



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Guzmán Brito, Alejandro

EL EMPLAZAMIENTO SISTEMÁTICO DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS EN LAS EXPOSICIONES
JURISPRUDENCIALES Y EN LAS COMPILACIONES LEGISLATIVAS ROMANAS

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXVII, 2005, pp. 37-63

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173816612002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://www.redalyc.org)

[redalyc.org](http://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL EMPLAZAMIENTO SISTEMÁTICO DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS EN LAS EXPOSICIONES JURISPRUDENCIALES Y EN LAS COMPILACIONES LEGISLATIVAS ROMANAS*

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO**
 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

En este trabajo se estudia la localización de las donaciones entre vivos en el sistema de Sabino y en las obras jurisprudenciales del tipo *digesta, responsa, questiones*, lo mismo que en el edicto del pretor, durante la época clásica. Por lo que a la época postclásica atañe, se conduce un estudio semejante con respecto a los *Fr. Vaticana*, las *Pauli sent.* y las compilaciones de leyes, como el *codex Theodosianus* y sus predecesores (Gregoriano y Hermogeniano) y en el *Corpus iuris civilis*. Se concluye que durante la época clásica y hasta el *codex Theodosianus*, nunca existió una rúbrica *de donationibus*, que apareció por vez primera en el citado código, en lo cual fue seguido por el *codex Iustinianus* y los *Iustiniani digesta*, pero no por las *Iustiniani*

ABSTRACT

This paper studies the localizations of the donations among the living in the Sabinian system and in the jurisprudential works of the *digesta, responsa, questiones* type as well as in the praetor's edict during the classical era. As far the postclassical era is concerned, this paper also presents a similar study of the *Fr. Vaticana*, the *Pauli sent.*, and the compilations of laws, such as the *codex Theodosianus* and its predecessors (Gregorian and Hermogenian) and in the *Corpus iuris civilis*. It is concluded that, during the classical era until the *codex Theodosianus*, the rubric *de donationibus* never existed, which first appeared in said code and followed by the *codex Iustinianus* and the *Iustiniani digesta*, but not by the *Iustiniani Institutiones*. Classical scholars did

* El presente trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre donaciones que contó con el apoyo del Fondo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas. Al mismo pertenece el artículo citado en la nota 1, lo mismo que mi libro (más dogmático) titulado *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos* (Santiago, LexisNexis, 2005).

** Catedrático de derecho romano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Fax: (56-32) 273430. Correo electrónico: aguzman@ucv.cl

Institutiones. Los clásicos no estudiaban la donación en sí, mas desde el punto de vista de sus regímenes limitativos, en especial, de aquel derivado de la *lex Cincia*; así que de las donaciones trataban especialmente bajo una rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus*. Caída en desuso la *lex Cincia*, desde el *codex Theodosianus* se eliminó una referencia a ella en tal rúbrica, que entonces se convirtió simplemente en *de donationibus*.

PALABRAS CLAVE: Sistemática de la donación - Sistema de Sabino - Sistema del edicto pretorio - Rúbr. *ad legem Cinciam de donationibus* - Rúbr. *de donationibus*.

not study donation itself; they did it from the perspective of its limiting regimes, in particular the one derived from the *lex Cincia*, so that they studied donations under the rubric *ad legem Cinciam de donationibus*. After the *lex Cincia* fell into disuse, a reference to it in said rubric was eliminated from the *codex Theodosianus*, which by then was simply turned into *de donationibus*.

KEY WORDS: Donation system - Sabin's system - System of the praetor's edict - Rubric *ad legem Cinciam de donationibus* - Rubric *de donationibus*.

Nos proponemos investigar en qué punto sistemático de los tratados jurisprudenciales de la época clásica y postclásica y de las compilaciones legislativas de esta última época aparece localizada la materia concerniente a la donación entre vivos o, como decían los juristas, *non mortis causa*, completando de esta manera nuestras investigaciones sobre el mismo tema relativas a otras épocas¹.

I. EL SISTEMA DE SABINO Y SUS COMENTADORES

Primeramente nos concentraremos en el sistema que llamamos de Sabino². Se trata de una de las varias ordenaciones o esquemas de materias para exponer literariamente el *ius civile* contruidos en la época clásica (a cuyos puntos comunes suele denominarse colectivamente como sistema civilístico). Su origen, en realidad, se remonta quizá a Labeón³ (siglo I a. C. - I d. C., contemporáneo de Augusto); poco después hubo de ser fijado por Masurio Sabino (bajo Augusto,

¹ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 25 (2004), pp. 169 - 267 ss.

² Lit.: LENEL, Otto, *Das Sabinusystem* (Strassburg, 1892); FREZZA, Paolo, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino* (1933), ahora en EL MISMO, *Scritti* (Romae, Pont. Univ. Lateranensis - Mursia, 2000), I, pp. 193 ss.; SCHULZ, Fritz, *Storia della giurisprudenza romana* (2ª ed. 1953, trad. italiana, Firenze, Sansón, s. d. [pero 1968]), pp. 277 - 280; SCHERILLO, Gaetano, *Il sistema civilistico* (1953), ahora en EL MISMO, *Scritti giuridici*, I: *Studi sulle fonti* (Milano, Cisalpino, s. d. [pero 1992]), I, pp. 15 ss.; ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *La formation du système des commentaires de droit civil dans la science juridique romaine* (1953), ahora en EL MISMO, *Scritti di diritto romano* (Napoli, Jovene, 1977), IV, pp. 211 ss.; ASTOLFI, Ricardo, *I libri tres iuris civilis di Sabino* (Padova, Cedam, 1983). Sobre la localización de las donaciones en el sistema de Sabino, especialmente: ARCHI, Gian Gualberto, *'Donare' e 'negotium gerere'* (1969), ahora en EL MISMO, *Scritti di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1981), II, pp. 970 - 972.

³ SCHERILLO, G., *Il sistema civilistico*, cit. (n. 2), p. 25.

Tiberio y Nerón), a quien secundaron Pomponio (bajo Adriano y Antonino Pío), Paulo y Ulpiano (ambos de la época de los Severos), en unos extensos comentarios que por ello se titularon *ad Sabinum*. No lo conocemos en modo directo; pero ha sido conjeturalmente reconstruido con base precisamente en la palingenesia de aquellos comentarios de derecho civil que lo aplicaron, cuyos fragmentos se conservan principalmente en el Digesto, y a través de los cuales es posible adquirir una secuencia probable de las materias en el original.

Nos ocuparemos en determinar qué lugar ocupaba la donación en el sistema de Sabino y sus comentaristas. La penuria de antecedentes sobre las ordenaciones de materias empleadas por otros juristas nos impide indagar lo propio en ellas.

De acuerdo con la opinión dominante, en el sistema de Sabino reconstruido, la donación habría aparecido en dos lugares.

1. *Una supuesta rúbrica general "de donationibus".*

Desde luego, bajo una rúbrica general, que los estudiosos creen haber sido *de donationibus*.

a) En el comentario de Pomponio *ad Sabinum*, tal rúbrica habría estado localizada en el interior de su libro 33. Originario de este libro subsisten un solitario fragmento sobre donaciones⁴, y otros 17 fragmentos dedicados a las servidumbres⁵. Del precedente libro 32, a su vez, se conservan 17 fragmentos sobre posesión y usucapión⁶. De acuerdo con todo esto, en el libro 32, Pomponio habría tratado conjuntamente de la posesión y la usucapión, y en el libro 33, sucesivamente de las donaciones y de las servidumbres.

Del comentario de Paulo *ad Sabinum* tenemos 2 fragmentos que fueron obtenidos de su libro 15, también en tema de donaciones⁷; de ese mismo libro, además, hay 6 fragmentos concernientes a la posesión y la usucapión⁸; y otros 10 sobre servidumbres⁹. En consecuencia, en el libro 15, Paulo –igual que Pomponio en los libros 32 y 33 de su tratado– parece haber expuesto sucesivamente la posesión y la usucapión, las donaciones y las servidumbres.

En el comentario de Ulpiano, en fin, no hay rastros de algún tratamiento similar de las donaciones ni de las demás materias que Pomponio y Paulo trataban en conexión con ellas¹⁰.

⁴ LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889, reimp. Graz, Akad. Druck- u. Verlagsanst., 1960), II, frag. 774.- D. 39, 5, 9 (col.s 142 - 143) [en lo sucesivo, esta obra será citada como *Paling.*].

⁵ LENEL, O., *Paling.*, II, frag.s 775 - 790 (col.s 144 - 145).

⁶ LENEL, O., *Paling.*, II, frag.s 757 - 773 (col.s 140 - 142).

⁷ LENEL, O., *Paling.*, I, frag.s 1875 - 1876.- D. 39, 5, 8 y 39, 5, 10 (col.s 1289).

⁸ LENEL, O., *Paling.*, I, frag.s 1869 - 1874 (col.s 12887 - 12889).

⁹ LENEL, O., *Paling.*, I, frag.s 1877 - 1886 (col.s 1289 - 1291).

¹⁰ De acuerdo con la palingenesia del comentario de Ulpiano *ad Sabinum*, éste se detiene en un libro 51, que Lenel dubitativamente rubrica *De iudiciis*, y que parece corresponder al libro 29 en el de Pomponio, y al 13 en el de Paulo. Estos últimos continúan adelante hasta llegar a las donaciones y aun a otras materias posteriores; y entonces cabe preguntarse si acaso Ulpiano no haya terminado su comentario.

b) De acuerdo con los conjuntos de fragmentos pertenecientes a los libros 32 y 33 de Pomponio y al libro 15 de Paulo, Lenel reconstruía el orden de Sabino, en la parte que nos interesa, así en su *Palingenesia* (1889)¹¹:

	Pomp. ad Sab.	Paul. ad Sab.
XVI: De acquirendo rerum dominium		
XVII: De rei vindicatione		
XVIII: De possessione et usucapione	lib. 32	lib. 15
XIX: De donationibus	lib. 33	lib. 15
XX: De servitutibus	lib. 33	lib. 15

Después (1892), Lenel modificó su reconstrucción¹²:

	Pomp. ad Sab.	Paul. ad Sab.
XVII. De in rem actione		
XVIII. De acquirendo rerum dominium		
XIX. De usucapione	lib. 32	lib. 15
XX. De donationibus	lib. 33	lib. 15
XXI. De servitutibus	lib. 33	lib. 15

Lenel tomó en cuenta que en las *Institutiones* de Justiniano la donación aparece como un modo de adquirir¹³; y supuso, pues, que lo mismo habría acaecido en Sabino y sus comentaristas¹⁴; de donde que aquélla aparezca bajo el influjo de la rúbrica XVIII: *De acquirendo rerum dominio*, después de la usucapción.

