

NÚMERO 42

2020

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

# REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DE MADRID





# Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 42

2020-II

*Director:* D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)

*Subdirectora:* Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM).

*Secretaria académica:* Dña. Marta Pantaleón Díaz (Derecho penal - UAM).

*Secretaria económica:* D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

*Responsable de difusión y medios digitales:* D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)

*Consejo de redacción:*

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho Constitucional - UAM)
- Dña. Isué Bargas (Derecho Civil - Universidad Sergio Arboleda)
- D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)
- D. Carlos Cabrera (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM).
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- D. Héctor Iglesias Sevillano (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM)
- D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Laura Sanjurjo (Derecho procesal - UAM)

*Consejo asesor:*

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Elena García Guitián (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Cristina Izquierdo Sans (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

**Dykinson**

**ISSN: 1575-720-X**

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid ([www.revistas.uam.es](http://www.revistas.uam.es)).

Colaboran:



Fundación General  
de la Universidad  
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. consists of the company name written in a highly decorative, cursive script.

Portada: Marta Conde Diéguez  
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

**e-mail: [revista.juridica@uam.es](mailto:revista.juridica@uam.es)**

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>      <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: [german.balaguer@gmail.com](mailto:german.balaguer@gmail.com)

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

# Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 42 (2020-II)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2020.42>

## HOMENAJE PÓSTUMO

- Agustín JORGE BARREIRO «Recuerdos de una larga y entrañable relación de amistad: a la memoria del profesor S. Mir Puig, catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad de Barcelona (UB)» .....9

## ARTÍCULOS

- Nicolás J. GARCÍA PINEDA «Responsabilidad civil por producto defectuoso en el derecho hondureño» ..... 17
- Iván Dario HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ «El estado de la cuestión sobre el carácter vinculante del precedente judicial en Colombia» .....47
- Antonio VILLANUEVA MARTÍNEZ «Capacidad en el juramento necesario» .....81
- Miguel LÓPEZ MAROTO «Draghi a los ojos de Weber. Un análisis actual del poder del Banco Central Europeo» ..... 105
- Gemma MINERO ALEJANDRE «Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de *lege ferenda*» ..... 133

## RECENSIONES

- Emilio SPÓSITO CONTRERAS: Recensión de la obra de Antonio Fernández de Buján y Fernández «Derecho público romano». 23. ed., Pamplona (Aranzadi), 2020, 540 pp. .... 171
- Francisco VILA CONDE: Recensión de la obra de Carl Schmitt. «Tierra y mar. Una reflexión sobre la historia universal». Madrid (Trotta), 2019, 107 pp. .... 175

ESTADÍSTICAS ..... 179

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES ..... 181



# CAPACIDAD EN EL JURAMENTO NECESARIO\*

## CAPACITY IN THE NECESSARY OATH

ANTONIO VILLANUEVA MARTÍNEZ\*\*

**Resumen:** El juramento necesario era un medio para la finalización del proceso en el proceso romano. Como institución jurídica-procesal dispositiva de la pretensión, cabe preguntarse si todos podían acceder a este recurso, o bien se exigía una determinada capacidad de obrar. En este artículo sostendremos que, mientras que la capacidad para prestar el juramento es universal, la capacidad para ofrecer/referir/remitir el juramento está limitada.

**Palabras clave:** juramento necesario; capacidad; personas *in potestate*; mujer.

**Abstract:** The necessary oath was a means for the completion of the process in the Roman process. As a legal-procedural institution disposing of the claim, it may be asked whether this remedy was available to all, or whether a certain capacity to act was required. In this article, we will argue that while the capacity to take the oath is universal, the ability to offer/refer/exempt the oath is limited.

**Key words:** necessary oath; capacity; people *in potestate*; woman.

SUMARIO: I. CAPACIDAD PARA PRESTAR EL JURAMENTO Y CAPACIDAD PARA DEFERIR/ REFERIR/ REMITIR EL JURAMENTO; 1. Capacidad para prestar el juramento; 2. Capacidad para deferir/ referir/ remitir el juramento; II. CAPACIDAD PARA DEFERIR/ REFERIR/ REMITIR EL JURAMENTO DEL ESCLAVO Y DEL *FILIUS FAMILIAS*; III. CAPACIDAD DE LA MUJER; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

### I. CAPACIDAD<sup>1</sup> PARA PRESTAR EL JURAMENTO Y CAPACIDAD PARA DEFERIR/ REFERIR/ REMITIR<sup>2</sup> EL JURAMENTO

Como medio de finalización del proceso, el juramento necesario podría considerarse una institución jurídica a la sola disposición de quienes tengan capacidad general de actuar

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2020.42.003>

Fecha de recepción: 14 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 30 de junio de 2020

\*\* Doctorando de Derecho Romano por la Universidad de Vigo. Correo electrónico: avillanueva@uvigo.es

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 9, 2011, pp. 83 y ss. que traza brillantemente el concepto y los orígenes romanos del instituto de la capacidad, que acogemos plenamente.

<sup>2</sup> Deferir (*deferre*) es el término técnico para referirse al ofrecimiento del juramento, y se empleará indistintamente junto a «ofrecer»; referir (*referre*) es el término técnico relativo a devolver la posibilidad de jurar; y remitir (*remittere*) es la palabra técnica que aparece en las fuentes sobre la facultad de dispensar la prestación juramento ante la sola voluntad de prestarlo.

en el proceso, esto es, los varones mayores de veinticinco años que, fuera del proceso, tienen plena capacidad de obrar.

No obstante, la existencia de textos en el Digesto relativos a la edad o el sexo en materia de juramento, exige analizar y determinar quiénes han podido recurrir a este medio de conclusión de la controversia, sobre todo si, como veremos, las fuentes no son claras a este respecto.

## 1. Capacidad para prestar el juramento

Si nos fijamos en las fuentes y, en concreto, en D. 12.2.26 y D. 12.2.23, podríamos concluir que la capacidad para prestar juramento es universal o, dicho de otro modo, no cabría hablar de una capacidad concreta para prestar el juramento, o de unos requisitos explícitos que otorguen la facultad necesaria para poder participar activamente en el mismo.

D. 12.2.26 (*Paulus libro 18 ad edictum*): *Paulus libro 18 ad edictum. pr. Qui iurasse dicitur nihil refert cuius sexus aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet iusiurandum adversus eum, qui contentus eo cum deferret fuit: quamvis pupillus non videatur peierare, quia sciens fallere non videatur.*

Dice este párrafo que no importa la edad o el sexo del que diga que ha jurado: en todo caso, debe observarse el juramento contra el que lo ha ofrecido al pupilo, porque se ha cumplido su solicitud. Añade que el pupilo no incurre el perjurio porque no puede engañar a sabiendas. Por tanto, todos pueden prestar el juramento necesario<sup>3</sup>.

También en D. 12.2.23 parece que la capacidad para prestar el juramento necesario no está limitada.

D. 12.2.23 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Si servus iuraverit dominum dare non oportere, exceptio domino indulgenda est sibique adversarius imputabit, qui servo detulit iusiurandum.*

De acuerdo con este fragmento, si el siervo juró que el dueño «*dare non oportere*», esto es, que no debe dar, se le debe dar al dueño una excepción, y el juramento se le imputará a quien ofreció el juramento al esclavo. En consecuencia, el esclavo puede prestar el juramento, y las responsabilidades derivadas del tal juramento no perjudicarán al dueño del esclavo, sino a quien lo ha ofrecido.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid (Iustel), 2017, p. 119, en donde precisa los supuestos en los que se admitía el juramento necesario.

En relación con este texto, señala Bertolini que, de forma conjunta con D. 12.2.26, todos pueden jurar y que aunque se le ofrezca a una persona que no presenta garantías de poder dar un buen juramento, tendrá pleno valor en todo caso. Y todo ello no se debe a que sea fruto de un deseo individual jurídicamente hablando, sino al elemento de libertad y de contractualidad que caracteriza todo el derecho procesal romano<sup>4</sup>.

Aunque estamos lejos de entender que haya regido en el proceso romano esta nota general de contractualidad y de libertad, sin embargo compartimos la opinión de que un juramento prestado por quienes carecen de capacidad de obrar (sea el menor de edad o el esclavo) vale plenamente, en el sentido puesto de manifiesto en los dos fragmentos examinados: quien ofrece el juramento será el que jurídicamente asuma los efectos perjudiciales que se deriven de su solicitud. De este modo, esta capacidad de prestar el juramento la entendemos sin ningún tipo de limitación, aunque esta posición no encuentre respaldo alguno en la doctrina.

