta ajena al intento de facilitar la imposición y recaudación tributaria correspondiente. También hace prueba plena privilegiada el documento público suscrito por tres testigos. En otro caso, es un medio probatorio más entre otros.</p> <p>2.4 Recursos ordinarios y extraordinarios.- Ahora la sentencia dada por el juez que conoce en primera instancia no produce eficacia de cosa juzgada de forma inmediata, sino transcurrido el plazo breve para apelar, esto es, cuando la sentencia es firme, o bien en caso de apelación cuando la sentencia del superior es ya irrecurrible.</p> <p>Recurso ordinario de apelación es <b>facultad de las partes litigantes, tras la sentencia dada en primera instancia, de reclamar la corrección de ésta, en segunda instancia, ante el superior jerárquico, por muy diferentes motivos, salvo aquellos que dan lugar por su gravedad a la nulidad y <i>restitutio in integrum</i>, de modo que transcurrido el breve plazo de apelación la sentencia pasa a ser firme</b>. Se trata de una segunda instancia, sobre lo mismo, pero sin que le afecte el principio <i>non bis in idem</i>, puesto que la sentencia no es firme hasta el transcurso de un breve plazo de caducidad, no de prescripción, apreciable de oficio, por razón de jerarquía y salvo la <i>reformatio in peius</i>. Es decir, al demandante no se puede dar menos de lo ya conseguido y al demandado no se le puede condenar a</p>
--	--

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>más, salvo que apelen ambos. Finalmente, el recurso extraordinario “de casación”, <i>supplicatio</i>, es la <b>facultad de las partes litigantes, tras la sentencia dada en apelación o en primera y única instancia, de reclamar la corrección de ésta, ante la Corte suprema, pero no en segunda o tercera instancia, sino por alguna de las posibles infracciones previstas legalmente</b>. Cumple la función unificadora de la jurisprudencia y la interpretación. Se presenta ante el juez <i>a quo</i>, aquel que ha dictado sentencia en primera y única instancia o en apelación, y éste lo admite o rechaza, elevándolo en el primer caso a la Corte suprema, órgano <i>ad quem</i>.</p> <p>Cabe también la impugnación en vía penal, con motivo de la querrela por crimen contra la administración de justicia, prevaricación, cohecho, falso testimonio, falsedad documental, etc.</p> <p>2.5 Estructura de la sentencia</p> <p>La estructura de la sentencia consta de tres partes: el encabezamiento (o <i>rubrum</i>), la motivación (articulada en <i>resultandos</i> y <i>considerandos</i>) y el fallo propiamente dicho, o parte dispositiva.</p> <p>Fundamentalmente, la sentencia consiste en un silogismo principal o general, cuyas premisas, a su vez, se fijan mediante una serie de silogismos instrumentales. En el silogismo principal, la premisa mayor es la ley (por ej.: el artículo en que se tipifica el delito); la premisa menor es el hecho delictivo expresado de forma sintética; la conclusión es la deducción consiguiente, esto es, la aplicación de la ley al hecho, declarándose la existencia o inexistencia de responsabilidad penal y de responsabilidad civil y, en último término, el fallo condenatorio o absolutorio. La sentencia, para estar correctamente motivada, no ha de consignar tan sólo este esquema general, sino que ha de dar cuenta de todos y cada uno de los silogismos instrumentales citados.</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>ALGUNOS EJEMPLOS ILUSTRATIVOS DE ALEGACIONES FÁCTIAS EN JUICIO</b></p> <p><b>ALEGACIONES DE HECHO DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN PENAL POR HOMICIDIO:</b></p> <p>El actor o acusador afirma que se ha producido determinada acción homicida, con <i>animus necandi</i>, negando toda circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad y pidiendo la condena del reo.</p> <p>El reo o acusado tiene varias opciones, según las circunstancias: Confesarse culpable (acto que no permitiría por sí solo considerarlo como ya juzgado y condenado); Negar que se haya producido la acción antijurídica y culpable; Alegar determinada circunstancia eximente, excluyente de la antijuridicidad, como la legítima defensa, o bien excluyente de la culpabilidad, como la enajenación mental, y, en definitiva, pedir la absolución, etc.</p> <p><b>ALEGACIONES DE HECHO DE LAS PARTES EN LA ACCIÓN PENAL POR INJURIAS:</b></p> <p>El actor o acusador afirma que se ha producido determinada acción injuriosa, con <i>animus iniuriandi</i>, negando toda circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad y pidiendo la condena del reo.</p> <p>El reo o acusado tiene varias opciones, según las circunstancias: Afirmar, como circunstancia eximente, la veracidad de las afirmaciones realizadas contra el acusador (<i>exceptio veritatis</i>), y, en definitiva, pedir la absolución, etc.</p> <p><b>ALEGACIONES DE HECHO DE LAS PARTES EN LA REIVINDICATIO:</b></p> <p>El actor o demandante afirma que, en su momento, realizó el hecho adquisitivo de la propiedad de la cosa y que más tarde tuvo lugar la pérdida de la posesión, negando todo acto traslativo de la citada propiedad y pidiendo la declaración judicial de reconocimiento del derecho y restitución de la posesión.</p> <p>El reo o demandado tiene varias opciones, según las circunstancias: Allanarse a la demanda (de modo que se le tendría por juzgado y condenado, <i>confessus pro iudicato habetur</i>); Negar las alegaciones del actor y pedir la desestimación de la demanda; Afirmar la existencia de determinada circunstancia, en su favor, como la prescripción adquisitiva o usucapión, o bien la prescripción extintiva, etc.</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p>La prueba del hecho adquisitivo del dominio civil o propiedad privada es plena cuando se basa en la usucapión, de modo que, cuando ésta no se ha consumado, es preciso remontarse a los anteriores titulares, por lo que la prueba se convierte en una <i>probatio diabolica</i>. Este inconveniente puede ser evitado mediante al “acción publiciana”, basada en una ficción jurídica, según la cual el demandante ha de ser considerado como si hubiera completado el plazo de posesión de la usucapión, frente a un demandado de peor condición jurídica, que se limita a negar.</p> <p>En el supuesto de delitos contra la propiedad, como robo o hurto, a la acción penal se acumula la petición civil de restitución de la pacífica posesión, en condiciones idénticas a las existentes en el momento de la sustracción. Tal petición ya no tiene carácter contencioso, en sentido estricto, puesto que no se litiga en torno al dominio o propiedad.</p> <p><b>ALEGACIONES DE HECHO DE LAS PARTES EN LA ACTIO NEGATORIA:</b></p> <p>El actor o demandante niega que un bien de su propiedad se encuentre gravado con determinada servidumbre predial o personal, por ejemplo el usufructo, y pide una declaración judicial favorable, en este sentido.</p> <p>El reo o demandado afirma la existencia de determinado hecho constitutivo de un gravamen de servidumbre predial o personal sobre la cosa, negando cualquier circunstancia extintiva del mismo y pidiendo la desestimación de la demanda.</p> <p><b>ALEGACIONES DE HECHO DE LAS PARTES EN LA ACTIO LEGIS AQUILIAE:</b></p> <p>El actor o demandante afirma que se ha producido determinado daño, como consecuencia de la negligencia de la parte contraria, negando toda circunstancia excluyente de la responsabilidad, fuerza mayor, caso fortuito, culpa propia, etc. y pidiendo la indemnización.</p> <p>El reo o demandado, que no se allana a la demanda, ni se limita a negar, afirma la existencia de determinada circunstancia excluyente, en su favor, fuerza mayor, o caso fortuito, o culpa de la víctima, y, en definitiva, pide la absolución.</p>
--	---

<p><b>4.- ACTOS LÍCITOS PROCESALES</b></p>	<p><b>ALEGACIONES DE HECHO DE LAS PARTES EN LA <i>ACTIO CERTAE CREDITAE PECUNIAE</i>:</b></p> <p>El actor o demandante afirma que las partes litigantes han realizado un determinado contrato de préstamo pecuniario, que da lugar a la obligación del reo prestatario de restituir la cantidad de dinero prestada, negando toda circunstancia de invalidez del contrato o extintiva de la obligación y pidiendo la reparación.</p> <p>El reo o demandado, que no se allana a la demanda, ni se limita a negar, afirma la existencia de determinada circunstancia de invalidez del negocio, o bien extintiva de dicha obligación, como el pago, la condonación, la compensación, la prescripción, etc., y, en definitiva, pide la absolución.</p> <p><b>ALEGACIONES DE HECHO DE LAS PARTES EN LA <i>QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI</i>:</b></p> <p>El actor o demandante, en calidad de legitimario del testador, niega que haya justa causa para su desheredación y pide una declaración judicial favorable, en este sentido, con el fin de obtener su porción hereditaria correspondiente.</p> <p>El reo o demandado, en calidad de heredero del testador, que no se allana a la pretensión del actor, afirma la existencia de determinada causa justa de desheredación y, en definitiva, pide su absolución.</p>
--	---

**TABLA 4**  
**DERECHO SUBJETIVO ROMANO ACTUAL**

Índice	Pgs.
Introducción .....	1
Derechos personales (p. física y jurídica) .....	3
Derechos personales (familia) .....	5
Derechos patrimoniales (bienes públicos) .....	7
Derechos patrimoniales (reales) .....	8
Posesión .....	10
Derechos patrimoniales (créditos y obligaciones) .....	11
Derechos patrimoniales (sucesión hereditaria) .....	18

**Introducción**

**Derecho subjetivo es capacidad de actuar (en principio delimitada por la norma) de las partes situadas en las posiciones enfrentadas, activa y pasiva, de la relación política económico-social y jurídica. Comprende la facultad del titular de hacer y de exigir, así como el deber correlativo del sujeto pasivo, cuyo incumplimiento da lugar al proceso sancionador tendente a declarar y hacer efectiva la responsabilidad correspondiente. Se expresa mediante juicios facultativos singulares que figuran en la premisa mayor y en la conclusión del razonamiento demostrativo.**

**Quedan excluidos de este ámbito los juicios facultativos prescriptivos (y fáctico-facultativos), realizados por el órgano competente en el ejercicio de sus funciones, con las debidas solemnidades y dotados de vigencia general. Aquí prevalece el criterio singular y cognoscitivo, más propio de los operadores jurídicos y de la doctrina, por lo que sus enunciados responden al estilo interrogativo, descriptivo y conclusivo casuístico.**

**Sistematización**

Siguiendo la tripartición clásica del jurista Gayo, *persona, res, actio*, la presente Tabla de doble entrada se basa, ante todo, en una ordenación sistemática de los derechos subjetivos sustantivos que comprende dos grandes apartados: Derechos de naturaleza personalísima, inherentes al sujeto, de alcance individual o colectivo, y derechos de tipo patrimonial que, a su vez, pueden ser de carácter real o crediticio-obligacional. Junto al derecho sustantivo se incluye la acción, en su doble vertiente, represora y reparadora. Se centra, asimismo, en la correspondiente identificación

de algunas figuras específicas.

### Análisis

La segunda coordenada de la Tabla viene referida al “análisis” de los contenidos del derecho subjetivo entendido *lato sensu*, es decir, del régimen subjetivo primario (facultad de hacer por uno mismo, facultad de exigir, deber correlativo y garantía o responsabilidad preventiva) y derivado (facultad de ejercer la acción represora y la reparadora y responsabilidades derivadas).

### Régimen primario:

Facultad inmediata de hacer por uno mismo, de modo unilateral, bilateral o plurilateral, junto a otro u otro. (Ejs.: Soberanía, autonomía, autogobierno, libertades).

Facultad mediata de exigir frente a otro una conducta y deber correlativo. (Ejs.: Poder, derecho subjetivo *stricto sensu*, *erga omnes*, *erga alteram partem*).

Deber correlativo: Vinculación de la voluntad del sujeto pasivo a la necesidad de cumplir una prestación, en favor del sujeto activo (*dare, facere, non facere*).

Garantía o responsabilidad preventiva: Vinculación de los bienes e incluso de las personas, ante la eventualidad de incumplimiento imputable del deber o producción de daño.

### Régimen derivado:

Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal

Acción judicial penal: Derecho de las partes acusadoras frente a la defensa y ante el juez, al proceso y al pronunciamiento sobre el delito y la pena, así como a la ejecución forzosa sobre los bienes o la persona, en defecto de la ejecución voluntaria.

Responsabilidad penal consecutiva: Sometimiento de la persona o sus bienes a la pena correspondiente por incumplimiento imputable del deber.

Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño

Acción judicial civil: Derecho de la parte actora, frente al reo y ante el juez, al proceso y al pronunciamiento sobre el fondo del asunto, así como a la ejecución forzosa sobre los bienes o la persona, en defecto de la ejecución voluntaria

Responsabilidad civil consecutiva: Sometimiento de los bienes a la sanción correspondiente por incumplimiento imputable del deber, o bien con carácter objetivo por daño.

<b>DERECHOS PERSONALES (PERSONA FÍSICA Y JURÍDICA)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Derecho fundamental a la vida, a las libertades, a la integridad física y psíquica, etc.</b> <i>Status libertatis</i></p> <p>(Caracteres: Derechos extra-patrimoniales, inestimables indisponibles)</p>	<p>El ser humano frente a todos, <i>erga omnes</i></p> <p>El ser humano es el sujeto o persona física dotada de naturaleza corporal y anímica y con capacidad jurídica y de obrar de manera libre y responsable, no hallándose bajo circunstancias excluyentes de la vida o la libertad</p>	<p>F. de alcanzar el desarrollo pleno de las aptitudes, en el ámbito material y espiritual, actuando por propia iniciativa</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto (diligencia) y de no realizar determinados comportamientos (dolo)</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra la vida, la libertad y la integridad</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen homicidii</i>, Lesiones, Injurias, Calumnias)</p>	<p>F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la aquiliana de daño</p> <p>(Acción útil, no directa, D. 9, 2, 13)</p>
<p><b>Derechos de ciudadanía (Sufragio activo y pasivo, electoral y legislativo, etc.)</b> <i>Status civitatis</i></p> <p>(Caracteres: Derechos extra-patrimonial, inestimables indisponibles)</p>	<p>El ciudadano frente a todos, <i>erga omnes</i></p> <p>El ciudadano es la persona física con capacidad jurídica y de obrar como miembro integrante del pueblo, <i>populus</i>, y el Estado, <i>Civitas</i>, no hallándose bajo circunstancias excluyentes de la ciudadanía</p>	<p>F. de elegir y ser elegido en relación con determinados cargos públicos, así como de refrendar las consultas legislativas</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público contra las libertades públicas y la participación ciudadana</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen ambitus</i>, Fraude electoral)</p>	<p>F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la aquiliana de daño</p> <p>(Acción útil, no directa, D. 9, 2, 13)</p>



DERECHOS PERSONALES (PERSONA FÍSICA Y JURÍDICA)	Régimen primario Sujeto activo y pasivo	Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo	Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta	Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal	Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño
<p><b>Poderes populares, poderes públicos y funciones públicas</b> <i>Iussum populi</i></p> <p><i>Auctoritas patrum</i></p> <p><i>Imperium, potestas, iurisdictio</i></p> <p><i>Ius puniendi</i></p> <p><i>Ius belli ac pacis</i></p>	<p>El órgano competente frente a todos, <i>erga omnes</i></p> <p>El pueblo, <i>populus</i>, es el ente colectivo capaz de constituirse en Estado y de actuar por sí mismo o por representación orgánica</p> <p>El Estado, <i>Civitas</i>, es el ente personificado, orgánico y representativo del <i>populus</i>, a través de los poderes públicos, en la vida política, económico-social, etc.</p>	<p>F. de ejercer las competencias de carácter legislativo, ejecutivo, gobierno y administración, jurisdiccional y judicial y deber de cumplir la función correspondiente</p> <p>La ficciones jurídicas de personalidad, <i>personae fictae</i>, y unanimidad, <i>quod publice fit per maiorem partem ad universos refertur, D. 50, 17, 160, 1</i>, permiten atribuir a todos los ciudadanos las decisiones representativas, aunque no sean unánimes, y generalizar su vigencia</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra la seguridad colectiva, el orden público, etc.</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen maiestatis</i>, Alta traición, Sedición)</p>	<p>F. de ejercer el recurso correspondiente, que da lugar al procedimiento administrativo</p>

<b>DERECHOS PERSONALES (FAMILIA)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Derechos y deberes del matrimonio</b> <i>Nuptiae, matrimonium Status familiae</i></p> <p>Consentimiento y consorcio entre los cónyuges basado en la <i>affectio maritalis</i> permanente o en el <i>consensus</i> inicial</p>	Cada uno de los cónyuges frente al otro, de modo recíproco	F. de desarrollar la vida conyugal	F. de requerir el cumplimiento de determinados deberes: convivencia, respeto, ayuda mutua	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra la relación conyugal  (Ejs.: <i>Bigamia, Crimen incesti</i> , Abandono de familia)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la de disolución del matrimonio por justa causa
<p><b>Derechos y deberes del régimen económico matrimonial</b> Dote y Donaciones <i>propter nuptias Status familiae</i></p>	Cada uno de los cónyuges frente al otro, de modo recíproco, etc.	F. del marido de administrar los bienes dotales y donados, en interés del matrimonio y la familia y F. de ambos cónyuges de disponer de los bienes inmuebles	F. de la mujer, en caso de divorcio o muerte del marido, de requerir la restitución de los bienes dotales y donados, etc.	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio  (Ejs.: <i>Infamia</i> , Apropiación indebida)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la de restitución de la dote

<b>DERECHOS PERSONALES (FAMILIA)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<b>Derecho y obligación legal de alimentos entre parientes: padres e hijos, cónyuges</b> <i>Status familiae</i>	El alimentista o alimentario frente al alimentante	F. de destinar los alimentos a la satisfacción de las propias necesidades	F. de requerir el cumplimiento del correspondiente deber asistencial, en proporción a los recursos del obligado y las necesidades del beneficiario	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público contra la vida y la integridad  (Ejs.: <i>Infanticidium</i> , Abandono de familia)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la de reclamación de alimentos <i>(C. 5, 25 De alendis liberis ac parentibus)</i>
<b>Patria potestad y Tutela materna</b> <i>Status familiae</i>	Los progenitores frente a todos, <i>erga omnes</i>	F. de educar a los hijos no emancipados, de administrar sus bienes y representarlos legalmente y deber de hacerlo	F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público contra la vida y la integridad  (Ejs.: <i>Infanticidium</i> , Abandono de familia)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la de reclamación de paternidad

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (BIENES PÚBLICOS)</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Dominio público</b> <i>Dominium publicum</i></p> <p>Poder y deber que tiene el órgano competente sobre los bienes destinados al uso público</p>	<p>El Erario o el Fisco, a través del órgano competente, frente a todos, <i>erga omnes</i></p>	<p>F. de ejercer sus competencias administrativas y deber de garantizar el uso general por parte de todos</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el dominio público</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen repetundarum</i>, Prevaricación, Cohecho)</p>	<p>F. de ejercer el recurso correspondiente, que da lugar al procedimiento administrativo</p>
<p><b>Derecho sobre el patrimonio público</b> <i>Patrimonium publicum</i></p> <p>Poder y deber que tiene el órgano competente sobre los bienes destinados a las obras y servicios de carácter público</p>	<p>El Erario o el Fisco, a través del órgano competente, frente a todos, <i>erga omnes</i></p>	<p>F. de ejercer sus competencias administrativas, financieras y tributarias y deber de garantizar la realización y prestación de obras y servicios públicos</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio público</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen repetundarum</i>, Prevaricación, Cohecho)</p>	<p>F. de ejercer el recurso correspondiente, que da lugar al procedimiento administrativo</p>

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (REALES)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<b>Dominio civil o propiedad privada</b> <i>Dominium, proprietas</i> Derecho real pleno que otorga a su titular las más amplias facultades, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, como la imposición tributaria	El dueño o propietario frente a todos, <i>erga omnes</i>	F. de usar y percibir los frutos y F. de disponer de la cosa <i>inter vivos</i> o <i>mortis causa</i>	F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio (Ejs.: <i>Furtum, crimen de vi publica et privata</i> , Allanamiento de morada, Usurpación)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la reivindicatoria, restitutoria acumulada a la penal, negatoria o aquiliana de daño
<b>Servidumbres prediales rústicas y urbanas</b> <i>Servitutes</i>  Derecho real sobre inmueble ajeno, rústico o urbano, del titular del fundo dominante	El dueño o propietario del fundo dominante frente a todos, <i>erga omnes</i> , incluido el dueño del fundo sirviente	F. de obtener determinada utilidad del fundo sirviente (paso, luces, vistas etc.), en detrimento del dueño	F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio  (Ejs.: <i>Crimen vis</i> , Usurpación)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la confesoria o aquiliana de daño
<b>Servidumbres personales: Usufructo, etc.</b> <i>Ususfructus</i>  Derecho real sobre cosa ajena del usufructuario	El usufructuario frente a todos, <i>erga omnes</i> , incluido el nudo propietario	F. de usar y percibir los frutos, en detrimento del dueño o nudo propietario	F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio (Ejs.: <i>Crimen vis</i> , Usurpación)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la confesoria o aquiliana de daño