Astolfi, por su parte, ha reconstruido el orden de Sabino en la forma que reproducimos enseguida:

	Pomp. ad Sab.	Paul. ad Sab.
XVII: De in rem actione		
XVIII: De acquirendo rerum dominio		
XIX: De usucapione	lib. 32	lib. 15
De acquirenda possessione	lib. 32	lib. 15
Quibus modis usucapio proceditur	lib. 32	lib. 15
De donationibus	lib. 33	lib. 15
XX: De servitutibus	lib. 33	lib. 15

Para este autor, Sabino consideraba a la donación “como causa de varios negocios” (y no como modo de adquirir); y por ello él prefirió suponer que tanto aquel como sus comentaristas hubieran examinado la donación como uno de los títulos de la usucapción más frecuentes en la práctica, y aprovechado la oca-

¹¹ LENEL, O., *Paling.*, II, col.s 1258 - 1259.

¹² LENEL, O., *Das Sabinusystem*, cit. (n. 2), p. 85 - 88.

¹³ Inst. I, 2, 7 pr.: “*Est etiam aliud genus acquisitionis donatio*” (“También la donación es otro género de adquisición”). Véase más adelante VII, 3.

¹⁴ LENEL, O., *Das Sabinusystem*, cit. (n. 2), pp. 87 s.

sión para profundizar en el tema. Por consiguiente, Astolfi inserta la rúbrica *de donationibus* en el interior de aquella relativa a la usucapión¹⁵.

Como se ve, ambos autores están de acuerdo en que el orden de Sabino contenía una rúbrica *de donationibus* localizada en la zona –por así decir– concerniente a los modos de adquirir el dominio y antes de aquella pertinente a las servidumbres. Pero mientras Lenel identifica una rúbrica *de donationibus* autónoma, concerniente a un modo particular de adquirir –la donación precisamente–, Astolfi incorpora esa misma rúbrica en la más amplia relativa a la usucapión, por la razón vista, de que de la donación se trataría ahí en cuanto título de la usucapión.

c) La reconstrucción de Astolfi es más probable que la de Lenel. Es impensable que un jurista clásico considerara a la donación como un modo de adquirir autónomo. En el derecho clásico, se adquiere por transferencia entre vivos a título (mejor: por *causa*) de donación merced a una *mancipatio*, una *in iure cessio* o una *traditio*; pero no por donación directamente, que es precisamente eso: un título (*causa*) justificante de la adquisición, mas no un modo de adquirir. Pero bien la donación también funciona como título (o *causa*) de la usucapión (*usucapio pro donato*). Por ello, Sabino y sus sucesores bien pudieron tratar de la donación bajo el concepto de título para usucapir en el interior de la rúbrica *de usucapione*, como supone Astolfi¹⁶.

Ahora bien, si así fue, también nuestros autores debieron de haber tratado de los demás títulos de la usucapión, al menos de los más importantes. En el Digesto, por ejemplo, después del título 41, 3: *De usurpationibus vel usucapionibus*, hay sendas rúbricas destinadas a los siguientes títulos de la usucapión: *pro emptore*, *pro herede vel pro possessore*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro legato*, *pro dote* y *pro suo*¹⁷. ¿Por qué Sabino y sus comentadores solo habrían de haber examinado el título *pro donato* y omitido referirse a los demás? Astolfi dice que de la donación se trató por ser uno de los títulos de la usucapión más frecuentes en la práctica, y que se aprovechó la ocasión para avanzar al desarrollo de todo el tema de la donación. La segunda parte de esta afirmación es verdadera, solo que en los sistemas civilísticos ella vale siempre para cualquier materia. La primera parte, en cambio, es muy discutible, pues el título más frecuente en la práctica es *pro emptore*, quizá seguidos de los títulos *pro legato* y *pro dote*. Atendidas las restric-

¹⁵ ASTOLFI, Ricardo, *I libri tres iuris civilis*, cit. (n. 2), pp. 270 - 271.

¹⁶ Pero hay una objeción: en los fragmentos sobre donación de Pomponio, pertenecientes al libro 33, no aparece la expresión con la preposición *pro* aplicada a *donare* (*pro donato*), en circunstancias que esa forma es típica para denominar los títulos de la usucapión y la posesión, que sí suelen aparecer en los fragmentos del libro 32. Lo propio ocurre en Paulo. Si, pues, en los libros 33 de Pomponio y 15 de Paulo se hablaba de la donación como título, ¿cómo es que no se encuentra la expresión *pro donato* en ninguno de los respectivos fragmentos sobre donación pertenecientes a esos libros? No creemos, empero, que esta objeción sea decisiva. Estamos en presencia de un no muy extenso fragmento de Pomponio, y de dos de Paulo más bien brevísimos. No es exigible, por cierto, que la expresión *pro donato* deba aparecer siempre para que se hable legítimamente del título *pro donato*, la cual expresión, por lo demás, pudo haberse empleado en los contextos no conservados de los respectivos fragmentos.

¹⁷ D. 41, 4 - 41, 10.

ciones a que estaba sometida la donación merced a la *lex Cincia* y a la prohibición de hacerla entre marido y mujer, no habrá sido el acto más frecuente de hecho. En todo caso, Astolfi no explica por qué el título donatorio hubiera sido el único tratado, y esta pregunta vale incluso cuando el que se hubiera desarrollado hubiese sido aquel *pro emptore* u otro.

d) Si nosotros reexaminamos la palíngenesia del libro 32 *ad Sabinum* de Pomponio¹⁸, encontraremos que hay 7 de los 17 fragmentos de él conservados, que atañen a algún título de usucapión:

Frag.	Digesto	Título
761	41, 3, 32 pr.	pro suo
761	41, 4, 6 pr.	pro herede vel pro emptore
763	41, 4, 6, 1	pro emptore
766	41, 8, 6 + 41, 6, 4	pro herede
767	41, 6, 4	pro donato
768	41, 7, 5	pro derelicto
769	41, 10, 4	pro suo

Así, pues, Pomponio, en realidad, hablaba de varios títulos de la usucapión, solo que en el libro 32. Entonces una de dos: los trataba a todos en conjunto, uno después de otro, sin distinguirlos con rúbricas identificadoras; o los trataba por separado, bajo respectivas rúbricas, como se hace en el Digesto en los títulos 41, 4 a 41, 10 (*pro emptore*, *pro herede*, etcétera). En el primer caso, no se ve por qué el tratamiento de la donación hubiera sido una excepción, de modo de haber habido una rúbrica únicamente para ella, mas ninguna para los demás títulos. En el segundo caso, habría habido rúbricas para cada título, y también, por cierto, para la donación.

Aunque el procedimiento adoptado para el Digesto en esta materia, de reservar sucesivas rúbricas para los títulos de la usucapión, quizá pudiera hacernos pensar en que debió de seguirse un modelo, y que este modelo pudo ser precisamente el de los comentarios *ad Sabinum*, no propondremos la hipótesis¹⁹. Nos contentamos, pues, con el dato que acabamos de verificar, en orden a que Pomponio hablaba en el libro 32 de varios de los títulos de la usucapión, sin distinguir a cada cual por una rúbrica correspondiente; y entonces es muy inverosímil que excepcionalmente hubiera destacado a uno de ellos, el de la donación, para tratarlo aparte, bajo una rúbrica propia.

En consecuencia ¿no habrá sido que el único fragmento sobre donación del libro

¹⁸ Véase nota 6.

¹⁹ En realidad, parece que el uso de las expresiones con “*pro*” como rúbricas alusivas a las distintas causas de la usucapión pertenece a los compiladores justinianos, aunque las expresiones en sí mismas y fuera de rúbricas, eran clásicas. Los compiladores precisamente las encontraron en fragmentos clásicos de donde las extrajeron para configurar las respectivas rúbricas. Al respecto véase: SOUBIE, André, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste* (Tarbes, Impr. Saint Joseph, 1960), pp. 90 - 91.

33, que Lenel y Astolfi sitúan bajo una rúbrica *de donationibus*, meramente perteneciera en realidad a la continuación de la materia concerniente a los títulos, ya empezada a tratar en el libro 32 y acabada en el 33, justamente con el título de la donación²⁰? En tal caso, ese fragmento habría que localizarlo directamente bajo la rúbrica *de usucapione* en el esquema de Lenel, o en el interior de una sub-rúbrica *quibus modis usucapio proceditur* de aquélla, en el de Astolfi. En ambos casos, una rúbrica *de donationibus* no existió²¹. En el comentario de Paulo *ad Sabinum*, las cosas naturalmente habrían sido similares. Del libro 15 de ese comentario viene un fragmento sobre el título *pro derelicto*²²; y también los dos únicos fragmentos del mismo libro que Lenel y Astolfi colocan bajo una rúbrica *de donationibus*, habrían pertenecido, pues, a la misma materia a la que pertenece el citado fragmento sobre el título *pro derelicto*. En tales circunstancias, el esquema de Lenel habría que modificarlo así:

	Pomp. ad Sab.	Paul. ad Sab.
XVII: De in rem actione		
XVIII: De adquirendo rerum dominium		
XIX: De usucapione (I)	lib. 32	lib. 15
XIX: De usucapione (II)	lib. 33	lib. 15
XX: De servitutibus	lib. 33	lib. 15

La materia de la rúbrica *de usucapione*, dentro de la cual se trataba de sus títulos, en Pomponio se desarrollaría entre los libros 32 y 33; el título *pro donato* –al cual pertenece el fragmento 774 de Pomponio– cayó en el libro 33; después, en el mismo libro 33, se continuaba con las servidumbres. Paulo exponía ambas materias en el libro 15.