Así, podemos traer a colación la opinión de Ioachimovici, quien entiende que el juramento, en tanto que se presta en un juicio, presupone la misma capacidad para actuar en juicio. Por tanto, un esclavo no puede prestar el juramento, puesto que no puede ser titular de derechos, ni sujeto en caso alguno con plena capacidad de obrar: de hecho, el propio esclavo es objeto de derechos por parte de su *dominus* o propietario. Esta es la respuesta del autor a la pregunta que él mismo se formula sobre quienes pueden deferir y prestar el juramento necesario<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BERTOLINI, C., *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma (L'Erma di Bretschneider), 1967, pp. 98-99.

<sup>5</sup> IOACHIMOVICI, V. E., *Le iusiurandum necessarium a l'époque classique du droit romain*, Paris (Giard & BRIÈRE), 1912, pp. 13 y ss., distingue el juramento voluntario y el necesario según el título de procedencia en el edicto del pretor. Es, por ello, necesario, el juramento de los textos que proceden del título «*si certum petetur*», y es voluntario el juramento de los textos del título «*de iureiurando*». Añade que el juramento necesario sólo podía tener lugar en el juicio, de ahí que afirme que sólo quienes tengan capacidad para estar en juicio tendrán también capacidad para jurar. Sobre la capacidad para jurar, este autor añade, en las páginas 30 y ss. que, así mismo, no tienen capacidad los peregrinos hasta la creación del pretor peregrino. Sí tienen capacidad de jurar los *latini*, *veteres*, y *colonarii*. Los hijos de familia, cuando en derecho clásico dejó de existir la ejecución personal, pudieron tener patrimonio y realizar, por sí, ciertos actos procesales. Afirma la incapacidad absoluta de la *filia familias*, así como del *infans*, *infantiae proximus*, y el *impuber*, que tiene necesidad de la *auctoritas* de su tutor (D. 12.2.34.2), lo mismo sucede con las mujeres púberes. Por otra parte, el concepto de *auctoritas* excluye el juramento necesario. El loco, por supuesto, está totalmente incapacitado para prestar el juramento, así como el pródigo. Hasta la *Lex Plaetoria*, el menor de 25 años era plenamente capaz; después, se requería el *consensus* de un *curator* para conjurar el peligro de la *restitutio in integrum*, por lo que su situación era la equiparable a los sujetos a tutela. En cuanto a la incapacidad absoluta de la *filia familias* de jurar, hemos de decir que no estamos de acuerdo, pues la *filia familias* sí podía jurar. Así, jurará en la *actio rerum amotarum* (D. 25.2.11.2). Y esto mismo ha de decirse del pródigo, que no será oído en el caso de que difiera u ofrezca el juramento (D. 12.2.35.1). En general, hemos de concluir que parte de la premisa, a nuestro juicio equivocada, de que la capacidad para prestar y deferir el juramento es la misma.

En relación con la capacidad exigida para la prestación del *iusiurandum*, Biondi sostiene que el pupilo y el heredero son incapaces de prestar el juramento *in iure*, de acuerdo con lo previsto en las siguientes fuentes: D. 50.17.42<sup>6</sup>; D. 12.2.34.2<sup>7</sup>; Paul. 2. 1. 4<sup>8</sup>.

Por último, y más clarificador, De Castro-Camero afirma que las exigencias de capacidad para prestar el juramento eran iguales para todo tipo de juramentos, refiriéndose claramente a los juramentos voluntario y necesario, por lo que sólo quienes tengan la libre disposición de los bienes podrían asumir los efectos derivados del juramento<sup>9</sup>.

A diferencia de estos autores, que globalizan el tema de la capacidad a la hora de prestar el juramento, nosotros hemos de distinguir la capacidad para prestar juramento de la capacidad para deferir/referir/remite el juramento, por considerar que explica mucho mejor la capacidad procesal relacionada con el tema del juramento. Por un lado, la capacidad para prestar el juramento, de acuerdo con los textos ya analizados, es ilimitada; por el contrario, la capacidad para deferir/referir/remite el juramento, como pondrán de manifiesto las fuentes que citaremos a continuación, requiere capacidad de obrar bastante, es decir, no se podrá ofrecer el juramento, devolver la posibilidad de jurar o dispensar el juramento si no se goza de capacidad de obrar.

## 2. Capacidad para deferir/ referir/ remitir el juramento

Como se ha dicho, la capacidad para prestar el juramento a iniciativa del adversario no contempla limitaciones en relación a la capacidad y, si la hemos tratado por separado, se debe a que ha de diferenciarse necesariamente de la capacidad para ofrecer el juramento, devolverlo o remitirlo, esto es, la capacidad que implica disponer del juramento.

En primer lugar, debemos hacer referencia al texto más explícito en cuanto a la incapacidad de ofrecer el juramento por quienes no tienen capacidad de obrar plena.

D. 12.2.9.4 (*Ulpianus libro 22 ad edictum*): *Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debet, ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed*

<sup>6</sup> D. 50.17.42 (*Gaius libro nono ad edictum provinciale*): *Qui in alterius locum succedunt, iustam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur deberetur. Fideiussores quoque non minus quam heredes iustam ignorantiam possunt allegare. Haec ita de herede dicta sunt, si cum eo agetur, non etiam si agat: nam plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate eius, quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.*

<sup>7</sup> D. 12.2.34.2 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Pupillo non defertur iusiurandum.*

<sup>8</sup> Paul. 2.1.4: *Heredi eius cum quo contractum est iusiurandum deferri non potest, quoniam contractum ignorare potest.* BIONDI, B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma (L'Erma di Bretschneider), 1970, p. 11.

<sup>9</sup> DE CASTRO-CAMERO, R., *Soluciones in iure a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 2006, pp. 128 y ss.

*plerumque ipsum praetorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere: nec enim utique qui minor est statim et circumscriptum se docuit. Praeterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintum non debet egredi.*

De acuerdo con este texto, si un menor de veinticinco años ofrece el juramento y sostiene que, por haberlo ofrecido salió perjudicado, de acuerdo con Pomponio, se le dará una réplica a la *exceptio iusiurandi*. Pero no siempre ha de darse esa réplica, porque primero el Pretor debe conocer si hubo un perjuicio y restituirle por entero. Además, esta excepción no debe aplicarse más allá de los veinticinco años<sup>10</sup>.

Los efectos del juramento ofrecido por el menor de veinticinco años será la *restitutio in integrum*, en el caso de que éste se haya visto perjudicado<sup>11</sup>. En consecuencia, los efectos del juramento serán restituidos por entero, si hubo perjuicio, esto es, si el menor de veinticinco años se obligó frente a terceros sin tener capacidad para ello. Ahora bien, si el juramento le ha beneficiado, se observará en positivo, en tanto beneficie al menor, presuponiendo así la capacidad de obrar necesaria para aceptar donaciones, resultado sin duda muy ventajoso para el menor que prestó su consentimiento frente a terceros sin tener capacidad de obrar suficiente por razón de edad.

En ese sentido se expresa el pasaje contenido en D. 12.2.17.2, puesto que indica expresamente que son los tutores y los curadores lo que pueden ofrecer el juramento, ya que se responsabilizan frente a los menores de edad desprovistos de capacidad. Por lo tanto, en un principio, los menores de veinticinco años no pueden ofrecer/referir/remite el juramento:

*(Paulus libro 18 ad edictum) Si tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigive iusiurandum detulerit, ratum id haberi debet: nam et alienare res et solvi eis potest et agendo rem in iudicium deducunt.*

Si el tutor que tiene la tutela, o el curador del furioso o del pródigo ofrecieron el juramento (*detulerit*), debe tenerse por válido, pues pueden enajenar cosas, pagar, y pueden ejercitar la acción en juicio. A diferencia de las personas sometidas a tutela y curatela, que no tienen capacidad de obrar suficiente para actuar en el tráfico económico, los tutores y curadores pueden ofrecer el juramento, así como celebrar diferentes negocios jurídicos en el ámbito comercial romano.

<sup>10</sup> Sobre el edicto pretorio relativo a los menores de veinticinco años, vid. F. MUSUMECI, *L'editto pretorio relativo ai minori di 25 anni*, Catania, 1992, y del mismo autor, *Protezione pretoria dei minori di 25 anni e ius controversum in età imperiale*, Turín, 2013, passim.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., p. 119, da cuenta de la infamia social que suponían las consecuencias adversas de un juramento, de ahí la protección de los menores de edad.

Este texto no resulta pacífico para la doctrina, ya que Amirante destaca fragmento una parte no genuina, que comienza en *alienare* hasta *potest et*<sup>12</sup>. Sin embargo, Lenel no ve indicios de alteración por los compiladores<sup>13</sup>, ni cree que exista interpolación alguna, apostando por la genuinidad del texto en el que se da por válido el juramento del tutor o curador.