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (REALES)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Derecho real de prenda</b> <i>Pignus</i></p> <p>Posesión y derecho real sobre cosa ajena, de garantía real de las obligaciones, que tiene el acreedor pignoraticio frente a todos</p>	El acreedor pignoraticio frente a todos, <i>erga omnes</i> , incluido el sujeto pignorante y cualquier dueño de la cosa pignorada	F. posesoria meramente interdictal y F. de ejercer la garantía mediante embargo y enajenación a título singular, <i>ius distrahendi</i> , en caso de incumplimiento de la obligación garantizada	F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio  (Ejs.: <i>Crimen vis</i> , Robo, Hurto)	F. de ejercer el medio de tutela sumaria de la posesión (interdictos) y F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la pignoraticia <i>in rem</i> o aquiliana de daño
<p><b>Derecho real de hipoteca</b> <i>Hypotheca</i></p> <p>Derecho real sobre cosa ajena, de garantía real de las obligaciones, que tiene el acreedor pignoraticio frente a todos</p>	El acreedor hipotecario frente a todos, <i>erga omnes</i> , incluido el sujeto hipotecante y cualquier dueño de la cosa hipotecada	F. de ejercer la garantía mediante embargo y enajenación a título singular, <i>ius distrahendi</i> , en caso de incumplimiento de la obligación garantizada	F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio  (Ejs.: <i>Crimen vis</i> , Usurpación)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la hipotecaria <i>in rem</i> o aquiliana de daño

<b>POSESIÓN</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Poseción civil</b> <i>Possessio civilis</i></p> <p>Es la situación de hecho o tenencia no violenta, ni clandestina ni en precario, con el <i>corpus</i> y el <i>animus</i>, tutelada frente a todo acto de perturbación o privación, con independencia del derecho subjetivo, mientras no haya sentencia restitutoria</p>	<p>El poseedor civil frente a todos, <i>erga omnes</i></p> <p>(Con independencia de que sea o no dueño o titular)</p>	<p>En caso de tenencia de una cosa en concepto de dueño o de ejercicio de un derecho sobre una cosa en concepto de titular del mismo, F. de mantener esa tenencia o ese ejercicio, mientras no haya una sentencia firme contraria a la posesión civil</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos mientras no haya una sentencia firme contraria a la posesión civil</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen vis</i>, Robo, Hurto, Usurpación)</p>	<p>F. de ejercer el medio de tutela sumaria de la posesión (interdictos), en casos de urgencia</p> <p>(No se entra en la cuestión de fondo del derecho subjetivo, sino que se centra en el acto de perturbación o privación)</p>
<p><b>Poseción meramente interdictal</b></p> <p>(Tenencia tutelada pese a la falta de <i>animus</i>)</p> <p>Ej: acreedor pignoraticio o acreedor que ha embargado bienes</p>	<p>El poseedor meramente interdictal frente a todos, <i>erga omnes</i></p>	<p>Tenencia de una cosa no en concepto de dueño y F. de mantener esa tenencia o ese ejercicio, mientras no haya una sentencia firme contraria a la posesión meramente interdictal</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos mientras no haya una sentencia firme contraria a la posesión meramente interdictal</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, o bien delito privado, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen vis</i>, Robo, Hurto, Usurpación)</p>	<p>F. de ejercer el medio de tutela sumaria de la posesión (interdictos), en casos de urgencia</p> <p>(No se entra en la cuestión de fondo del derecho subjetivo, sino que se centra en el acto de perturbación o privación)</p>

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (OBLIGACIONES)</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<b>Crédito y obligación de carácter tributario</b>  <i>Tributum</i>	El Erario o el Fisco, a través del órgano competente, frente al deudor tributario o contribuyente	F. de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente	F. de requerir el pago de la deuda o cumplimiento de la obligación tributaria y deber de hacerlo con arreglo a la ley	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio público (Ejs.: <i>Crimen repetundarum</i> , Exacciones ilícitas )	F. de ejercer el recurso correspondiente, que da lugar al procedimiento administrativo
<b>Crédito y obligación del contrato de estipulación</b> <i>Stipulatio</i>  Contrato formal, abstracto y unilateral (En caso de préstamo, permite añadir intereses al capital)	El estipulante frente al promitente	F. de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente	F. de requerir el pago de la deuda o cumplimiento de la obligación estipulatoria	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio  (Ejs.: <i>Infamia</i> , Estafa, Insolvencia punible)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio certae creditae pecuniae</i>
<b>Crédito y obligación del contrato de mutuo o préstamo de consumo</b> <i>Mutuum</i>  Contrato real, unilateral y gratuito	El mutuante frente al mutuario	F. de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente	F. de requerir el pago de la deuda o cumplimiento de la obligación, en los plazos establecidos	F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio  (Ejs.: <i>Infamia</i> , Estafa, Insolvencia punible)	F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio certae creditae pecuniae</i>



<b>DERECHOS PATRIMONIALES (OBLIGACIONES)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de depósito</b> <i>Depositum</i></p> <p>Contrato real, bilateral imperfecto y gratuito</p>	<p>Por una parte, el depositante frente al depositario y, por otra, el depositario frente al depositante</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del depositante de requerir la restitución de la cosa depositada para su custodia, en el momento que considere oportuno y F. del depositario de requerir la retribución de eventuales gastos de conservación</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio (Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio depositi directa</i> y la <i>actio depositi contraria</i></p>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de depósito irregular</b> <i>Depositum irregulare</i></p> <p>Contrato real, bilateral perfecto y oneroso</p>	<p>Por una parte, el depositante frente al depositario y, por otra, el depositario frente al depositante</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del depositante de requerir la restitución de la cantidad depositada y los intereses acordados, en el momento que considere oportuno y F. del depositario de requerir el pago de los gastos de conservación y mantenimiento</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio (Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio depositi directa</i> y la <i>actio depositi contraria</i></p>

DERECHOS PATRIMONIALES (OBLIGACIONES)	Régimen primario Sujeto activo y pasivo	Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo	Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta	Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal	Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de compraventa</b> <i>Emptio-venditio</i></p> <p>Contrato consensual, aunque en caso de inmuebles se exigirá forma escrita, bilateral perfecto y oneroso, sometido a tributación</p> <p>La venta puede tener por objeto la transmisión de un patrimonio con su activo y pasivo, como es el caso de la <i>venditio bonorum</i></p>	<p>Por una parte, el comprador frente al vendedor y, por otra, el vendedor frente al comprador</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del comprador de requerir la “entrega o tradición, real o ficticia, de la cosa o mercancía”, así como la prestación de la especial garantía por evicción, respecto a cosas reivindicables, y por vicios ocultos</p> <p>(No se dice “transmisión de la propiedad de la cosa”, porque la compraventa puede realizarse antes incluso de cumplirse los plazos de la usucapión)</p> <p>y</p> <p>F. del vendedor de requerir el pago del precio</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio empti</i> y la <i>actio venditi</i></p>

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (OBLIGACIONES)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de comodato o préstamo de uso</b> <i>Commodatum</i></p> <p>Contrato real, bilateral imperfecto y gratuito</p>	<p>Por una parte, el comodante frente al comodatario y, por otra, el comodatario frente al comodante</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del comodante de requerir, en las condiciones establecidas, la restitución de la cosa prestada</p> <p>y</p> <p>F. del comodatario de requerir los eventuales gastos de conservación</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio commodati directa</i> y la <i>actio commodati contraria</i></p>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de arrendamiento de cosa</b> <i>Locatio conductio rei</i></p> <p>Contrato consensual, bilateral perfecto y oneroso, en sus tres manifestaciones, de cosa, obra y servicios</p>	<p>Por una parte, el arrendador frente al arrendatario y, por otra, el arrendatario frente al arrendador</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del arrendador de requerir, en las condiciones establecidas, el pago de la renta y la restitución de la cosa arrendada</p> <p>y</p> <p>F. del arrendatario de requerir la entrega de la cosa, en las condiciones establecidas de uso y disfrute</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio locati</i> y la <i>actio conducti</i></p>

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (OBLIGACIONES)</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de mandato</b> <i>Mandatum</i></p> <p>Contrato consensual, bilateral imperfecto y, en principio, gratuito</p> <p>(A diferencia del contrato de arrendamiento de servicios, <i>locatio conductio operarum</i>, el mandato tiene por objeto la actividad de los profesionales liberales, sea o no de naturaleza representativa)</p>	<p>Por una parte, el mandante frente al mandatario y, por otra, el arrendatario frente al arrendador</p> <p>El mandato representativo da lugar a la intervención de terceras que realizan negocios con el mandatario representante por cuenta del mandante representante</p> <p>La representación, procesal o negocial, es la actuación de carácter no personalísimo del representante por cuenta del representado, ya lo haga en nombre propio o ajeno</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del mandante de requerir, en las condiciones establecidas, la realización de la actividad profesional o de la gestión negocial, rindiendo cuentas de ello</p> <p>y</p> <p>F. del mandatario de requerir el pago de los honorarios cuando hayan sido pactados, así como de los eventuales gastos que haya ocasionado la gestión</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio mandati directa</i> y la <i>actio mandati contraria</i></p>

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (OBLIGACIONES)</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de sociedad</b> <i>Societas</i></p> <p>Contrato consensual, bilateral o plurilateral perfecto y oneroso</p> <p>(No debemos confundir el contrato de sociedad, que da lugar a una relación crediticia y obligacional entre los socios, con la constitución de una entidad o persona jurídica de derecho privado, dotada de un patrimonio propio diferenciado del patrimonio de los individuos que la componen. D. 3, 4, 7, 2: <i>Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod universitas debet singuli debent</i>)</p>	<p>Cada uno de los socios frente a los otros, de modo recíproco</p> <p>El régimen jurídico de la sociedad no se limita a la relación interna entre los socios, sino que puede dar lugar, además, a una relación externa, ya sea real, de copropiedad o cotitularidad, ya sea crediticio-obligacional, de carácter solidario, o bien de separación activa y pasiva, es decir, de limitación de responsabilidad de los socios por las deudas de la entidad</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. de cada uno de los socios de requerir, ante todo, en las condiciones establecidas, las aportaciones que han de realizar los otros socios y, en segundo término, la participación que a cada uno de ellos corresponda en los beneficios obtenidos</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio pro socio</i></p>

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (OBLIGACIONES)</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario</b> <b>Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado</b> <b>Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de prenda</b> <i>Pignus</i></p> <p>Contrato real, bilateral perfecto y de garantía real de las obligaciones</p>	<p>Por una parte, el sujeto pignorante frente al acreedor pignoraticio y, por otra, el acreedor pignoraticio frente al sujeto pignorante</p>	<p>F. de las partes de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del sujeto pignorante de requerir la conservación de la cosa pignorada y, extinguida la obligación garantizada, la devolución de la misma. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada y ejecución, la devolución del excedente del precio y</p> <p>F. del acreedor pignoraticio de requerir eventuales gastos de conservación</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio pignoratitia in personam directa</i> y la <i>actio pignoratitia in personam contraria</i></p>
<p><b>Créditos y obligaciones del contrato de hipoteca</b> <i>Hypotheca</i></p> <p>Contrato que se inscribe en el censo, unilateral y de garantía real de las obligaciones</p>	<p>El sujeto hipotecante frente al acreedor hipotecario</p> <p>(En caso de dos o más hipotecas, rige el principio <i>prior tempore potior iure</i>)</p>	<p>F. de disponer del crédito y de ejercer, en caso de incumplimiento, la garantía correspondiente</p>	<p>F. del sujeto hipotecante de requerir justificante de extinción de la obligación garantizada. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada y ejecución, la devolución del excedente del precio</p>	<p>F. de las partes de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Infamia</i>, Estafa, Insolvencia punible)</p>	<p>F. de de las partes de ejercer la acción civil correspondiente, como la <i>actio hypothecaria in personam</i></p>

DERECHOS PATRIMONIALES (SUCESIÓN TESTAMENTARIA)	Régimen primario Sujeto activo y pasivo	Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo	Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta	Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal	Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño
<p><i>Successio ex testamento</i> Subrogación en la herencia a título de heredero universal, fideicomisario o legatario, de acuerdo con la voluntad del causante expresada en testamento, pero respetando los derechos de los herederos forzosos o legitimarios. Es necesario recurrir a las ficciones jurídicas de personificación de la herencia y de continuidad: <i>In multis partibus iuris hereditas pro domino habetur; Omnis hereditas quamvis postea adeatur tamen cum tempore mortis continuatur</i> (D. 41, 1, 61; D. 50, 17, 138)</p>	<p>El sucesor o sucesores hereditarios testamentarios frente a todos, <i>erga omnes</i></p> <p>Son sucesores testamentarios, en la porción legítima, los parientes legitimarios, por imperativo legal, y, en la porción de libre disposición, pueden suceder legitimarios o extraños, según la voluntad del testador</p>	<p>F. de aceptar o repudiar la herencia, o el legado, adquiriendo, en el primer caso, derechos reales y de crédito, así como la responsabilidad por las obligaciones, que no se extinguen con la muerte</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen expilatae hereditatis</i>, Robo, Hurto, Usurpación)</p>	<p>F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la acción aquiliana de daño, la acción de petición de herencia o la acción de impugnación de testamento y donación (por inoficiosidad)</p>

<b>DERECHOS PATRIMONIALES (SUCESIÓN INTESTADA)</b>	<b>Régimen primario Sujeto activo y pasivo</b>	<b>Régimen primario Facultad inmediata de hacer por uno mismo</b>	<b>Régimen primario Facultad mediata de exigir a otro una conducta</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la represión penal</b>	<b>Régimen derivado Facultad de reclamar, por la vía declarativa y ejecutiva, la reparación del daño</b>
<p><i>Successio ab intestato</i></p> <p>Subrogación en la herencia a título de heredero universal, en defecto de testamento, según el orden de llamamientos establecido legalmente</p> <p>Es necesario recurrir a las ficciones jurídicas de personificación de la herencia y de continuidad: <i>In multis partibus iuris hereditas pro domino habetur; Omnis hereditas quamvis postea adeatur tamen cum tempore mortis continuatur (D. 41, 1, 61; D. 50, 17, 138)</i></p>	<p>El sucesor o sucesores hereditarios <i>ab intestato</i> frente a todos, <i>erga omnes</i></p> <p>Son sucesores los parientes en línea recta descendente, ascendente y colateral, así como el cónyuge sobreviviente. En su defecto, el Estado</p>	<p>F. de aceptar o repudiar la herencia, adquiriendo, en el primer caso, derechos reales y de crédito, así como la responsabilidad por las obligaciones que no se extinguen con la muerte</p>	<p>F. de requerir a todos el cumplimiento del deber de respeto y de no realizar determinados comportamientos</p>	<p>F. de ejercer la acción penal correspondiente por crimen o delito público, contra el patrimonio</p> <p>(Ejs.: <i>Crimen expilatae hereditatis</i>, Robo, Hurto, Usurpación)</p>	<p>F. de ejercer la acción civil correspondiente, como la acción aquiliana de daño, la acción de petición de herencia o la acción de impugnación de donación (por inoficiosidad)</p>





## TABLA 5

### RAZONAMIENTO JURÍDICO ROMANO ACTUAL

Índice	Pgs.
Introducción .....	1
Razonamiento probatorio .....	14
Razonamiento demostrativo .....	23

#### Introducción

##### Significado subjetivo y objetivo del término *ius*

La palabra latina *directum*, al igual que *rectum*, de las cuales derivan los términos contemporáneos “derecho”, “dret”, “droit”, “right”, “recht”, etc., no proceden de la jurisprudencia clásica, sino que pertenecen al lenguaje vulgar tardo-romano. En efecto, los juristas romanos emplean el vocablo neutro *ius-iuris*, que ha de traducirse como “lo jurídico”, aunque suele traducirse habitualmente como adjetivo, unido a un sustantivo; por ejemplo, “ordenamiento jurídico”.

Todos estos términos tienen, ante todo, un significado subjetivo, lo que quiere decir, facultativo o potestativo, esto es, aquello que el sujeto puede hacer, como cuando se dice, por ejemplo, *ius suffragii*, *ius connubii*, *ius puniendi*, etc. Significa, asimismo, poder de exigir frente a otro, lo que nos lleva al deber correlativo, e incluso a la eventual responsabilidad por incumplimiento.

Pero el término *ius* no se agota en el sentido subjetivo, sino que lleva consigo otro complementario que denominamos objetivo, esto es, el de juicio de valor y subsiguiente juicio prescriptivo, en virtud de los cuales calificamos los actos personales de manera positiva o negativa. Dicho en otros términos, hacemos un pronunciamiento de conformidad o disconformidad en relación con determinado modelo de conducta preestablecido. Como consecuencia de todo ello, tales actos son admitidos o quedan rechazados. Así sucede cuando se dice, por ejemplo, *ius civile*, *ius naturae et gentium*, *ius publicum*, *ius privatum*, etc.

## Concepción científica

El lenguaje de los juristas clásicos va más allá de esta doble acepción subjetiva y objetiva del *ius*, como pone de manifiesto el empleo de otras expresiones entre las que se encuentran las siguientes: *Scientia iuris; iusti atque iniusti scientia; iustitiae et aequitatis ratio*. Puede afirmarse, pues, que el *ius romanum*, antecedente del Derecho contemporáneo, es ya una ciencia. En efecto, la expresión *scientia iuris* nos indica que el Derecho romano, ya desde la época clásica, ha alcanzado, gracias a la influencia de la filosofía griega, difundida entre otros por Cicerón, el rango de disciplina científica, que tiene por objeto una determinada rama del conocimiento práctico y que se basa en una metodología racional. Más en particular, la expresión *iusti atque iniusti scientia* nos permite establecer una distinción fundamental entre el conocimiento científico, desarrollado a través de “juicios sobre el ser”, propio de las llamadas ciencias naturales, y las ciencias humanas, entre las que se encuentra la *scientia iuris*, que tienen por objeto la orientación de la actuación de los entes públicos y sujetos particulares, tendente a la consecución de unos fines determinados. No se trata ahora de “juicios sobre el ser”, sino de juicios de valor o “juicios sobre el deber ser”.

En definitiva, **la ciencia consiste en el conocimiento, teórico o práctico, de una determinada materia, desarrollado con arreglo a una metodología racional**. Por una parte, las llamadas ciencias naturales, basadas en el método inductivo, empírico y experimental, se concretan en el ámbito ontológico descriptivo del “ser”, es decir, su materia de análisis es la realidad “objetiva”, universal y permanente de las leyes físicas, biológicas, etc., susceptibles de cuantificación, a través de fórmulas matemáticas. El método aplicable, en este caso, es el de la llamada Lógica formal, basada en la bipolaridad verdad-falsedad (Ejs.:  $2+2=4$ ;  $2+2=5$ ;  $e=v \cdot t$ , siendo  $e$  el espacio,  $v$ , la velocidad y  $t$ , el tiempo).

Por otra parte, las ciencias humanas y sociales, Política, Ética, Moral, Economía, Derecho, se centran en el campo deontológico valorativo-prescriptivo del “deber ser”. Su materia de análisis es una realidad “subjetiva”, histórica y cultural, cambiante y variable, según la idiosincrasia de cada pueblo y la mentalidad personal, por lo que la Lógica formal no resulta idónea y es preciso recurrir a otras disciplinas alternativas de la razón práctica, como la Dialéctica, la Tópica, la Retórica o la Oratoria. Lo erróneo sería pensar que sólo en el campo de la naturaleza puede hacerse ciencia. Es preciso admitir también la posibilidad de un conocimiento racional orientado a la búsqueda no ya de lo verdadero, sino de la meramente probable, opinable, conveniente o convincente.

## La Ciencia del Derecho romano

De manera sencilla, podemos decir que la ciencia consiste en el saber teórico o práctico sobre una determinada materia, desarrollado con

arreglo a criterios racionales. Por una parte, las llamadas Ciencias naturales, basadas en el método inductivo, empírico y experimental, se concretan en el ámbito ontológico descriptivo del “ser”, es decir, su materia de análisis es la realidad “objetiva” universal y permanente de las leyes físicas de la naturaleza, susceptibles de cuantificación, y de aplicación de la Lógica formal basada en la dualidad verdad-falsedad, como es el caso de las fórmulas de la matemática. Por otra, las Ciencias humanas y sociales, Política, Ética, Moral, Economía, Derecho, se centran en el campo deontológico valorativo-prescriptivo del “deber ser”. Su materia de análisis es una realidad “subjetiva” histórica y cultural, cambiante y variable según el temperamento de cada pueblo y la mentalidad personal, por lo que la Lógica formal no resulta idónea y es preciso recurrir a otras disciplinas alternativas.

