

## DR 29 21

Buenas noches, este es el tiempo de Revista de Derecho, tiempo de radio que dedicamos a los estudiantes de la carrera de Derecho y a todas aquellas personas que se interesan por el mundo jurídico. Revista de Derecho es un programa de la Facultad de Derecho de la UNED. Y comenzamos, hoy vamos a tratar tres temas que corresponden a primero y a quinto curso de la carrera.

En primer lugar estará con nosotros el equipo docente de Derecho Romano. Nos hablarán de las fuentes del Derecho Romano y nos harán una introducción a los casos prácticos. Después estarán con nosotros dos profesores del Departamento de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho para darnos unas orientaciones para el estudio del programa de estas dos asignaturas.

Comenzamos con Derecho Romano. Participan hoy en nuestro programa los profesores Manuel Jesús García Garrido, Luisa Elena del Portillo y Francisco Eugenio Idiaz. En primer lugar nos aclararán los conceptos de *ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium* y *ius nobun*.

Y después nos contarán cómo se analiza un caso práctico y cuál es la importancia de estos casos. Les dejamos ya con Manuel Jesús García Garrido, director del Departamento de Derecho Romano. Dentro de las fuentes del Derecho Romano los alumnos pueden encontrar en el tomo primero del libro una serie de contraposiciones, de divisiones entre *ius civile*, *ius honorarium* por una parte, *ius civile*, *ius gentium* por otra, y también la tricotomía *ius civile*, *ius honorarium*, *ius nobun*.

En relación con el *ius civile* puede decirse que esta es la fase más antigua en la evolución del Derecho Romano, puesto que por la labor de interpretación de la jurisprudencia, primero de la jurisprudencia pontifical y después de la jurisprudencia laica, sobre todo en aquella codificación primitiva que constituye la *lex duodecimtabularum*, o ley de las doce tablas, se va configurando un derecho que sirve primero a esta comunidad reducida, podríamos decir, a esta comunidad aldeana de agricultores y pastores que es la Roma primitiva, para irse extendiendo sucesivamente por todas las guerras de conquista que Roma inicia y desarrollo hasta formar un ordenamiento jurídico ya en la época republicana donde el *ius civile* tiene la parte más importante, es decir que la aportación de la jurisprudencia, primero jurisprudencia primitiva, segundo jurisprudencia republicana, tiene en esta configuración del *ius civile* a través de la *interpretatio* de estas *mores majorum*, o costumbres de los mayores, su principal importancia. Pero aparte de este núcleo primitivo, veamos otras influencias de la jurisprudencia a través del *ius honorarium* y a través del *ius gentium* y del *ius novum*. Concretamente vamos a hablar un poco ahora del *ius honorarium*.

El *ius honorarium*, derecho honorario, es, en contraposición al *ius civile*, el derecho producido por los magistrados. Las magistraturas romanas eran gratuitas, constituían honores, y de esta palabra tomará su nombre. El derecho honorario también se llamará derecho *praetorio ius*

praetorium, introducido por el praetor magistrado mayor con imperium.

El derecho praetorio, o derecho honorario, es, a tenor de la definición del jurista papineano que encontramos en el digesto, el que por utilidad pública introdujeron los praetores con el propósito de corroborar, suplir o corregir el derecho civil. La equidad que progresivamente va introduciendo el praetor hará que el derecho romano republicano tenga cierto curioso dualismo en las instituciones. Las instituciones del ius civile, del derecho civil, que el praetor no puede desconocer, y las que se van formando gracias a su impulso.

Pero todo lo que llevamos dicho no se entendería bien sin unos ejemplos. La transmisión de la propiedad de las arres Mancipi, de las cosas Mancipables, las de mayor relevancia económica, recordemos que son los fundos itálicos, o situados en Italia, los esclavos, los animales de tiro y carga, exigía ciertas solemnidades, como eran la Mancipatio o la Injurecesio. Pues bien, si alguna de estas cosas Mancipables era vendida sin haber llevado a cabo alguna de las citadas solemnidades para adquirir su propiedad, no se producía la transmisión.