Por su parte, el esquema de Astolfi habría de ser corregido de esta otra manera²³:

	Pomp. ad Sab.	Paul. ad Sab.
XVII: De in rem actione		
XVIII: De adquirendo rerum dominio		
XIX: De usucapione	lib. 32	lib. 15
De acquirenda possessione	lib. 32	lib. 15
Quibus modis usucapio proceditur (I)	lib. 32	lib. 15
Quibus modis usucapio proceditur (II)	lib. 33	lib. 15
XX: De servitutibus	lib. 33	lib. 15

²⁰ A menos de suponerse que la *inscriptio* del fragmento 774 de Pomponio (D. 39, 5, 9), en cuanto atribuye ese fragmento al libro 33, contiene un error, y sea rectificable en 32. En tal caso, el libro 33 habría estado exclusivamente dedicado a las servidumbres. De aceptarse la actual *inscriptio*, debe observarse que, conforme con nuestra hipótesis, el fragmento 766 de Pomponio (D. 41, 6, 4), del libro 32, al cual Lenel hace seguir 6 fragmentos antes de terminar ese libro, hay que situarlo al final del mismo, a fin de conectarlo inmediatamente con el frag. 774 del libro 33.

²¹ Por otras razones, no bien muy generales, ARCHI, G. G., '*Donare* e '*negotium gerere*', cit. (n. 2), p. 972, tampoco acepta la existencia de una rúbrica *de donationibus* en el sistema de Sabino.

²² LENEL, O., *Paling*, I, frag. 1873.- D. 41, 7, 4 (col. 1289).

²³ ASTOLFI, Ricardo, *I libri tres iuris civilis*, cit. (n. 2), pp. 266 - 271.

El tema de los títulos de la usucapión habría empezado a ser tratado por Pomponio bajo la rúbrica *quibus modis usucapio proceditur* (I) en el libro 32, y se habría continuado con el mismo tema (II) en el libro 33, en el cual cayó el título *pro donato* –al que pertenece el fragmento 774 de Pomponio–; acto seguido, todavía en el libro 33, el jurista pasaba a las servidumbres²⁴. Paulo, por su lado, habría tratado todo en el libro 15.

Concluimos, pues, que en el sistema de Sabino no existió una rúbrica *de donationibus* en la zona de ese sistema en que se trataba de los modos de adquirir el dominio, bajo la cual se la expondría en cuanto modo autónomo de adquirir, como suponía Lenel; pero sí se la trataba en esa zona, en cuanto título de la usucapión, como suponía Astolfi, precisamente bajo la rúbrica a ella pertinente (*de usucapione*), no bien, repetimos, bajo ninguna rúbrica específica *de donationibus*.

2. Una rúbrica “*de donationibus inter virum et uxorem*”.

Como quiera que desde antiguo y merced a los *mores* –según decían los juristas²⁵–, existía una prohibición de donarse recíprocamente marido y mujer (y también con respecto a otras personas ligadas por parentesco con uno u otro), el sistema civilístico debió crear una sección destinada a tratar de tal prohibición, lo cual de modo indirecto obligaba a estudiar las donaciones, precisamente en cuanto objetos de la prohibición. El departamento sistemático dedicado a la figura estaba incluida en la parte más amplia sobre las dotes (*de iure dotium*), pero singularizada bajo una rúbrica *de donationibus inter virum et uxorem*.

De acuerdo con la reconstrucción de Lenel, los libros *de iure dotium* ocupaban el lugar X en el esquema general con que él presenta el sistema de Sabino. En su interior –y siempre según Lenel–, a su vez, esa materia se articulaba de la

²⁴ En el frag. 774 de Pomponio (D. 39, 5, 9, 1 - Pomp., 33 *Sab.*), se habla de *ratio donationis*; y, de acuerdo con la opinión común, con tal expresión se alude al *modus legis Cinciae*, vale decir, al monto por sobre el cual las donaciones a personas no exceptuadas estaban prohibidas por esa ley. Además de las objeciones de CASAVOLA, Franco, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli, Jovene, 1960), pp. 42 ss., a que con aquella expresión se alude al *modus* de la ley, agreguemos que difícilmente se discutiría sobre la *lex Cincia* en un tratado de derecho civil, puesto que tal ley era *imperfecta*, y, por ende, las *donationes inmodicae* resultaban civilmente válidas. La ley adquiría eficacia solo mediante recursos pretorios, especialmente merced a la *exceptio legis Cinciae*. En el fragmento citado, *ratio donationis* no significa, pues, “medida de la donación”, sino “cuenta de la donación”, y se entiende, porque ese texto habla de “cosas donadas” (*ex rebus donatis*), por un lado, y del “fruto”, por otro, que no bien en singular, normalmente envuelve una multitud de cosas (“los frutos”). Así, pues, se trata de dos cantidades de cosas que “contabilizar”: si se donan cosas, el fruto percibido (“los frutos”) de estas cosas donadas no se computa en la cuenta de la donación (en tanto las cosas donadas si se computan en ella); si se dona la percepción de los frutos, los frutos percibidos se computan, en cambio, en esa cuenta. Que se computen o no se computen los frutos en tal cuenta significa, en otras palabras, que su percepción vale, o que no vale como donación; y esto nada tiene que ver con el máximo permitido donar.

²⁵ Dig. 24, 1, 1, aunque parte de la moderna romanística ha tratado de desvirtuar esta afirmación de los juristas, cosa que a nosotros no nos interesa.

manera que se reproduce en la columna de la izquierda del cuadro que sigue²⁶; en las 3 columnas de la derecha se indican los juristas y los libros de sus comentarios *ad Sabinum* en que se trataban las respectivas materias sobre el derecho de las dotes en general y la prohibición de donaciones entre marido y mujer en especial:

Reconstrucción del sistema de Sabino por Lenel	Pomponio ²⁷	Paulo ²⁸	Ulpiano ²⁹
De iure dotium	lib.s 14 - 16	lib.s 6 - 7	lib.s 31 - 36
De dotium generibus			
De dotis fructu			
De rebus in dotem datis			
De donationibus inter virum et uxorem	lib. 14	lib. 7	lib.s 32 - 33
De dote aestimata aliisque dotis constituendae modis			
Solutio matrimonii dos quemadmodum reddatur			
De retentionibus			
[...]			

Astolfi, por su lado, ha reconstruido la articulación de las rúbricas sobre las dotes de otra manera, pero conserva entremedio de ellas una concerniente a las *donationes inter virum et uxorem*³⁰

De iure dotium
De dote constituenda
De rebus in dotem datis
De donationibus inter virum et uxorem
De dote aestimata
De dote dicta et promissa
Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur

No hace a nuestro tema intentar dirimir la diferencia entre ambos autores, ni tenemos razones, por cierto, para rectificar la inclusión de las *donationes inter virum et uxorem* en medio de las rúbricas sobre dote.

La localización de tales donaciones ahí, seguramente se fundó en la existencia de un elemento común a la dote y a la prohibición, consistente en tener que haber un matrimonio entre las partes, de acuerdo con un procedimiento sistemático frecuente en los sistemas civilísticos³¹, consistente en la atracción de una

²⁶ LENEL, O., *Paling*, II, col.s. 1257 - 1258.

²⁷ LENEL, O., *Paling*, II, frag.s. 598 - 601 (col.s 117 - 119).

²⁸ LENEL, Otto, *Paling*, I, frag.s. 1747 - 1753 (col.s. 1271 - 1272).

²⁹ LENEL, Otto, *Paling*, II, frag.s. 2760 - 2782 (col.s. 1137 - 1147).

³⁰ ASTOLFI, Ricardo, *I libri tres iuris civilis*, cit. (n. 2), pp. 236 - 240.

³¹ También en el edictal y, en general, en todas las exposiciones de derecho.

materia a otra, operada por algún rasgo común –en este caso el matrimonio–, que sirve así de vínculo de unión.

II. EL SISTEMA DEL “EDICTUM PERPETUUM” Y DE SUS COMENTARIOS

1. El que llamamos sistema edictal, vale decir, el orden en que las materias aparecían dispuestas en el interior del edicto del pretor urbano, en la forma en que lo fijó Salvio Juliano en tiempos de Adriano (Emp. 117 - 138 d. C.), del cual tenemos un conocimiento más acabado gracias a la reconstrucción moderna de Otto Lenel³², no contenía una rúbrica específica sobre las donaciones, lo cual se entiende sin más, porque en el derecho clásico (ni en el posterior) jamás existió una “actio donati” de derecho pretorio (tampoco de derecho civil), que indujera a reservarle como tal un lugar en el orden edictal. Pero sí hubo, como es sabido, una *exceptio legis Cinciae*, que el pretor ofrecía al donante demandado que deseaba invalidar la donación que hizo en contra de la *lex Cincia* (204 a. C.)³³, una antigua norma por la cual se prohibía las donaciones que excedieran determinado monto, en favor de personas que no estuvieran exentas de la prohibición³⁴. Ahora bien, a diferencia de otras *exceptiones*, para las cuales el edicto contenía una rúbrica específica (así, por ejemplo, las *exceptiones rei iudicatae vel in iudicium deductae*³⁵, *rei venditae et traditae*³⁶, *doli mali et metus*³⁷, entre las más conocidas, y varias otras, que se ven en el cuadro que sigue), la *exceptio legis Cinciae* no aparecía tipificada, de modo de tener que invocársela solo con base en la rúbrica general del edicto al que Lenel asigna el § 279: “Si algo se dijera haber sido hecho en contra de una ley [o] un senadoconsulto” (*Si quid contra legem senatus consultum factum esse dicitur*)³⁸.

Pars quinta

XLIII: De interdictis

XLIV: De exceptionibus

§ 269: Si quis vadimoniis non obtemperaverit

§ 270: Litis dividuae et residuae

³² LENEL, Otto, *Das Editum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (3ª ed., 1927, reimp. Aalen, Scientia, 1956) [en lo sucesivo, se citará esta obra como EP³].

³³ Sobre ella: CASAVOLA, Franco, *Lex Cincia* (Napoli, Jovene, 1960), con la literatura anterior; BIONDI, Biondo, *La lex Cincia* (1961, rec. a Casavola), ahora en EL MISMO, *Scritti giuridici* (Milano, Giuffrè, 1965), III, pp. 727 ss.; KADEN, E. H., *Lex Cincia* (rec. a Casavola), en *Labeo* 9 (1963) 2, pp. 248 ss.; GONZÁLEZ, A., *The Possible Motivation of the Lex Cincia de donis et muneribus*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 34 (1987), pp. 161 ss.