Sería erróneo pensar que sólo en el campo de la naturaleza puede hacerse ciencia. Es preciso admitir también la posibilidad de un conocimiento racional orientado a la búsqueda de lo útil y lo bueno.

En este sentido, el Derecho se halla entre las disciplinas normativas y se centra en los elementos reglados que delimitan la discrecionalidad de la conducta de relación intersubjetiva. Coexiste junto a las otras disciplinas del comportamiento, tanto de índole política como económico-social, etc., en el marco de unas circunstancias de hecho imperantes en cada una de estas materias. Su carácter científico sólo está garantizado, si responden a los postulados de las disciplinas que tienen por objeto la metodología racional y que forman la Lógica aplicada, Dialéctica, Tópica, Retórica, Oratoria

Más allá de la expresión latina *scientia iuris*, la obra de los juristas nos pone de manifiesto que el Derecho romano, ya desde la época clásica, ha alcanzado, gracias a la influencia de la filosofía griega, el rango de disciplina científica, que tiene por objeto la regulación de las relaciones intersubjetivas. En esto consiste, precisamente, la mayor aportación romanística al acervo de la cultura jurídica posterior. Al igual que ocurre con el *ius romanum*, las diversas manifestaciones del Derecho contemporáneo son disciplinas de orden práctico. Aunque se diferencia de ellas por su carácter de Derecho histórico, lo cierto es que no queda, necesariamente, relegado al campo de la Historia del Derecho. En efecto, ya ha dejado de ser un conocimiento organizador y regulador de la actuación, propio de un determinado ordenamiento vigente, aplicable y aplicado. Se trata, más bien, de aquella *forma mentis* que comprende los elementos primarios de la formación universitaria del jurista y su conciencia crítica, ya que se caracteriza por su continuidad a lo largo del tiempo, a través de sus tres manifestaciones históricas, a saber, Derecho Romano Antiguo, Tradición Romanística Medieval y Moderna y Derecho Romano Actual.

Si el objeto de cada una de las disciplinas jurídicas contemporáneas (Derecho internacional, público y privado; Derechos nacionales, públicos y

privados) es determinado sector del ordenamiento vigente, aplicable y aplicado, el objeto del Derecho Romano, conservado en los textos de las fuentes, sobre todo del *Corpus Iuris Civilis*, representa la base histórica, tradicional y común de las diversas manifestaciones del fenómeno jurídico sucesivo.

Puesto que no nos encontramos ante una de las Ciencias naturales (especializadas en la descripción objetiva del “ser”), sino ante una de las Ciencias humanas y sociales (orientadas a la actuación o el “deber ser”, en base a juicios de valor), la metodología romanística, al igual que la jurídica en general, está inspirada en la Dialéctica, en su sentido aristotélico, difundido por Cicerón, que acaba desembocando en la doctrina tomista medieval, hasta la crítica del humanismo, y su revitalización posterior (G. Hegel). No se trata tanto de llegar a distinguir plenamente lo verdadero de lo falso como de argumentar en términos de probabilidad y de opinión. La dualidad de posiciones contrapuestas actor-reo, afirmación-negación, en el proceso judicial, es un ejemplo de recepción dialéctica en el ámbito jurídico. Asimismo, la Tópica y, más en particular, la Tópica legal tratan de concretar cuáles son los diversos modos admitidos de realizar este tipo de argumentación. Por otro lado, se halla la Retórica, que encuentra su fundamento en criterios de convicción y valoración subjetiva y prescripción, junto con la Oratoria, que nos enseña a realizar la comunicación oral de la manera más convincente y persuasiva.

Entre los recursos de la Ciencia y la Lógica jurídicas, se encuentran, en principio, los **conceptos** y los **términos**. Los primeros son modos de representación mental interna de los elementos de la realidad que perciben los sentidos. La experiencia se eleva desde los de alcance singular, hasta los de rango general, e incluso abstracto. Los términos son los medios de expresión externa, oral o escrita, de los conceptos. Clasificamos los conceptos en tres apartados, a saber, fácticos y facultativos y normativos.

Por otro lado, los **juicios**, notorios o no notorios, es decir, conocidos por sí mismos o susceptibles de ser admitidos por mediación de otros preestablecidos, son modos de representación mental interna de las relaciones entre conceptos. Las **proposiciones** son las formas de expresión externa de los juicios. Es preciso distinguir entre juicios descriptivos, valorativos y prescriptivos, categóricos o hipotéticos. En cuanto a las diversas clasificaciones de éstos, nos referimos, en primer lugar, a la distinción entre juicios y proposiciones de carácter descriptivo (subdivididos, a su vez, en fácticos, facultativos y mixtos) y prescriptivo (subdivididos, asimismo, en fácticos, facultativos y mixtos).

En tercer lugar, el **razonamiento**, probatorio o interpretativo, inductivo o deductivo, es el modo de operar mentalmente, por el que un juicio que no es conocido por sí mismo llega a ser admitido, a partir de otros ciertos que se toman como premisas. La **argumentación** es la manera de expresar, mediante proposiciones, el proceso del razonamiento. En este sentido, hemos de recurrir a las disciplinas de la Dialéctica, la Tópica, la

Retórica y la Oratoria. Suele distinguirse básicamente entre argumentación dialéctica por mediación de los tópicos y la argumentación retórica auxiliada por medio de los recursos oratorios. La Dialéctica va a pasar a formar parte del *Trivium*, convirtiéndose en el método deductivo por excelencia de la escolástica medieval, basada en el argumento de autoridad. La Tópica nos ofrece criterios de razonamiento y argumentación, tópicos, que, si bien no permiten llegar a la veracidad o falsedad, sí al menos permiten poner de manifiesto aquello que es probable, de acuerdo con la experiencia humana, como por ejemplo los tópicos de la similitud y de la contraposición. Asimismo, la *praesumptio facti vel hominis* y, quizás, algunas *praesumptiones iuris tantum*, como la de paternidad. Por su parte, la Retórica reviste importancia decisiva, puesto que nos enseña a lograr la convicción del sujeto sobre lo conveniente y lo inconveniente, lo útil y lo inútil y, en último término, lo bueno y lo malo. Podemos poner aquí los ejemplos de las ficciones, las presunciones *iuris et de iure*, al igual que determinadas presunciones *iuris tantum*, como la de inocencia. Lo mismo podría decirse de reglas de alcance supletorio como *in dubio pro reo*.

Hablamos, incluso, de razonamiento probatorio de los hechos y razonamiento demostrativo del derecho aplicable al hecho acreditado. El primero se centra en una labor cognoscitiva singularizada, mientras que el segundo aborda la cuestión referida a la subsunción del caso singular en el sistema preestablecido.

### **La Ciencia del Derecho romano (Continuación)**

El Derecho romano histórico, que nos ha llegado a través de la tradición romanística medieval y moderna, así como el Derecho contemporáneo, sólo pueden ser catalogados como disciplinas científicas de la conducta humana de relación intersubjetiva, de carácter normativo y deontológico, si emplean un riguroso método basado en la llamada Lógica aplicada. Descartado el recurso a la Lógica formal, basada en silogismos, categóricos o hipotéticos condicionales, etc., que trabajan únicamente con premisas verdaderas o falsas, en sentido estricto, la necesidad de afrontar correctamente los problemas en torno a la conducta humana lleva a los juristas, desde Cicerón, al campo de la Dialéctica y la Tópica, disciplinas complementarias centradas en las leyes de la razón humana, que operan con premisas opinables, verosímiles o meramente probables. Por lo tanto, no se trata de problemas cerrados, mediante la solución definitiva, sino de cuestiones que están sujetas a discusión y debate desde la dualidad de posiciones subjetivas enfrentadas, tesis y antítesis, tratándose de llegar a la conclusión, síntesis, que supone el triunfo de una de las posiciones enfrentadas, o bien de una tercera vía que presenta elementos procedentes en parte de una y en parte de otra. Por ejemplo, el problema que se plantea en la Teología moral en torno a la demostración racional de la predeterminación o la libertad y voluntariedad de los actos humanos, o el de la bondad o maldad del ser humano, etc. La Dialéctica emplea, pues, silogismos categóricos e hipotéticos, pero con premisas probables y, sobre todo, la Tópica le suministra los criterios racionales o lugares

comunes de la argumentación, esto es, los principios apriorísticos o nociones fundamentales que la mente admite por la experiencia humana generalmente compartida. Por ejemplo, la autoridad de los sabios o de las obras tradicionales, la analogía, la diferencia, la contrariedad, la distinción entre el todo y las partes, la relación entre causa y efecto, antecedente y consecuente, la superación del absurdo y la contradicción, etc.

Supuesto que, con frecuencia, quedan cuestiones abiertas, sobre las que no se ha llegado a una solución ni siquiera verosímil o probable, puede afirmarse que no siempre son suficientes estas dos disciplinas. Por ello, se hace necesario recurrir a las metodologías complementarias de la Retórica y la Oratoria. Se trata de otras dos disciplinas, centradas en las leyes de la razón humana, que pretenden alcanzar la convicción del sujeto sobre la conveniencia o inconveniencia, utilidad o inutilidad, bondad o maldad, etc., en torno a las diversas posibilidades de valoración y prescripción. La Oratoria, especialmente la Oratoria forense, es, desde Cicerón, instrumento imprescindible del abogado en su intervención en juicio, basado en la elocuencia y la capacidad de persuasión a través del discurso oral y el debate.

#### **Precedentes romanos a propósito del razonamiento jurídico procesal**

A partir de la definición clásica romana de *actio* (*actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*), podemos afirmar que la acción es un medio de tutela jurisdiccional y judicial y, por tanto, diverso de la auto-tutela y de la tutela extra-jurisdiccional. En efecto, la auto-tutela es el recurso a la defensa inmediata y unilateral por parte del interesado. Más en particular, frente a una agresión violenta e injustificada, es legítimo el empleo de la fuerza o la coacción como medios defensivos, en determinadas condiciones, *vim vi repellere licet, arma armis repellere licet*, y dentro de estrictos requisitos, más allá de los cuales el sujeto comete un crimen, como por ejemplo, homicidio, lesiones o ejercicio arbitrario del propio derecho. Este es el caso de la exención de responsabilidad por legítima defensa que exige agresión injustificada, necesidad de defenderse y falta de provocación, además, de proporcionalidad entre el medio utilizado para repeler la agresión y el alcance de ésta. Produce como consecuencia la legitimación de la acción defensiva, quedando excluidas la antijuridicidad y la culpabilidad y, por tanto, la responsabilidad penal y civil.

Acción es facultad de reclamación del actor, frente a facultad de defensa del reo y ante el magistrado-juez, centrada, *a priori*, en la tramitación de un proceso y, *a posteriori*, en el pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido y, en su caso, en la ejecución forzosa, faltando la ejecución voluntaria.

Esta definición presenta un carácter que podemos calificar de abstracto, puesto que sirve de base al Derecho procesal, en su conjunto, tanto penal como civil, *iudicia publica*

*et iudicia privata*. En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción, hemos de advertir que, ya a partir del Tratado institucional *De actionibus*, ésta logra su autonomía, con respecto al derecho subjetivo sustantivo, en materia de personas y de cosas, *De personis, De rebus*. Aunque algunos autores afirman, en sentido metafórico, que la acción no es otra cosa que el derecho sustantivo en pie de guerra, lo cierto es que a cada uno de estos derechos corresponde una pluralidad de acciones. Por ejemplo, en el caso de la propiedad privada, nos encontramos ante diversas acciones, tanto penales, robo, hurto, etc., como civiles, reivindicatoria, negatoria, etc. En resumidas cuentas, la acción no es un derecho sustantivo, pero tampoco es un mero apéndice del mismo. Es más, en Roma, el pretor reconoció situaciones de hecho, mediante acciones, antes del reconocimiento del derecho sustantivo.

Esto supuesto, no hemos de confundir el concepto de acción con el de querrela criminal o demanda civil. La **querrela criminal** consiste en el acto procesal del querellante frente al querrellado, por el que insta al magistrado-juez a que admita a trámite el procedimiento correspondiente. Y, admitido a trámite, en caso de hallarse elementos probatorios e indicios suficientes contra el encausado, proceder a la acusación (*C. 2, 1, 4: Qui accusare volunt probationes habere debent*). En efecto, la *accusatio* realizada sin fundamento puede ser constitutiva del delito de calumnias. En definitiva, la **acusación** (pública, popular, particular, privada) consiste en el acto procesal del acusador frente a acusado, por el que insta al magistrado-juez a que abra la fase del juicio oral.

#### Antecedentes de estas nociones en la ley decenviral

En el primitivo proceso penal inquisitivo, el magistrado jurisdiccional asume, por acumulación, las funciones de incriminar al reo, la de juzgarlo, absolviendo y condenando, e incluso la de defenderlo, sin perjuicio de que éste pueda actuar también por propia iniciativa. Los inconvenientes que presenta este régimen, en cuanto a la garantía del principio de imparcialidad y de contradicción y oposición entre acusación y defensa, ponen de manifiesto su escasa operatividad para afrontar las causas que van surgiendo en el seno de una sociedad cada vez más avanzada.

Por otro lado, en el proceso civil arcaico tampoco aparecen todavía diferenciadas las dos posiciones contrapuestas; la del actor o demandante (afirmativa) y la del reo o demandado (negativa). En efecto, en la llamada *legis actio sacramento in rem*, por su carácter ritual y por estar destinada a la defensa del derecho de propiedad o dominio civil, ambas partes litigantes han de afirmar solemnemente su derecho de dominio sobre la cosa y, por tanto, probar el hecho adquisitivo en que fundamentan su alegación. Tenemos noticia de que no siempre sucedía que una de ellas lograba probar plenamente el hecho alegado, frente a la otra. En tal caso, el juez podía quedar liberado de su compromiso de emitir sentencia, mediante juramento de no ver claro el asunto, *iusiurandum rem sibi non liquere*. Se hacía preciso entonces repetir el proceso ante un nuevo juez, y ello en detrimento del principio de seguridad jurídica.

#### Influencia posterior de la Dialéctica, la Tópica, la Retórica y la Oratoria

Frente a la Lógica formal de las Ciencias naturales, basada en silogismos que incluyen únicamente premisas verdaderas o falsas, en sentido estricto, los problemas prácticos que plantean las disciplinas humanas y sociales han llevado, incluso a los juristas, desde Cicerón, al campo de la Dialéctica y la Tópica, es decir, disciplinas auxiliares centradas en las leyes de la razón humana que operan con premisas verosímiles o meramente probables, opinables, etc. No estamos ante cuestiones presentadas de forma



unilateral, sino en presencia de debates realizados desde la dualidad, afirmación-negación o tesis-antítesis. De este modo, el objetivo de llegar a una conclusión, síntesis, no supone necesariamente el triunfo definitivo de una posición y el rechazo de la contraria. Más modestamente, suele llegarse a conclusiones de signo ecléctico, intermedio o conciliador.

Sin embargo, la exigencia de rigor propia de la Dialéctica, que se ocupa de la argumentación con premisas probables, y de la Tópica, que suministra los lugares comunes a dicha argumentación, deja abiertas muchas cuestiones que presenta la vida práctica. Resulta, así, necesario recurrir a metodologías complementarias menos rigurosas, como la Retórica y la Oratoria, centradas en las leyes de la razón que pueden ofrecer soluciones, en última instancia, en el campo de lo útil, lo conveniente, o lo convincente o lo persuasivo, sin más. Figuras jurídicas aceptadas universalmente como las ficciones o determinadas presunciones *iuris tantum* tienen aquí su origen.

Ante estas dificultades, la práctica jurisdiccional y edictal, bajo el asesoramiento jurisprudencial, sin derogar formalmente la ley de las XII Tablas, va facilitando el desarrollo del proceso. Todo ello, resulta factible gracias a la recepción en el ámbito jurídico de la Dialéctica, la Tópica, la Retórica y la Oratoria. De este modo, quedan claramente diferenciadas y enfrentadas las posiciones del actor y del reo, de acuerdo con el citado principio de contradicción. Refiriéndonos únicamente al “proceso penal acusatorio puro”, el reparto de la carga de alegar y probar los hechos tiene lugar del modo siguiente, *onus probandi et allegandi*:

El acusador ha de alegar el hecho antijurídico externo, acción u omisión ilícita, que ha de probar. Dado que se trata de un elemento objetivo, accesible a través de los sentidos, resulta susceptible de prueba plena y directa. Además, ha de alegar el elemento interno anímico, dolo o imprudencia, elemento subjetivo, no accesible a través de los sentidos, no susceptible de prueba directa y plena, ni siquiera en el caso de confesión del reo. No hay otro remedio que rebajar el rigor probatorio y admitir la prueba indirecta o indiciaria, que opera por convicción del juez a través de un cúmulo de indicios. Por otro lado, el acusador se limita a negar toda circunstancia eximente, que excluye la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad, o atenuante.

El reo o acusado, en cambio, se limita a negar los hechos alegados por parte del acusador, sin perjuicio de la facultad de confesar y acogerse a los beneficios del arrepentimiento. Pero, si quisiera alegar en su favor alguna circunstancia eximente o atenuante, tendría la carga de la prueba, *onus probandi*.

Configuración del proceso a partir de la “razón dialéctica”

Al mismo tiempo que va desarrollándose el proceso penal acusatorio y va quedando superado el primitivo régimen procesal civil de las *legis actiones*, la redacción de las fórmulas del Edicto del pretor se inspira en el criterio de dualidad de posiciones contrapuestas, que corresponden,

por una parte, al actor (*Aulus Agerius, qui dicit*) y, por otra, al reo (*Numerius Negidius, qui negat*). En efecto, corresponde generalmente al que actúa la alegación de existencia del hecho o acto de referencia. Por ejemplo, en la acción reivindicatoria, el acto adquisitivo de la propiedad. Además, el mismo actor niega todo hecho contradictorio o excluyente de su pretensión (*negativa non sunt probanda*). En el ejemplo anterior, negaría toda pérdida o transmisión de la citada propiedad, tras la adquisición por su parte. Sin embargo, en determinados casos excepcionales, como el de la acción negatoria de servidumbre, tiene lugar la inversión de las posiciones respectivas. Al actor le basta con negar que el inmueble de su propiedad se encuentre gravado con una determinada servidumbre, mientras que el reo ha de afirmar el correspondiente acto constitutivo de la misma. He aquí las dos nociones antitéticas:

*Actor* es parte procesal que ejerce la iniciativa, a través de la querrela criminal y la acusación o de la demanda civil, y ha de presentar las alegaciones de hecho y de derecho, junto con la correspondiente prueba, a tenor de las reglas “*incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*” y “*actore non probante, reus est absolvendus etsi nihil praestiterit*”, reglas que tienen significado pleno en el proceso penal acusatorio y en el proceso civil, mientras que en el proceso penal inquisitorio o mixto su alcance es limitado. Esto se debe a la competencia concurrente que asume aquí el magistrado.

Por el contrario, el reo puede reconocer el hecho alegado por el actor, *confessio*, parcial o total, inicial o posterior, o bien negarlo, salvo el notorio, ficticio o presunto (*praesumptio iuris*). Eventualmente, puede afirmar un hecho o acto contradictorio o excluyente del alegado por el actor (prescripción, excepción, eximente, etc.), en cuyo caso asume la posición activa, por lo que ha de probarlo, como si fuera actor, *Reus in excipiendo fit actor et probare debet exceptionem*, D. 44, 1, 1.. Por ejemplo, la *exceptio doli*. Incluso, cabe la posibilidad de que presente una reconvencción.

*Reus* es parte procesal frente a la que se ejercita la acción, en su condición de querrellado o acusado, o bien de demandado, y que, salvo en caso de *confessio*, ejerce su *ius defensionis* por medio de la sola *negatio*, según el principio del *favor rei* y la regla *in dubio pro reo*, o eventualmente a través de alegaciones de hecho, quedando asimilado al actor, *reus in excipiendo fit actor*.