La transmisión de la propiedad y el vendedor podía, según el derecho civil, reivindicar la cosa vendida al comprador, que quedaría sin la cosa comprada. Este hecho pareció injusto al praetor, y concedió al comprador un exceptio, una excepción, que podría oponer al vendedor, la excepción de cosa vendida y entregada, exceptio rei vendite tradite, y de esta forma la inicua pretensión del comprador no llegaría a producirse. De igual forma, el praetor protegía nuevas situaciones que estimaba dignas de protección mediante la concesión de nuevas acciones, acciones útiles por las que amplía la aplicación de las acciones que ya existían en el derecho civil a otros supuestos análogos, acciones ficticias por las que se considera existente una relación o cualidad jurídica aunque no exista, acciones por el hecho infactum por las que tutela nuevas relaciones de hecho no previstas en el ius civile.

Otras instituciones civiles encontrarán un paralelo más equitativo en la protección pretoria. Frente a los préstamos civiles surgirán los préstamos pretorios. Frente a la heréditas civil surgirá la más flexible monorum possessio pretoria.

El praetor tenía dius edicendi, facultad de dictar edictos. Al iniciarse su mandato, que era anual, publicaba un edicto, un bando, anunciando los supuestos, los casos en los que concedería una acción u otra clase de recurso procesal. Cuando accedía a su cargo, el nuevo pretor reproducía en gran parte el anterior edicto y de este modo fue formándose un edicto traslaticio, un edicto traslaticium que llegó a cristalizar en un edicto perpetuo cuya redacción realizó el jurista Salvio Juliano por encargo del propio del emperador Adriano en el año 130 después de Cristo.

El edicto así codificado perdió en verdad su fuerza creadora. Hoy conocemos el edicto a través de los fragmentos recogidos en el digesto que proceden de los comentarios al edicto de los juristas clásicos. Una reconstrucción del edicto perpetuo se debe al gran romanista alemán Otto Lennel.

Bien, pues sin duda alguna, siempre por inspiración de la jurisprudencia pero actuado por el

pretor, se produce esta creación y renovación del derecho. Pero en esta creación tiene también una importante participación un nuevo cuerpo de derecho que poco a poco se va insertando en el antiguo cepo del *ius civile* y que da lugar a una nueva corriente que es el *ius gentium*. Hablemos un poco del *ius gentium*.

Conocer el marco social de Roma en la república nos ayudará a entender su derecho. Así se dice en nuestra breve historia de Roma presupuestos cronológicos del derecho romano, destacando que en efecto la expansión territorial del periodo mediterráneo produjo las naturales consecuencias de incremento de la población, auge del comercio y cierto contraste de los usos y costumbres de Roma con la cultura de otros pueblos. Bien, en esta circunstancia fue preciso la creación de una nueva magistratura, la del pretor peregrino en el año 242 a.C. El pretor peregrino, ¿qué tenía su cargo? La administración de justicia en los asuntos en que uno al menos de los participantes fuese extranjero.

Con las actuaciones del pretor de los peregrinos se va formando el *ius gentium*. El *ius gentium* no es el *ius civile*, el derecho que rige sólo para los ciudadanos romanos, *cives*, y que tiene su base, como se ha dicho antes, en las doce tablas y en la *interpretatio* de sus preceptos por parte de los jurisperitos. El *ius gentium* tampoco es el simple *ius honorarium* o *pretorium*, el derecho creado por el pretor para suplir, corregir en la práctica o complementar sin modificarlo el genuino *ius civile*.