³⁴ Una exposición de conjunto sobre esta ley: GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, con reimpressiones posteriores), II, pp. 599 ss.

³⁵ LENEL, EP³, § 275 (p. 506).

³⁶ LENEL, EP³, § 276 (p. 511).

³⁷ LENEL, EP³, § 277 (p. 512).

³⁸ LENEL, EP³, § 279 (p. 513).

§ 271: Si alieno nomine agatur
 § 272: Si ex contractibus argentariorum agatur
 § 273: *Analís exceptio*
 § 274: Ne *praeiudicium hereditati fundove fiat*
 § 275: *Rei iudicatae vel in iudicio deductae*
 § 276: *Rei venditae et traditae*
 § 277: *Doli mali et metus*
 § 278: *Quarum rerum actio non datur*
 § 279: Si *quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*
 XLV: De stipulationibus praetoribus
 [...]

Este hecho determinó que en los comentarios *ad edictum*, la donación recibiera examen precisamente en el interior del tratado concerniente a la rúbrica edictal 279: *Si quid contra legem*; pero ya se ve que no por tratarse de la donación en sí, mas por haber llegado el momento de exponer aquella rúbrica en cuanto en su generalidad iba contenida la *exceptio legis Cinciae*. Así, Paulo, hablando de la excepción general *Si quid contra legem* en el libro 71 de su comentario *ad edictum*³⁹, y Ulpiano, haciendo lo propio en el libro 76⁴⁰, trataban precisamente de la *exceptio legis Cinciae*.

III. EL SISTEMA DE LAS OBRAS DEL TIPO “DIGESTA”, “QUAESTIONES” Y “RESPONSA”

Enseguida se nos presentan las obras casuísticas del tipo de los *digesta*, *quaestiones* y *responsa*. En ellas se combina el derecho pretorio con el civil, y constan de una primera parte dispuesta según el orden edictal; y de una segunda parte, a modo de apéndice, destinada al tratamiento de leyes y senadoconsultos particulares, e incluso de constituciones imperiales, en un orden que se tornó en fijo y traslaticio. En el cuadro que sigue se observa el orden de la segunda parte (columna de la izquierda). Se observará que la *lex Cincia* ocupa el segundo lugar en los *digesta* de Celso, Juliano, Marciano y Escévola, lo mismo que en las *quaestiones* y *responsa* de Papiniano, en las *sententiae* de Paulo y en los *responsa* de Modestino. Respecto de cada obra se indica el libro en que aparece tratado el tema⁴¹:

	Celsi dig.	Iuliani dig.	Marc. dig.	Sacev. dig.	Papin. quaest.	Papin. resp.	Pauli sent.	Mod. resp.
Ad legem XII tabularum: de hereditate legitima								
Ad legem Cinciam	28	60	22	31	29	12	5, 11	15
Ad legem Falcidiam								
Ad legem Corneliam								
Ad legem Aeliam Sentiam								

³⁹ LENEL, Otto, *Paling.*, I, frag.s 795 - 796 (col.s 1087 - 1088).

⁴⁰ LENEL, Otto, *Paling.*, II, frg.s. 1685 - 1692 (col.s 866 - 869).

⁴¹ Véase el esquema de estas obras que ofrece LENEL, Otto, *Paling.* II, col.s 1255 - 1256.

De adoptionibus?
 Ad legem Iuliam et Papiam
 De castrense peculio?
 De publicis iudiciis
 De iure fisci
 De re militari
 De appellationibus
 Ad legem Aquiliam
 Ad legem Rhodiam
 Ad leges de adpromissis latas
 De tributis
 De fenore

Hay rastros de alguna obra monográfica atribuida a Paulo sobre la *lex Cincia* (*Ad legem Cinciam liber singularis*)⁴². No sería raro, empero, que se hubiera tratado, en realidad, de la exposición sobre esa ley originalmente perteneciente a alguna de las obras casuísticas de Paulo, de la que algún anónimo editor postclásico la separó para publicarla como monografía independiente (*liber singularis*).

IV. LAS "PAULI SENTENTIAE"

Cumple ahora examinar la obra llegada a nosotros a través del visigótico *Breviarium Alarici* o *Lex Romana Visigothorum* (506 d. C.) con el nombre de *Pauli sententiarum libri V*, una obra compuesta en época postclásica (hacia fines del siglo III), como de costumbre con materiales clásicos, en su mayoría extraídos de libros de Paulo⁴³.

Las *Pauli sententiae* siguen el modelo de las obras casuísticas de la época clásica del tipo *digesta*, *responsa* y *quaestiones*, habitualmente redactadas, como antes se dijo, en dos partes: una primera organizada según el orden del edicto, y una segunda (destinada al tratamiento de leyes, senadoconsultos y constituciones imperiales) dispuesta de acuerdo con un orden fijo de las fuentes tratadas⁴⁴.

Ahora bien, la segunda parte de las *Pauli sententiae* se inicia con el título 11º del libro V, que en la tradición manuscrita visigótica del siglo VI aparece bajo la rúbrica *De donationibus*⁴⁵. Es claro, en consecuencia, que ese título de las

⁴² LENEL, Otto, *Paling.*, I, col. 1121. De ella se conserva solo un fragmento en el Digesto (1, 3, 29, *Paling.*, Paul. 920).

⁴³ Según Ernst Levy, como es sabido, en el texto de las PS. llegado hasta nosotros, es necesario distinguir cinco estratos de modificaciones diversas. Pero hoy se tiende a reducirlos a dos estratos: el visigótico y el justiniano, de modo que el texto se habría mantenido estable desde su composición a fines del siglo III hasta principios del siglo VI. Sobre la materia y todo lo relativo a esta obra, con una nueva edición, últimamente. LIEBS, Detlef, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie* [I], en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* rom. Abt. 112 (1995), pp. 150 - 171; II, *ibid.*, 113 (1996), pp. 132 - 242.

⁴⁴ Véase la nota 41.

⁴⁵ SCHERILLO, Gaetano, *L'ordinamento delle sententiae di Paolo*, ahora en *Scritti*, cit. (n. 2), I, pp. 110 y 111. En la edición de LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen*, cit. (n. 43) II, p.

Sententiae dedicado a las donaciones corresponde a un título sobre la misma materia, pero rubricado *ad legem Cinciam de donationibus*, propio de la segunda parte de las antes aludidas obras casuísticas del tipo *digesta, responsa y quaestiones*. De hecho, todavía los problemas tratados en las *Sententiae* son los de determinar el momento del *perficere donationem* (PS. V, 11, 1); de la existencia de una *donatio perfecta* (PS. V, 11, 5⁶); del *perseverare voluntatem* antes de la muerte del donante (PS. V, 11, 3); o de las *personae exceptae* (PS. V, 11, 4), todos típicamente originados a partir de la antigua ley. Así que es muy probable que la rúbrica en el original del siglo III haya sido precisamente *ad legem Cinciam de donationibus*.

Si tal fue, los visigodos, como desconocían la *lex Cincia*, tuvieron que eliminar la original referencia a ella, convirtiendo muy naturalmente la rúbrica primitiva en *de donationibus*⁴⁶. Si, en cambio, fue esta última la original del siglo III, entonces hubieran sido los compiladores de las *Sententiae* quienes habían suprimido la mención primitiva "*ad legem Cinciam*" (*de donationibus*), que hallaron en las obras de Paulo, u otro, aprovechadas para la composición de la obra. Mas, para obrar así no tenían razones⁴⁷, por lo cual es mejor suponer que en las originales *Sententiae* del siglo III la rúbrica haya sido todavía *ad legem Cinciam de donationibus*, extraída de las obras de Paulo u otro, que solo los visigodos modificaron como se ha dicho. En este sentido, la obra habría continuado la tradición clásica.

Sea como haya sido, e independientemente de la rúbrica, lo cierto es que en las *Pauli sententiae* la donación todavía permanece tratada, no a modo de figura autónoma, más desde el punto de vista de los problemas que en su momento le planteaba la *lex Cincia*.

V. LOS "FRAGMENTA VATICANA"

La tradición clásica también se mantiene en la compilación que usamos designar con el nombre de *Fragmenta Vaticana*⁴⁸. Tal cual se presenta ahora el conjunto, pues nos ha llegado incompleto, la obra consiste en una colección de 7 tratados antológicos y monográficos, cada uno compuesto sobre un tema diferente, y "en cadena", vale decir, en sucesión de textos independientes –341 en total, de los cuales 274 son fragmentos jurisprudenciales de juristas de la última época clásica (Papiniano, Paulo y Ulpiano) y 64 son rescriptos de Diocleciano a los que se suman dos *leges generales* de Constantino y una de Valentiniano, Valente y Graciano–. En su estado actual, la obra parece contener más de un estrato textual, de modo que a la trama original compilada por el autor, habrían sido

219 este título aparece como 16^o en el mismo libro V. Liebs conserva la rúbrica *De donationibus*.

⁴⁶ Para operar lo cual contaban con el precedente del *Codex Theodosianus*, en que la antigua rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus* había sido contraída a *De donationibus*, como veremos más adelante.

⁴⁷ Salvo el desuso de la *lex Cincia*, que, empero, se inició en el siglo IV.

⁴⁸ Sobre ella, ahora DE FILIPPI, Marisa, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo* (Bari, Cacucci, s. d. [1997]).

añadidas otras, consistentes en nuevos textos (por ejemplo las antes mencionadas *leges generales*), en glosas y en escolios. Prevalece la opinión de Mommsen⁴⁹, en orden a que la compilación primitiva dataría de una fecha no posterior al año 318. Los estratos ulteriores ofrecen fechas o épocas diversas, algunas verificables como, por ejemplo, el año 369 o el 372, de la constitución inserta en FV. 37. Las glosas presumiblemente son posteriores al año 400.

