



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Leitao Álvarez-Salamanca, Francisca

La "liberalitas" en la donación

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXIV, 2012, pp. 91-102

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173825029003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

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

LA “LIBERALITAS” EN LA DONACIÓN* [“Liberalitas” in Donation]

FRANCISCA LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

En el sentido jurídico, la voz “liberalidad” denota una categoría de actos a los que pertenece la donación. Pero también contiene una especialísima acepción, en cuanto se aplica a toda atribución patrimonial que no sea debida, de modo de ser “libre” en cuanto no dependa más que del arbitrio del que la confiere. El estudio intenta, por un lado clarificar la peculiaridad de la donación como liberalidad y, por otro, purificar el concepto de donación de cualquier elemento subjetivo ligado a la voluntad del donante.

PALABRAS CLAVE

Donación – Liberalidad – Espontaneidad.

ABSTRACT

In the judicial sense, the term “liberality” denotes a category of acts to which donation belongs to, but it also has a very specific meaning, as it applies to all equity attribution that is not due, in this way being “free”, as long as it depends only on the discretion of the party granting it. This article tries, on one hand, to clarify the peculiarity of donation as liberalty and, on the other, to purify the concept of donation of any subjective element related to the will of the donor.

KEYWORDS

Donation – Liberality – Spontaneity.

RECIBIDO el 27 de julio y ACEPTADO el 11 de agosto de 2012

* Este trabajo es una adaptación de uno de los capítulos de nuestra tesis doctoral titulada “Una revisión histórico-dogmática de las fuentes concernientes a la fijación del concepto romano-clásico de donación no por causa de muerte” defendida por la autora el 10 de enero de 2012.

** Profesora asociada de Derecho romano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: francisca.leitao@ucv.cl

I. INTRODUCCIÓN

El vocablo *liberalitas* tiene su raíz en la palabra latina *liber* = “libre”, seguramente a través del adjetivo *liberalis* = “liberal”, que de significar originalmente lo “relativo a un hombre libre” pasó a designar aquello “digno de un hombre libre” en el sentido de su generosidad, vale decir, “generoso”. Por consiguiente, *liberalitas* significa eso mismo, pero en sentido sustantivo y abstracto, como “liberalidad, generosidad, largueza o munificencia”. Sirve para traducir el griego *eleuthería*; pero seguramente fue la consideración de que los actos de generosidad o munificencia se caracterizan por ser “libres”, en el sentido de no debidos u obligados, es que *liberalitas* terminó por identificarse, además, con tales actos en sí mismos. Esta palabra (atestiguada ya para el siglo III a.C. en las comedias de Plauto) era usual en el lenguaje común, pero adquirió relevancia en el de los autores de escritos sobre ética¹ y también en el jurídico².

En el sentido jurídico, la “liberalidad” denota una categoría de actos; a ella pertenece por excelencia la donación y tanto, que incluso el nombre de la categoría se aplica a la especie. Ahora bien, existe una especialísima acepción de “liberalidad”, con la cual queda denotado el carácter que debe tener la atribución patrimonial en que consiste una donación: el de no ser debida, vale decir, de ser “libre” en el sentido de que conferirla no depende sólo del arbitrio del donante, sin que medie una obligación jurídica previa.

A continuación pasaremos a estudiar el sentido de la voz “liberalidad” en autores como Savigny, Biondi y Archi, para después pasar a su estudio en el vocabulario de la jurisprudencia y de las constituciones imperiales.

II. EL SENTIDO DEL VOCABLO “LIBERALITAS” EN ALGUNOS ESTUDIOSOS MODERNOS

1. La “liberalitas” en Savigny.

Savigny caracteriza la liberalidad como una voluntad desinteresada y que, en general, también se enuncia por medio de palabras como *beneficium* y, algunas veces, *officium*³. Entiende que lo común que tienen los actos de su naturaleza

¹ Quien describió en forma inmejorable la virtud designada con este término fue Aristóteles en su *Eth. ad Nichom.* IV, 1 1120 -1122; el autor mira a la liberalidad como el justo medio entre los extremos representados por los vicios de la avaricia y la prodigalidad.