La cuestión fundamental, según Micelli, estriba en que este texto da noticia de la existencia de tutores desprovistos de poder de administración, tutores con mínimas capacidades de gestión en lo que se refiere a sus posibilidades de actuación procesal, aseveración que no deja de sorprendernos, toda vez que el propio texto indica que los tutores pueden «*alienare*», de manera que el poder de administración se encontraría implícito en aquél de enajenación. Concluye que «*il mandatario, infatti, non deve oltrepassare i limiti del mandato e delle prescrizioni in esso contenute*»<sup>14</sup>. Y es que, de acuerdo con esta autora, numerosas fuentes afirman el principio de que la relación existente entre las indicaciones del mandante y la ejecución del encargo por parte del mandatario es rígida, limitada al contenido estricto del mandato, derivando del incumplimiento la consecuente responsabilidad y la pena de ignominia<sup>15</sup>.

En todo caso, en el pasaje que acabamos de señalar, el tutor o el curador del pródigo o del furioso podían ofrecer el juramento porque tenían la capacidad de obrar exigida para enajenar cosas. Este primer texto nos indica que se necesitaba capacidad de disposición para ofrecer el juramento, ya que los tutores y los curadores podían prestar el juramento porque podían enajenar cosas, pagar y actuar en juicio.

Por el contrario, se señala en D. 12.2.32 (*Modestinus libro differentiarum*): *Iurisiurandi gratiam facere pupillus non potest*; esto es, que el pupilo no puede dispensar el juramento. La incapacidad que tiene el citado pupilo, a diferencia de lo que sucede con el tutor, procede de su incapacidad de obrar suficiente que es la que hace necesario que tenga un tutor, circunstancia que le impide que pueda dispensar el juramento necesario. Precisamente, el siguiente fragmento que debemos analizar trata de un supuesto de persona sometida a curatela, y el efecto de que ofrezca el juramento.

D. 12.2.35.1 (*Paulus libro 28 ad edictum*): *Prodigus si deferat iusiurandum, audiendus non est: idemque in ceteris similibus ei dicendum est. Nam sive pro pacto convento sive pro solutione sive pro iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.*

<sup>12</sup> AMIRANTE, L., *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli (Jovene), 1954, p. 151, se remite a la obra de otros autores y al índice de interpolaciones, que admite como válido en este caso.

<sup>13</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, Graz (Akademische Druck- Und Verlagsanstalt), 1960, p. 995.

<sup>14</sup> MICELLI, M., *Studi sulla «rappresentanza» nel Diritto Romano*, vol. I, Milano (Giuffrè), 2008, p. 164.

<sup>15</sup> MICELLI, M., *Studi sulla «rappresentanza» nel Diritto Romano*, vol. I, cit., p. 318. Entre los numerosos textos que cita esta autora, se encuentra D. 12.2.19, que es el que atañe a nuestra investigación.

Si el pródigo difiere el juramento, no ha de ser escuchado, al igual que otros en su misma situación. Pues, bien se tenga al juramento como pacto, bien como pago, bien como juicio, solamente aquellos que tengan capacidad para tales actos pueden deferir el juramento. No importa que el pupilo ofrezca el juramento, pues dicho acto se tendrá como no celebrado. Su incapacidad, temporal o perpetua, hizo necesaria la presencia y asistencia de un tutor, o de un curador, que son los que poseen la capacidad de obrar suficiente y exigible en determinados actos jurídicos.

Para Bertolini, este fragmento es clave en relación a la capacidad para prestar el juramento, en la medida que declara que no pueden jurar aquéllos que no pueden pactar ni disponer de las cosas sobre las que se jura<sup>16</sup>, declaración racional y adecuada con respecto al equilibrio necesario entre querer y poder en el ámbito jurídico, en concreto en lo que se refiere a la celebración de negocios jurídicos determinados.

Esta fuente refuerza la idea de que se debe tener capacidad de obrar plena para ofrecer el juramento, de tal forma que sólo las personas que gozan de plena capacidad de obrar pueden ofrecer/deferir/remitir el juramento necesario. Pero esta afirmación esclarece poco la cuestión sobre la capacidad en el juramento, toda vez que ésta sería genérica, y quizás sea ése el caso, y no se pueda hablar de una capacidad de obrar específica en el ámbito del juramento.

## II. CAPACIDAD PARA DEFERIR/ REFERIR/ REMITIR EL JURAMENTO DEL ESCLAVO Y DEL *FILIUS FAMILIAS*

Con el fin de discernir si la capacidad para deferir/referir/remitir el juramento es la misma que la exigida para los negocios jurídicos en general y que, en consecuencia, el juramento necesario sigue las reglas generales sobre la capacidad de obrar, hemos de detenernos en los fragmentos que hacen referencia a las personas *in potestate*, concretamente sobre el esclavo y el *filius familias*, refiriéndonos al caso de la mujer en un apartado independiente.

Por tanto, en este punto hemos de detenernos en el examen de los textos concernientes al esclavo y al hijo de familia.

<sup>16</sup> BERTOLINI, C., *Il giuramento nel diritto privato romano*, cit., pp. 94 y ss. Al igual que Ioachimovici, este autor no distingue entre prestar el juramento y deferir/referir/dispensar el juramento. Por tanto, dice este autor, que pueden deferir el juramento: los propietarios capaces que tengan la administración de sus bienes, pero no el pupilo (D. 12.2.17.1; D. 44.5.1.1; C. 4.1.4; C. 8.38.1), y los menores de veinticinco años, siempre que no hayan sido engañados (D. 12.2.9.4); el tutor y el curador, pero, a falta de otras pruebas, se tiene que valorar las condiciones de administración (D. 12.2.35; D. 12.2.17.2); el procurador al que se le ha dado el encargo de deferir el juramento, o un mandato de la administración universal de los bienes, y el *procurador in rem suam* (D. 12.2.17.3; D. 12.2.19); en una causa sobre el peculio, el *filius familias* y los siervos a los que se le haya concedido la administración del peculio (D. 12.2.20; D. 12.2.21; D. 12.2.22; D. 12.2.23; D. 12.2.25; D. 15.1.5.2). A este elenco, el autor añade los *defensores municipiorum* y los *procuratores fisci* en la medida en que hayan recibido un mandato especial.

D. 12.2.22 (*Paulus libro 18 ad edictum*): *Quidam et de peculio actionem dandam in dominum, si actori detulerit servus iusiurandum. Eadem de filio familias dicenda sunt.*

Según algunos, cuando el siervo ha ofrecido el juramento al demandante, debe darse la acción contra el dueño, y añade que lo mismo vale para el hijo de familia<sup>17</sup>. Resulta claro que la *dominica potestas*, potestad infinita reconocida al dueño de un esclavo con respecto al mismo, debido a su condición de *res* o cosa, parece conducirnos hacia la convicción de que sólo podrán dirigirse acciones contra el dueño, por ser el único legitimado en cuanto a la capacidad procesal. Pero para tener una mejor comprensión de dicha capacidad, debemos poner en relación este fragmento con el siguiente, para poder ser completado convenientemente, aunque en realidad entre en contradicción por lo que respecta al esclavo.

D. 15.1.5.2 (*Ulpianus libro 29 ad edictum*): *Si filius familias iusiurandum detulerit et iuratum sit, de peculio danda est actio, quasi contractum sit: sed in servo diversum est*<sup>18</sup>:

Si el hijo de familia ha deferido el juramento y se ha jurado, se dará la acción de peculio, porque es un cuasi contrato. Eso significa que el demandante se dirigirá directamente al hijo, que deberá defenderse de la acción de peculio con su propio patrimonio y asumir, así, personalmente, los efectos derivados del juramento. Pero será una cosa diversa en lo que respecta al siervo<sup>19</sup>, ya que resulta claro del texto que, al contrario de la responsabilidad del *pater*, el *dominus* no deberá asumir las obligaciones derivadas del juramento del esclavo.

Ambos textos (D. 12.2.22 y D. 15.1.5.2) están en una clara contradicción: en D. 12.2.22, el esclavo podía jurar y su juramento perjudicaba al dueño, mientras que, en D. 15.1.5.2, el juramento que había ofrecido el esclavo no era válido para vincular el peculio al cumplimiento de la obligación nacida del juramento.

Amirante refiere la posible causa de la diferencia entre los dos fragmentos: el siervo necesitaría la libre administración del peculio para deferir el juramento, algo que evidentemente no tiene, mientras que ésta no se requeriría en caso del hijo de familia, ya que podía disponer libremente del patrimonio personal que le había otorgado su propio padre. Porque, de acuerdo con este autor, deferir el juramento implica la libre administración del peculio. Considera que la frase final del fragmento D. 15.1.5.2, no es genuina, porque en

<sup>17</sup> SCHIPANI, S., (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, vol. III, Milano (Giuffrè), 2007, p. 30, introduce una precisión en la traducción que no está presente en el texto en latín: [...] *va data contro il padrone anche l'azione nei limiti del peculio.*

<sup>18</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., p. 596 (v. II), p. 995 (v. I), no reseña ninguna alteración en los fragmentos D. 15.1.5.2 y D. 12.2.22.