El antepenúltimo de los 7 tratados, que recoge 12 fragmentos, aparece bajo esta rúbrica: “Cuándo se entiende haber revocado su voluntad el donante” (*Quando donator intelligatur revocasse voluntatem*); la del penúltimo, con 56 fragmentos, es *Ad legem Cinciam de donationibus*. Al menos esta última debe de pertenecer al estrato original no posterior al año 318. Como es obvio, esa rúbrica supone la vigencia de la *lex Cincia*. Ahora bien, no mucho después de ese año fue que tal ley desapareció del horizonte, así que la agregación más tardía de una rúbrica que la mencionara hubiera sido un completo anacronismo.

Estrictamente, el primero de aquellos dos tratados: *Quando donator intelligatur revocasse voluntatem* debería haber hecho parte del segundo: *Ad legem Cinciam de donationibus*, porque el tema del que trata corresponde a un efecto de la *lex Cincia*⁵⁰. Aunque esta ley era prohibitiva, la sanción por la contravención no era la nulidad o invalidez de la donación contraventora⁵¹, y se dejaba librado al pretor otorgar los recursos idóneos para conseguir la eficacia de la prohibición⁵²; pero en algunos casos estos no podían funcionar⁵³ o funcionaban durante un tiempo⁵⁴. Supuesta, pues, una donación contraria a esa ley, esta alternativa se hacía posible: bien que el donante dispusiera de algún recurso procesal para atacar la donación, bien que no dispusiera de él, o hubiera dejado de disponerlo. En el primer caso se hablaba de *donatio imperfecta*; y de *perfecta* en el segundo. Ahora bien, como ante una *donatio imperfecta* el donante, a su vez, podía querer emplear el recurso disponible, o no querer emplearlo, resultaba que el destino del acto dependía de su voluntad. Puesto que, por otro lado, una *donatio imperfecta* era civilmente válida –ya que, como acaba de decirse, la *lex Cincia* no anulaba las donaciones contraventoras–, la situación así creada fue interpretada en

⁴⁹ DE FILIPPI, Marisa, *Fragmenta Vaticana*, cit. (n. 48), pp. 16 - 24.

⁵⁰ Sobre lo que sigue: GUZMÁN, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966, con reediciones posteriores), II, pp. 600 ss.

⁵¹ En la terminología romana, se trataba, pues, de una *lex imperfecta*.

⁵² El recurso más directo es la *exceptio legis Cinciae*, que el donante opone al donatario si, habiéndose aquel obligado inmoderadamente a dar al segundo, merced a una estipulación *donandi causa*, incurre en mora, y el donatario lo demanda para exigirle el pago de lo prometido. Con esa excepción, el donante consigue la absolución.

⁵³ Como cuando la donación inmoderada de una *res Mancipi* (cual un fundo o un esclavo, y otras cosas) asumió la forma real, consistente en la transferencia de lo donado merced a una *mancipatio* o a una *in iure cesio*, acompañada del traspaso de la posesión. En tal caso, el donante no tiene cómo hacer efectiva la *lex Cincia*. La *rei vindicatio* no es procedente, porque la donación fue válida.

⁵⁴ Es el caso del interdicto *utrubi*, que como solo puede entablarse dentro de un año de perdida la posesión, al cabo de ese tiempo el donante que traspasó la posesión al donatario ya no puede usarlo para recuperarla.

términos de revocar o no revocar la donación el donante, según empleara o no empleara al recurso franqueado. Si, en fin, moría el donante sin haber revocado y sin haber manifestado intención de revocar, el heredero ya no podía revocar, y entonces la donación, inicialmente *imperfecta*, se tornaba en *perfecta* o irrevocable. La rúbrica del antepenúltimo tratado de los *Fragmenta Vaticana*: “Cuándo se entiende haber revocado su voluntad el donante”, pues, resume –si bien parcialmente– el problema descrito; que, como se ve, hace parte del tema más general de la *lex Cincia*. A la cual, en cambio, va destinado directamente el siguiente y penúltimo tratado.

Pero la conclusión que nos interesa es que los *Fragmenta Vaticana* no se separaron de la tradición clásica de vincular la donación con el régimen prohibitivo de la *lex Cincia*.

VI. EL “CODEX THEODOSIANUS” Y SUS PREDECESORES DE LA ÉPOCA DE DIOCLECIANO

Unas rúbricas desligadas de las prohibiciones recién mencionadas vinieron a aparecer recién en las compilaciones legislativas de la época postclásica.

a) Sin perjuicio de discutir después el asunto en relación con el *codex Gregorianus* y el *codex Hermogenianus*, del siglo III, desde luego se observa el fenómeno en el *Codex Theodosianus* (438 d. C.), que ofrece 4 rúbricas concerniente: *De inofficiosis donationibus* (CTh. 2, 20); *De sponsalibus et ante nuptias donationibus* (CTh. 3, 5); *De donationibus* (CTh. 8, 12); y *De revocandis donationibus* (CTh. 8, 13).

Llama de inmediato la atención la dispersión de la materia donatoria en cuatro rúbricas, en vez de que una sola –o a lo sumo dos, atendida la especialidad de las donaciones antenuptiales– comprenda a toda esa materia. Pero esta observación está inspirada en el gusto sistemático moderno, que, en efecto, se inclina más por unificar materias que por separarlas. En los códigos postclásicos, en cambio, la dispersión no es infrecuente⁵⁵, no solo por la ausencia de subdivisiones en el interior de los títulos en que se dividen los libros que integran esos códigos⁵⁶, más también por la técnica de la atracción de unas materias

⁵⁵ Así, por ejemplo, en el mismo *Codex Theodosianus*, la materia tutelar está distribuida en cuatro títulos del libro III: CTh. 3, 17: *De tutoribus et curatoribus creandis*; CTh. 3, 18: *Qui petant*; CTh. 3, 30: *De administratione et periculo tutorum et curatorum*; y CTh. 3, 31: *De excusatione tutorum*.

⁵⁶ Los códigos postclásicos, en efectos, solo conocen la división en libros y títulos (el *codex Hermogenianus* solo en títulos), de guisa que estos últimos no presentan nuevas subdivisiones abarcadoras, y contienen directamente las leyes compiladas. En parte al menos, es la ausencia de tales subdivisiones en el interior de cada título, en efecto, la que obliga a difundir una misma materia en varios de estos, cuando su extensión lo exige o la posibilidad de distinguir masas homogéneas dentro del conjunto lo permite, en vez de concentrar el total en un solo título, para en su interior proceder a sucesivas distribuciones bajo oportunas subdivisiones.

a otras sobre la base de rasgos comunes, que conduce a trasportar materias particulares desde su sede general a otra, que la atrae. Así, la rúbrica *De inofficiosis donationibus*, de CTh. 2, 20, se ve atraída por aquella de CTh. 2, 19: *De inofficioso testamento*⁵⁷. Por su parte, las donaciones antenupciales de CTh. 3, 5: *De sponsalibus et ante nuptias donationibus*, son atraídas a la rúbrica sobre los esponsales, porque suele ser con ocasión de estos que se celebra tal género de donación. La distinción entre las sucesivas rúbricas de CTh. 8, 12: *De donationibus* y CTh. 8, 13: *De revocandis donationibus*, en cambio, se explica por la necesidad de distinguir y destacar el tema homogéneo de la revocación respecto del general de las donaciones.

En todo caso, para nosotros, la rúbrica más importante es CTh. 8, 12: *De donationibus*.

b) Se ha sostenido que esta rúbrica, lo mismo que aquella de CTh. 8, 13: *De revocandis donationibus*, ya habrían estado presente en los más antiguos *corpora* o *codices*⁵⁸ *Gregorianus* y *Hermogenianus*⁵⁹, de fines del siglo III, o sea, de época diocleciana, porque bajo las rúbricas homónimas del *Codex Iustinianus* (CI. 8, 53: *De donationibus*, y CI. 8, 55: *De revocandis donationibus*) hay materiales (vale decir, rescriptos imperiales ahí compilados) que seguramente fueron extraídos de los códigos Gregoriano y Hermogeniano (y no del Teodosiano, por ser anteriores a éste)⁶⁰. El razonamiento, pues, parece ser que si para los títulos del *Codex Iustinianus* rubricados *de donationibus* y *de revocandis donationibus* se obtuvieron materiales obtenidos *ex Gregoriano* y *ex Hermogeniano*, es que tales materiales tenían que haber aparecido en ambos códigos insertados bajo unas rúbricas de dicción idéntica a las pertinentes del código justiniano. Pero este razonamiento no es concluyente. El origen de los materiales presentes en el *Codex Iustinianus* a partir de los códigos Gregoriano y Hermogeniano seguiría siendo indiscutible –como lo es–, aun cuando en estos últimos no hubieran pertenecido a una inexistentes rúbricas como las que estudiamos. No es necesario, pues –aunque no imposible, por cierto–, que tales rúbricas hayan estado presente en los viejos códigos dioclecianos; y bien pudo ser que los compiladores del *Codex*

⁵⁷ Ambas atraen, a su vez, a la de CTh. 2, 21: *De inofficiosis dotibus*: aunque el testamento, la donación y la dote sean figuras distintas, el rasgo común de poder ser inoficiosas las tres, permite concentrarlas en títulos sucesivos, lo que induce a extraer cada materia de su sede natural, esto es, de la general del testamento, la donación y la dote.

⁵⁸ Estas compilaciones fueron denominadas *corpora* en Occidente y *codices* en Oriente, sobre lo cual véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Codex*, en *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors* (Pamplona, Euns, 1987), II, pp. 606 - 612 = *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 10 (Valparaíso, 1985), pp. 120 - 125.

⁵⁹ SCHERILLO, Gaetano, *Teodosiano, Gregoriano, Hermogeniano*, ahora en *Scritti*, cit. (n. 2), p. 281 y n. 95; le sigue CENDERELLI, Aldo, *Ricerche sul 'Codex Hermogenianus'* (Milano, Giuffrè, 1965), p. 139 s. En contra ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione* (Milano, Giuffrè, 1960), pp. 258 s.

⁶⁰ Como se sabe, buena parte del contenido del *Codex Iustinianus* fue recogido de los precedentes códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; lo propio vale, en general, para su estructura de títulos y sus rúbricas.

Iustinianus, al extraer tales materiales del Gregoriano y del Hermogeniano, los hayan insertado bajo rúbricas copiadas del Teodosiano, en el cual nuestras rúbricas ciertamente ya existían.