² Sobre el tema de la liberalidad y la amplia extensión que el término presenta, véanse: PRIGNSHEIM, Fritz, *Liberalitas*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano, Giuffrè, 1953), I, pp. 659-683; ERNOUT, A. - MILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots* (4^a edición, Librairie Cl. Klincksieck, Paris, 1959), s. v. “liber”, p. 355. SÉNECA, de *beat. 24,3*: dice que “*Liberalitatem [...] quae non quia liberis debetur, sed quia a libero animo profiscuntur ita nominata est*” [“La liberalidad [...], que se llama así, no porque se deba a los hijos [sc. *liberi*], sino porque proceden del ánimo libre”]. Como es sabido, en el lenguaje latino, se denomina *liberi* a los hijos. Al respecto, véase: ANDREU, Javier, *Algunas consideraciones sobre la “liberalitas” en el “de officiis” de Cicerón*, en *Anuario Filosófico*, 34 (Pamplona, 2001), pp. 541-554.

³ SAVINGY, Friederich Karl, *Sistema del derecho romano actual* (traducción castellana por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, Editorial de Góngora, 1945), III, pp. 12-13.

consiste en la *utilitas*, que también se denomina "*commodum*", que recibe la otra parte sin beneficio propio. Sostiene que toda donación sea una liberalidad, pero que no toda liberalidad sea una donación, porque tal expresión se puede aplicar a actos generosos, a servicios prestados o destinados a emancipar un hijo, sin que ninguno de ellos resulte ser una donación, puesto que falta que quien busca beneficiar a otro se desprenda de una porción de su patrimonio, es decir, falta la atribución patrimonial misma con que se enriqueza a la otra parte⁴.

Por consiguiente, con liberalidad Savigny se refiere a una voluntad desinteresada de beneficiar a otro por medio de una atribución patrimonial concreta, que no es cualquier acto de generosidad. Se puede criticar que hable de un "desinterés" por parte del donante, porque esto no se puede determinar a priori, ya que bien pudo estar movido por algún interés, y eso no incide en la calificación de un acto como donatario o no. Sin embargo, interpretamos que lo que Savigny intentaba al hablar de una "voluntad desinteresada" se puede aproximar a la idea de que el donante obra libremente, sin que exista una obligación previa de realizar la donación.

2. La "liberalitas" en Pringsheim.

En el estudio realizado por este autor en un artículo precisamente titulado *Liberalitas*⁵, Pringsheim se centra principalmente en el análisis de la palabra, en contraste con lo que veíamos en Savigny; y, sostiene que se trató de un término de uso popular y que en la época clásica fue evitado por los juristas o utilizado con cierta repugnancia. En cambio, desde Diocleciano, en el período postclásico, adquirió importancia y a ofrecer diversos significaciones. En algunos casos éstas no tuvieron ninguna relación con la donación; otras veces se extienden a su campo; y también se entendió como una categoría, más amplia, que incluye operaciones gratuitas entre las que se encuentra la donación. Pringsheim sostiene que fue particularmente con Justiniano que el vocablo *liberalitas* representó lo que describe como: "a state of mind, generosity or liberality"⁶, es decir, un concepto más cercano a aquel que mencionamos al inicio de este trabajo, en el campo de la ética como virtud moral. Pese a lo anterior, ese autor afirma que no fue Justiniano quien interpoló los textos en los que aparece la voz, sino que se trató de glosas a las que se les debe atribuir la alteración de los mismos.

Al finalizar su trabajo Pringsheim llega a la siguiente conclusión: "It was not yet possible to describe the history of the term. It is probably an entangled history. *Liberalitas* cannot be explained without analysing *animus donandi*, *largitas*, *munificencia* and *necesitas*. As small contribution to explanation of all these conceptions

⁴ Ibíd., p. 13, expresa: "Sin embargo, tiene también su importancia jurídica la liberalidad considerada en este amplio sentido. Así, respecto a las obligaciones *bona fidei*, el deudor que se encuentra en una relación desinteresada, no responde de la culpa ordinaria, sino solamente del dolo; y he aquí porqué no responde de la culpa ordinaria el depositario; pero esta noción general de la liberalidad debe ser más rigurosamente precisada cuando se aplica a las reglas positivas de la donación".

⁵ PRINGSHEIM, F., *Liberalitas*, cit (n. 2), pp. 659-683.