<sup>19</sup> SCHIPANI, S., (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, vol. III, cit., p. 177, introduce de nuevo el matriz de la acción del peculio en el límite del peculio.

edad clásica no se hacía ninguna distinción entre hijo y siervo en lo que respecta al *peculium profectivum*, sino que se podía ejercitar la *actio de peculio* contra el esclavo y el hijo de familia en los mismos supuestos<sup>20</sup>.

La diferencia entre ambos fragmentos también puede explicarse por una diferencia de opiniones entre la escuela sabiniana y proculeyana. Para los sabinianos, el esclavo estaba en el mismo nivel en lo que respecta a la responsabilidad de peculio por la conclusión de negocios, mientras que los proculeyanos distinguían ambas situaciones (la del hijo y la del esclavo), y la responsabilidad tenía que ser valorada caso por caso, en atención al contrato concreto<sup>21</sup>.

Independientemente de las escuelas, son insuficientes estos dos párrafos para pronunciarnos sobre la capacidad del esclavo para deferir/referir/remite el juramento, por lo que hemos de considerar necesariamente otras fuentes.

D. 12.2.25 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Sed et si servus meus delato vel relato ei iureiurando, iuravit rem domini esse vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem vel pacti exceptionem propter religionem et conventionem.*

De acuerdo con este párrafo, el siervo puede prestar, bien en el juramento *delato* (siendo demandado), o el juramento *relato* (siendo demandante) un juramento de contenido jurídico (*rem domini esse; dari oportere*): de este modo el efecto será la acción o la excepción para el dueño.

En todo caso, el siervo tiene capacidad para jurar, pero no para deferir el juramento, es decir, para ofrecer al adversario la oportunidad de jurar. Como habíamos indicado, la capacidad para prestar juramento no está limitada, de manera que se insiste sobre la posibilidad, conocida, de que el esclavo pueda jurar.

D. 12.2.20 (*Paulus libro 18 ad edictum*): *Servus quod detulit vel iuravit, servetur, si peculii administrationem habuit:*

Dice este fragmento que si el siervo tiene la administración del peculio, será observado aquello que ha deferido o jurado. Este texto se completa con el fragmento que le sigue y que citamos a continuación.

D. 12.2.21 (*Gaius libro quinto ad edictum provinciale*): *Huic enim solvi quoque recte potest et novandae obligationis ius habuit.*

<sup>20</sup> AMIRANTE, L., *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, cit., pp. 143-144.

<sup>21</sup> BISCARDI, A., *Actio pecuniae traiectionis, Contributo alla dottrina delle clausule penali*, Milano (Led Edizioni Universitarie), 2019, pp. 17 y 18.

Ahora ya se puede observar con más claridad, el hecho de que se pueda pagar al esclavo, y del mismo modo éste puede novar una obligación, esto es, puede realizar negocios jurídicos, incluso formales, ya que la novación se realizaba por medio de una *stipulatio*. Aunque los pasajes no pertenecen al mismo jurista, se pone de manifiesto la capacidad de obrar del esclavo fuera de juicio y la capacidad para ser parte en el proceso; pero también el hecho de que el compilador haya querido acentuar esta consideración al ordenar las fuentes de esta manera.

Podemos decir que el fundamento de la capacidad para jurar, tanto del hijo de familia como del esclavo, parece ser el poder de administración, sea sobre el peculio o sobre el patrimonio del *pater*. Este poder de administración implicaría la representación de los intereses del *pater* o al *dominus* frente a terceros, tanto fuera como dentro del proceso, si bien los textos relativos al juramento no esclarecen la historicidad de la capacidad negocial de las personas *in potestate*, como, por otra parte, sí hace la doctrina.

Así, de acuerdo con Guarino, en edad republicana, empezaba a encontrar reconocimiento el hecho de que quienes estaban bajo la *potestas* del *pater familias* pudiesen obligar a éste a las obligaciones resultantes de la actividad comercial cuando realizaban algunos actos lícitos y, en concreto, cuando obraban por un encargo implícito o explícito o con su autorización, o que le proporcionaban una ventaja. Según este autor, no se formuló un principio general, aunque el *praetor urbanus* prometía en su edicto acciones para quienes contrataban con personas *in potestate*<sup>22</sup>.

También Arangio-Ruiz refiere que, en un principio, los sujetos a potestad sólo generaban obligaciones naturales. Data el cambio, a más tardar, en el s. II a. C, para el caso del comercio, cuando se contrataba con la autorización del padre o bien con el patrimonio puesto a su disposición (peculio). Posteriormente, con el desarrollo de la civilización romana y con la conquista de nuevas tierras, también fuera de Italia, se hizo sentir la necesidad de confiar a terceros la administración de estos bienes. Por la propia dinámica de la guerra, se confiaba la administración a esclavos, el *servus actor*<sup>23</sup>, que era el que por encargo directo de su dueño administraba, negociaba y dirigía en ausencia de ellos, y de ahí que se entendiera como necesario regular las actuaciones llevadas a cabo por los sometidos a esclavitud. De esta manera, las acciones adiecticias tuvieron un origen pretorio, porque los magistrados que creaban derecho entendían contrario a la *equitas* que el *pater familias* no tuviese que responder también por las obligaciones asumidas<sup>24</sup>.

Según Gay, dependía de los *alieni iuris* el aumento o disminución del patrimonio familiar y de la actividad llevada a cabo por los hijos de familia, pero, en particular, por los esclavos, ya que los *alieni iuris* tenían la capacidad de establecer relaciones jurídicas con terceros. Remarca este autor la diferencia más sustancial entre hijos de familia y los

<sup>22</sup> GUARINO, A., «Acciones adiecticiae qualitatis», *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, p. 271.

<sup>23</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in Diritto Romano*, Napoli (Jovene), 1965, p. 7 y ss.

<sup>24</sup> MICELLI, M., *Studi sulla «rappresentanza» nel Diritto Romano*, vol. I, cit., p. 38.

esclavos: las expectativas hereditarias de los hijos de familia, a quienes iría a parar el patrimonio del *pater familias*<sup>25</sup>.

Para Arangio-Ruiz, el *servus actor*, el esclavo encargado de la administración del patrimonio, podía ser manumitido por su patrono *inter vivos* y, si bien es cierto que al principio la relación sería casi familiar, luego se convertiría en jurídica, y daría lugar al *procurator omnium rerum*. Este *procurator omnium rerum* también podría ser nombrado entre los *ingenui*. Señala que el comercio del Imperio Romano de los siglos I y II d. C. estaría en su mayor parte en manos de libertos, esclavos manumitidos, liberados, que desarrollarían la misma actividad que llevaban a cabo cuando eran esclavos<sup>26</sup>.

Di Porto atestigua no sólo el fenómeno de *schiavi liberti*, sino también la utilización del esclavo como instrumento económico-negocial, al servicio del emprendedor. Este mismo autor afirma que la génesis de la organización del emprendimiento negocial en Roma se debió al pretor, de forma más verosímil en el s. II a. C., con la promulgación de *edicta de exercitoria actione, de institoria actione, de peculio et de in rem verso y de tributaria actione*<sup>27</sup>. Nosotros creemos que, más bien, era la práctica de utilizar esclavos en el tráfico negocial lo que llevaría a que el pretor promulgase los edictos de estas acciones, y no al contrario. Desde luego, una vez conocida la responsabilidad derivada de esta práctica, la propia vida negocial se reorganizaría en atención a los instrumentos jurídicos disponibles.

Ya la doctrina anterior a estos autores, como es el caso de Fadda, había destacado que la actividad comercial no era ejercida directamente por el *pater familias*, sino por medio de sus hijos, libertos y esclavos, pero era una mera cuestión de forma: el capital, la responsabilidad y el lucro pertenecían al *pater familias*. Sostiene que si el ciudadano no gestionaba su patrimonio y negociaba por sí mismo, era debido a que «*ha procuratores, actores, che gli levano tutte le noie degli affari. Egli non ha che l'alta direzione, quando pure se ne occupa*»<sup>28</sup>.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina, al principio se entenderían válidos los contratos realizados por las personas *in potestate* en el caso de que supusiesen un incremento en el patrimonio familiar. De esta forma lo considera Micelli, para quien tuvo una importancia determinante la regla según la cual el *pater* o el *dominus* adquiriría de manera automática todos los derechos adquiridos por los que estaban bajo su potestad, pero sin tener que responder por su actividad<sup>29</sup>. Esta regla se recoge en D. 50.17.133.