Es conveniente hacer unas breves consideraciones a propósito de cada uno de los recursos defensivos del reo. Ante todo, a la hipótesis de **ausencia o inactividad** del reo. El Derecho procesal civil de la época más avanzada no permite que el demandado sea llevado a juicio de forma compulsiva. Si no compareciese tras la oportuna citación, el proceso se llevaría a cabo en rebeldía, pero con las oportunas garantías, por lo que no necesariamente se produciría su condena. Por el contrario, en Derecho procesal penal se excluye esta posibilidad, debido al carácter

irrenunciable e intangible del *ius defensionis*. La **confesión** es argumentación probatoria realizada a partir de la declaración del reo, por la que admite la alegación de hecho del actor, inicialmente rechazada, y acepta su pretensión. Se requiere que sea expresada libremente, de forma reiterada y que no se halle en contradicción con otros elementos probatorios. En el proceso civil, la argumentación confesoria concluye con la admisión del hecho cuestionado, ya que hace prueba plena por sí sola, siendo asimilada incluso a la sentencia condenatoria, *confessus pro iudicato habetur*. Mientras que en el proceso penal es un medio privilegiado de prueba, *confessio est regina probationum*, no bastando por sí misma para condenar, si no va acompañada de otros elementos que junto a ella sean estimados suficientes. La **negación** es aquella alegación del reo de inexistencia del hecho en que el actor basa su pretensión, cuya validez se mantiene mientras este último no pruebe la existencia del mismo. Quedan excluidos de esta posibilidad diversos supuestos (hechos notorios, ficticios y presuntos de derecho). Ahora bien, la negativa infundada podría ser constitutiva, sobre todo en el proceso civil, del delito de falso testimonio. Esto es, la facultad de negar no ha de confundirse con aquella actitud pasiva, que puede llegar a ser considerada modo de obstaculizar la acción de la justicia. En determinadas circunstancias, la actitud negativa del reo a colaborar en la práctica de la prueba puede ser considerada como *ficta confessio*. La **prescripción** es aquella cláusula escrita que se coloca al comienzo de la fórmula, que contiene la alegación de una circunstancia de hecho que el juez ha de entrar a valorar en primer lugar y que, de ser acreditada y estimada, pondría fin al proceso, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto. Por ejemplo, la extinción de la acción por el transcurso del plazo para interponerse. En este sentido, se afirma que la acción reivindicatoria prescribe a los treinta años, mientras que la aquiliana de daño lo hace al año. La **excepción** es una cláusula extraordinaria de la fórmula en la que el reo alega la existencia de una circunstancia de hecho que de ser probada llevaría a la absolución o atenuación de responsabilidad. Frente a ésta, el actor puede oponer la *replicatio*, a la que el reo contesta a través de la *duplicatio*.

La ordenación sistemática de las acciones y los recursos procesales

El Edicto del pretor, mucho antes de su compilación definitiva y de adquirir rango de ley perpetua, puede ser considerado como un potente factor de renovación del ordenamiento jurídico de origen consuetudinario y legal, *ius civile*. En materia procesal civil, otorga protección a las relaciones de *ius gentium privatum* de tipo comercial entre ciudadanos y extranjeros, *inter cives et peregrinos*. Al mismo tiempo, facilita la recepción de estas figuras en el Derecho interno y las hace accesibles a los negocios de los ciudadanos romanos entre sí. Pero lo más importante es constatar la influencia de los principios procedentes de la Dialéctica, la Tópica, la Retórica y la Oratoria tanto en el proceso penal acusatorio como en el proceso civil. Este sometimiento de la administración de justicia a criterios racionales ha de permitir, con el tiempo, ir más allá del ámbito de las soluciones estrictamente casuísticas para llegar a la elaboración de un sistema completo y coherente. Se trata del llamado Derecho honorario: *Ius honorarium est quod praetores introduxerunt, adiuvandi, supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter*

*utilitatem publicam.*

No puede afirmarse que el pretor, que carece del poder de legislar, haya creado derecho sustantivo, es decir, declarativo de derechos y deberes subjetivos y regulador de relaciones jurídicas. Pero lo cierto es que, a partir de recursos formales, otorgando protección procesal y extra-procesal a determinadas situaciones, más allá del ordenamiento civil tradicional, llega al resultado de instaurar un ordenamiento jurídico que se consolida, gracias a la metodología inspirada en criterios sólidos de razón práctica, y se perpetúa hasta el extremo de garantizar así la continuidad en esta materia. Constituye, asimismo, la base del sistema institucional que va a crear la jurisprudencia.

Las fórmulas de las acciones en el Edicto perpetuo (*Edictum perpetuum*)

Fórmula es documento escrito en que consta la estructura lógica propia de cada tipo de acción, siendo sus partes ordinarias el nombramiento de juez, la premisa del razonamiento condenatorio y, de modo alternativo, la premisa del razonamiento absolutorio. Nos hallamos ante la disyuntiva siguiente:

La premisa del razonamiento condenatorio es proposición hipotética, cuyo antecedente es la *intentio* o fundamento de la pretensión del actor y cuyo consecuente es el mandato de condenar al reo (*condemnatio*). La *intentio* puede ser cierta o incierta (precedida de *demonstratio*); *in ius concepta* o *in factum concepta*.

La premisa del razonamiento absolutorio es, también, proposición hipotética, cuyo antecedente es la negación de la *intentio* y cuyo consecuente es el mandato de absolver al reo (*absolutio*).

La redacción de la fórmula viene precedida, en la época republicana, por la cláusula de nombramiento del juez privado (particular elegido por los litigantes de común acuerdo, o bien designado por el pretor, unilateralmente, entre los propuestos en una lista preparada al efecto).

Junto a esas partes ordinarias, pueden aparecer, en su caso, otras que denominamos extraordinarias, como la *praescriptio*, *exceptio*, *replicatio*, *duplicatio*.

## Análisis de la fórmula de la reivindicatoria

Uno de los casos prácticos que pueden dar lugar a esta acción es el que resumimos a continuación: Tras el fallecimiento del testador Antonio, su hermano y heredero universal Adriano reivindica el fundo Corneliano frente al pacífico poseedor del mismo, Marco. Éste alega que, antes de morir, Antonio se lo vendió y entregó, aunque no ha pasado todavía el plazo de la usucapión (*exceptio rei venditae et traditae*). El actor prueba el hecho adquisitivo del dominio por parte del causante Antonio, mediante la citada usucapión, negando que, con posterioridad la propiedad haya sido transmitida. Todo depende de la prueba que aporte el reo.

*Octavius iudex esto.*

*Si paret fundum Cornelianum quo de agitur ex iure quiritium Auli Agerii esse, neque ea res arbitrio tuo Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato.*

*Si non paret, absolvito.*

El análisis de la fórmula de la acción reivindicatoria del Edicto perpetuo nos permite identificar las tres cláusulas ordinarias: Nombramiento de juez privado; premisa del razonamiento condenatorio con *intentio* y *condemnatio*; Premisa del razonamiento alternativo absolutorio con negación de la *intentio* y *absolutio*. Podría haber también cláusulas extraordinarias como la *exceptio* y la *praescriptio*, cuando el reo no se limita a negar sino que afirma un hecho en su favor.

1.- Nombramiento de juez privado: Esta cláusula sólo figura en la fórmula del periodo republicano. Durante la época republicana la sentencia no es dictada por el magistrado jurisdiccional, sino que la dicta el jurado popular en lo penal y el juez privado en lo civil, pero de acuerdo con las instrucciones del pretor. El juez es un particular elegido por las partes, entre una lista de jueces, al que el pretor da el encargo de emitir sentencia.

2.- Premisa del razonamiento condenatorio.- Se trata de un juicio o proposición de carácter hipotético o condicional con antecedente, *intentio*, y consecuente, cláusula restitutoria y en su defecto *condemnatio pecuniaria*. La *intentio* expresa el hecho alegado por el actor, que debe probar y que sirve de fundamento a la pretensión del actor. En este caso, el hecho adquisitivo del dominio, negando implícitamente que, con posterioridad, la propiedad haya sido transmitida. Por ejemplo, la compraventa, la donación, la aceptación y adjudicación de la herencia, etc. Tomemos el ejemplo de la adjudicación de la herencia. La prueba plena del dominio se hace mediante la usucapión o transcurso del plazo legal de posesión continuada desde el acto adquisitivo, por parte del causante en este caso supuesto.

En segundo término, el consecuente, esto es, la cláusula restitutoria y, en su defecto, la *condemnatio pecuniaria*. Se trata de la pretensión del actor, que el

juez debe conceder en caso de acreditación del dominio.

Todo esto tiene lugar, en caso de que el reo se limite a negar. Pero podría incluir una *exceptio*, en su favor, alegando un hecho que ha de probar y que, en su caso, llevará a su absolución. Por ejemplo, la excepción de que la cosa le fue vendida y entregada por el causante antes de su fallecimiento.

3.- Premisa del razonamiento absolutorio. Contiene dos partes antecedente y consecuente. Antecedente es la negación de la *intentio*, por falta de prueba del hecho alegado o bien por la prueba del hecho alegado como *exceptio*. Consecuente es la pretensión del reo, es decir, la absolución.

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>La argumentación jurídica, de origen dialéctico, y realizada a partir de los lugares comunes que ofrece la Tópica legal, tiene dos manifestaciones fundamentales. La primera de ellas es la relativa a la acreditación de aquellos hechos jurídicos que conforman el caso práctico. En otros términos, se trata de dar respuesta a la denominada <i>quaestio facti</i>. Mientras que el segundo modo de argumentación, centrado en la llamada <i>quaestio iuris</i>, viene a determinar cuál es el derecho concreto aplicable y aplicado al caso que ha sido acreditado previamente.</p> <p>Distinguimos, pues, dos grandes grupos de lugares comunes o tópicos: Los <i>loci communes ad probationem factorum</i>, por una parte, y los <i>loci communes ad demonstrationem iuris</i>, por otra. Entre los tópicos probatorios (de constatación y valoración de indicios) se encuentra la “escritura pública fidedigna”, la escritura privada fehaciente”, la “confesión” o el “testimonio fidedigno”. Y entre los demostrativos (de inserción en el sistema normativo y evaluación subsiguiente) está la “equidad”, la “autoridad” de la ley y la jurisprudencia, la “correlatividad”, la “diferencia”, la “similitud”, la “contrariedad”, etc.</p> <p><b>Prueba lato sensu</b> es toda actividad cognoscitiva del desarrollo práctico jurídico, realizada tanto en vía extraprocesal como procesal, tendente a poner de manifiesto la certeza y credibilidad de las alegaciones de hecho realizadas por el sujeto. Pero, <b>stricto sensu</b>, la prueba se circunscribe a determinados trámites procesales relativos a la aportación del material indiciario y a su valoración. Se trata de un deber o carga, <i>onus probandi</i>, que corresponde a las partes, sin perjuicio de la competencia del magistrado-juez. En el proceso civil y en el proceso penal acusatorio, corresponde plenamente a la parte interesada que afirma, mientras que, en el proceso penal inquisitorio y mixto, el magistrado asume la importante función instructora.</p> <p>Ante todo, tenemos presente la expresión <i>da mihi factum, dabo tibi ius</i>, máxima de origen canónico que es expresión del principio dispositivo frente al inquisitivo. Asimismo, <i>iura novit curia</i> (Principio medieval de raíz romana, que impone al juez el deber de conocer el Derecho, de asesorarse y de interpretarlo, sin poder alegar oscuridad; <i>De qua re iudex cognoverit pronuntiare cogendus erit</i>: D. 5, 1, 7, 4 pr. Puede incluso corregir el razonamiento demostrativo de las partes.</p> <p>Estos aforismos establecen una dualidad de regímenes jurídicos, puesto que, por un lado, imponen a las partes litigantes, actor y reo, la carga de la prueba de los hechos alegados, <i>onus probandi</i>, y, por otro, imponen al magistrado-juez el deber de conocer el derecho y resolver cualquier caso que pueda plantearse</p>
---	---

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>Prueba es, pues, razonamiento o argumentación inductiva que parte de indicios, directos o indirectos, para llegar, en conclusión, a la acreditación o no del caso concreto planteado.</p> <p>Sujetos: Las partes tiene el deber de alegar y probar los hechos, ya que éstos constituyen el fundamento de sus pretensiones. Y ello, sin perjuicio de que el magistrado-juez, que no es mero receptor de hechos, pueda, sobre todo en vía criminal inquisitoria, realizar las indagaciones pertinentes complementarias.</p> <p>Objeto: Hecho o caso práctico singular, esto es, manifestación singular de fenómenos que responden a las leyes naturales de la física o la biología, o bien a la intención o voluntad humana. Objeto de prueba son los hechos positivos controvertidos, quedando excluidos los negativos, notorios, ficticios, presuntos, juzgados y no controvertidos. Con carácter excepcional, forman también parte del objeto de la prueba el derecho consuetudinario y el derecho extranjero.</p> <p><b>Los hechos jurídicos.- Concepto y clases</b></p> <div data-bbox="539 817 2040 1094" style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p>Hecho jurídico es elemento objetivo y subjetivo del caso práctico (eventual o actual), expresado a través de proposiciones y juicios descriptivos de carácter interrogativo, negativo o afirmativo; afirmativo inmediato, si es <i>notum per se ipsum</i>, o bien afirmativo mediato por argumentación probatoria.</p> <p>Igualmente, el caso eventual o actual es inseparable del derecho objetivo y subjetivo, en cuanto criterio aplicable y aplicado al mismo, expresado a través de proposiciones y juicios prescriptivos generales y facultativos singulares, e incluso descriptivos, de carácter interrogativo, negativo o afirmativo; afirmativo inmediato, <i>in claris non fit interpretatio</i>, o bien afirmativo mediato por argumentación demostrativa.</p> </div> <p>A diferencia del derecho objetivo, que está formado por un sistema predeterminado de principios, normas y respuestas casuísticas, el campo de los hechos jurídicos de la vida práctica se encuentra abierto a un número indefinido de casos singulares, entre los cuales podemos establecer divisiones y subdivisiones basadas en las nociones de similitud y diferencia. Es posible, pues, estructurar tal conjunto de hechos con arreglo a unas clasificaciones que responden a criterios diversos.</p>
---	---



<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>De acuerdo con el criterio fundamental de clasificación, distinguimos los “hechos notorios” de los “hechos no notorios”. Los primeros, evidentes por sí mismos y accesibles a todos de modo permanente, no son susceptibles de controversia ni cuestionamiento. Se asimilan a éstos aquellos otros que son objeto de acta de notoriedad y algunos más. A los hechos notorios se asimilan también los ficticios (declarados existentes o inexistentes por razón de utilidad, contra la realidad objetiva) y los presuntos, <i>iuris et de iure</i> y <i>iuris tantum</i> (reconocidos por razón de utilidad, a pesar de ser dudosos). E incluso, los no controvertidos y los juzgados, cuya existencia es confirmada por la sentencia firme declarativa.</p> <p>A propósito de los hechos no notorios, nos centramos en la categoría del hecho controvertido, que comprende, por un lado, el llamado “hecho positivo” (esto es, la afirmación de su existencia) y, por otro, el “hecho negativo” (esto es, la negación de su existencia).</p> <p>Atendiendo a otro criterio de clasificación, hablamos de “hechos singulares y concretos” y de “hechos genéricos”. La primera categoría abarca todas y cada una de las específicas manifestaciones de la práctica jurídica, descrita en el marco de las coordenadas de espacio y tiempo y objeto de catalogación con arreglo a la norma jurídica. La segunda categoría comprende los hechos tipificados por la ley, para protegerlos y ampararlos, o bien para sancionarlos con la nulidad, la indemnización o la pena. Nos referimos, también, a los hechos naturales y humanos; en relación con estos últimos, cabe una subdivisión fundamental, en el sentido de separar claramente los lícitos o conformes a derecho de los ilícitos o antijurídicos.</p> <p><b>Los tópicos o lugares comunes de la argumentación probatoria</b></p> <p><i>Notorium non eget probatione et semper valet.</i> Junto a la evidencia inmediata, la notoriedad tiene su medio principal de manifestación en la escritura, según el aforismo <i>verba volant scripta manent</i>.</p> <p><i>Fictum iuris non eget probatione et semper valet.</i> Ejemplos: Persona jurídica, representación, unanimidad: <i>quod publice fit per maiorem partem ad universos refertur</i>, nacimiento del concebido: <i>nasciturus pro iam nato habetur, confessus pro iudicato habetur</i>, no desconocimiento jurídico: <i>ignorantia iuris non excusat ...</i> Ficción negativa de</p>
---	--

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>inexistencia de condición: art. 793 CC: <i>La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste.</i></p> <p><i>Praesumptum iuris et de iure non eget probatione et semper valet.</i> Ejemplos: Conocimiento jurídico del juez: <i>iura novit curia</i>; veracidad de la cosa juzgada: <i>res iudicata pro veritate accipitur</i>; fraude de acreedores a título gratuito: art. 1297: <i>Se presumen realizados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.</i></p> <p><i>Praesumptum iuris tantum non eget probatione et donec probetur contrarium valet.</i> Ejemplos: Fraude de acreedores a título oneroso: art. 1297: <i>Se presumen realizados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título oneroso</i>; inocencia; buena fe.</p> <p><i>Non controversum non eget probatione et valet in iudicio.</i> Aquel que en momento alguno ha sido objeto de duda o controversia, admitido sin más por todos. Es decir, reconocido de modo explícito por confesión <i>a priori</i>, a diferencia de la confesión <i>a posteriori</i> de un hecho controvertido inicialmente.</p> <p><i>Iudicatum pro veritate accipitur</i></p> <p><i>Controversum positivum est probandum; negativum non est probandum</i></p> <p><i>Praesumptum facti vel hominis valet</i></p> <p><i>Actore non probante reus est absolvendus</i></p> <p><i>In dubio pro reo</i></p>
---	---

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>A partir de la recepción de la Dialéctica y la Retórica, la práctica de la prueba admite cuatro modalidades: 1.- Reconocimiento inmediato de hechos exentos; 2.- Prueba principal por indicios notorios directos; 3.- Prueba supletoria por indicios notorios indirectos y 4.- Criterios supletorios</p>
	<p>Definimos la prueba como argumentación y razonamiento, de carácter inductivo, cuyas premisas son los indicios notorios, directos o indirectos, para llegar a la conclusión de la acreditación o no del caso concreto cuestionado. Ello ha de entenderse, sin perjuicio de la interpretación deductiva de la norma reguladora de la prueba.</p> <p>1.- Reconocimiento inmediato de hechos exentos</p> <p>Tiene por objeto los hechos que pasamos a definir a continuación:</p> <p>Notorio: Es aquel que resulta evidente por sí mismo y accesible a todos de modo permanente, que no necesita prueba y no admite controversia y que, además, constituye indicio para probar el no notorio. Por ejemplo, un terremoto, el comportamiento habitual en público de una persona, la vida práctica política, económica y social, el elemento corporal de la costumbre y la posesión, etc. La notoriedad viene centrada en el ámbito de los hechos objetivos perceptibles por los sentidos, no en el de los subjetivos internos no susceptibles de tal percepción sensorial. Se asimila al notorio, en el sentido de que no admite controversia, el acta de notoriedad o documento escrito redactado de modo inmediato por fedatario público sobre datos externos y objetivos. Su medio de manifestación es la escritura pública, con arreglo al aforismo <i>scripta manent</i>. La notoriedad, pues, ha de ser entendida en sentido amplio, de modo que no solo comprende el “hecho notorio considerado en sí mismo” que todos pueden percibir, sino determinados “indicios notorios de otros hechos no notorios”.</p> <p>Ficticio: Es aquel que viene reconocido por la norma, por razón de utilidad, a pesar de no ser real.</p> <p>Presunto <i>iuris et de iure</i>: Es aquel que viene reconocido por la norma, por razón de utilidad, sin necesidad de prueba, a pesar de ser dudoso y sin admitirse prueba en contrario. Presunto <i>iuris tantum</i>: Es aquel que viene</p>

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>reconocido por la norma, también por razón de utilidad, sin necesidad de prueba, a pesar de ser dudoso, pero mientras no se pruebe el hecho contrario.</p> <p>No controvertido: Es aquel hecho no notorio que en ningún momento ha sido objeto de duda, sino que ha sido admitido por ambas partes sin más como evidente, por confesión expresa o de modo tácito.</p> <p>Juzgado: Es aquel hecho que ya ha sido declarado probado en sentencia firme.</p> <p>2.- Prueba principal por indicios directos (hechos notorios o asimilados e indicios notorios)</p> <p>Tiene por objeto o <i>quaestio facti</i> los hechos que no son notorios ni asimilados a ellos, es decir, no evidentes por sí mismos. Nos centramos, pues, en el hecho controvertido, esto es, aquel que, en principio, es afirmado por una de las partes contratantes y negado por la contraria, de tal modo que la afirmación ha de ser probada, no la negación. Ej.: Supuesto delito de apropiación indebida, antes de la sentencia. Se basa en tópicos o criterios racionales de argumentación probable. Tal argumentación se realiza a través de unas premisas y términos medios, entre los que destacan los indicios notorios, esto es, documentos escritos en que se refleja la realización del hecho controvertido. Estos indicios notorios pueden ser públicos o privados, inmediatos, cuando el redactor ha presenciado el hecho, o mediatos, cuando dicho redactor se limita a recoger aquello que otros, las partes o los testigos, han presenciado. Se distingue también entre indicios de descripción o de transcripción, puesto que unos tratan de describir los elementos objetivos externos y otros de transcribir los elementos subjetivos internos, como la voluntad o el consenso. El acta de notoriedad es descriptiva y la escritura pública negocial suele describir y transcribir.</p> <p>Orden de prelación de medios, conforme a la tópica:</p> <p>1º.- Escritura pública, redactada de forma inmediata por funcionario competente en el ejercicio de sus facultades. En cuanto a la descripción, hace prueba plena e irrefutable, frente a otro contradictorio, mientras no sea objeto de sentencia dada en juicio criminal por falsedad documental. Y si se trata de transcripción, mientras no haya sentencia firme declarativa de vicio de la voluntad.</p>
---	---