¿El *ius gentium* qué es? El *ius gentium* que aplicaba y creaba el pretor peregrino era, por así decirlo, un derecho de equidad más flexible que el mismo derecho honorario en sentido estricto. El *ius gentium* se formaba sobre principios válidos para la generalidad de los pueblos, exento de complicaciones formales, inseparable de usos, tradiciones y prácticas, en cierto modo, de carácter universal, o si se prefiere, de carácter natural, concordantes con la naturaleza de las cosas, ese concepto tan actual, con un orden no impuesto. En el periodo del Principado se produce la actividad legislativa del príncipe manifestada por vía de edictos imperiales dados en virtud de *ius edicendi*, por vía de sentencias o decretos imperiales y por vía de rescriptos o respuestas a consultas del emperador, al emperador formuladas.

Hay un nombre genérico con el que se abarcan todos y cualesquiera de las normas dadas por el príncipe. Este nombre genérico es el de constituciones imperiales, nombre que aparece a finales de la época clásica cuando tales constituciones llegan a ser la única fuente del derecho, cuando el emperador pasa a ser el órgano legislativo por excelencia. Pues bien, las constituciones imperiales dan origen a un nuevo derecho, a un *ius novum*, llamado así por contraposición al viejo derecho formado por el *ius civile* y el *ius honorarium oblectorium*.

Bien, una vez que hemos aclarado un poco estos conceptos fundamentales de *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium* y *ius novum* en relación con las fuentes, pasemos ahora a introducirnos ya en una materia que nos va a ocupar la mayor parte del curso, que es la de los casos prácticos. ¿Realmente qué importancia tienen estos casos prácticos para el estudio y comprensión del derecho romano? ¿Por qué dedicamos nada menos que un tomo del libro, de

la obra, al estudio de los casos prácticos y somos especialmente exigentes en esta materia? Simplemente porque la clasicidad del derecho romano, su importancia, el por qué el derecho romano es un derecho modelo, clásico, es precisamente por esto, porque los juristas romanos fueron sobre todo maestros en resolver estas cuestiones prácticas de la vida, estos casos prácticos, estos litigios entre los particulares y porque el estudio y comprensión de estos casos nos va a dar un sentido jurídico, nos va a dar un razonamiento jurídico, una forma propia de pensar de los juristas. Por esto insistimos en los casos prácticos.

Bueno, pues ¿cómo se estudia o cómo se analiza un caso práctico? En la página 84 y siguientes del segundo tomo de mi libro expongo pormenorizadamente todos los caminos o medios que se deben seguir para resolver un caso práctico, pero pasemos ahora a resumirlos brevemente. Un caso práctico lo primero que hay que hacer es leerlo detenidamente y a ser posible ayudarse de un dibujo o esquema que nos coloque siempre los personajes del caso, lo tengamos un poco gráficamente a la vista. En segundo lugar hay que analizar pormenorizadamente los hechos, hechos de los que después vamos a sacar unas determinadas consecuencias jurídicas.

Una vez analizado los hechos podemos inmediatamente preguntarnos, situarnos el caso en un plano procesal y nos preguntaremos quién es el actor o actores demandantes y quién o quiénes son los demandados o demandado para situarnos procesalmente ante el litigio. Inmediatamente después plantearemos la cuestión de las acciones. ¿Y por qué las acciones antes del estudio de las reglas e instituciones? Pues muy sencillo, porque es bien sabido que el litigio romano es un sistema de acciones.

El romano, más que la cuestión del derecho, como nos planteamos los juristas actuales, se plantea la cuestión de la acción. ¿Qué acción ejercitaré? Así Cayo, por ejemplo, que discute sobre la propiedad de un esclavo, no pregunta al jurisconsulto sobre quién es el propietario del esclavo, sino si él o alguien tendrá preferentemente a él la acción reivindicatoria y de qué medios debe valerse para oponerse a esta acción reivindicatoria. Después estudiamos las reglas e instituciones jurídicas que concurren en el caso y por último, por último, lo subrayo, llegamos a la decisión final, a la conclusión final.