(*Gaius libro 8 ad edictum provinciale*): *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*

<sup>25</sup> GAY, J. L., *L'in rem versum á l'èpoque classique*, en *Varia: études de droit romain*, Paris (Sirey), 1956, pp. 155 y ss.

<sup>26</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in Diritto Romano*, cit., pp. 4, y 8 y ss.

<sup>27</sup> DI PORTO, A., *Filius, servus, libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, en *Impreditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo (Erice), 1992, pp. 241 y ss.; y pp. 256 y ss.

<sup>28</sup> FADDA, C., *Istituti commerciali del Diritto Romano*, Napoli (Jovene), 1987, pp. 38-39.

<sup>29</sup> MICELLI, M., *Studi sulla «rappresentanza» nel Diritto Romano*, vol. I, cit., pp. 38 y ss.

Según este texto, los esclavos pueden mejorar la condición de sus dueños, pero no empeorarlas. *A sensu contrario*, los hijos podrían empeorar la situación patrimonial del *pater familias*. Ello podría estar motivado por el hecho de que los hijos de familia tienen expectativas hereditarias, de manera que, si empeoran el patrimonio, también empeoran sus propias expectativas hereditarias y obran, por ello, a cuenta de su patrimonio futuro: su actividad los beneficia en la misma medida en la que los debe perjudicar. Por el contrario, los esclavos no tienen expectativas hereditarias, y su actividad sólo puede redundar en beneficio del patrimonio de su dueño, por lo que sus errores no deben perjudicar al dueño del negocio.

Considera Gay que, mientras que para el esclavo rige la prohibición de hacer peor la situación del *dominus*, sin embargo el hijo debe ceñirse a las instrucciones del *pater familias*, y su situación no es absoluto contradictoria, pues representa, ante terceros, la *patria potestas* de la familia, y esa representación se establece de la misma manera que el poder de representación de las personas libres. Por ello, concluye este autor, sólo obligará al *pater familias* en caso de una *praepositio* previa<sup>30</sup>. Esta *praepositio*, entendida como el acto de poner al frente de un establecimiento terrestre que actúa en el ámbito mercantil en nombre del verdadero dueño del establecimiento<sup>31</sup>, era imprescindible a la hora de entender la respectiva responsabilidad.

De la misma opinión es Di Porto para el caso de los esclavos, señalando que la responsabilidad del *dominus* sería ilimitada en caso de que el esclavo sea un *praepositus*, o bien limitada al peculio: cuando el esclavo actuaba por encargo expreso del dueño, entonces obligaba a éste por el total de su patrimonio. En cambio, si el esclavo disponía de un peculio y negociaba con él, la responsabilidad del dueño se limitaba al *quantum* del peculio<sup>32</sup>.

De hecho, Micelli opina que los hijos sólo pueden obligar a los padres siempre que medie una *praepositio* o que se haya constituido un peculio a su favor. Para esta autora, trámite las acciones *exercitoria* e *institoria*, se hace valer la responsabilidad del proponente, «*che trova i suoi presupposti nella praepositio, come atto iniziale che legittima il preposto allo svolgimento di una attività commerciale, e, in secondo luogo, nell'atto negoziale concluso dal preposto nell'ambito oggettivo precedentemente individuato dalla praepositio stessa*»<sup>33</sup>.

Puesto que los hijos de familia y los siervos administraban el patrimonio del *pater*, la publicidad sería un elemento fundamental para determinar la responsabilidad del *pater* o del *dominus*. Nosotros seguimos en este punto a Bravo Bosch, quien defiende que la permanencia de las funciones del *institor* constituía la nota de publicidad frente a terceros<sup>34</sup>. Esta misma autora entiende que el criterio de riesgo debía de implicar una conexión

<sup>30</sup> GAY, J. L., *L'in rem versum à l'èpoque classique*, en *Varia: études de droit romain*, cit., p. 158.

<sup>31</sup> BRAVO BOSCH, M. J., «Consideraciones en torno a la "actio institoria"», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2006, pp. 69 y ss.

<sup>32</sup> DI PORTO, A., *Filius, servus, libertus, instrumenti dell'imprenditore romano*, cit., 1992, p. 245.

<sup>33</sup> MICELLI, M., *Studi sulla «rappresentanza» nel Diritto Romano*, vol. I, cit., pp. 39 y 109.

<sup>34</sup> BRAVO BOSCH, M. J., «Consideraciones en torno a la "actio institoria"», en *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno: IX Congreso Internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano: Las Palmas*

funcional entre las acciones adyecticias y la organización empresarial, por lo que la *actio institoria*, objeto de su estudio, se podía ejercitar complementariamente, cuando el dueño de una empresa ponía a un tercero al frente del establecimiento mercantil: no hacía falta un acto solemne, sino signos externos, esto es, la apariencia de que gestionaba el establecimiento mercantil<sup>35</sup>.

En conclusión, la capacidad para deferir/referir/remite el juramento por parte de las personas *in potestate* dependía de que tuviesen poder de administración de un patrimonio, sea propio (peculio), o sea de su *pater* o de su *dominus*: el poder de administración llevaba implícita la representación del principal en la actividad comercial con terceros y en los juicios a resultas de esa actividad comercial.

Sólo de esta perspectiva pueden explicarse las contradicciones en los textos. Cuando el juramento no perjudica al dueño, entonces el esclavo no tenía un poder de administración sobre un patrimonio. En cambio, el esclavo que actuaba como administrador, representaba a su vez a su dueño, tanto fuera como dentro del proceso, razón por la que tenía capacidad para deferir/referir/remite el juramento.

### III. CAPACIDAD DE LA MUJER

Hemos de considerar de forma separada la capacidad para prestar el juramento necesario de la mujer<sup>36</sup>, admitiendo, como resultado de las evidencias textuales, que la mujer podía actuar en juicio, y que podía, en consecuencia, prestar el juramento<sup>37</sup>. De manera especial, debemos resaltar el texto D. 25.2.11.

*(Ulpianus libro 33 ad edictum): pr. Marcellus libro octavo digestorum scribit, sive vir uxorem sive uxor virum domo expulit et res amoverunt, rerum amotarum teneri.*

---

*de Gran Canaria, 1, 2 y 3 de febrero de 2006*, Las Palmas de Gran Canaria (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), 2006, p. 106.

<sup>35</sup> BRAVO BOSCH, M. J., «La responsabilidad de la actividad mercantil terrestre en el derecho Romano», *AFDUC*, núm. 10, 2006, pp. 103 y ss.

<sup>36</sup> Para un estudio jurídico de la figura femenina en la antigua Roma, vid. PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana*, Milano (Giuffrè), 1984; REVEL, J., «Maschile/femminile: tra sessualità e ruoli sociali», *Quaderni Storici*, núm. 59 (1985), pp. 586 y ss.; GARDNER, J. F., *Women in Roman Law and Society*, Indianapolis (Bloomington), 1986; VÉRON, J., *Il posto delle donne*, Bologna (il Mulino), 2000; KUEFLER, M., *The manly Eunuch. Masculinity, Gender Ambiguity, and Christian Ideology in Late Antiquity*, Chicago (University Of Chicago), 2001; HOLMES, B., *Gender, Antiquity and its Legacy*, Londres-Nueva York (Oxford University Press), 2012; BRAVO BOSCH, M. J., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana. Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Madrid (Dykinson), 2017.

<sup>37</sup> POLO ARÉVALO, E. M., «D. 25,4,1: El juramento de la mujer encinta», en *La prueba y los medios de prueba. De Roma al Derecho moderno*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, Madrid (Universidad Rey Juan Carlos), 2000, pp. 609 y ss.

1. *Qui rerum amotarum instituit actionem si velit magis iusiurandum deferre, cogitur adversarius iurare nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia iuret qui iusiurandum defert.*
2. *Iurare autem tam vir quam uxor cogetur. Pater autem amoventis iurare non cogitur, cum iniquum sit de alieno facto alium iurare: is ergo cogitur iurare, qui amovisse dicitur. Et idcirco nec heres eius, qui quaeve amovisse dicitur, iurare cogetur.*
3. *Si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, non videtur praetor permisisse.*

En esta fuente, se pone de manifiesto que la mujer podía jurar si le era solicitado el juramento, es decir, no tenía la libertad individual reconocida para prestar el juramento cuando quisiera, sino solo, única y exclusivamente, en el momento que se le solicitase tal prestación. En ese punto el protagonismo sería femenino, correspondiéndole jurar a la mujer: ni el padre ni los herederos estaban autorizados a hacerlo, ya que se juraba un hecho («*nihil divortii causa amotum esse*»), y nadie más que la mujer, que había participado personalmente en el hecho, podía jurar que no había robado con ocasión del divorcio.