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>2º.- Escritura notarial, redactada de forma inmediata por fedatario público, en materia de testamentos y de actos <i>inter vivos</i> como los dispositivos de bienes inmuebles. En cuanto a la descripción, hace prueba plena e irrefutable, salvo falsedad documental. Y si se trata de transcripción, mientras no haya sentencia firme declarativa de vicio de la voluntad. A él suele asimilarse la escritura privada firmada por tres testigos.</p> <p>3º.- Escritura privada, inmediata y descriptiva, hace prueba plena si es fidedigna y no viene contradicha por otros elementos probatorios.</p> <p>4º.- Confesión. Declaración del reo, generalmente, reconociendo la veracidad de las alegaciones de la parte contraria, de la que se toma constancia por escrito. Ha de ser reiterada, libre y no desvirtuada por otro elemento contradictorio. En vía civil, no sólo es medio de prueba sino que equivale a sentencia firme condenatoria y, por tanto, a título ejecutivo. Es frecuente en la práctica, debido a los beneficios a que puede acogerse el declarante.</p> <p>5º. Otros medios, como la declaración de testigos, de la que se toma constancia por escrito, en virtud del deber de veracidad sancionado por el crimen de falso testimonio. Ha de ser realizada por dos o más personas, de forma unánime, y vale siempre que no aparezca otro elemento contradictorio.</p> <p>6º.- Acumulación de medios que, siendo insuficientes cada uno de ellos por separado, valen conjuntamente. <i>Quae singula non prosunt collecta iuvant</i>. El desarrollo de la doctrina de la prueba tasada lleva, incluso, a la admisión, en Derecho intermedio, de medios parciales o fraccionarios susceptibles de acumulación entre sí.</p> <p>3.- Prueba supletoria por indicios indirectos</p> <p>Es aplicable a hechos que no son susceptibles de prueba directa, como los subjetivos internos. Ej.: El supuesto <i>animus rem sibi habendi</i> del caso práctico. Se basa no en los tópicos de la razón de probabilidad, sino en criterios de convicción. Se admite por razones prácticas, en relación con hechos subjetivos internos que no son susceptibles de aprehensión por los sentidos. Es medio de carácter no objetivo, sino subjetivo, pues se basa en la convicción del juez. <i>Praesumptum facti vel hominis</i> es, por tanto, aquel hecho de cuya existencia ha quedado convencido el juez</p>
---	--

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>por acumulación de indicios indirectos suficientes.</p> <p>4.- Criterios subsidiarios</p> <p>Supuesto el deber inexcusable de juzgar y sentenciar y dado que en la vida práctica puede producirse el caso en que falte la plenitud de la prueba o en que la prueba sea dudosa, se establecen diversos criterios subsidiarios favorables, por razones de utilidad.</p> <p><b>Ejemplo ilustrativo de razonamiento probatorio (Caso práctico de apropiación indebida)</b></p> <p>Con carácter preliminar, conviene recordar en qué términos se plantea el problema de la prueba del supuesto delito de Gerardo, esto es, de la acción u omisión delictiva, antijurídica y culpable, frente a la presunción <i>iuris tantum</i> de inocencia, cuyo significado y alcance no habría sido alterado sustancialmente, tras haber sido objeto de recepción en el marco del Derecho constitucional.</p> <p>En efecto, el problema de la prueba del delito se plantea frente a la presunción <i>iuris tantum</i> de inocencia, que ha de ser desvirtuada. En este sentido, se establece una clara distinción entre el elemento objetivo del tipo y el elemento subjetivo interno e intencional. En cuanto a dicho elemento externo y objetivo, se exige la prueba plena. En este caso, tal exigencia ha quedado cumplida por medio del atestado policial: Documento redactado por la autoridad competente, que constituye indicio notorio suficiente del hallazgo del vehículo retenido y no restituido, 45 días después de la fecha de devolución. Más dificultades presenta la prueba del elemento subjetivo o anímico. Si admitimos la doctrina tradicional romanística y rebajamos, por razón de las dificultades prácticas, el rigor probatorio, nos bastaría con una prueba por indicios notorios indirectos.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>El razonamiento probatorio, a través de la <i>praesumptio facti vel hominis</i> de dolo criminal o <i>animus rem sibi habendi</i>, tiene como premisas un cúmulo de proposiciones de hecho sobre indicios notorios indirectos, que permiten llevar al juez a la convicción de la existencia de dicha intención. Entre ellos, citamos los siguientes: Transcurso de un largo periodo de tiempo. Hallazgo del vehículo por parte de la policía. Estacionamiento del mismo en lugar próximo a la sede de la Empresa. Inconsistencia de la excusa o prórroga verbal por tiempo indefinido.</p> </div>
---	---

<p><b>1.- RAZONAMIENTO PROBATORIO</b></p>	<p>La jurisprudencia penal, en materia probatoria de la intención delictiva, se encuentra ante el problema de la distinción entre “dolo civil” y “dolo criminal”, siendo conscientes los juristas contemporáneos de las dificultades que lleva consigo el intento de trazar la línea divisoria entre ambos hechos anímicos. En este sentido, se afirma que el criterio de separación entre “incumplimiento contractual civil” y “delito de apropiación indebida” radica en que, en el primer supuesto, no existe voluntad apropiativa, sino simplemente un retraso querido o una imposibilidad transitoria de cumplimiento de la obligación de devolver. Mientras que, en el segundo, existe un propósito de incorporar la cosa al patrimonio propio en perjuicio de su titular. De este modo, sólo cuando el engaño, el abuso de confianza o el quebrantamiento de la lealtad debida rebase el ámbito civil para encuadrarse en los tipos penales, puede hablarse de consumación del delito.</p> <p>Y, en cuanto al problema de la prueba de la supuesta prórroga, lo más importante es constatar que el rango constitucional de la presunción de inocencia no altera la regla de carga probatoria de las circunstancias atenuantes y eximentes, más allá de la competencia propia del juez instructor. Rige, pues, la regla de origen romano sobre reparto de la carga, <i>onus probandi</i>, por lo que se impone este deber a la parte que alega dicha circunstancia en su favor, es decir, al acusado. De modo que el acusador puede limitarse a negar.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Razonamiento demostrativo o interpretativo del derecho aplicable y aplicado al caso</b></p> <p>Los Tratados de Tópica legal tradicional establecen una clara distinción entre los tópicos o lugares comunes empleados en la prueba, <i>loci ad probationem factorum</i>, y aquellos otros utilizados en la demostración o interpretación, <i>loci ad demonstrationem iuris</i>. No confundimos, pues, el razonamiento probatorio de los hechos y actos jurídicos, centrado en una actividad cognoscitiva de un objeto determinado, anímico o externo, y el razonamiento demostrativo que consiste en una actividad de naturaleza valorativa y facultativa que, en última instancia, culmina con una decisión, ya sea la de abstenerse, o bien la de declarar o de ejecutar algo. Se trata, en suma, de valorar el derecho objetivo y subjetivo preexistente, de manera preventiva o consecutiva, esto es, antes o después del caso, ya sea éste no controvertido o controvertido.</p> <p>Por tanto, en sentido amplio, la demostración es una modalidad de razonamiento y argumentación jurídica, realizada con el fin de aplicar el derecho en el caso singular, tanto en materia extra-procesal o negocial interpersonal como procesal o judicial. Todo ello se inspira en dos ideas fundamentales que se expresan a través de los aforismos latinos “<i>ignorantia iuris non excusat</i>” y “<i>iura novit curia</i>” y abarca juicios y proposiciones de muy diversa naturaleza, a saber, prescriptivos, fácticos y facultativos. Están presentes aquí las tres dimensiones del fenómeno jurídico: la deontológica o prescriptiva, relativa al deber ser; la ontológica o descriptiva, a propósito del ser y, en último análisis, la potestativa, referida al poder, en su sentido más amplio, desde la libertad hasta la responsabilidad, eventual y derivada.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>“Interpretación preventiva” es aquella que presenta naturaleza unilateral, puesto que se ejerce por el sujeto individual, antes de realizar su actos, de abstención, de declaración de voluntad, de ejecución etc., y se inspira en el principio <i>ignorantia iuris non excusat</i>. En la eventualidad de una infracción, el infractor no podría alegar desconocimiento de la norma.</p> <p>“Interpretación consecutiva no contenciosa” es aquella que presenta naturaleza multilateral, ya que está a cargo de ambas partes, activa y pasiva, de la relación jurídica, con ocasión de los actos amparados por el consenso y la aceptación general, según la expresión <i>tacitus consensus populi</i>.</p> </div>
---	--



<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>La interpretación preventiva, con arreglo al aforismo <i>ignorantia iuris non excusat</i>, será, unas veces, real y, otras, ficticia. En efecto, si establecemos que la ignorancia del derecho no puede ser alegada como excusa de su incumplimiento, estamos admitiendo, como si fuera real, un hecho que no siempre se da, el conocimiento del derecho por parte del sujeto que actúa. Con mucha frecuencia, la experiencia práctica nos muestra que los sujetos actúan sin tener el pleno conocimiento de los presupuestos normativos y de sus consecuencias. Esta <i>fictio iuris</i> responde a razones de utilidad, pues de otro modo la vigencia del orden jurídico carecería de alcance general. En definitiva, la interpretación preventiva no existe en aquellos supuestos de ignorancia real y, en otros muchos, responde a una conciencia, individual y colectiva, más bien de carácter moral, político, económico y social que jurídico. En último término, contra dicha ficción, cabe la prueba de circunstancia concreta excluyente de la capacidad jurídica o de la capacidad obrar, así como de eximente de responsabilidad criminal que afecte a la intención del sujeto.</p> <div data-bbox="539 699 2051 817" style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p>“Interpretación consecutiva contenciosa” es aquella que presenta naturaleza trilateral, puesto que es realizada por las partes litigantes y en último término por el juez o árbitro, con ocasión de una controversia, y se inspira en la noción que expresa el aforismo <i>iura novit curia</i>.</p> </div> <p>Centrándonos ahora en la interpretación consecutiva y contenciosa con arreglo al aforismo <i>iura novit curia</i>, hemos de afirmar que éste es expresión del reconocimiento de un “hecho” y de un “deber”. De un hecho que no admite prueba en contrario, <i>praesumptio iuris et de iure</i>: Que el magistrado juez es conocedor del ordenamiento jurídico, por lo que no se exige alegación de parte, <i>dabo tibi ius</i>. E implícitamente, que tal ordenamiento es susceptible de conocimiento razonado. Y, asimismo, que dicho magistrado tiene el deber inexcusable de interpretarlo y aplicarlo, pero sin menoscabo del derecho, no deber, de las partes litigantes de hacer su propia alegación e interpretación, en virtud de la facultad de defensa y contradicción.</p> <p>Importancia del tema</p> <p>El tema de la demostración o interpretación presenta particular interés e importancia por diversas razones. En primer lugar, porque su alcance no se limita a dar la solución singular <i>ad hoc</i> del caso práctico planteado, sino porque además establece una respuesta razonada o precedente jurisprudencial susceptible de ser aplicado a otros</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>casos futuros asimilables. Por tanto, la conclusión de este tipo de razonamiento jurídico afecta o puede afectar tanto al campo prescriptivo como al facultativo.</p> <p>En segundo lugar, la modalidad de argumentación interpretativa adoptada constituye el criterio fundamental para establecer una clasificación de los diversos ordenamientos jurídicos en el marco de referencia del Derecho comparado, agrupándolos por afinidades en determinadas “familias”. En este sentido, es tradicional, la distinción entre los ordenamientos anglosajones del <b>case law system</b>, en los que tiene rango prevalente el método inductivo de la equidad, y los continentales del <b>code law system</b>, en los que la prioridad corresponde al método deductivo, sin perjuicio de la equidad como criterio complementario o alternativo. Así sucede en materia de arbitraje <i>ex bono et aequo</i>.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>La equidad da lugar a un tipo de interpretación que definimos como argumentación inductiva, cuyas premisas son los elementos ponderados del caso práctico acreditado y los precedentes casuísticos y cuya conclusión viene dada por el consecuente de derecho objetivo y subjetivo</p> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>El Código da lugar a un tipo de interpretación que definimos como argumentación de carácter preferentemente deductivo, cuya premisa mayor es el antecedente de derecho objetivo y subjetivo, siendo la premisa menor, o término medio, el caso práctico acreditado y la conclusión el consecuente de derecho objetivo y subjetivo</p> </div> <p>Distinguimos, pues, tres elementos: 1. Antecedente de derecho objetivo y subjetivo, 2. Hecho acreditado y 3. Consecuente de derecho objetivo y subjetivo. Todo ello viene expresado a través de “juicios prescriptivos”, “facultativos” y “descriptivos”.</p>
---	---

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>Juicios o proposiciones prescriptivos de derecho objetivo, facultativos de derecho subjetivo y descriptivos</b></p> <p>He aquí un texto ilustrativo que nos sirve de punto de partida:</p> <p><i>D. 1, 3, 7: Virtus legis haec est permittere imperare vetare et punire</i>  <i>Ius subiectivum lato sensu: Libertas, ius stricto sensu, debitum, cautio, actio, sanctio</i></p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>Un ejemplo ilustrativo de argumentación interpretativa del derecho es el siguiente:  Premisa mayor: 252 CP; el depositario, administrador o análogo que no restituyere la cosa será condenado como reo de apropiación indebida con la pena privativa de libertad, además de la indemnización correspondiente.  Asimismo, Gerardo ha de restituir la cosa arrendada  Premisa menor o término medio: Gerardo ha retenido injustificadamente la cosa arrendada  Conclusión: Gerardo ha de responder penal y civilmente. El arrendamiento es susceptible de apropiación indebida.</p> </div> <p><b>Juicio prescriptivo</b> de derecho objetivo expresa la valoración y regulación general vigente de la conducta que permite, prohíbe, impone o sanciona; <i>Virtus legis haec est permittere imperare vetare et punire</i>. Comprende fuentes, normas, reglas y precedentes casuísticos. Puede ser fáctico, facultativo o mixto; o, dicho en otros términos, categórico o hipotético.</p> <p><b>Juicio facultativo</b> de derecho subjetivo expresa la posición respectiva, activa o pasiva, singular y eficiente, que ocupan las partes de la relación jurídica, a partir del reconocimiento de la competencia de los entes colectivos y de la capacidad jurídica y de obrar, así como de la legitimación para actuar, de las persona físicas. Pueden ser innatos o adquiridos, precedentes y consecuentes.</p> <p><b>Juicio descriptivo</b> expresa toda circunstancia externa e interna, precedente o consecuente del devenir de los acontecimientos. Puede ser interrogativo, afirmativo o negativo; fáctico, facultativo o mixto; de carácter singular o genérico, típico o atípico.</p>
---	---