En todo caso, de haber habido una rúbrica sobre las donaciones en los dos antiguos códigos, parece difícilísimo que hubieran sido simplemente *de donationibus*. Hacia la época de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, la *lex Cincia* aun era considerada vigente, de modo que, en el caso dicho, lo más probable es que las pertinentes rúbricas la hubiesen mencionado, quizá en la forma clásica de *ad legem Cinciam de donationibus*, igual que hicieron los posteriores *Fragmenta Vaticana*, como vimos⁶¹.

c) Todo, pues, lleva a concluir que una rúbrica *De donationibus* sin más, como tratándolas en sí mismas y no con relación a cierto régimen limitativo, como el de la *lex Cincia*, apareció por la primera vez en el *Codex Theodosianus*. Ahora bien, genéticamente, esa rúbrica de CTh. 8, 12, sin embargo, deriva de la antigua *ad legem Cinciam de donationibus*. El contexto en que aparece CTh. 8, 12: *De donationibus* así lo demuestra:

8, 12: De donationibus

8, 13: De revocandis donationibus

8, 14: De ingratiss liberis

8, 15: De his, quae administrantibus vel publicum officium gerentibus distracta sunt vel donata

8, 16: De infirmandis poenis caelibatus et orbitatis

8, 17: De iure liberorum

Las materias de estas rúbricas –con excepción de la perteneciente al título 14º– son típicas de la segunda parte de las obras clásicas del género de los *digesta*, *quaestiones* o *responsa*, dirigidas al estudio de leyes y senadoconsultos⁶²: la del título 15º pertenece al tratado de la *lex Iulia de peculatu*; las de los títulos 16º y 17º, al de la *lex Iulia et Papia Poppaea*, que, entre otras cosas, como es sabido, versaba sobre el deber de contraer matrimonio y de tener hijos, y sobre ciertos privilegios a los que los tuvieran (*ius liberorum*). No es, pues, extraño, que también las materias de los títulos 12º y 13º presenten el mismo carácter: en efecto, ambas pertenecen al tratado sobre la *lex Cincia*. De esta manera, el modelo para la rúbrica teodosiana *de donationibus* fue la clásica *ad legem Cinciam de donationibus*, de las obras del género mencionado. El *Codex Theodosianus*, en efecto, no podría contener una rúbrica alusiva a la *lex Cincia*, porque hacia la época de aquel (438

⁶¹ Todavía debe agregarse que en FV. 270 se haya escrito: “*Hermog. Tit. De donationibus*”, con el propósito de atribuir el fragmento al *Codex Hermogenianus*, que, en consecuencia, presentaría una rúbrica así. Pero ARCHI, G. G., *Le donazione*, cit. (n. 59), p. 259 remarca que se trata de una anotación interlineal, escrita por otra mano, por ende extraña al original, que en nada deponen en favor de semejante rúbrica en el Hermogeniano.

⁶² SCHERILLO, Gaetano, *Il sistema del Codice Teodosiano*, ahora en *Scritti*, cit. (n. 2), I, p. 254. Véase la n. 41.

d. C.), ya no se consideraba como vigente a tal ley⁶³: si es que ésta no hubo de ser abolida por una constitución sobre donaciones de Constantino y Licinio (316 d. C.)⁶⁴, poco después cayó en desuso⁶⁵. Muy naturalmente, pues, los compiladores teodosianos, por simple supresión de la alusión a la *lex Cincia*, convirtieron la antigua rúbrica en la que leemos en ese código. En ella reunieron constituciones imperiales de Constantino, Constancio y Constante, y Honorio y Teodosio, en que, por cierto, los antiguos problemas que planteaba la *lex Cincia* están ausentes⁶⁶. Emergen, por el contrario, los temas suscitados por la legislación de Constantino sobre la donación, en especial, aquellos concernientes a su forma de celebrarse⁶⁷.

VII. EL "CORPUS IURIS CIVILIS"

1. En el *Codex Iustinianus*, la materia concerniente a las donaciones aparece repartida y diseminada conforme con el siguiente esquema⁶⁸:

- 1, 53: De contractibus iudicum vel eorum qui sunt circa eos et inhibendis donationibus in eos faciendis et ne administrationis tempore proprias aedes aedificent sine sanctione pragmatica
- 2, 29: Si adversus donationem
- 3, 29: De inofficiosis donationibus
- 5, 3: De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis
- 5, 14: De pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis
- 5, 16: De donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione
- 7, 27: De usucapione pro donato
- 8, 53: De donationibus
- 8, 54: De donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur
- 8, 55: De revocandis donationibus

⁶³ KASER, Max, *Das römische Privatrecht, II: Die nachklassischen Entwicklungen* (München, Beck, 1975), p. 399 y n. 46.

⁶⁴ FV. 249, 10 (lagunoso en la parte interesante al punto).

⁶⁵ Sobre el desuso de esta ley: MELILLO, Generoso, *Arnobio e l'ultime vicende della 'lex Cincia'*, en *Labeo* 8 (1962) 1, pp. 62 ss.

⁶⁶ No bien en la constitución de CTh. 8, 12, 4, de Constantino y Licinio, a. 319, se hace mención a la ley, KASER, Max, *RPR*. II, cit. (n. 63), p. 399 n. 46 la considera anacrónica.

⁶⁷ Sobre esto: ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione*, cit. (n. 59), p. 258 ss.

⁶⁸ Se observará que en el *Codex Iustinianus*, el fenómeno de la dispersión de la materia se ha acentuado, siempre fundado en diversas atracciones y en la ausencia de subdivisiones en el interior de los títulos: véase n. 56.

8, 56: De mortis causa donationibus

10, 28: De collatione donatorum vel relevatorum aut translatorum seu
adaeratorum

La rúbrica 2, 29: *Si adversus donationem*, que recoge tan solo dos constituciones, está inserta en una serie de títulos breves, todos rubricados *Si adversus* [...], desde el 26º hasta el 37º, que tratan de la *restitutio in integrum* en favor de los menores de 25 años, aplicada a diversas materias, entre ellas, a la donación. Pero la agrupación de rúbricas según ese punto de vista comienza en realidad en la rúbrica 2, 25: *Si in comuni eademque causa in integrum restitutio postuletur*; sigue la serie de rúbricas *Si adversus* [...], hasta la de 2, 37: *Si adversus creditores*. Después de ella, todavía se continúa tratando de la *in integrum restitutio* hasta CI. 2, 49. Así que nuestra rúbrica 2, 29: *Si adversus donationem* se explica como uno de los tantos desgloses del general tema de la *restitutio in integrum* en favor de los menores de 25 años.

La rúbrica de CI. 3, 29: *De inofficiosis donationibus*, ya presente en CTh. 2, 20, igual que en éste se ve atraída por CI. 2, 28: *De inofficioso testamento*. Aquella de CI. 5, 3: *De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis*, lo mismo que en el *Theodosianus* (CTh. 3, 5) y por similar razón, accede a la parte concerniente a los esponsales, de que se empieza a tratar en CI. 5, 1. Por su parte, 5, 16: *De donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione* explica su lugar como atracción hacia el más general tema del régimen económico del matrimonio. La rúbrica de CI. 7, 27: *De usucapione pro donato* queda incorporada en una serie de títulos dedicados a las causas de la *usucapio*, que empieza en CI. 26: *De usucapione pro emptore vel transactione*, y acaba en CI. 2, 29: *De usucapione per heredem*, así que nuevamente se trata de un desglose de materias desde el punto de vista de tales causas, y no de una especialidad aplicable solo a la donación.

La serie de CI. 8, 53 - 8, 56 es un relicto de la segunda parte de las antiguas obras del tipo *digesta*, *responsa* y *quaestiones*⁶⁹, aunque inmediatamente inspirada por el *Theodosianus*. En especial, la rúbrica de CI. 8, 53: *De donationibus*, deriva evidentemente de la homónima de aquél (CTh., 8,12)⁷⁰. Lo propio acaece con la del título 8, 55: *De revocandis donationibus* (derivada de CTh. 8, 13, de igual tenor). CI. 8, 54: *De donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur* y CI. 8, 56: *De mortis causa donationibus* son creación justiniana; claramente esta última se ve atraída por la serie CI. 8, 53 - 8, 55.

Así que, desde el punto de vista de la rúbrica *de donationibus*, no hay novedades en el código justiniano con respecto al de Teodosio.

2. En los *Iustiniani Digesta*, la donación ocupa un misterioso lugar en el libro 39, como se ve en la secuencia de títulos de ese libro, que comparamos de inmediato con los respectivos del edicto pretorio en la reconstrucción moderna de Lenel:

⁶⁹ ARCHI, G. G., *La donazione*, cit. (n. 59), p. 277.

⁷⁰ Y no de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, como antes (VII, b) se vio.

39, 1: De operis novi nuntiatione	Ep. ³ , tít. XXXI, § 174
39, 2: De damno infecto et proiectionibus et suggrundi	Ep. ³ , tít. XXXI, § 175
39, 3: De aqua et aqua pluviae arcendae	Ep. ³ , tít. XXXI, §§ 176 - 177
39, 4: De publicanis et vectigalibus et commissis	Ep. ³ , tít. XXXII, §§ 183, 185
39, 5: De donationibus	---
39, 6: De mortis causa donationibus	---

Solo tres cosas hay ciertas en esta localización y secuencia.

La primera es que el título *De donationibus* ya no ocupa su lugar tradicional en una serie proveniente de la segunda parte de las obras del tipo *digesta, responsa* y *quaestiones*, y ha pasado a una serie de la primera⁷¹, cuyo orden es el del edicto pretorio. Así se ve claro en la comparación.

La segunda es que la rúbrica de D. 39, 6: *De mortis causa donationibus* es atraída por la D. 39, 5: *De donationibus*, según el precedente ya sentado en el *Codex Iustinianus*⁷².

La tercera es que nada nos permite entrever siquiera con base en qué criterio los autores de los *Digesta* localizaron ambas donaciones en la serie en que ahí aparecen⁷³.