Como en el apartado segundo se afirma que tanto el marido como la mujer podían jurar si le era solicitado el juramento de no haber robado nada, entonces también la mujer podría, como demandante, ofrecer el juramento y jurar, previamente, el juramento de calumnia. En otra sede sostenemos que la legitimación pasiva en la *actio rerum amotarum* correspondía exclusivamente a la mujer y que, por tanto, ésta no tenía la capacidad de ofrecer el juramento. Sin embargo, más allá de las fuentes relativas a la legitimación pasiva en la *actio rerum amotarum*, existen párrafos del Digesto que apoyan nuestra afirmación de que la mujer no tenía capacidad para ofrecer/referir/remitir el juramento, pudiendo solamente prestarlo, puesto que la prestación del juramento no estaba limitada. El texto más significativo a este respecto es D. 12.2.30.2.

*(Paulus libro 18 ad edictum) Si mulier iuraverit decem dotis sibi deberi, tota ea summa praestanda est: sed si iuravit decem se dedisse in dotem, hoc solum non erit quaerendum, an data sint, sed quasi data sint, quod ex eo reddi oportet praestandum erit.*

Si la mujer hubiese jurado que se le debían diez mil sestercios en dote, le ha de ser pagada la suma entera, pero si juró que ella había dado diez mil sestercios en dote, sólo queda fuera de discusión que se dio la cantidad de diez sestercios en dote. En ese caso, se pagará lo que esté obligado a restituir el marido. Por tanto, en este segundo caso, se tendrán en cuenta las *retentiones*.

Como se puede apreciar, el contenido del juramento tiene sustanciales efectos prácticos, y es la mujer la que puede, en todo caso, desencadenar los unos o los otros: en el caso de que se jure que se le debe dar diez, el litigio finaliza y el marido debe devolver diez. En

cambio, si la mujer jura que ha aportado diez en dote, no se le restituirá la cantidad total, sino que se aplicarán las retenciones.

La acción que se ejercita en el texto es la *actio rei uxoriae*, en la que es parte demandante la mujer que exige la devolución de la dote. A pesar de ser demandante, la propia mujer jura la pretensión que deduce en juicio («*decem dotis sibi deberi*») o bien el hecho de que haya aportado una dote de diez («*decem se dedisse in dotem*»): en ninguno de ambos supuestos, fue el demandado quien devolvió a la mujer la posibilidad de jurar. Desde el punto de vista procesal, no tiene sentido que la demandante, que ya plantea su pretensión en juicio, afirme de nuevo su posición jurídica por medio del juramento para finalizar el litigio.

Como demandante, la mujer debería prestar el juramento de calumnia, y no afirmar de nuevo su derecho por medio de un juramento. Este texto sólo puede explicarse por dos consideraciones: la conclusión del litigio por medio del juramento no dependía de la voluntad de las partes, sino que era impuesta por el Pretor tras la *causa cognitio*; y la mujer no tenía capacidad para deferir/referir/remite el juramento, pero sí, de acuerdo con D. 12.2.23 y D. 12.2.26, capacidad para prestar el juramento.

Sostiene Martini que la *causa cognitio* consistía en que el Pretor atendía a las circunstancias del caso concreto: era un juicio no sólo de juridicidad de la acción, sino de oportunidad de la misma<sup>38</sup>. Si bien es cierto que según este autor, el Pretor no debía examinar los medios de prueba, el examen de la oportunidad de la acción comprende, desde luego, la existencia de medios de prueba.

Entre otras razones, Bertolini afirma que la subsistencia del juramento necesario se debió a la habitual falta de medios de prueba en el proceso<sup>39</sup>. Así, en D. 12.2.5.2<sup>40</sup>, parece que el juramento es un mero medio de prueba.

En consecuencia, nos resulta inconcuso que correspondía al Pretor imponer la conclusión del litigio por medio del juramento: como pone de manifiesto Fernández De Buján, a los magistrados, en este caso el censor, les era atribuido un control más allá de la legalidad, que incluso comprendía la moralidad<sup>41</sup>. Por tanto, el Pretor conocía de la oportunidad del litigio, que se extendía a la existencia de los medios de prueba: por ello, era el Pretor quien decidía que el litigio se debía finalizar por medio de juramento.

<sup>38</sup> MARTINI, R., *Il problema della causa cognitio pretoria*, Milano (Giuffrè), 2006, pp. 27 y ss.

<sup>39</sup> BERTOLINI, C., *Il giuramento nel diritto privato romano*, cit., pp. 80 y ss.

<sup>40</sup> D. 12.2.5.2 (*Ulpianus libro 22 ad edictum*): *Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit, remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit iureiurando*. Una vez jurado sin que haya otra cuestión, ya no se indaga más sobre la cuestión jurada, sin considerar si se debe o no algo, como si hubiese sido probado por juramento.

<sup>41</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Observaciones acerca de la ignominia y de la infamia en Derecho Romano, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, IV, Madrid (Consejo General del Notariado), 1998, pp. 320 y ss.

En el caso de D. 12.2.30.2, jura la mujer como demandante porque así lo dispuso el Pretor, previa la cognición de la causa. El Pretor, así, no sólo concede la acción a la mujer, sino que le permite afirmarse de nuevo en la pretensión (o bien probar por medio de juramento que se le habían dado diez en dote) con el fin de finalizar el litigio. La posibilidad de que fuese el actor quien jurase debía de proceder de la devolución del juramento por parte del demandado como norma general, y no directamente del Pretor.

Sin embargo, cuando la mujer ejercita la *actio rei uxoriae*, el Pretor le concede la acción y, además, en el caso de que sea oportuno el juramento, le ofrece a ella la oportunidad de jurar.

El juramento prestado por la mujer como parte demandante supone una excepción en el régimen jurídico del juramento. Y es que, de acuerdo con D. 12.2.34.6<sup>42</sup>, si al reo se le pide el juramento, debe o jurar o pagar, y si no jura, será obligado a pagar, a no ser que devuelva la posibilidad de jurar al demandante (D. 12.2.34.7<sup>43</sup>), se indica que al demandado le es dada la facultad de devolver la posibilidad de jurar al demandante. De esta forma, el demandado no se veía obligado a jurar si no estaba seguro de no deber, y tampoco era constreñido a pagar.

En consecuencia, el caso referido en D 12.2.30.2 impide sostener que el demandante podía única y exclusivamente jurar cuando el demandado le devolvía esta posibilidad, sino que el propio Pretor podía exigir al demandante que jurase. Estos supuestos habían sido, sin embargo, excepcionales, porque el juicio de oportunidad del Pretor lo habría sido también de convicción.

No es aislado el caso de que la mujer haya de jurar como demandante, sino que existen otros textos del Digesto en que se pone de manifiesto el juramento del demandante sin previa devolución por el adversario: D. 6.2.7.7; D. 12.2.9; D. 12.2.9.1; D. 12.2.9.3.; D. 12.2.9.5; D. 12.2.9.6; D. 12.2.9.7; y D. 13.5.25.1.

La existencia de estos otros textos en los que se infiere la posibilidad de que el demandante jure, pudiera estar en contradicción con la conclusión de que la mujer carezca de capacidad para deferir/referir/remite el juramento, puesto que la posibilidad de que sea el demandante el que jure se reconoce como una facultad general en el juramento necesario. Trataremos de responder a este interrogante a continuación, haciendo alusión a los pasajes que consideramos pertinentes

D. 6.2.7.7(*Ulpianus libro 16 ad edictum*): *Si petenti mihi rem iusiurandum detuleris egoque iuravero rem meam esse, competit publiciana mihi, sed adversus te dumtaxat: ei*

<sup>42</sup> D. 12.2.34.6 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Ait praetor: Eum, a quo iusiurandum petetur, solvere aut iurare cogam: alterum itaque eligat reus, aut solvat aut iuret: si non iurat, solvere cogendus erit a praetore.*

<sup>43</sup> D. 12.2.34.7 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat iusiurandum: et si is qui petet condicione iurisiurandi non utetur, iudicium ei praetor non dabit. Aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere condicio iurisiurandi ei qui detulit: sed nec iusiurandum de calumnia referenti defertur, quia non est ferendus actor; si condicionis quam ipse detulit de calumnia velit sibi iurare.*

*enim soli nocere debet iusiurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit iusiurandum et iuraverit rem petitoris non esse, adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem;* según el cual si se le pide al demandante que jure que la cosa es suya, y éste jura, le compete la acción Publiciana, pero con la limitación de que el juramento sólo debe perjudicar a quien lo solicitó. Pero si se ofreció al poseedor la posibilidad de que jurase que la cosa no era del demandante, tendrá una excepción, pero no una acción. Por su parte, en D. 13.5.2.25.1 (*Papinianus libro octavo quaestionum*) *Si iureiurando delato deberi tibi iuraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis. Sed et si non ultro detulero iusiurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat modestius facere qui referat, quam ut ipse iuret, nulla distinctio adhibetur, tametsi ob tuam facilitatem ac meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas;* se indica que si se le ofrece al demandante que jure que se le debe, entonces le corresponde la *actio de pecunia constituta*. En cambio, nadie duda de que es más modesto contrareferir la posibilidad de prestar el juramento, pues lo impulsa la necesidad. En todo caso, una vez que se jura, no se hace distinciones, pero es más modesto y más fácil seguir la necesidad de contrareferir el juramento.