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>La complejidad del razonamiento y argumentación de carácter interpretativo o demostrativo reside en el hecho de que en él tienen cabida elementos heterogéneos que responden a las diversas dimensiones del fenómeno jurídico. Se afirma, con frecuencia, que en dicho razonamiento conviven y se interrelacionan los tres modos a través de los cuales lo jurídico se manifiesta, a saber, Derecho objetivo, Hecho jurídico, Derecho subjetivo. En efecto, tanto el término <i>ius</i>, en época clásica, como <i>directum</i>, en un periodo más avanzado, son empleados tanto en un sentido que hoy denominamos objetivo, de <i>norma agendi, ius civile, ius gentium</i>, como en otro complementario, llamado subjetivo, de <i>potestas agendi, ius suffragii, ius commercii, ius connubii</i>. El Derecho objetivo adopta un carácter genérico, mientras que el Derecho subjetivo puede presentarse de modo genérico o específico. Asimismo, la conexión o tránsito de lo primero a lo segundo se produce a través de un término medio, en el cual tiene acogida la casuística de la vida práctica, esto es, los hechos, ya se trate de hechos ajenos a la intención y voluntad humanas, o de actos, acciones, negocios, etc.</p> <p><b>Derecho objetivo</b> es criterio de valoración y orientación de la conducta, que tiende a la protección intereses compartidos y contrapuestos y a la obtención de los bienes jurídicos. He aquí las cuatro ramas que conforman el ordenamiento jurídico objetivo:</p> <p><i>Ius gentium publicum</i>, antecedente del actual Derecho internacional público, es aquel sector del ordenamiento jurídico que, mediante costumbres y tratados (<i>consuetudines, foedera</i>), regula las relaciones jurídicas entre Ciudades-Estado independientes, pero agrupadas en alianzas o federaciones, siendo el arbitraje, de derecho o <i>ex bono et aequo</i>, el modo por excelencia de resolver las controversias y quedando garantizada la coactividad por medio de la coalición interestatal de fuerzas. Se incluye aquí el Derecho del Mar.</p> <p><i>Ius gentium privatum</i>, antecedente del actual Derecho internacional privado, es aquel sector del ordenamiento jurídico que, según los principios de personalidad y territorialidad, resuelve los conflictos de normas en materia de relaciones jurídicas mixtas entre ciudadanos romanos y extranjeros, etc., siendo el arbitraje y la jurisdicción estatal, como la del pretor peregrino en Roma, los modos por excelencia de resolver las controversias y quedando garantizada la coactividad por medio del poder de ejecución forzosa de los magistrados de cada Ciudad-Estado. Se incluye aquí el Derecho marítimo.</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><i>Ius civitatis publicum</i>, antecedente de los actuales Derechos internos públicos, es aquel sector del ordenamiento jurídico que, mediante leyes, costumbres, etc., establece la organización estatal y regula las relaciones jerárquicas entre los órganos del Estado y los ciudadanos, que le corresponden según los principios de personalidad y territorialidad, siendo la jurisdicción estatal el modo por excelencia de resolver las controversias y quedando garantizada la coactividad por medio del poder de ejecución forzosa de los magistrados competentes.</p> <p><i>Ius civitatis privatum</i>, antecedente de los actuales Derechos internos privados, es aquel sector del ordenamiento jurídico que, mediante leyes, costumbres, etc., regula las relaciones jurídicas entre ciudadanos o sujetos que actúan a título particular, que le corresponden según los principios de personalidad y territorialidad, siendo la jurisdicción estatal y el arbitraje los modos por excelencia de resolver las controversias y quedando garantizada la coactividad por medio del poder de ejecución forzosa de los magistrados competentes.</p> <p><b>Hecho jurídico:</b> Caso práctico singular, eventual o actual, subsumido en el ordenamiento jurídico, que consiste en una manifestación concreta de las leyes naturales de la física o la biología, o bien de la intención o voluntad humanas.</p> <p><b>Derecho subjetivo:</b> Elemento reglado y discrecional de la conducta, en el seno de las relaciones de carácter político, económico-social y jurídico.</p> <p>La expresión derecho subjetivo, entendida en sentido amplio, comprende muy diferentes manifestaciones. El derecho de propiedad privada nos sirve, aquí, de ejemplo ilustrativo:</p> <p>Libertad: Facultad inmediata del titular de hacer por sí mismo, o bien junto a otro u otros. Ej.: Facultad del dueño de usar, percibir frutos y disponer <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i>. <i>Facultas faciendi per se ipsum</i>.</p> <p>Derecho subjetivo, en sentido estricto: Facultad mediata del titular de exigir frente a otro una conducta determinada, <i>dare, facere, non facere</i>. Ej.: Facultad del propietario de exigir frente a todos el debido respeto. <i>Facultas exigendi erga alteram partem vel erga omnes</i>.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>Deber correlativo: Vinculación o limitación de la voluntad del deudor ante la necesidad de cumplir una prestación, en favor del sujeto activo. Ej.: Deber de todos de no dañar la cosa del dueño, no sustraerla, etc. <i>Debitum, obligatio</i>.</p> <p>Garantía o responsabilidad preventiva: Carga o gravamen que recae, eventualmente, sobre los bienes patrimoniales, e incluso personales, ante la posibilidad de incumplimiento imputable del deber o de producción del daño. <i>Cautio</i>.</p> <p>Acción: Facultad del actor, frente al reo y ante el juez, de exigir la tramitación del proceso y el pronunciamiento sobre el fondo del asunto y, en su caso, a la ejecución forzosa. <i>Actio</i>.</p> <p>Responsabilidad derivada: Carga o gravamen que se ejerce sobre los bienes patrimoniales, e incluso personales, por incumplimiento imputable del deber o por producción del daño. Pena, indemnización. <i>Sanctio</i>.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>Modos de interpretación</b></p> <p>Entendida como actividad reglada y oficial, ya desde época clásica, la interpretación o demostración del derecho aplicable y aplicado al caso singular acreditado presenta tres modalidades fundamentales, a saber, principal, supletoria y subsidiaria.</p> <p>El término <i>demonstratio</i> es empleado preferentemente en los tratados de Tópica legal. La palabra <i>interpretatio</i> tiene, ante todo, un sentido originario, casuístico declarativo, <i>interpretatio ad hoc</i>, y otro derivado, prescriptivo, <i>interpretatio prudentium</i>, término que se reserva para designar la labor de los juristas romanos, considerados, por antonomasia, los intérpretes del derecho. Asesoran a las partes y al juez y recopilan las respuestas dadas a las cuestiones singulares planteadas, <i>libri responsorum</i>. Su método es, en principio, estrictamente casuístico y formalista, puesto que da primacía a las palabras utilizadas, <i>verba</i>. Pero, más adelante, tiende a elevarse, por inducción, para llegar a un desarrollo sistemático, progresivo y razonado del ordenamiento jurídico. Simultáneamente, desde finales de la República, con motivo de la Causa Curiana, se pasa de la interpretación literal rigurosa a la interpretación basada en la <i>voluntas</i> o intención de los sujetos de que emanan las normas (el legislador, el testador, los contratantes).</p> <p>Atendiendo al criterio del sujeto agente, hemos de hablar también de “interpretación auténtica” (realizada por el legislador o autor de la norma) y de “interpretación judicial”, así como de “interpretación usual”, reiterada por parte de quienes intervienen en la práctica procesal o negocial. Y, desde el punto de vista del objeto, se distingue la interpretación de la ley o legal y la del testamento, el contrato, etc., esto es, negocial.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px;"> <p>La “interpretación principal” es aquella de carácter inmediato y meramente declarativo que tiene lugar cuando el caso práctico queda subsumido de forma clara y precisa en la letra y el espíritu de la norma o de la regla jurisprudencial unánime (<i>G. 1, 7: ... si in unum sententiae concurrunt id quod ita sentiunt legis vicem optinet...</i>). A falta de unanimidad, el intérprete debe optar, entre las diversas doctrinas admitidas, por aquella que considere mejor fundada (<i>... si dissentiunt iudici licet quam velit sententiam sequi</i>). Pero ésta corresponde ya al segundo tipo de interpretación.</p> <p>La “interpretación supletoria” es aquella de carácter clarificador, integrador, corrector, etc., que se da en defecto de la anterior, en casos de oscuridad, ambigüedad, concurrencia de normas, falta de previsión o laguna, etc. Por último, al igual que ocurre en materia probatoria, contamos aquí con criterios interpretativos subsidiarios, supuesto el deber inexcusable del juez de pronunciarse sobre todo asunto de que tenga conocimiento (<i>in dubio pro reo, in dubio contra fiscum, in dubio pro operario, favor libertatis, favor testamenti etc.</i>).</p> </div>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>Interpretación principal meramente declarativa, inductiva o deductiva, basada en el tópico de equidad o autoridad</b></p> <p>El tópico interpretativo más antiguo habría sido el de la razón de equidad, puesto que permite resolver el caso singular por inducción (<i>ex bono et aequo</i>) y crear precedentes casuísticos que resulten útiles para otros casos posteriores (<i>aequitas paribus in causis paria iura desiderat</i>). Pero, con el paso del tiempo, las costumbres son objeto de redacción y van promulgándose las leyes escritas, al tiempo que los juristas elaboran repertorios de reglas o <i>libri regularum</i>.</p> <p>A partir de entonces, junto a la equidad, puede hablarse de la interpretación literal que se desarrolla, de manera inmediata y no controvertida. En este sentido, se afirma que <i>in claris non fit interpretatio; Ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationibus etc.</i> Tiene lugar cuando entre el caso práctico y el tipo preestablecido existe plena correspondencia, de modo que no se plantea duda alguna sobre su significado y alcance. Se impone entonces la necesidad de recurrir al modo más sencillo de argumentación demostrativa o interpretativa, según expresan los aforismos citados, al mismo tiempo que se prohíbe al intérprete introducir distinciones no previstas en la ley (<i>Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus</i>).</p> <p>A pesar de que el aforismo <i>in claris non fit interpretatio</i> parece excluir, por completo, la argumentación en este caso, lo cierto es que resulta imprescindible aquí el recurso a un razonamiento de subsunción más o menos complicado. En efecto, en un primer momento histórico, se aplica un criterio estrictamente literal o formal pero, a partir de la Causa Curiana, el método se hace más complejo, de modo que abarca conjuntamente tanto la letra como el espíritu de la norma. Esto supuesto, puede afirmarse que, en caso de coincidencia entre la letra y el espíritu de la norma, la solución resulta inmediata. Pero si existiera discrepancia, estaríamos ante otro tipo de argumentación, la supletoria. Entonces tendría lugar el enfrentamiento de las dos orientaciones clásicas, la que da preferencia a las palabras, <i>verba</i>, o la que otorga prevalencia a la <i>voluntas</i>. Aunque con el tiempo llegará a prevalecer esta segunda opción (D. 33, 10, 7, 2: <i>Prior atque potentior quam vox est mens dicentis</i>), he aquí un texto del Digesto en que la opinión dominante parece inclinarse por el criterio formalista externo (D. 32, 25, 1: <i>Cum verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio</i>).</p>
---	---



<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>Art. 3 CC: 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.</p> <p>Fundamento racional de la interpretación inmediata (tópico de autoridad)</p> <p>Nos preguntamos ahora qué fundamento racional tiene, dentro de la Tópica legal, la argumentación inmediata meramente declarativa. El precepto legal, cuya vigencia se limita a un ámbito temporal y espacial, no es un juicio o proposición de razón común compartida. Como ponen de manifiesto las expresiones <i>rogatio</i>, <i>abrogatio</i>, <i>derogatio</i>, <i>etc.</i>, el precepto legal constituye una convención o mandato popular, que se realiza en los comicios, órgano representativo que ratifica la propuesta del magistrado competente, <i>lex est quod populus iubet atque constituit</i>, durante la época republicana. Se trata, en realidad, de una votación o sufragio de carácter mayoritario, pero que se considera como si fuera unánime, a los efectos de atribuirle fuerza vinculante general, ficción de unanimidad: <i>quod publice fit per maiorem partem ad universos refertur</i></p> <p>El carácter meramente convencional de la norma vigente, expresado en términos pragmáticos de conveniencia y utilidad, resulta insuficiente desde el punto de vista de la Tópica legal. De modo que esta disciplina viene a imponer la necesidad de ir más allá y reforzar ese alcance inicial mediante el recurso a un plus de valor añadido o autoridad que la dote de un mínimo de certeza y objetividad. Autoridad es reconocimiento general que se tributa a los estudiosos más cualificados y a sus obras, en materia cuyo conocimiento se desarrolla a través de la opinión. La autoridad es, pues, la razón o principio racional que permite adoptar la ley como premisa de la interpretación meramente declarativa.</p> <p>El término <i>auctoritas</i> es, en efecto, muy antiguo y se atribuye al consejo o <i>consilium</i> que dan los senadores, por ser personas de la mayor experiencia, <i>auctoritas patrum</i>, cuando emiten su opinión razonada, en relación con la voluntad política de los comicios y magistrados. Se reconoce también la <i>auctoritas prudentium</i> o autoridad de los juristas a título personal y de sus obras escritas, que van transmitiéndose a las generaciones sucesivas. En la época del Principado, Augusto y sus sucesores se convierten en portadores de la autoridad, <i>auctoritas Principis</i>, llegando a utilizarla como medio para reforzar y controlar la actividad de los juristas, <i>ius respondendi ex auctoritate Principis</i>.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p>Requisitos de autoridad de la ley: Que no responda a la sola voluntad política del poder legislativo, sino que venga impregnada de la razón jurídica, a través del dictamen favorable de órganos como el Senado, el Consejo del Príncipe o el Consejo de Estado, en la actualidad.</p> <p>Requisitos de autoridad de la jurisprudencia: Que venga emanada de los juristas de mayor prestigio, miembros del Consejo del Príncipe o bien Magistrados del TS, Tribunal de Estrasburgo o de la Haya, en la actualidad. Que sea reiterada y uniforme o unánime.</p> </div> <p>En suma, de acuerdo con la Tópica legal tradicional de inspiración romanística, nos hallamos ante el lugar común de la autoridad necesaria de la ley, <i>locus communis ab auctoritate legis ad demonstrationem iuris</i> (<i>Cic. Phil. 11, 12, 28: Lex est recta ratio imperans honesta prohibens contraria</i>), al que se le atribuye el carácter de principal. Se trata del tópico o lugar común de interpretación inmediata de la norma legal, en relación con el caso previsto de forma clara y precisa, cuyo fundamento dialéctico reside en un plus de valor lógico añadido a su fuerza vinculante. La norma legal, en cuanto enunciado formal, es adoptada como expresión de un juicio prescriptivo y preventivo, fáctico-facultativo, categórico o hipotético. Prescriptivo, porque prevé casos que pueden darse en el futuro. Preventivo, porque advierte al sujeto, de modo anticipado, de las consecuencias de sus actos. Fáctico, puesto que tipifica hechos y actos, y facultativo, ya que establece la conexión entre los hechos y actos y las libertades, poderes, deberes y responsabilidades. Será también categórico, o relativo a caracteres esenciales, cuando defina un determinado elemento fáctico o facultativo, o atribuya al sujeto un derecho fundamental de carácter vitalicio, mientras que será hipotético, cuando haga depender una determinada consecuencia de un concreto antecedente.</p> <p>Ahora bien, aunque la estructura externa del juicio sea categórica o hipotética, no por ello podemos afirmar que nos hallamos ante silogismos de lógica formal, que llevan necesariamente a la verdad o falsedad. Ni siquiera se inspiran siempre en criterios de probabilidad, puesto que, a veces, prevalece la mera razón de utilidad o conveniencia.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>Interpretación supletoria clarificadora: Divergencia entre <i>verba et voluntas</i> (Causa Curiana)</b></p> <p>Los pasajes de referencia están tomados de Cicerón y del Digesto.  Cicerón: Causa Curiana:  <i>Heredis institutio: Si filius meus conceptus nascitur, heres esto</i>  <i>Heredis substitutio: Si moriatur antequam in pubertatem venerit, Curius heres esto</i>  D. 32, 25, 1: <i>Cum verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio</i>  D. 33, 10, 7, 2: <i>Prior atque potentior quam vox est mens dicentis</i></p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>La Causa Curiana es importante porque hace que la interpretación principal simplemente declarativa tenga en cuenta tanto las palabras como la voluntad y porque en caso de divergencia entre ellas, estaríamos ante un tipo de interpretación más compleja</p> </div> <p>1.- Causa Curiana</p> <p>Hechos no controvertidos:</p> <p>1.1 Testamento en que el testador Marco instituye heredero a un concebido, <i>nasciturus pro iam nato habetur</i>; asimismo, “en caso de que no llegue a la pubertad”, instituye como sustituto a Curio.</p> <p>Testamento es negocio jurídico unilateral, personalísimo, <i>mortis causa</i> y revocable por el que el testador dispone de la herencia a título universal o particular, sin perjuicio de la legítima, junto con otras disposiciones como nombramiento de tutor o reconocimiento de filiación extramatrimonial.  Institución de heredero es nombramiento de sucesor universal.  Sustitución es nombramiento de un segundo heredero en defecto del principal o de modo sucesivo.</p> <p>1.2 El concebido no llega a nacer en condiciones de viabilidad.</p> <p>1.3 El testador Marco fallece sin haber cambiado el testamento.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>1.4 Proceso civil entre el sustituto Curio, en virtud de testamento, y el hermano del causante, como sucesor intestado (<i>quaestio iuris</i>).</p> <p>2.- Criterio de los “<i>verba</i>” frente al de la “<i>voluntas</i>”</p> <p>Alegaciones:</p> <p>Por una parte, el hermano del testador alega la interpretación literal. El testamento establece literalmente que el sustituto ha de entrar en caso de que el heredero principal no llegue a la pubertad y, por tanto, exige implícitamente que haya nacido. Como no ha nacido, el testamento no es aplicable y procede la sucesión intestada. Por otra, el sustituto alega que la voluntad del testador, con independencia de las palabras, es que el sustituto sea heredero, en cualquier caso en que no pueda hacerlo el heredero principal.</p> <p>Aunque el criterio literal parece el más seguro y objetivo, se impuso el criterio interpretativo de la voluntad, difícil de constatar, porque la letra mata y el espíritu vivifica, <i>summum ius summa iniuria</i>. Cicerón, contra la literalidad, ponía el ejemplo del tratado entre Ciudades-Estado beligerantes que establecía una tregua de 20 días. Y una de las partes atacaba de noche, alegando que el escrito decía día y no decía noche.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>Interpretación clarificadora en materia de compraventa y transmisión de la propiedad</b></p> <p><i>G. 1, 7: Si in unum sententiae concurrunt id quod ita sentiunt legis vicem optinet. Si dissentiunt iudici licet quam velit sententiam sequi.</i></p> <p>Jurisprudencia es obra casuística y sistemática elaborada por los juristas, a partir de la interpretación del derecho en los casos prácticos. Si goza de autoridad puede ser considerada fuente de conocimiento del derecho, no de producción. Requisitos de la <i>auctoritas prudentium</i> son: Que sea reiterada, uniforme y que proceda de los juristas más cualificados y prestigiosos. En este caso, es susceptible de utilizarse como premisa del razonamiento de interpretación simplemente declarativa. Si no cumple estos requisitos, sólo da lugar a una interpretación clarificadora.</p> <p><i>C. 2, 3 De pactis, 20 (Emperadores Constantino y Maximiano a Marcial, año 293): Traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur.</i></p> <p>A partir de la Compilación justiniana, encontramos dos teorías a propósito de la compraventa: la no traslativa de la propiedad y la traslativa de este derecho, problema que ha llegado hasta el ordenamiento jurídico contemporáneo.</p> <p>Artículo 1473 del Código Civil: Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>Cuando la jurisprudencia aplicable al caso está dotada de autoridad, la interpretación es simplemente declarativa, pero cuando resulta divergente, la interpretación es clarificadora, como sucede en materia de compraventa y transmisión de la propiedad.</p> </div>
---	---

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>1.- Teoría de la compraventa no traslativa de la propiedad</p> <p>Se trata de un negocio originario del derecho de gentes basado en la buena fe, el deber ético jurídico de respetar la palabra dada. Puede realizarse entre ausentes, comerciantes ciudadanos o extranjeros, que se encuentran en distintas plazas, por nuncio, por carta, <i>per epistulam</i>, <i>per nuntium</i>. Los objetos pueden intercambiarse de manera inmediata, pero lo normal es que dicho intercambio tenga lugar en momentos posteriores, cuando se trata de bienes que han de transportarse o de bienes futuros: <i>emptio rei speratae</i>, <i>emptio spei</i>. En estas condiciones no sorprende que la compraventa no produzca transferencia de la propiedad, sino solo derechos de crédito y obligación. La lealtad y confianza entre comerciantes habría hecho que en un primer momento no se planteara el problema de la doble venta. Pero luego, el negocio de lugar a acciones pretorias (Edicto del pretor peregrino), <i>actio empti</i>, <i>actio venditi</i>, y más tarde es recibido en el marco del derecho civil (Edicto del pretor urbano). Los juristas se plantean la cuestión de la “doble venta” y llegan a la conclusión de que ésta es válida, de modo que la propiedad se transmite por la tradición, con el deber de indemnizar al primer comprador. Incluso la cuestión de la “venta de cosa ajena” (por ejemplo, de un bien que se espera adquirir). Es válida, de modo que si no se llegara a adquirir surge el deber de indemnizar. Por tanto la compraventa no es traslativa, ni siquiera da lugar necesariamente a la obligación de entregar la propiedad. Sólo de entregar la cosa y responder por evicción. Y ello, porque puede realizarse la venta incluso antes de haber consumado la usucapión.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>En principio, la compraventa es contrato consensual, bilateral perfecto y oneroso que produce como consecuencia, no la transferencia de la propiedad, sino la obligación del vendedor de entregar la cosa y prestar garantía por vicios ocultos y evicción, así como la obligación del comprador de pagar el precio, pero su evolución histórica da lugar a importantes transformaciones.</p> <p>Consensual, porque se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor, cualquier que sea la forma elegida por ellas para dejar constancia a efectos probatorios.</p> <p>Tradición es, en principio, modo de transmitir la propiedad, del transmitente al adquirente, por medio de la entrega material de la cosa, en virtud de una justa causa o justo título. Justa causa sería el contrato de compraventa, la sociedad o la donación; no el arrendamiento. Si el transmitente no fuera dueño, se requeriría la usucapión.</p> </div>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>2.- Teoría de la compraventa traslativa de la propiedad</p> <p>Pero, con el paso del tiempo, tiene lugar la espiritualización de la tradición: Además de la entrega real o material, se admiten otros supuestos en los que, a pesar de no darse dicha entrega material, se producen los efectos traslativos, como si se hubiera producido, por lo que podemos hablar de <i>traditio ficta</i>:</p> <p><i>T. longa manu</i>: Basta con el acto de señalar el inmueble vendido desde un altozano.</p> <p><i>T. brevi manu</i>: Cuando el adquirente ya tenía la cosa vendida en virtud de otro título distinto al de dominio, por ejemplo, como depositario.</p> <p><i>Constitutum possessionis</i>: Cuando el transmitente se la reserva, por ejemplo, como arrendatario.</p> <p><i>T. simbolica</i>: Es suficiente la entrega llaves.</p> <p><i>T. per chartam</i>: Pero el caso más importante es la tradición documental. Cuando se trata de bienes inmuebles, se impone en provincias el pago de tributos que luego con Diocleciano se extenderán a Italia. Se impone pues, por razón fiscal, la forma escrita y la inscripción en el censo o catastro. Y precisamente el otorgamiento de escritura pública equivale a tradición, por lo que la perfección del contrato es acto traslativo del dominio.</p> <p>En suma; la compraventa más evolucionada es traslativa del dominio, sin necesidad de tradición, siendo el vendedor dueño, por lo que la “doble venta” es nula e ineficaz. Y la “venta de cosa ajena” es, también, nula e ineficaz.</p> <p>En suma, la compraventa es negocio traslativo y produce las obligaciones de intercambio material de bienes y garantías. Salvo que medie el pacto de reserva de dominio.</p> <p>Esta teoría presenta el inconveniente de que no explica la venta de cosas futuras. También es criticable, en relación con la protección del tercero adquirente de buena fe <i>a non domino</i>, especialmente, si es de bien inmueble e inscribe en el Registro de la propiedad.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>Modalidades de “interpretación supletoria”: Clarificadora e integradora</b></p> <p>Nos preguntamos, ahora, qué ocurriría, si la interpretación “principal”, simplemente declarativa, no pudiera ser aplicada. Se trataría de ir más allá de la literalidad, considerada como medio de expresión precisa de la voluntad interna, y ello por motivos diversos: oscuridad de las palabras, ambigüedad, contradicción etc. Entonces resultaría preciso acudir a otros criterios supletorios. En este sentido, el intérprete tiene a su disposición un amplio elenco de tópicos destinados a la argumentación clarificadora e integradora del derecho. Nos referimos, más en particular, a la ubicación sistemática del precepto en el cuerpo legal, a los antecedentes de derecho histórico o a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada. Disponemos también de aquellos otros que están destinados a resolver problemas de conflicto o concurrencia de dos o más normas sobre el mismo caso. Otros, en cambio, permiten afrontar cuestiones de regulación imperfecta, entre los cuales se encuentran los siguientes: Correlatividad (<i>Iura et debita correlativa sunt. Posito uno correlativorum, ponitur et alterum. Sublato uno, tollitur quoque alterum</i>); Accesoriedad (<i>Accesorium sequitur principale</i>); Totalidad (<i>In toto et pars continetur</i>); Causalidad (<i>Qui affirmat antecedens, is cogitur quoque affirmare et consequens. Qui negat antecedens, is intelligitur negare et consequens</i>); Similitud (<i>Ubi est eadem ratio, ibi idem ius; Favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda</i>); Diferencia (<i>Separatorum, separata ratio iuris</i>); Contrariedad (<i>Posito altero, tollitur alterum; Sublato altero, ponitur alterum</i>).</p> <p>Hemos de citar también los tópicos interpretativos que, basados en la idea de comparación, hacen posible la llamada argumentación <i>a fortiori</i>, en sus dos modalidades usuales, esto es, “de lo mayor a lo menor”, <i>a maiore ad minus</i>, y “de lo menor a lo mayor”, <i>a minore ad maius</i>. Nos hallamos ante ejemplos de aplicación de los mismos, cuando razonamos diciendo que “quien puede lo más, puede también lo menos” y que “prohibido lo menos, se entiende también prohibido lo más”. Particular importancia presenta la <i>analogia legis et iuris</i>, puesto que ésta se encuentra, de modo preferente, a la base de la jurisprudencia creadora.</p> <p>Art. 4.1 CC: Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.</p> <p>Es incluso admisible, en defecto de los recursos anteriores, el argumento indirecto que no pretende ofrecer la solución correcta a la <i>quaestio iuris</i>, sino que se limita a dar una respuesta, en base a la idea de que cualquier otra</p>
---	---