3. En las *Institutiones* el discurso es otro, aunque vuelva a aparecer ahí una rúbrica *De donationibus* (Inst. II, 7), insertada en el siguiente esquema:

Lib. II

- Tít. 1º: De rerum divisione
- Tít. 2º: De rebus incorporalibus
- Tít. 3º: De servitutibus
- Tít. 4º: De usufructu
- Tít. 5º: De usu et habitatione
- Tít. 6º: De usucapionibus et longi temporis possessionibus
- Tít. 7º: De donationibus
- Tít. 8º: Quibus alienare licet vel non
- Tít. 9º: Per quas personas nobis acquiritur
- Tít. 10º: De testamentis ordinandis
- Tít. 11º: De militari testamento

En el punto concerniente a la localización que las donaciones reciben en las *Institutiones* de Justiniano no hay precedente en las de Gayo, quien, por lo de-

⁷¹ ARCHI, G. G., *La donazione*, cit. (n. 59), p. 277.

⁷² Véase más arriba, VII, 1.

⁷³ ARCHI, G. G., *La donazione*, cit. (n. 59), p. 277: "[...] il titolo *de donationibus* (D. 39, 5) è stato spostato [...] per essere trasportato [...] in un punto e vicino ad altri titoli, che non solo non hanno nulla a che fare con la donazione, ma che non lasciano nemmeno il più piccolo barlume per intravedere i motivi che hanno condotto a quella scelta".

más, apenas trató de la figura ahí⁷⁴; así que el emplazamiento visto es una originalidad de los maestros bizantinos que compusieron el nuevo libro institucional. Los cuales dejaron constancia del criterio que los inspiró al respecto.

La ordenación de los títulos 1º a 7º, pese a su aparente diversidad, está unida por un hilo conductor muy seguro: el de las adquisiciones, ora del dominio, ora de los derechos reales (que llamamos “constitución”). Ahora bien, de Inst. II, 1 a II, 7, se trata de las adquisiciones a título singular; siguen dos apéndices sobre legitimación para enajenar (Inst. II, 8) y sobre adquisición a través de otras personas (Inst. II, 9); y enseguida empieza el tratamiento de los modos de adquirir a título universal (Inst. II, 10 y siguientes). Precedentemente, al finalizar el título anterior, en Inst. II, 9, 6, se dice con respecto a todo lo precedente: “Es suficiente por ahora haber indicado de qué modos se adquieren las cosas singulares [...]”. Y, así, pues, veamos ahora por qué medios se adquieren universalmente las cosas para vosotros. Por tanto, si sois instituidos herederos de algunos, o si hubiereis pedido la posesión de sus bienes, o si hubiereis arrogado a alguien, o si se os hubieren adjudicado los bienes de otro para conservar las manumisiones, todos sus bienes pasan a vosotros. Pero trataremos antes de las herencias, de las que hay una doble condición, porque os pertenecen, o por testamento o intestadamente”⁷⁵. Este texto corrobora lo antes dicho, en orden a que desde Inst. II, 1 a II, 9, la materia es: *quemadmodum singulae res adquiruntur*; mientras que desde Inst. II, 10, es de los *“modus, quo per universitatem res vobis adquiruntur”*. Así que las donaciones (Inst. II, 7) pertenecen a la parte de los modos de adquirir (a título singular). En efecto, es parcialmente eso lo que expresamente se dice en Inst. II, 7 pr.: *“Est etiam aliud genus acquisitionis donatio”*⁷⁶, quedando por implícito que lo es a título singular.

VIII. RESUMEN Y EPÍLOGO

1. En resumen, pues, en las exposiciones clásicas de derecho civil según el sistema de Sabino, en las obras del tipo de los *digesta, quaestiones y responsa*, en el edicto y en sus comentarios, la donación entre vivos, si la queremos considerar como una figura en sí, carece de un lugar sistemático propio. En ninguna de esas

⁷⁴ La donación apenas aparece mencionada en Gai. II, 20; II, 182 y IV, 151. Sobre el sistema gayano la literatura es muy vasta. Un panorama, pero minucioso en FÜHRMANN, Manfred, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike* (Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, s. d. [pero 1960]), pp. 104 ss. Una comparación entre el sistema civilístico y el de Gayo: SCHERILLO, Gaetano, *Gaio e in sistema civilistico*, ahora en EL MISMO, *Scritti*, cit. (n. 2), I, pp. 37 ss.

⁷⁵ Inst. II, 9, 6: *“Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulae res adquiruntur [...]”. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis adquiruntur. Si cui ergo heredes facti sitis sive cuius bonorum possessionem petieritis vel si quem adrogaveritis vel si cuius bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, eius res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus. Quarum duplex condicio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad vos pertinent”*.

⁷⁶ Inst. II, 7 pr.: *“También la donación es otro género de adquisición”*.

fuentes existió un título rubricado *de donationibus* en donde se la expusiera en términos absolutos. De la donación se trata, por el contrario, bajo los siguientes diferentes conceptos: i) probablemente, en cuanto título de la usucapión en el sistema de Sabino (*pro donato*, aunque no bajo una rúbrica especialmente denominada así); ii) en aquel mismo, en cuanto objeto de la prohibición de donarse mutuamente marido y mujer (*de donationibus inter virum et uxorem*); y iii) en el sistema edictal, y en los comentarios *ad edictum*, igual que en el apéndice de las obras del tipo *digesta, quaestiones y responsa*, la donación comparece en razón de ser objeto de la prohibición de donar bajo los términos fijados por la *lex Cincia* (rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus* al menos en aquellas obras de carácter casuístico). Esta última tradición fue seguida en la textura original de libros, ya de factura postclásica, como las *Pauli sententiae* (su actual rúbrica *de donationibus* debe de ser visigótica) y los *Fragmenta Vaticana* (rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus*).

Un título *de donationibus* sin más no parece verosímil haber existido en los códigos Gregoriano y Hermogeniano de la época diocleciana; y si ellos portaban una rúbrica perteneciente a un título sobre la materia, ella también tuvo que ser *ad legem Cinciam de donationibus*. Pero fue en el *codex Theodosianus* en donde esta última resultó abreviada a simplemente *de donationibus*, como consecuencia de la muy anterior caída en desuso de la *lex Cincia*. Genética y sistemáticamente, empero, la nueva rúbrica se conectaba, precisamente porque la sustituía, con la antigua *ad legem Cinciam de donationibus*, en cuanto siguió, como esta, perteneciendo a la segunda parte de las antiguas obras del tipo *digesta, quaestiones y responsa*. Lo cual todavía se observa en el *codex Iustinianus*, pero menos en los *Iustiniani Digesta* puesto que su pertinente título *de donationibus* fue transportado a un lugar equivalentemente perteneciente a la primera parte de tales obras. El título *de donationibus* de las *Iustiniani Instituciones*, empero, perdió toda conexión sistemática con las obras del tipo mencionado, porque ahí forma parte de la serie de los modos de adquirir el dominio a título singular (*genus acquisitionis*).

2. En el derecho romano nunca existió una “actio donati”. Los juristas, pues, no pudieron atender a la donación como consecuencia de estar tutelada con una acción, igual que ocurría en la compraventa, el arrendamiento, el comodato, y en una larga lista de otros negocios dotados de acción. Por otra parte, la donación tampoco era un acto típico, sino una *causa* ejecutable merced a una gran variedad de actos y operaciones (*mancipatio, in iure cessio, traditio, stipulatio, acceptilatio, novatio, delegatio*, y aun otros), que además admitían ellos mismos la intervención de otras *causae* diferentes a la donación. Tampoco pudieron los juristas atender a la donación, pues, en la manera en que se atiende a un acto de estructura definida y dada.

Los juristas, en cambio, solo se vieron conducidos a examinar el que más bien podríamos denominar “efecto donatorio”, porque en su derecho existían ciertas limitaciones a tal efecto, constituidas principalmente por la prohibición de generarlo más allá de cierto monto, que establecía la *lex Cincia*, y por la prohibición de producirlo entre marido y mujer, en cuanto provocara empobre-

cimiento en el donante y enriquecimiento en el donatario. También les resultaba relevante la donación en tanto causa de la usucapión, es decir, tampoco por sí misma.

Ahora bien, así como la inexistencia de una “*actio donati*” y de un acto donatorio típico determinó la ausencia de un único y propio lugar sistemático para la donación, que hubiera sido el de esta acción o el de ese acto según sus características, los diversos puntos de vista extrínsecos bajo los cuales los juristas se interesaron por el “efecto donatorio” determinaron diversos lugares para su tratamiento, cada cual con perspectiva diferente según el distinto punto de vista extrínseco desde el cual se lo tratara. De todos ellos, empero, el que más generalidad ofrecía era aquel derivado de la *lex Cincia*. Eso permitió que el lugar sistemático reservado a tal ley, bajo la rúbrica de *ad legem Cinciam de donationibus* de las obras del tipo *digesta, quaestiones y responsa*, se convirtiera en la matriz de los futuros títulos rubricados *de donationibus*, tales cuales empezaron a aparecer a partir del *codex Theodosianus*, después que la *lex Cincia* hubo de desaparecer del panorama del derecho vigente. Por ello, los títulos así rubricados continuaron ocupando su lugar en series provenientes de la segunda parte de las obras del tipo indicado, como se ve en los códigos de Teodosio y Justiniano, aunque ese estado de cosas sufrió mudanzas en los *Digesta* y en las *Institutiones*. Tales títulos abrieron camino a reservar un lugar sistemático general al acto donatorio. Este nuevo destino dado a la vieja rúbrica fue posibilitado por la disciplina tipificante que Constantino emitió para las donaciones, cuando exigió escritura, tradición e insinuación *apud acta* para su perfeccionamiento⁷⁷, creando al mismo tiempo problemas antes inéditos. Tal ya no se observa, por cierto, en los *Digesta*; pero sí se conserva en ellos la función generalizadora del título rubricado *de donationibus*. En D. 39, 5, en efecto, que tal rúbrica porta, los compiladores reunieron fragmentos jurisprudenciales clásicos de diversa proveniencia, que en el nuevo contexto perfilan una disciplina propia de la donación, independientemente de sus subsistentes limitaciones, no bien que, por su origen, haya reaparecido ahí más el perfil de *causa* que de *actus* ofrecido por la donación clásica; en lo que quizá haya consistido el mérito de ese título, porque superó el obstáculo que el carácter de *causa* había implicado para un tratamiento unitario y propio de la donación.