Bien entendido que en derecho no existen dogmas, no existen verdades absolutas o dogmáticas y podemos encontrarnos perfectamente ante un caso donde existe más de una solución justa. Tenemos por ello que averiguar cuál de las soluciones, cuál de las alegaciones de las partes, demandante o demandados que sea, son las más justas y podemos incluso llegar a la conclusión de que ambos tienen razón, tienen razón y naturalmente tendremos que dársela a uno de ellos, pero ambos pueden tener razón porque, insisto y repito, en derecho no hay verdades absolutas. Pues bien, así es como tenemos que seguir el camino del estudio de un caso práctico y para poner un ejemplo concreto vamos a referirlo a unos de los primeros casos del libro que precisamente se estudian en la parte referente al derecho de propiedad, propiedad y derechos reales.

Me refiero concretamente al caso número 9 en la página 105 del segundo tomo del libro, en la última edición, que se llama, se titula, El comprador de ovejas robadas. Vamos a leer este caso. Cayo se apodera de un rebaño de ovejas de Ticio y las vende a Sempronio.

Este, que las compra sin saber que han sido hurtadas, esquila las ovejas y vende la lana así como consume para su alimentación varios corderos. Bueno, pues ya tenemos el enunciado del caso. Inmediatamente dibujamos, como yo decía, para entendernos una especie de gráfico donde ponemos a Cayo, a Ticio, las ovejas y luego la venta de estas ovejas a Sempronio.

Nos encontramos ante un caso donde se plantean cuestiones sobre acciones de propiedad y de adquisición de frutos fundamentalmente. Como decíamos, el caso tiene un planteamiento procesal y lo primero que tenemos que plantearnos es quién es el actor o quiénes son los actores y quiénes son los posibles demandados. Es evidente que Ticio, que es el propietario de las ovejas, puede demandar a Cayo por el hurto que ha realizado de las ovejas y puede demandar también a Sempronio, que es el poseedor actual de las ovejas.

Pero veamos, ya tenemos aquí el planteamiento procesal y sigamos con este planteamiento procesal. Ticio, el propietario de las ovejas, puede recuperarlas. Para ello, ejercitará la acción reivindicatoria que, como sabemos, es la acción que tutela al propietario civil que no posee contra el poseedor cuando ha perdido la posesión de una cosa de su propiedad, en el caso, el rebaño de ovejas.

Pero aunque Ticio venza en el juicio reivindicatorio, será menester preguntarse a qué viene obligado el demandado Sempronio. ¿Devolverá las ovejas sin duda? ¿Vendrá también obligado a indemnizar por haber esquilado las ovejas por la lana vendida y por los gorderos consumidos? Sempronio esquiló y vendió la lana y consumió los gorderos y esto lo hizo como comprador, ignorando que las ovejas habían sido hurtadas como comprador de buena fe. En su calidad de comprador, la compraventa romana no transmite la propiedad sino la pacífica posesión, es poseedor de buena fe y en derecho clásico hace suyo los frutos percibidos antes de la litis contestatio y deberá devolver los percibidos después.

Vamos a ver entonces, tenemos con ello el planteamiento procesal, es decir, que indudablemente Ticio se dirigirá contra Sempronio por medio de una acción reivindicatoria, ¿no es eso? En cambio, si se quiere dirigir contra Cayo lo hará por la acción derivada del hurto o por la acción furqui. Pero una vez con este planteamiento, después continuaremos en él, pasemos ahora al epígrafe que yo denominaba estudio de las reglas e instituciones. La institución fundamental en relación con el caso, como ya se ha dicho, es la propiedad.

Hay que recordar que la propiedad es el más amplio pleno poder de una persona sobre una cosa y también que con este nombre no siempre se designó esta realidad. La propiedad no siempre se llamó así. Como se dice en la obra del profesor García Barrido, instituciones en una fase originaria sólo puede reconocerse una señoría o poder efectivo sobre las cosas y no se distinguen estas, las cosas, de los derechos sobre ellas mismas.