<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>sería imposible o quedaría excluida por reducción al absurdo: <i>Ex pluribus interpretationibus, illam praeferre oportet, per quam evitatur absurdum</i>. Por ejemplo: excluir la llamada <i>probatio diabolica</i> en la interpretación de la regulación de la prueba y admitir otra modalidad.</p> <p>Interpretación basada en los antecedentes históricos</p> <p>En la actualidad, se recurre, con frecuencia, al razonamiento que trata de resolver determinadas cuestiones, planteadas en el ámbito del Derecho contemporáneo, mediante la alegación de los precedentes del Derecho histórico. En especial, los del Derecho romano y de la tradición romanística, que se transmiten a través de los textos del <i>Corpus Iuris Civilis</i> y las fuentes de la Recepción, sobre todo, Las Partidas. Por ejemplo, en materia de acciones que tutelan el dominio o propiedad privada, el Código Civil, art. 348, hace referencia únicamente a la acción reivindicatoria, mientras que la jurisprudencia reiterada y unánime del TS ha llegado a admitir también la acción negatoria y la acción publiciana, <i>actio negatoria</i>, <i>actio Publiciana</i>. Parecidas consideraciones podemos hacer a propósito de la figura de la <i>hereditas iacens</i>, esto es, de la herencia yacente, considerada desde el momento de la delación, en que es ofrecida al heredero, hasta el de la adición o adquisición.</p> <p>Interpretación aplicable ante la concurrencia o conflicto de leyes</p> <p>Son también muy frecuentes y relevantes las controversias que se plantean en torno a la presencia de dos o más normas diversas que resultan aplicables, en principio, al mismo caso. En determinadas circunstancias, la solución del conflicto viene dada por el principio excluyente de una de ellas y selectivo de otra, <i>non bis in idem</i>, mientras que, en circunstancias de concurrencia, hemos de recurrir al enunciado opuesto <i>bis in idem</i>. He aquí las dos opciones posibles:</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>Cuando nos hallemos ante un problema de duplicidad o multiplicidad de normas, siendo uno sólo el bien jurídico protegido, concurso de leyes en conflicto, habremos de otorgar preferencia a una de ellas, excluyendo cualquier otra posibilidad. Todo ello se produce, de acuerdo con los criterios siguientes: <i>Lex superior derogat legi inferiori</i> (con arreglo al principio de jerarquía normativa); <i>lex specialis derogat legi generali</i> (ejemplo típico es el relativo a</p> </div>
---	--

<b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b>	<p>la regulación de la figura general de homicidio y las figuras especiales de parricidio, infanticidio, magnicidio, asesinato, etc.); <i>lex principalis derogat legi supletoriae vel subsidiariae</i> (Ej.: El Código Civil español es ley supletoria con respecto a los ordenamientos especiales o forales, art. 13.2).</p> <p>En el ámbito del Derecho procesal, el principio <i>non bis in idem</i> puede hacerse efectivo a través de varios recursos, a saber, <i>denegatio actionis</i> (inadmisión a trámite de la demanda); <i>exceptio rei in iudicium deductae</i> (excepción de litispendencia); <i>exceptio rei iudicatae</i> (excepción de cosa juzgada).</p>
	<p>Los conflictos de normas planteados en el marco del Derecho interregional e internacional, privado, penal, fiscal, etc., han de resolverse mediante la aplicación de criterios diversos, entre los que se encuentra la alternativa “personalidad-territorialidad”.</p>
	<p>Cuando se trate de proteger diferentes intereses o de tutelar bienes jurídicos diversos, con el fin de cumplir varias funciones jurídicas, tendrá lugar la acumulación de efectos, como sucede en el concurso de delitos (conurrencia de leyes) o en la exigencia simultánea de responsabilidad civil y penal, <i>bis in idem</i>. Se dice que el concurso es real en el caso de varias acciones delictivas concatenadas acumulables en juicio (Ej.: robo y lesiones) y que es concurso ideal cuando una sola acción supone la comisión de varias infracciones (Ej.: El disparo contra la mujer embarazada que puede ser considerado bajo el prisma de los crímenes de homicidio y aborto).</p>
	<p>Interpretación integradora del derecho: argumentación por analogía</p> <p>Ya desde Roma, el ordenamiento jurídico positivo puede ser dividido en dos grandes apartados: Uno de ellos es aquel que tiene su fuente de producción primaria en el principio de legalidad o de autonomía exclusiva del poder público, expresado de diversos modos (por ejemplo: <i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>), en cuyo caso la interpretación jurisprudencial se desarrolla, sobre todo, a través de la función clarificadora. Son incluidos aquí el Derecho penal, el Derecho fiscal, etc. El otro sector del ordenamiento, en cambio, tiene su fuente, de manera conjunta, tanto en el principio de autonomía del poder público como en el de autonomía de la voluntad de los sujetos particulares que intervienen en las relaciones jurídicas y, por tanto, la interpretación jurisprudencial encuentra en la analogía su método preferente de creación, metodología derivada de los usos reiterados en la</p>

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>vida práctica. Forman parte de esta sección el Derecho comercial, el Derecho civil contractual y hereditario, etc. Incluso en el ámbito del Derecho penal, en que se excluye la <i>analogia in malam partem</i> y sólo se admite la llamada <i>analogia in bonam partem</i>, lo cierto es que no siempre se da el crimen o delito puro en la vida real, esto es, con encaje perfecto en el tipo legal preestablecido, puesto que, como la experiencia demuestra, es muy frecuente el delito complejo en que concurren elementos de diversos tipos. He aquí la razón de la relevancia del concurso de delitos.</p> <p>En efecto, el ordenamiento positivo vigente establece una regulación, comprensiva de casos típicos y figuras simples, de carácter necesariamente reducido (<i>numerus clausus</i>), mientras que la experiencia práctica pone de manifiesto una pluralidad indefinida de casos singulares, de difícil encaje en un molde sencillo, cuyos elementos evolucionan con el paso del tiempo. Más en particular, la libertad y autonomía de la voluntad de los sujetos permite que sus actos y negocios no se limiten a reproducir simplemente los esquemas preestablecidos, sino que se adapten a las necesidades concretas más complejas (<i>numerus apertus</i>). Por muy diversas razones, resulta imposible que los tipos legales expresen exhaustivamente la totalidad de los casos que pueden darse en la vida práctica y que den cuenta de todas y cada una de las facultades comprendidas en las libertades personales y patrimoniales.</p> <p>Hemos de admitir, pues, la existencia de lagunas de la ley o norma positiva vigente. Pero ello es así sólo en el sentido de deficiencias formales que pueden y deben ser superadas, en todo caso. Ya sea a través de los recursos que ofrece el orden de prelación de fuentes, ya sea por mediación de los razonamientos de la Tópica legal. En último término, no cabría admitir la existencia de lagunas del derecho, puesto que si se admitiera, el juez podría quedar liberado del deber de resolver, en todo caso, cualquier asunto que pudiera plantearse.</p> <p>La argumentación por analogía permite cubrir las lagunas y vacíos de la ley y las normas vigentes, mediante la integración. He aquí algunos textos fundamentales sobre esta materia:</p> <p>Principio de legalidad criminal y penal:  <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege</i>. Formulación contemporánea que tiene su origen en D. 50, 16, 131, 1.</p> <p>Principio general de autonomía de la voluntad:</p>
---	---

<b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b>	<p><i>Omnia mihi licent nisi lege vetentur</i>  <i>Pacta sunt servanda.</i> Esta última expresión se inspira en los Comentarios de Ulpiano al Edicto del pretor, en materia de pactos o convenciones.</p> <p><i>Ubi est eadem ratio, ibi idem ius (Commentarius ad Digestum Vetus 9, 2, 32)</i>  <i>Favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda.</i> Se trata de una formulación medieval canonística, cuyos antecedentes romanos se encuentran en expresiones como la de D. 1, 3, 18: <i>Benignius leges interpretandae sunt.</i></p>
	<p>La analogía o lugar común de similitud es el fundamento de la argumentación que permite resolver casos no previstos pero análogos a los típicos regulados en la ley e incluso casos atípicos, todo ello por identidad de razón, próxima o remota, y ya sea con resultado extensivo o restrictivo, según se trate de preceptos o principios favorables o no favorables.</p>
	<p>ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO ANALÓGICO</p> <p>PREMISA MAYOR</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Ley, que regula expresamente un determinado caso típico, o principio general, que incluye una pluralidad de casos típicos y, en ocasiones, también atípicos</li> <li>2.- Catalogación de la norma o principio, como favorable o desfavorable</li> </ol> <p>PREMISA MENOR</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Caso práctico no previsto, ya sea similar al típico, o bien atípico, que no puede ser objeto de subsunción inmediata, en el enunciado fáctico o facultativo</li> <li>2.- Identidad de razón, <i>eadem ratio</i>, ya sea próxima o remota, entre el caso no previsto y el caso típico, o bien entre el caso atípico y el principio general supletorio.</li> </ol> <p>CONCLUSIÓN:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Extensiva (si la ley es favorable). Ya sea por <i>analogia legis</i> (si el caso es análogo al típico) o por <i>analogia iuris</i> (si el caso es atípico).</li> <li>2.- Restrictiva (si la ley es desfavorable)</li> </ol>

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>La interpretación analógica en materia de derechos reales y de derechos de crédito</b></p> <p><i>Dominium est ius utendi fruendi et abutendi rei suae</i></p> <p>Art. 348 CC: La propiedad es derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.</p> <p><i>Actio confessoria in rem</i>  <i>D. 7, 1, 1: Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia</i>  <i>Actio locati et actio conducti, in personam</i>  <i>D. 19, 2, 15: Ex conducto actio in personam datur</i></p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>La interpretación analógica del precepto relativo a las facultades del propietario presenta carácter restrictivo en materia de derechos reales (<i>numerus clausus</i>), de modo que no son admitidas figuras similares a las típicas ni atípicas, mientras que, en materia de derechos de crédito y obligación, presenta carácter extensivo (<i>numerus apertus</i>), siendo admitidas tanto figuras similares a las típicas (<i>analogia legis</i>) como atípicas (<i>analogia iuris</i>).</p> </div> <p>Dominio o propiedad privada es derecho real pleno que otorga a su titular, dueño o propietario, las más amplias facultades, de usar, percibir frutos y disponer <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i>, a título oneroso y gratuito, derecho real defendido en juicio mediante diversas acciones entre las que destaca la reivindicatoria ejercitable <i>erga omnes</i>.</p> <p>El derecho de propiedad constituye el núcleo esencial, a partir del cual se desarrolla todo el derecho patrimonial, en campo de los derechos reales como en el de los derechos de crédito y obligación.</p> <p>1.- Interpretación o analogía restrictiva en materia de derechos reales y gravámenes de la propiedad (elasticidad del dominio).</p> <p>Sólo se admiten las figuras típicas reguladas legalmente, quedando excluidas las similares y las atípicas.</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p>Derecho real es determinada facultad del titular sobre una cosa y facultad de exigir a todos el debido respeto, defendidas en juicio por medio de la correspondiente acción <i>in rem erga omnes</i>. Puede darse sobre cosa propia o cosa ajena; <i>ius in re propria, ius in re aliena</i>.</p> </div> <p>En la categoría de los derechos reales sobre cosa ajena, se hallan las servidumbres prediales, el usufructo y afines, la fiducia, la prenda y la hipoteca. En último término, la enfiteusis y la superficie.</p> <p>Definimos el usufructo, diciendo que es <i>ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia</i>. Derecho real que otorga al usufructuario las facultades de usar y percibir los frutos, defendido en juicio mediante la vindicación usufructuaria ejercitable <i>erga omnes</i>.</p> <p>¿Cómo se constituye el usufructo? Por testamento; por ejemplo, cuando el testador instituye heredero al hijo y nombra al cónyuge superviviente usufructuario vitalicio en la casa familiar. Pero se constituye también por contrato, que puede ser a título oneroso o gratuito.</p> <p>2.- Interpretación analógica extensiva en materia de derechos de crédito y obligación:</p> <p>Más en particular, nos centramos en el arrendamiento de cosa, <i>locatio-conductio rei</i>:</p> <p>El derecho arrendaticio es derecho de crédito del arrendatario frente al arrendador, que comprende la cesión del uso y disfrute de la cosa y el mantenimiento en la misma, que se extingue, entre otras causas, con el paso del tiempo y la venta (<i>emptio tollit locatum</i>), defendido en juicio por la acción de locación <i>in personam</i>. Por tanto, si se pierde la detentación de la cosa, la acción suele ir contra el arrendador, no siendo oponible a terceros.</p> <p>¿Cómo se constituye el derecho de crédito de arrendamiento? Por contrato consensual.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>Contrato consensual, bilateral perfecto y oneroso, entre arrendador y arrendatario, que no produce derechos reales, sino que da lugar a la obligación del primero de ceder al segundo el uso y disfrute de una cosa mueble o</p> </div>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>inmueble, durante el tiempo establecido, y a la obligación del arrendador de pagar la renta periódica y, en último término, de restituir.</p>
	<p>Por razón próxima o <i>analogia legis</i>, admitimos el arrendamiento típico con pactos añadidos. Entre ellos, se encuentra aquel que excluye la aplicación de la norma legal, <i>emptio tollit locatum</i>.</p> <p>Por razón remota o <i>analogia iuris</i>, admitimos varias figuras: Precontrato, Subcontrato, Arrendamiento con opción de compra, Leasing, Lease back, Renting, etc.</p> <p><b>La argumentación realizada a contrario sensu</b></p> <p>La Tópica de Cicerón, ya desde finales de la República, se hace eco de la idea de contrariedad en materia de interpretación del derecho. El ejemplo que pone este autor, en materia de derecho real de usufructo, se basa en la oposición que enfrenta a las nociones de usus y abusus, junto a las de “permitido” y “prohibido”. Las correspondientes proposiciones alternativas son las siguientes: Directa: los actos de uso están permitidos; Inversa: las acciones abusivas están prohibidas.</p> <p>A partir de Cicerón, los juristas van a aplicar esa idea con muchísima frecuencia, a juzgar por la infinidad de reglas que responden a este modelo de pensamiento. En efecto, la estructura del razonamiento a sensu contrario comprende una premisa mayor en la que figuran dos proposiciones relacionadas entre sí, cada una de ellas con antecedente y consecuente, una directa y otra inversa, de modo que frente al antecedente de la primera se encuentra antecedente opuesto y, al mismo tiempo, frente al consecuente de la primera se halla su opuesto. La oposición es entendida en términos de exclusión o incompatibilidad, contraria simul esse non possunt. A veces estas dos proposiciones o juicios, de sentido directo y contrario, se encuentran formulados de manera explícita en la ley o en la jurisprudencia autorizada. Otras veces, sólo una de ellas se encuentra explícita, hallándose la otra implícita.</p> <p>A continuación, en la premisa menor figura el caso práctico acreditado, que es susceptible de subsunción inmediata en una de las dos proposiciones alternativas, mutuamente excluyentes. En último término, la conclusión no es más</p>

<p style="text-align: center;"><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>que el resultado de subsumir dicho caso en la proposición que resulte apropiada y no en la otra.</p> <p>Por tanto, la dificultad de este tipo de razonamiento reside en la formulación de dos enunciados que figuran en la premisa mayor, cuando uno de ellos se encuentra implícito. Por lo tanto, su función más que integradora es declarativa y literal, entendido este carácter en sentido amplio comprensivo de elementos tanto expresos como tácitos.</p> <p>D: Si prohibetur alienatio usque ad certum tempus, C: permittitur post illud tempus</p> <p>D: Si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt legis vicem optinet, C: Si dissentiunt, iudici licet sententiam quam velit sequi</p> <p><b>Interpretación del art. 252 del Código Penal:</b> <b>Jurisprudencia del TS sobre las obligaciones contractuales susceptibles y no susceptibles de apropiación indebida</b></p> <p>Como viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el delito de apropiación indebida se encuentra tipificado, en los Códigos penales contemporáneos, de acuerdo con el criterio de <i>numerus apertus</i> de figuras contractuales y obligacionales. Y ello, a pesar de las rigurosas exigencias del principio de legalidad criminal y penal. Ciertamente, el legislador no puede ofrecer la lista exhaustiva y cerrada de todos y cada uno de los títulos, esto es, contratos y negocios jurídicos que son susceptibles de apropiación indebida. Como tampoco puede hacerlo en relación con la de aquellos otros que no lo son. He aquí la redacción del precepto en cuestión:</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>Art. 252 CP: Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.</p> </div>
---	---