Ambos fragmentos (D. 6.2.7.7 y D. 13.5.25.1) pertenecen a los comentarios relativos a la *actio de pecunia constituta*<sup>44</sup>, y no hay duda de que, en ambos supuestos, el Pretor, y no el adversario, le ofrece al demandante la posibilidad de jurar, al igual que en D. 12.2.30.2 respecto a la mujer.

Por su parte, los demás pasajes relativos a la posibilidad de que sea el demandado el que ofrezca el juramento al demandante pertenecen a D. 12.2.9, relativo al libro dieciséis de Paulo de sus comentarios al título del Edicto «*de iureiurando*»<sup>45</sup>, esto es, al igual que D. 12.2.30.2, que también pertenece al comentario al título del Edicto «*de iureiurando*»<sup>46</sup>: tanto en unos supuestos como en otros, se describen los efectos del juramento, de manera que hay que concluir que el Edicto se refiere al procedimiento del juramento, o bien, dicho en otros términos, a la reglamentación procesal del juramento.

En D. 12.2.30.2, el texto pone de relieve los distintos efectos dependiendo del contenido del juramento: su *ratio essendi* parece ser la diversidad de efectos dependiendo de si la mujer jura que le deben dar diez como dote, o bien si jura que ha aportado una dote de diez. En consecuencia, no se afirma, por medio de este texto, la posibilidad de que el demandante, que es la mujer, jure previo ofrecimiento del demandado, puesto que hay otras fuentes que lo ponen de manifiesto.

Sin embargo, y ésta es la cuestión, el juramento en la *actio rei uxoriae* produce distintos efectos dependiendo del contenido del juramento y no de quien lo preste, a diferencia de

<sup>44</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. II, cit., p. 512, en el caso de D. 6.2.7.7; y LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, cit., para D. 13.5.25.1.

<sup>45</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, cit., p. 545.

<sup>46</sup> LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I, cit., p. 997.

lo que sucede en D. 12.2.9. Puesto que, en los distintos apartados de este fragmento, que citaremos a continuación, se describen los efectos no sólo con relación al contenido del juramento, que es fundamental, sino también a la persona que jura.

*D. 12.2.9 (Ulpianus libro 22 ad edictum): pr. Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut, si controversia erit, id est si ambigitur. An iusiurandum datum sit, exceptioni locus est.*

*1. Iureiurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque, actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit dari sibi oportere vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit.*

*3. Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur; quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.*

*4. Si minor viginti quinque annis detulerit et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari debet, ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum praetorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere: nec enim utique qui minor est statim et circumscriptum se docuit. Praeterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintum non debet egredi.*

*5. Sed et si quis in fraudem creditorum iusiurandum detulerit debitori, adversus exceptionem iurisiurandi replicatio fraudis creditoribus debet dari. Praeterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, ut iuret sibi decem dari oportere, mox bonis eius venditis experiri volet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum.*

*6. Iusiurandum defensoris vel procuratoris ei ab adversario delatum prodesse exceptionemque domino parere Iulianus scribit. Idem ergo dicendum erit et si datus ad petendum procurator reo deferente iuraverit dari mihi oportere: nam actionem mihi parit. Quae sententia habet rationem.*

*7. Si petitor iuravit possessore deferente rem suam esse, actori dabitur actio, sed hoc dumtaxat adversus eum qui iusiurandum detulit eosque qui in eius locum successerunt: ceterum adversus alium si velit praerogativa iurisiurandi uti, nihil ei proderit.*

De acuerdo con estos textos, después de que se juró se deniega la acción o, si subsiste la duda de que se haya o no prestado el juramento, se concede una excepción. Prestado o remitido el juramento, el reo consigue una excepción para sí y para otros, pero el actor consigue una acción, en la que sólo se discute si se ha jurado «*dare sibi oportere*» o si, estando dispuesto a jurar el demandado, le remitió el juramento. Si el obligado por una acción temporal ofrece el juramento de que debe dar y el demandante jura que le debe dar, no quedará liberado por el transcurso del tiempo, porque la *litis contestatio* perpetúa la obligación. El fragmento número cuatro ya se ha considerado *supra*, en el que se señala que el Pretor

concedería una *restitutio in integrum* al menor de veinticinco años que hubiese ofrecido el juramento en perjuicio de su patrimonio.

En el apartado cinco, se dispone que también se le dará réplica de fraude a los acreedores cuando su deudor haya jurado en su contra, además de denegarle la acción al deudor que juró que debía diez y quiera reclamar el restante una vez vendidos sus bienes. El juramento del defensor o del procurador también aprovecha al dueño y produce excepción, y lo mismo sucede en caso de que el procurador del demandante jure que se le debe dar, pues en ese caso se le dará una acción. Por su parte, el último de los aportados señala que si el demandante ha jurado que la cosa es suya, se le dará acción pero sólo contra quien le ofreció el juramento, puesto que el juramento así prestado no puede perjudicar a terceros.

Por tanto, si bien es cierto que tanto D. 12.2.30.2 como D. 12.2.9 en sus distintos apartados pertenecen al comentario al título del Edicto «*de iureiurando*», en D. 12.2.9 se describen los efectos sea el demandante el que jure, sea el demandado. Por su parte, en D. 12.2.30.2, no se considera la posibilidad de que el demandado, en este caso el marido, preste el juramento, sino que, por el contrario, se consideran los efectos de los diferentes contenidos del juramento que debe prestar la mujer. Hemos de añadir los distintos contenidos del juramento que, *en todo caso*, prestará la mujer.

Además, en el caso del ejercicio de la *actio rerum amotarum*, ya visto en D. 25.2.11, se deniega la posibilidad de referir el juramento: en esta acción, la mujer es la parte demandada y, a diferencia de la posibilidad general que tiene el demandado de devolver al demandante la posibilidad de jurar (D. 12.2.34.7<sup>47</sup>), en la *actio rerum amotarum* se impide la devolución del juramento.

Ambos textos (D. 12.2.30.2; y D. 25.2.11) relativos al juramento prestado por la mujer, son muy específicos en su aplicación y, comoquiera que excepcionan el régimen jurídico general relativo al juramento en el caso de que lo preste la mujer, hay que concluir que tales excepciones vienen motivadas porque la mujer carecía de capacidad para ofrecer/referir/remítir el juramento.

#### IV. CONCLUSIONES

Hemos de concluir que los textos que hemos analizado en el presente trabajo de investigación no ponen de manifiesto límite alguno a la facultad de prestar el juramento, pero sí a la capacidad de ofrecer/referir/dispensar el juramento, que presuponen capacidad de disposición.

<sup>47</sup> D. 12.2.34.7 (*Ulpianus libro 26 ad edictum*): *Datur autem et alia facultas reo, ut, si malit, referat iusiurandum: et si is qui petet condicione iurisurandi non utetur, iudicium ei praetor non dabit. Aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere condicio iurisurandi ei qui detulit: sed nec iusiurandum de calumnia referenti defertur, quia non est ferendus actor, si condicionis quam ipse detulit de calumnia velit sibi iurare.*

En el caso de las personas *in potestate*, si bien es cierto que podían prestar el juramento, la limitación de la capacidad para ofrecer/referir/remite el juramento dependía de que estuviesen a cargo de la actividad comercial del *pater*: la existencia de un beneficio para el padre seguramente haya sido el primer supuesto en el que se reconoció la responsabilidad del *pater* por negocios realizados por su esclavo, pero también por su hijo. Este lucro era susceptible de individualización, por eso en un primer momento el pretor concedió la *condictio* contra el *pater* en la medida del enriquecimiento, y el ejercicio de esta acción permitió que las personas *in potestate* no sólo prestaran, sino que ofrecieran/refirieran/remitiesen el juramento necesario.

En un segundo momento, el *pater* respondió por la actividad comercial de las personas *in potestate*, haya o no haya obtenido beneficios, por criterios de equidad y de protección del tráfico económico. Se crearon, así, las acciones adyecticias, distintas de la *condictio*, pero que no excluían ésta, y que fueron necesarias no sólo por el desarrollo del comercio y la existencia de contratos de buena fe (con *intentio incerta*), sino para vincular, sin necesidad de prueba de la autorización, el patrimonio del dueño/*pater* con la actividad comercial de la persona *in potestate*. En estas acciones, sin embargo, no cabía la conclusión del litigio por medio del juramento puesto que la *intentio* era incierta.