No se distingue pues entre la cosa y el derecho de propiedad sobre esa cosa. Como también se advierte, los poderes personales sobre las cosas se manifestaban en actos de apoderamiento de tales cosas. La vindicatio es el acto prototípico de apoderamiento de una cosa por parte de su dueño.

Declaro que este esclavo, es decir, esta cosa, es mío, es mía en virtud del derecho militar. Será ya a fines de la república cuando aparezca el término dominium para designar el poder, el derecho que tiene una persona, el dominus, el señor, sobre una cosa y en autores no jurídicos de la época del principado se emplea ya la palabra proprietas en sentido jurídico para designar el derecho del nudo o mero propietario de una cosa cuyo gozo y fruto temporal pertenece a otra persona que se llama precisamente usufructuario. Bueno, entonces tenemos que en primer lugar tenemos una cuestión de propiedad.

Yo creo que aquí hay que aclarar de una manera que quede netamente diferenciada entre la propiedad de las cosas mancipables, res mancipi, y la propiedad de las cosas no mancipables, res nec mancipi. Porque ocurre lo siguiente, que en las propiedades de las cosas mancipables es necesario un acto formal de atribución, es decir, el negocio solenne del emancipatio, mediante la presencia ante el libri peni y los cinco testigos del comprador y del vendedor, del adquirente y del enajenante, o es necesario el acto de atribución del magistrado de la injurecesio. Mientras que en las cosas no mancipables, como este supuesto que nos encontramos, de las ovejas, basta con la simple traditio, es decir, que la simple traditio es suficiente para transferir la propiedad.

Tenemos que hacer esta aclaración, porque como sabemos, y como se ha dicho ya, la compraventa, que es un negocio de derecho de gentes precisamente, no transfiere de por sí la propiedad, sino únicamente transfiere la pacífica posesión. Lo que ocurre es que como estamos en presencia de unas ovejas, bastaba para transferir la propiedad de las ovejas la simple traditio, la simple entrega. Por otra parte, estas ovejas han permanecido un tiempo en poder de este poseedor de buena fe que es Empronio, y sabemos que el transcurso del tiempo puede hacer adquirir la propiedad mediante la institución que se conoce con el nombre de usucapión.

Es decir, para los fundos hacen falta dos años, fundi bienium, para las demás cosas basta un solo año, ceterarum rerum annus estum, ya se decía en la ley de las doce tablas. Por consiguiente, en este supuesto, basta con el transcurso de un año para que ese Empronio se considerara ya propietario de las ovejas. Ahora bien, ¿qué ocurre? Ocurre que tendríamos entonces una especie de colisión, de conflicto, entre dos derechos de propiedad.

El derecho de propiedad del que tenía antes las ovejas y al que las han sido hurtadas, es decir, de Tizio, y el derecho posible de propiedad que adquiere después Sempronio, simplemente por la traditio o por la usucapio de estas ovejas. ¿Cuál de los dos va a prevalecer? Lo que es evidente es que ante la reivindicatio, si planteamos el tema en el terreno procesal de Tizio, posiblemente Sempronio va a responder con una excepción porque él se consideraba realmente también propietario de las ovejas. Ahora bien, es evidente también que estas ovejas

han sido hurtadas y que no se puede usucapir las cosas hurtadas.

Por tanto, existe, diríamos, en la propiedad que quiere adquirirse Sempronio, un vicio de origen. Ya sabemos que hay una regla que dice, que es decir, lo que es nulo de origen no puede por el transcurso del tiempo convalidarse. Por eso, debe prevalecer naturalmente la acción reivindicatoria de Tizio contra Sempronio.