<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>Resulta que el art. 252 CP contempla expresamente los contratos de depósito, comisión y administración, sin hacer referencia a figuras como la del préstamo de uso y de consumo, el arrendamiento, etc. A pesar de ser una norma sancionadora, lo cierto es que presenta una redacción que nos permite considerarla como <i>lex aperta</i>, esto es, caracterizada por el <i>numerus apertus</i> de figuras subsumibles en la misma, constituyendo un caso excepcional cuando se trata de materia penal o criminal. Así lo ha entendido la jurisprudencia de modo reiterado y unánime, argumentando a partir del sentido análogo y del sentido contrario, como ponen de manifiesto los textos que reproducimos literalmente a continuación:</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>“Son títulos idóneos para la extensión analógica de la apropiación indebida, por identidad de razón, distintos de los señalados en el tipo penal, el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con reserva de dominio, la sociedad y el arrendamiento de cosas, obras o servicios, cabiendo en el art. 252 del CP, dado el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley civil o mercantil. Sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver una cosa ajena,...</p> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>... lo que no existe en los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación...”.</p> </div> <p>El antiguo art. 252 CP admite, pues, diversas modalidades de interpretación: Declarativa, en relación con los términos legales comisión y administración; Clarificadora, con respecto al empleo de la expresión legal depósito, sin especificar si se refiere al regular o al irregular; Analógica, a propósito del arrendamiento y otras figuras no previstas, incluso atípicas; <i>A contrario sensu</i>, en relación con el mutuo y otras figuras. Contamos, también, con la interpretación declarativa, en relación con la jurisprudencia unánime, complementaria del citado precepto legal.</p> <p>En efecto, desde la entrada en vigor de artículo del Código Penal que tipifica el delito de apropiación indebida (252 antiguo y 253 actual), a lo largo de su prolongado periodo de vigencia, dicho precepto viene siendo aplicado de manera continuada, con el fin de resolver los diversos casos prácticos planteados. La redacción legal abierta, no reducida a los tres contratos explícitos “depósito”, “comisión” y “administración”, hace que su interpretación se desarrolle ampliamente, hasta llegar a la consolidación de una jurisprudencia reiterada y uniforme emanada del Tribunal Supremo. Gracias a la interpretación en sentido analógico y en sentido contrario, ha sido posible identificar qué tipo de obligaciones contractuales, además de las explícitas, pueden dar lugar a responsabilidad criminal por delito de apropiación indebida y cuáles no resultan idóneas a este propósito.</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>En Derecho patrimonial, la obligación del deudor viene a ser el elemento correlativo del derecho de crédito que tiene el acreedor. Los juristas la definen diciendo que es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de cumplir una prestación. Ésta es identificada mediante determinados verbos en infinitivo: <i>dare, facere, non facere, praestare</i>. <i>Dare</i> significa deber de entregar una cosa en concepto de propiedad o posesión. <i>Facere</i> se refiere a cualquier tipo de prestación positiva distinta de <i>dare</i>. <i>Non facere</i> alude al deber de abstención. <i>Praestare</i> significa asumir un determinado grado de responsabilidad por daño o pérdida de la cosa que ha de ser entregada. Por tanto, la doctrina distingue en todo vínculo obligatorio dos elementos: el débito y la responsabilidad, eventual y derivada. La obligación es, además, el derecho a proceder contra los bienes del deudor en caso de incumplimiento imputable. Y ello, sin perjuicio de las responsabilidades de orden criminal y penal a que pudiera haber lugar. El término contrapuesto a <i>obligatio</i> es el de <i>solutio</i>, que significa disolución del vínculo obligatorio, especialmente por pago o cumplimiento de la prestación. En definitiva, si las fuentes de las obligaciones son el contrato y el delito, la <i>solutio</i>, en sentido amplio, comprende los diversos modos de extinción.</p> <p>Interpretación de derecho privado contractual y de derecho penal</p> <p>De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, entendemos que, en el delito de apropiación indebida, el bien jurídico protegido es la propiedad, cuando existe obligación de restituir a su dueño o propietario dinero, efectos o cosas muebles. Por tanto, se trata de un delito que tiene a su base la existencia de un hecho previo o acuerdo contractual, cuya consecuencia es una determinada relación jurídica crediticia-obligacional entre acreedor y deudor, de Derecho civil o mercantil. Hemos de aplicar, ante todo, la legislación contractual, al caso práctico planteado y acreditado.</p> <p>Sirva de ejemplo ilustrativo el caso práctico ya conocido del contrato de alquiler de vehículo. Al tratarse de un hecho no controvertido, no plantea especiales dificultades el razonamiento probatorio. Sin embargo, más problemática resulta la interpretación, al no ser posible realizar una subsunción simplemente declarativa, en el derecho privado vigente, de un contrato de rent a car, cuya naturaleza es atípica. Y ello, por varias razones:</p> <p>1ª.- No pertenece al ámbito de las relaciones inter-ciudadanas, quedando al margen de la regulación del arrendamiento de cosas, obras y servicios del Código Civil.</p> <p>2ª.- Se sitúa, más bien, en el marco de la actividad comercial y mercantil, pero no se encuentra regulado en el Código de Comercio, ni en la legislación especial.</p> <p>3ª.- La jurisprudencia viene reconociendo esta figura, a partir de su desarrollo en la vida práctica más reciente, en base al principio general de autonomía de la voluntad.</p> <p>4ª.- Además, presenta carácter complejo porque lleva consigo otro contrato, el de seguro.</p> <p>En conclusión, el enunciado legal abierto permite recurrir al principio general de autonomía de la voluntad, <i>pacta sunt servanda</i>, y dar solución al caso en el marco de la <i>analogia iuris</i>.</p> <p>Nos hallamos, pues, ante una argumentación, en parte, de derecho privado y, en parte, de derecho penal. La primera tiene por</p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>objeto determinar, a partir del contrato, cuáles son las obligaciones derivadas del mismo.</p> <p>A continuación, la interpretación en materia criminal, por analogía y <i>a contrario sensu</i>, es realizada para determinar la posible responsabilidad penal por delito de apropiación indebida, cometido con ocasión del incumplimiento de la obligación contractual.</p> <p><b>Interpretación clarificadora y <i>a contrario sensu</i> del término legal “depósito”</b></p> <p><i>Depositum regulare: Rei depositae proprietas apud deponentem manet ... (D. 16, 3, 17, 1)</i></p> <p><i>Depositum irregulare: (Pecuniae numeratae depositae proprietas apud deponentem non manet)</i></p> <p><i>Societates argentariorum: Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod universitas debet singuli debent (D. 3, 4, 7, 1)</i></p> <p>Este último pasaje pone de relieve que, si bien no se llega todavía a la admisión de la personalidad jurídica de las sociedades de banqueros, depositarios irregulares por excelencia, al menos se admite la separación patrimonial entre la entidad y los socios, así como la limitación de responsabilidad.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>La interpretación clarificadora y <i>a contrario sensu</i> del término legal “depósito” ha producido jurisprudencia reiterada y uniforme del TS, a tenor de la cual el depósito regular es susceptible de apropiación indebida, mientras que el depósito irregular no lo es.</p> </div> <p>1.- El depósito regular como contrato susceptible de apropiación indebida</p> <p>Definición jurisprudencial:  Contrato real, bilateral imperfecto y gratuito, que produce la obligación del depositario de custodiar y restituir la cosa depositada y la obligación eventual del depositante de reembolsar gastos de conservación, reparación, mantenimiento etc.</p> <p>Es real, porque no basta con el acuerdo de voluntades entre las partes; se exige además la entrega de la cosa, pero no en concepto de propiedad sino de mera detentación, por lo que la obligación del depositario es de devolver una cosa ajena.</p>
---	---

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>En conclusión, el depósito es susceptible de apropiación indebida en cuanto a la obligación del depositario de custodiar y restituir, pues se trata de <i>restituere rem alienam</i>.</b></p> <p>2.- El depósito irregular como contrato no susceptible</p> <p>Contrato real, unilateral y oneroso, que produce la obligación del argentarius de restituir la cantidad depositada, en cualquier momento que lo pida el depositante, más los intereses correspondientes. Puede ser bilateral perfecto, si se pacta una comisión en favor del banquero.</p> <p>Es real, porque no basta el acuerdo de voluntades entre las partes; se exige además la entrega de la cosa, en concepto de propiedad, por lo que la obligación del depositario <i>argentarius</i> es la de restituir una cosa propia y dado que, sólo sobre cosa ajena, cabe delito contra la propiedad, <i>a sensu contrario</i> no cabe sobre cosa propia. <b>Afirmamos, en conclusión, que el depósito irregular no es susceptible de apropiación indebida.</b></p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>En la práctica del negocio bancario, aparecen otras figuras más complejas. Se trata de los contratos literales de apertura de cuenta y de documento al portador. <i>Codex accepti et expensi</i>: apertura de cuenta en favor del cliente o anotación de la cantidad depositada en el haber, <i>acceptum</i>, como ingreso. O entrega de documento al portador de reconocimiento de débito, de carácter abstracto, cuya naturaleza se aproxima a la del título ejecutivo. Tienen la virtud de novar la obligación derivada del contrato real. Al igual que ocurre con el depósito irregular ninguna de estas figuras es susceptible de apropiación indebida.</p> </div> <p><b>Interpretación analógica y <i>a contrario sensu</i> de la expresión legal “otro título”, en materia de comodato y de mutuo</b></p> <p><i>Commodatum:</i>  <i>D. 13, 6, 8: Rei commodatae, et possessionem et proprietatem retinemus</i></p> <p><i>Mutuum:</i>  <i>Genus nunquam perit. Species perit ei cui debetur</i></p>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p>La interpretación analógica y <i>a contrario sensu</i> de la expresión legal “otro título” ha producido jurisprudencia reiterada y uniforme, en materia de préstamo de uso o comodato y de préstamo de consumo o mutuo, de modo que, según expresa el TS, el comodato, por analogía con el depósito regular, es susceptible de apropiación indebida, mientras que el mutuo, por oposición, no lo es.</p> </div> <p>1.- El comodato como contrato susceptible de apropiación indebida</p> <p>Definición jurisprudencial  Contrato real, bilateral imperfecto y gratuito, que produce como consecuencia la obligación del comodatario de restituir la cosa prestada y la obligación eventual del comodante de reembolsar posibles gastos de conservación, reparación, etc.</p> <p>Real, porque además del acuerdo hace falta la entrega de la cosa, pero en concepto de detentación.  Bilateral imperfecto, porque se obliga el comodatario a restituir y eventualmente el comodante a reembolsar gastos de conservación, reparación, etc.  Gratuito, pues el pacto de remuneración lo convierte en arrendamiento.</p> <p><b>Conclusión: El comodato da lugar a una obligación de restituir cosa ajena, luego cabe la apropiación indebida (iniusta retentio rei alienae).</b></p> <p>2.- El mutuo como contrato no susceptible de apropiación indebida</p> <p>2.1 Definición jurisprudencial del mutuo civil:  Contrato real, unilateral y gratuito, en principio, que produce como consecuencia la obligación del mutuario de restituir el equivalente en cantidad y calidad a la cosa prestada, obligación defendida en juicio mediante la acción declarativa de cantidad cierta de dinero y en vía ejecutiva mediante la ejecución patrimonial universal y en concurso de acreedores.</p> <p>Real, porque no basta con el solo acuerdo de voluntades, sino que es necesaria la entrega de la cantidad prestada en concepto de propiedad.  Unilateral, porque únicamente queda obligada el prestatario a restituir otro tanto de la misma especie y calidad.  Gratuito, en principio, porque no genera intereses, salvo pacto o convenio contrario.</p>
---	---

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><b>Conclusión: El mutuo no es susceptible de apropiación indebida, puesto que da lugar a una obligación de “restituere rei propriae.”</b></p> <p>Sólo ha lugar a responsabilidad civil exigible por medio de la <i>Actio certae creditae pecuniae</i>: Demandante o actor en ella es el que alega se prestamista y niega el pago, en particular, y, en general, cualquier circunstancia extintiva de la obligación. En cuanto al demandado: Tiene tres opciones fundamentales, a saber, o confesar, o negar, o bien alegar circunstancia extintiva, por medio de <i>exceptio</i>; por ejemplo, <i>exceptio doli</i>.</p> <p>2.2 Mutuo mercantil</p> <p>Contrato real-literal, <b>re et litteris</b>, puesto que no se entrega dinero metálico sino dinero fiduciario, mediante anotación contable, <i>codex accepti et expensi</i> o título al portador <i>chirographum</i>.</p> <p>Unilateral, porque únicamente queda obligada el prestatario a restituir otro tanto de la misma especie y calidad. Oneroso, ya que se deben intereses, pero limitados legalmente, por razón del riesgo que asume el prestatario; sin límite legal, en cambio, cuando es el prestamista quien asume el riesgo de la operación.</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>El problema del riesgo: Supuesto que el objeto prestado es cosa genérica y rige la regla <i>genus non perit</i>, el deudor no puede alegar circunstancias fortuitas, como causas de exoneración de responsabilidad civil por incumplimiento. Por tanto, los intereses no pueden superar el tope legalmente establecido. Pero en el Derecho marítimo del Mediterráneo antiguo se admite el préstamo marítimo, <b>foenus nauticum</b>. El prestamista asume el riesgo de la operación, puesto que sólo tiene derecho a la restitución si la nave llega a buen puerto; a cambio, los intereses son muy elevados. Se trata de la condición expresada en términos como “<i>si navis ex Asia venerit</i>”.</p> </div> <p>Los contratos de préstamo suelen llevar como accesorio un contrato de garantía pignoratícia o hipotecaria, que producen una acción ejecutiva, singular e individual, privilegiada, con respecto al procedimiento ordinario universal y concursal.</p> <p><b>Interpretación analógica y a contrario sensu de la expresión legal “otro título”, en materia de prenda e hipoteca</b></p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px 0;"> <p>La interpretación analógica y a contrario sensu del término legal “otro título” ha producido una jurisprudencia reiterada y uniforme que permite, ahora, una interpretación simplemente declarativa, en materia de prenda e hipoteca</p> </div>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>He aquí algunas expresiones latinas ilustrativas:</p> <p><i>D. 34, 2, 9, 13: Accessorium sequitur principale</i></p> <p><i>Actio pignoratitia in personam directa et contraria</i>  <i>Actio pignoratitia in rem</i>  <i>Actio hypothecaria in personam</i>  <i>Actio hypothecaria in rem</i></p> <p><i>D. 20, 4, 11 pr.: Prior tempore potior iure</i></p> <p>El principio general según el cual lo accesorio depende de lo principal se basa en la distinción de dos regímenes jurídicos, el principal o independiente, válido <i>per se ipsum</i>, y el accesorio, dependiente del primero, que no vale por sí mismo. Por tanto, podemos establecer tres criterios básicos, relativos a la constitución, contenido y extinción:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Si el régimen principal no existe, no puede constituirse el accesorio</li> <li>2.- El accesorio puede ser igual o menor que el principal pero no mayor</li> <li>3.- Extinguido el principal queda automáticamente extinguido el accesorio</li> </ol> <p>En materia de garantía de las obligaciones, la relación principal viene dada por el contrato de préstamo, en sus diversas modalidades, <i>mutuum</i>, <i>foenus</i>, <i>foenus nauticum</i>, etc., mientras que el régimen accesorio corresponde a la contratos de garantía personal (fianza, solidaria o subsidiaria) y real (fiducia, prenda, hipoteca y anticresis). Nos centramos, ahora, en la prenda, real y convencional, y la hipoteca, circunscrita al derecho provincial.</p> <p>En relación con esta última, constatamos regla de la prioridad temporal, puesto que la cosa, por ejemplo el inmueble, puede ser hipotecado varias veces, desde la instauración del censo provincial, tanto a efectos recaudatorios como civiles. Dicha regla general establece que la hipoteca más antigua prevalece. Es la que se ejecuta y, tras la ejecución, las sucesivas se extinguen, porque el adquirente adquiere libre de estos gravámenes. La excepción a la prioridad temporal es la hipoteca privilegiada, más en particular, la del Fisco o la de restitución de la dote.</p>
---	---

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-bottom: 10px;"> <p>El contrato principal de mutuo suele venir acompañado del contrato accesorio de prenda o de hipoteca, los cuales se encuentran tutelados en el Edicto del pretor por medio de las acciones pignoratias <i>in personam et in rem</i>, o bien de las acciones hipotecarias <i>in personam et in rem</i> y, por tanto, producen efectos en materia de derechos de crédito y obligación y de derechos reales.</p> </div> <p><b>1.- Régimen principal</b></p> <p>Mutuo o préstamo de consumo: Contrato real, unilateral y gratuito, o bien oneroso con pacto de intereses, que consiste en el acuerdo de voluntades entre prestamista y prestatario, así como en la entrega de la propiedad del dinero, cuyas consecuencias en el momento de la perfección son reales (propiedad) y personales-obligacionales (restitución y, en su caso, intereses) y lo mismo ocurre en el de la consumación.</p> <p><b>2.- Régimen accesorio</b></p> <p>2.1 Contratos</p> <p>Prenda es contrato real, bilateral imperfecto y de garantía de las obligaciones, entre acreedor pignoraticio, prestamista, y deudor pignoraticio, prestatario, que produce efectos en materia de derechos de crédito y obligación, de posesión y derechos reales.</p> <p>Hipoteca es contrato consensual, en principio, unilateral y de garantía de las obligaciones, entre acreedor y deudor hipotecarios, que produce efectos en materia de derechos de crédito y obligación y de derechos reales.</p> <p>2.2 Derecho de crédito</p> <p>El acreedor pignoraticio se obliga a restituir la posesión de la cosa empeñada, extinguida la obligación del mutuo, o a restituir el excedente en caso de ejecución por impago. El deudor pignoraticio a reembolsar eventuales gastos de conservación o mantenimiento. Facultades tuteladas por la <i>actio pignoratia in personam</i>.</p> <p>El acreedor hipotecario se obliga a otorgar carta de pago, extinguida la obligación del mutuo, o a restituir el excedente en caso</p>
---	--



<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>de ejecución por impago. Facultad tutelada por la <i>actio hipotecaria in personam</i>.</p> <p><b>En definitiva, la prenda es susceptible de apropiación indebida, en relación con la cosa pignorada y el excedente, mientras que la hipoteca lo es, únicamente, respecto al excedente.</b></p> <p>2.3 Derechos reales</p> <p>Prenda o hipoteca son derechos reales sobre cosa ajena que consisten en la facultad del acreedor pignoraticio o hipotecario de proceder, en caso de impago, al embargo y venta en pública subasta, de forma singularizada, de la cosa empeñada o hipotecada, cualquiera que sea su dueño. Facultad tutelada por la acción pignoraticia o hipotecaria <i>in rem</i>.</p> <p><b>Conclusiones</b></p> <p>Resulta evidente que, para entender correctamente el significado y alcance de la jurisprudencia contemporánea autorizada en esta materia, es preciso remontarse a la clasificación romana de los contratos, en las cuatro categorías clásicas: Reales, verbales, literales y consensuales. Y a la clasificación de las obligaciones, atendiendo al objeto, expresado por medio de un verbo en infinitivo: <i>Dare, facere, non facere, praestare</i>, Del mismo modo, resulta fundamental no confundir los conceptos de derecho real y de crédito, ni los de propiedad, posesión y detentación.</p> <p>A su vez, las citadas clasificaciones materiales o sustantivas se han elaborado por los juristas romanos sobre la base de la sistemática de las figuras adjetivas o procesales del Edicto del pretor. Más en particular, la distinción institucional entre “derechos reales” y “derechos de crédito y de obligación” tiene su origen en una distinción de carácter edictal y procesal: aquella que se establece entre <i>actiones in rem</i> y <i>actiones in personam</i>.</p> <p>Asimismo, a partir de las acciones declarativas plenarias y de los interdictos o acciones de tutela sumaria, podemos comprender la naturaleza del derecho de propiedad y de la posesión. No hemos de confundir, pues, propiedad, posesión y detentación. La propiedad es derecho real pleno, que se mantiene aunque se pierda la posesión ...</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin-top: 10px;"> <p>Possessio: Tenencia de una cosa, <i>corpus</i>, de forma no violenta, ni clandestina ni en precario, <i>nec vi, nec clam, nec precario</i>, como propia, <i>animus</i>, que está defendida, frente a todo acto de perturbación privación, mediante un procedimiento interdictal sumario.</p> </div>
---	--

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p><i>Interdicta possessoria</i>: Medios de defensa de la posesión, a través de un procedimiento sumario en que se alega un acto de perturbación o desposesión, con el fin de que se prohíba dicha perturbación o se ordene la restitución de la cosa, sin entrar en el fondo del asunto ni producir eficacia de cosa juzgada.</p> <p>Detentación: Tenencia de una cosa de forma pública y pacífica no protegida <i>erga omnes</i>, por medio de los interdictos, sino mediante <i>actio in personam</i>, como ocurre con el arrendatario, comodatario, depositario, etc.</p>
	<p>Acciones declarativas (<i>in rem</i> e <i>in personam</i>; plenarias y sumarias) y ejecutivas</p> <p>Como ya se ha expuesto, la acción es el derecho del actor, frente al reo y ante el magistrado-juez, a la tramitación del proceso declarativo, así como al pronunciamiento sobre el fondo del asunto controvertido e incluso al proceso de ejecución forzosa, en defecto de la voluntaria. Hemos de distinguir, pues, entre acciones declarativas y ejecutivas. Las primeras son aquellas que tienen por objeto un pronunciamiento sobre los antecedentes de hecho y la aplicación del derecho, así como el oportuno fallo condenatorio o absolutorio del reo.</p> <p>Por lo que se refiere a las acciones declarativas, establecemos otra subdivisión fundamental, esto es, entre <i>acciones in rem et acciones in personam</i>. Las acciones <i>in rem</i> cumplen la función reipersecutoria o restitutoria de la cosa material y son oponibles frente a cualquiera que la tenga, o que ejerza una facultad sobre ella, o pueda llegar a tenerla. Dichas acciones están a la base de los derechos reales, propiedad y gravámenes o <i>iura in re aliena</i>. Las <i>acciones in personam</i> cumplen las funciones represora del delito o crimen y reparadora del daño, extracontractual o derivado de incumplimiento contractual, y son oponibles únicamente frente al acusado o deudor demandado, salvo en los casos en que se admite la transmisión pasiva. Dichas acciones se encuentran a la</p> <p>Las acciones declarativas ordinarias o plenarias son aquellas que dan lugar a un proceso en que el juez entra en el fondo del asunto y se pronuncia, en último término, mediante una sentencia que produce eficacia de cosa juzgada material y formal (<i>res iudicata pro veritate accipitur; post rem iudicatam nihil quaeritur</i>).</p> <p>Entendemos por interdicto posesorio o acción de tutela sumaria de la posesión, el recurso que da lugar un tipo de procedimiento caracterizado por las notas siguientes: limitación de los medios de ataque y defensa de las partes; restricción del conocimiento del juez y sentencia sin autoridad de cosa juzgada material.</p>

<p><b>2.- RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO</b></p>	<p>Acciones ejecutivas y Procedimiento de ejecución forzosa universal-concursal y singular-individual (<i>actio iudicati</i>, <i>actio pignoratrica in rem</i>) (acción pauliana, acción subrogatoria)</p> <p>Las acciones ejecutivas tienen por objeto hacer efectivo un título también llamado ejecutivo, sobre la persona o sobre sus bienes, mediante el recurso a la coacción pública, cuando esto no se ha realizado o no puede realizarse de forma voluntaria. Por ejemplo, en el supuesto de insolvencia no completa del deudor condenado, la ejecución patrimonial puede ser ejercitada mediante embargo y venta pública de la totalidad de sus bienes, en concurso de acreedores, o bien de forma singularizada y concreta, en relación con el bien empeñado o hipotecado.</p> <p>El título ejecutivo fundamental es la sentencia firme condenatoria, no cumplida voluntariamente. También lo es la confesión o allanamiento del demandado, según el principio <i>confessus pro iudicato est</i>. Se incluyen también en este apartado el laudo arbitral y determinados documentos de reconocimiento de deuda que llevan aparejada ejecución.</p>
---	---