IX. APÉNDICE

SOBRE EL EMPLAZAMIENTO DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS EN EL “CÓDIGO DE EURICO” Y EN EL “LIBER IUDICUM”

Conviene dar una mirada al lugar sistemático asignado a las donaciones en dos célebres cuerpos legales visigodos, que podemos considerar como expresión de derecho romano (vulgar) en el Occidente premedieval.

⁷⁷ El texto de la constitución constantiniana se conserva en diferentes lugares: FV. 249; CTh. 8, 12, 1; CI. 8, 53, 25; Cons. 9, 13.

1. En primer lugar se trata del llamado “Código de Eurico”, mejor denominado “Edicto de Eurico”⁷⁸, caracterizado como un cuerpo legal de derecho romano vulgar⁷⁹ y cuya fecha de emisión ha sido fijada en el año 475⁸⁰. Conjeturalmente estaba distribuido en 31 títulos, cada uno integrados por capítulos⁸¹. Como es sabido, de él se conserva solo una pequeña parte en un palimpsesto parisino, como es la serie de los capítulos 276 a 336, y aun así con lagunas, integrantes de tan solo 5 de sus títulos. Uno de ellos atañe a las donaciones.

La serie conservada de títulos –no todos con sus rúbricas– es la siguiente:

[Tít. 26º]: [De terminis]

[Tít. 27º]: De commendatis vel commodatis

[Tít. 28º]: De venditionibus

[Tít. 29º]: [De donationibus]

[Tít. 29º]: De successionibus

Desgraciadamente, la rúbrica *de donationibus* conjetural, aunque un título dedicado a ellas existe en el palimpsesto. En tales condiciones, nada diremos acerca de la rúbrica. Pero sí llamaremos la atención hacia el hecho de que, con independencia de aquella, la materia concerniente a las donaciones aparezca en una serie de títulos –por pequeña que sea, de solo tres– relativos a “contratos”. En efecto, el tít. [27º] trata, por un lado, del depósito (vulg.: *commendatum*)⁸², y por otro, del comodato y el mutuo, unidos bajo la expresión *commodatum*⁸³. El tít. [28º] presenta las ventas; sigue el tít. [29º] sobre las donaciones.

Nada semejante a esta localización de las donaciones en una serie contractual hallamos en las fuentes romanas, como habrá podido comprobarse a lo largo de este estudio.

Ahora bien, este hecho quizá no deba atribuirse a una especial reflexión de los peritos visigodos que redactaron el texto euriciano acerca de una naturaleza contractual de las donaciones. Lo que sucede es que la donación aparece inserta en la serie antes vista, no porque sea un contrato, sino porque debía aparecer en una serie de títulos reservados al derecho privado. El código o edicto de Eurico es un texto fundamentalmente destinado a tipificar ilícitos, y tiene, pues, un carácter que podríamos denominar penal. Y aunque tal rasgo no es que esté ausente en los títulos vistos⁸⁴, ello se ve aminorado por la emersión de puntos de vista más puramente “civilísticos” en la regulación. Así que, si de hacer ingresar

⁷⁸ D'ORS, Álvaro, *Estudios visigóticos*, II: *El código de Eurico. Edición, palíngenesia, índices* (Roma - Madrid, 1960), pp. 2 - 3 y 6 - 7.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 1 y 9 - 10.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁸¹ *Ibid.*, p. 54.

⁸² *Ibid.*, p. 203. En este caso la rúbrica se conserva en el palimpsesto.

⁸³ *Ibid.* La rúbrica *de venditionibus* también se lee en el palimpsesto.

⁸⁴ Por ejemplo en el tít. [27º]: véase D'ORS, Álvaro, *Estudios visigóticos*, cit. (n. 78), p. 204.

las donaciones en el cuerpo legal se trataba, no había otro lugar para ellas que en una serie como aquella de los títulos [27º] a [29º].

2. En seguida debemos considerar el *Liber iudicum* o *Liber iudiciorum* (modernamente denominada “Lex Visigothorum”), un cuerpo de leyes promulgado el año 654 por el Rey visigodo Recesvinto. Una cantidad indeterminada de leyes, y también rúbricas, del código o edicto de Eurico fueron recogidas en el *Liber iudicum*⁸⁵. El aparece dividido en 12 libros (seguramente que a imitación del mismo número de libros que ofrece el *codex Iustinianus*), y estos en títulos, dentro de los cuales se ordenan cronológicamente las *leges* singulares. Su libro V se rubrica *De transactionibus* y comprende 7 títulos, así:

- Tit. 1º: De ecclesiasticis rebus
- Tit. 2º: De donationibus generalibus
- Tit. 3º: De patronorum donationibus
- Tit. 4º: De commutationibus et venditionibus
- Tit. 5º: De commendatis et commodatis
- Tit. 6º: De pignoribus et debitis
- Tit. 7º: De libertatibus et libertis

El tit. [29º]: [“De donationibus”] del edicto o código de Eurico se distribuyó en los tres primeros títulos del *Liber iudicum*⁸⁶ que presenta, como se ve, dos títulos especiales, el 1º y el 3º, y uno general, el 2º, precisamente rubricado *De donationibus generalibus*. Siguen el tit. 4º sobre permutas y ventas, el 5º sobre depósito, comodato y mutuo, y el 6º sobre prendas y deudas. En otras palabras, también en este cuerpo legal la donación ocupa un lugar en el departamento “contractual”, como en el código o edicto de Eurico. Pero la explicación ofrecida con respecto a éste para su propio departamento “contractual” no es válida en relación con el *Liber iudicum*, un cuerpo legal en que el derecho privado aparece con mayor volumen y, sobre todo, con distribución más difundida en varios de sus doce libros. Aun así, hay una conexión entre él y su predecesor, que vemos en la rutina del modelo. Independientemente de las razones que hubieron de tener los peritos legales de Eurico para componer el departamento “contractual” del código o edicto de ese Rey, el hecho es que comparecía formado en él. Ahora bien, en la medida en que ese cuerpo legal también sirvió de modelo al *Liber iudicum*, nosotros podemos suponer que su libro V fue configurado sobre la base de la serie de títulos del texto euriciano que trataban de los “contratos”, que en cuanto constituían una suerte de departamento ideal, sirvió así de precedente para conformar un libro *De transactionibus*, que en el lenguaje del *Liber iudicum* pertenece al campo semántico presidido por la voz “convención”⁸⁷.

⁸⁵ Ello ha permitido hacer parte de la palingenesia del código o edicto de Eurico, como se ve en D’ORS, Álvaro, *Estudios visigóticos*, cit. (n. 78), passim.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 233.

⁸⁷ En la traducción romance del *Liber iudicum*, como *Fuero Juzgo* (siglo XIII), la palabra “*transactio*” de la rúbrica del libro V es vertida como “*avenencia*”, que podemos modernizar por “convención”, “acuerdo”, “convenio”.

3. De paso digamos que, con independencia de la inclusión de las donaciones en el libro *De transactionibus* del *Liber iudicum*, la existencia de él mismo tiene su importancia histórica, porque es bien posible que haya funcionado como matriz de la pertinente parte del libro III del *Fuero Real* (siglo XIII) de Castilla:

[...]

- Tit. 10 De las vendas y compras
- Tit. 11 De los cambios o troques
- Tit. 12 De las donaciones
- Tit. 13 De las costas
- Tit. 14 De las cosas encomendadas
- Tit. 15 De las cosas emprastadas
- Tit. 16 De las cosas alagadas, que quiere decir de las cosas alquiladas
- Tit. 17 De los fiadores e de las fianzas
- Tit. 18 De los empeños y prendas
- Tit. 19 De las deudas y de las pagas

Quizá también haya ocurrido lo propio con respecto a la sección concerniente de la 5ª Partida (siglo XIII), destinada a “*todos los otros debdos* [deudas, sc. obligaciones, vínculos]⁸⁸ *que crescen entre ellos* [sc. los omes: hombres] *por razón de postura* [sc. contrato]”⁸⁹:

- Tit. 1º De los empréstidos
- Tit. 2º Del préstamo a que dicen en latín *commodatum*
- Tit. 3º De los condesijos a que dizen en latín *depositum*
- Tit. 4º De las donaciones
- Tit. 5º De las vendas y de las compras
- Tit. 6º De los cambios que los omes fazen entre sí e qué cosa es cambio
- Tit. 7º De los mercadores e de las ferias e de los mercados en que compran y venden las mercaderias e del diezmo del portadgo que han de dar por razón dellas
- Tit. 8º De los logeros e de los arrendamientos
- Tit. 9º De los navios e del pecio dellos
- Tit. 10º De las compañías que fazen los mercadores e los otros omes unos con otros
- Tit. 11º De las promissiones e de las otras posturas que fazen los omes unos con otros
- Tit. 12º De las fiaduras que se fazen con mandado o con placer de otro

⁸⁸ En la 4ª part. se había hablado “*de los casamientos e del linaje que dellos sale, e de todos los otros debdos, que los omes han entre sí, por debdo de parentesco, o de señorio, o de cuñadadgo, o de amistad*” [7 Part., part. 5ª, prólogo (ed. Salamanca, 1555, reimp. facsimil. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1985), p. 2]. Por ello, en el texto del prólogo transcrito arriba se dice que en la 5ª partida habrá de tratarse de “*los otros debdos*”.

⁸⁹ 7 Part., part. 5ª, prólogo [ed. cit. (n. 88), p. 2]. La identificación de *postura* (o *pleyto*) con “contrato” aparece declarada ahí mismo: “*E por que estos pleytos e posturas, a que llaman en latin contractos [...]*”.

Tít. 13º De los peños que son empeñados por palabra o calladamente e de todas las otras cosas que a esta razón pertenecen

Tít. 14º De las pagas e de los quitamientos e de los descontamientos a que dicen en latín compensatio e de las deudas que se pagan a los que las non deven

Tít. 15º Como an los deudores a desamparar sus bienes quando non se atreven a pagar lo que deven e como devue ser revocado el enajenamiento que los debdores fazen

Pero esto ya pertenece a otra historia, que en cuanto atañe a las donaciones, hemos estudiado en otro lugar⁹⁰.

[Recibido el 10 de enero y aprobado el 30 de marzo de 2005].

⁹⁰ Véase el trabajo citado en la n. 1, pp. 212 ss.