Por ello, carece de sentido la discusión acerca de la *actio quod iussu* de la que da noticia Lazo, sobre la inclusión de la *demonstratio quod iussu* en la acción por la que se reclama un *certum*<sup>48</sup>, puesto que esta acción, como las demás acciones para vincular el patrimonio del *pater*, surgieron como consecuencia de contratos, esto es, de la buena fe comercial, y no de la reclamación de una cosa cierta, que debió ser precedida de una *datio*: en ese caso, se pudo haber ejercitado la *condictio* sin ningún inconveniente.

En definitiva, si bien el desarrollo del comercio dotó de instrumentos procesales a la gestión patrimonial de las personas *in potestate*, este mismo desenvolvimiento comercial relegó en la práctica tanto el ejercicio de la *condictio* como la conclusión del litigio por medio del juramento necesario.

Por su parte, la mujer careció de reconocimiento jurídico expreso de su plena capacidad de obrar, aunque *de facto*, sí tuvo capacidad de obrar bastante. Por ello, en los textos se recoge la incapacidad de la mujer para ofrecer/referir/remite el juramento, limitaciones ya características a la capacidad de obrar de la mujer en la antigua Roma<sup>49</sup>.

Sin embargo, en materia del juramento, los juristas romanos regularon un régimen jurídico más favorable en el caso de que la demandante haya sido la mujer, porque le per-

<sup>48</sup> LAZO, P., «Contribución al estudio de la “actio quod iussu”», *Revista de estudios históricos-jurídicos*, núm. 32, 2010, p. 97.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., p. 195, «Si bien, con carácter general, se suele encuadrar la condición de mujer entre las causas que limitan la capacidad de obrar, parece más acertado considerar que las limitaciones que se le imponen afectan directamente a su capacidad jurídica, dado que no responden sino a una concepción cultural y social retrógrada en relación con la posición de la mujer».

mitían jurar la propia pretensión en el caso de la *actio rei uxoriae*, y el hecho de no haber robado ante el ejercicio de la *actio rerum amotarum*. Por tanto, se encuentra en materia del juramento necesario un antecedente de la discriminación positiva de la legislación actual: en ambos casos, en el derecho romano y en el actual, se parte de que la aplicación del régimen jurídico general perjudicaría la posición jurídica de la mujer por el mero hecho de serlo<sup>50</sup>.

A pesar de que se ponga de manifiesto la desigualdad del ordenamiento jurídico romano en cuestión de la mujer<sup>51</sup>, el ordenamiento jurídico actual no está exento de desigualdades, conocidas como discriminación positiva. No es único el caso comentado de la Ley de Igualdad, pues en el proceso laboral se consagra la inversión de la carga de la prueba en supuestos de discriminación: «*en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*» (art. 96.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en adelante, LRJS).

Sobre la prueba indiciaria del art. 96.1 LRJS, es doctrina del Tribunal Constitucional que «*es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano (por todas SSTC 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo). El primero la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril; 293/1993, de 18 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero, y 30/2002, de 11 de febrero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada*» (Sentencias 49/2003, de 17 de y 74/2008, de 23 de julio).

En orden a la aplicación de la carga de prueba del artículo 96.1 LRJS, los Tribunales actuales realizan una operación intelectual de deducción, y esa misma operación la realizaba el Pretor por medio de la cognición de la causa, al valorar la oportunidad del litigio. El resultado era idéntico: promover un determinado resultado procesal que, de no mediar intervención, sería muy difícil de alcanzar.

<sup>50</sup> Nos referimos a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>51</sup> PÉREZ PÉREZ, V. E., «Capacidad de la mujer en Derecho Privado Romano», *Clepsydra: Revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, núm. 16, 2017, pp. 191 y ss., quien destaca, muy acertadamente, que la mujer siempre estuvo sometida a tutela.

En ambos casos, se protegen intereses de terceros considerados vulnerables, aunque por distintas razones que, por otra parte, no son relevantes jurídicamente. Mientras que, en la antigua Roma, se entendía vulnerable la mujer por incapaz, en la actualidad se discriminan positivamente tanto la mujer, con el fin de alcanzar la igualdad real, como los colectivos que por su identidad u orientación sexuales, origen racial, convicciones o discapacidad puedan recibir un trato diferenciado y perjudicial.

Si bien hoy en día no se pueden compartir los motivos de un trato diferenciado en Derecho Romano en lo tocante a la figura femenina, éste protegía la posición jurídica de la mujer sin menoscabo de la técnica y la elegancia jurídicas, por medio de la capacidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AMIRANTE, L., *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli (Jovene), 1954.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Il mandato in Diritto Romano*, Napoli (Jovene), 1965.
- BERTOLINI, C., *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma (L'Erma di Bretschneider), 1967.
- BIONDI, B., *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Roma (L'Erma di Bretschneider), 1970.
- BISCARDI, A., *Actio pecuniae traiecticiae, Contributo alla dottrina delle clausule penali*, Milano (Led Edizioni Universitarie), 2019.
- BRAVO BOSCH, M. J., «Consideraciones en torno a la “actio institoria”», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2006, pp. 69-80.
- BRAVO BOSCH, M. J., «Consideraciones en torno a la “actio institoria”», en *El derecho comercial, de Roma al derecho moderno: IX Congreso Internacional, XII Iberoamericano de Derecho Romano: Las Palmas de Gran Canaria, 1, 2 y 3 de febrero de 2006*, Las Palmas de Gran Canaria (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), 2006, pp. 187-202.
- BRAVO BOSCH, M. J., «La responsabilidad de la actividad mercantil terrestre en el derecho Romano», *AFDUC*, núm. 10, 2006, pp. 99-110.
- BRAVO BOSCH, M. J., *Mujeres y símbolos en la Roma republicana. Análisis jurídico-histórico de Lucrecia y Cornelia*, Madrid (Dykinson), 2017.
- DE CASTRO-CAMERO, R., *Soluciones in iure a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Sevilla (Universidad de Sevilla), 2006.

- DI PORTO, A., *Filius, servus, libertus, strumenti dell'impreditore romano*, en *Impreditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo (Erice), 1992.
- FADDA, C., *Istituti commerciali del Diritto Romano*, Napoli (Jovene), 1987.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 9, 2011, pp. 83-92.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid (Iustel), 2017.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Observaciones acerca de la ignominia y de la infamia en Derecho Romano», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, IV, Madrid (Consejo General del Notariado), 1998, pp. 313-342.
- GARDNER, J. F., *Women in Roman Law and Society*, Indianapolis (Bloomington), 1986.
- GAY, J. L., *L'in rem versum á l'époque classique*, en *Varia: études de droit romain*, Paris (Sirey), 1956.
- GUARINO, A., «Actiones adiecticiae qualitatis», en *Novísimo Digesto Italiano*, 1957.
- IOACHIMOVICI, V. E., *Le iusiurandum necessarium a l'époque classique du droit romain*, Paris (Giard & BRIÈRE), 1912.
- KUEFLER, M., *The manly Eunuch. Masculinity, Gender Ambiguity, and Christian Ideology in Late Antiquity*, Chicago (University of Chicago), 2001.
- LAZO, P., «Contribución al estudio de la "actio quod iussu"», *Revista de estudios históricos-jurídicos*, núm. 32, 2010, pp. 83-105.
- LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis*, vol. I y II, Graz (Akademische Druck- Und Verlagsanstalt), 1960.
- MARTINI, R., *Il problema della causa cognitiva pretoria*, Milano (Giuffrè), 2006.
- MICELLI, M., *Studi sulla «rappresentanza» nel Diritto Romano*, vol. I, Milano (Giuffrè), 2008.
- PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna in età repubblicana*, Milano (Giuffrè), 1984.
- PÉREZ PÉREZ, V. E., «Capacidad de la mujer en Derecho Privado Romano», *Clepsydra: Revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, núm. 16, 2017, pp. 191-217.
- POLO ARÉVALO, E. M., «D. 25,4,1: El juramento de la mujer encinta», en *La prueba y los medios de prueba. De Roma al Derecho moderno*, en *Actas del IV Congreso*

*Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, Madrid (Universidad Rey Juan Carlos), 2000, pp. 609-628.

REVEL, J., «Maschile/femminile: tra sessualità e ruoli sociali», *Quaderni Storici*, núm. 59, 1985, pp. 586-603.

SCHIPANI, S., (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, vol. III, Milano (Giuffrè), 2007.

VÉRON, J., *Il posto delle donne*, Bologna (Il Mulino), 2000.