Lo que ocurre es que Tizio puede dirigirse también contra Cayo. ¿Y por qué realmente Tizio se prefiere dirigirse contra Sempronio y no contra Cayo? Tizio prefiere en todo caso dirigir su acción contra Sempronio porque en poder de Sempronio están las ovejas y puede utilizar con éxito la acción reivindicatoria, esta acción que va dirigida siempre a la persona que tiene en su poder la cosa que se reclama. Bien, pero tengamos en cuenta una cosa que es importante que distingamos.

Claro, si se dirige contra Cayo con la acción furtiva, ya sabemos que como es una acción penal va a obtener una condena al doble del valor de las ovejas, mientras que si se dirige contra Sempronio, poseedor actual, va a obtener una condena insimple porque hay que recordar y tener siempre muy presente que la condena en derecho clásico, en procedimiento formulario, es siempre una condena pecuniaria. Lo que ocurre, como usted antes reconocía muy bien, es que naturalmente puede ser que Sempronio restituya las ovejas porque precisamente en la fórmula el pretor introduce la cláusula llamada restitutoria, *misi restituetur*, y naturalmente antes de ser condenado a una cantidad muy superior de lo que valen las ovejas, Sempronio va a preferir restituir. Pero yo creo que si precisamente prefiere irse a lo positivo, como es demandar a Sempronio, esto lo hace porque probablemente Cayo, que es un ladrón, no sea ni siquiera solvente.

Por lo consiguiente puede encontrarse Ticio ante la evidencia de que Cayo no es solvente y por eso, al no poder repetir la acción en virtud del efecto consultivo de la *litis contestatio*, no puede efectivamente reclamar las ovejas. Pero pasemos a examinar lo único que nos queda del caso ya, que es lo que se refiere a la adquisición de frutos. Se ha afirmado antes, con mucha razón, que el poseedor de buena fe hace suyo los frutos hasta el momento de la *litis contestatio*.

Yo subrayo esto de la *litis contestatio*. Este es el momento del acuerdo o contrato del arbitrado donde un poseedor de buena fe, al informarse ya de la fórmula, se convierte en un poseedor de mala fe. Por esto se acude a este momento de la *litis contestatio*.

Es decir, que Sempronio hace suyo los corderos consumidos como poseedor de buena fe antes de la *litis contestatio*, y también lucra esta lana que ha esquilado de las ovejas con anterioridad. O sea, que la acción reivindicatoria no podría comprender ni la lana ni los corderos hasta el momento de la *litis contestatio*. Es decir, con anterioridad a este acuerdo procesal.

Y en cambio sí comprendería los corderos que hubiesen nacido con posterioridad a este momento, o la lana que se hubiese esquilado después. Resumiendo, nos encontramos, por tanto, ante un caso donde podíamos destacar las siguientes cosas. Sempronio, con respecto a

las ovejas, ¿qué es? ¿Es un poseedor de buena fe? ¿Es un propietario? ¿Es un usufructuario? La respuesta correcta es que es un poseedor de buena fe.

Sempronio, con respecto a la lana, ¿cómo la adquiere? ¿Por usucapión o por percepción? La respuesta es que adquiere la propiedad inmediatamente por percepción, como el propietario adquiere los frutos, dado que, como se ha dicho, es un poseedor de buena fe, y se le equipara, por lo tanto, a esos efectos de adquisición de los frutos, al mismo propietario. Muy bien, pues con eso terminamos la exposición de este caso práctico, y, naturalmente, haciendo referencia a las respuestas de los juristas, que no es necesario que ustedes recuerden si es Paulo o quién da la respuesta, sino simplemente basta que hagan una referencia a la opinión que las cuestiones le ofrece a la jurisprudencia clásica. Muchas gracias.

Como han explicado los profesores de Romano, es muy importante la resolución de casos prácticos para estudiar el programa de la asignatura. Gracias a los profesores Manuel Jesús García Garrido, Luisa Elena del Portillo y Francisco Eugenio Idías por su participación esta noche en Revista de Derecho. Seguimos adelante en nuestro programa, pero primero vamos a dar paso al boletín informativo.