⁶ Ibíd., p. 683.

is not superfluous. It may pave the way for a real understanding of philosophical and religious development which sets all these conception in motion”⁷.

Es interesante verificar que Pringsheim al iniciar su estudio conecte la noción del *animus donandi* con la de *liberalitas*, lo que según éste describe a la donación⁸.

3. La “*liberalitas*” en Biondi.

En el mismo sentido en que Savigny alude al término “liberalidad” en ese mismo lo usa Biondi⁹. Es así como dice que la donación comporta una liberalidad, pero no todos los actos de liberalidad son una donación. A su vez, equipara el término *beneficium* al de liberalidad, pero agrega que no cualquier beneficio es una donación, aunque determinarlo sea un problema bastante arduo; pero cree poder señalar como características del beneficio o liberalidad en que consiste una donación las siguientes: “a) La donazioni riguarda la sfera dei rapporti patrimoniali appunto perchè la *causa donationis* può intervenire solo negli atti che riguardano il patrimonio”¹⁰; b) La donazione è attributiva di un diritto. Quindi non è donazione la concessione a título de precario, il quale importa certo liberalità, ma non attribuzione [...]; c) Poichè la donazione è causa di atti astratti, di per sé è già separata nettamente da taluni atti tipici che importano liberalità, come il deposito, il mandato, il *commodato*”¹¹.

Según Biondi, no se excluye la posibilidad de construir una doctrina general de los actos de liberalidad, que comprenda los actos voluntarios que atribuyan un beneficio o una ventaja sin contraprestación¹².

La postura de Biondi difiere en cierta medida de la de Savigny, en cuanto no incluye la idea de “voluntad desinteresada”; pero en cambio sí se asemeja con la del último en que no cualquier beneficio es una donación, sino aquellos en que existe una atribución patrimonial la cual beneficia al donatario.

4. La “*liberalitas*” en Archi.

A diferencia de Savigny y Biondi, quienes no elaboraron una doctrina parti-

⁷ Ibíd.

⁸ Ibíd., p. 662.

⁹ BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación* (traducción castellana, Barcelona, Bosch, 1960), pp. 641-734.

¹⁰ Ibíd., p. 674, agrega: “Matrimonio, emancipazione, manomisione, adozione compiuti *donationis causa* sono un non senso, ancorchè da tali atti possano derivare attribuzione patrimoniali gratuite”.

¹¹ Ibíd., p. 675: “Per il *commodato* ed il deposito si parla di *beneficium*, ma nessun giurista romano poteva porre la questione od avere esitazione circa la loro separazione rispetto alla donazione, giacchè quei contratti erano tipici, riconosciuti come tali dalla legge, mentre la *donatio* era solo causa e per giunta vietata; la separazione non poteva essere più precisa e più netta”.

¹² Ibíd., p. 677; y continúa: “Ma la dottrina, se corresponde ad una esigenza costruttiva, avrebbe scarso valore giuridico, giacchè ogni atto compreso in tale ampia categoria ha una particolare struttura ed uno speciale regime, e quinde in definitiva si verrebbe a demolire l’edificio tanto faticosamente costruito. Nel sistema degli atti di liberalità la donazione costituisce una categoria a sè, che si distingue dagli altri per quei caratteri che abbiamo descritto”.

cular sobre la liberalidad, en Archi sí la encontramos, pero bajo la denominación de "spontaneità", que la plantea de la siguiente manera¹³.

El maniera de hablar "a volte di spontaneità o di spontanea liberalità" que se recoge en el artículo 1865 del *Código Civil* italiano, encuentra su apoyo en Papiniano (12 resp.) D. 39,5,29, pr.: "*Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*"¹⁴; identica regla de D. 50,17,82 (9 resp.). En otras palabras se entiende como donado todo aquello que se concede sin que el Derecho obligue a hacerlo. Archi identifica el sustantivo "spontaneità" con una ausencia de coacción y como el elemento más distintivo de la donación en relación con otros negocios¹⁵. Agrega que fueron los bizantinos quienes entendieron el aspecto subjetivo de la voluntad como espontaneidad y es así como interesa indagar "[...] alla stessa categoria del *donare* intesa come *genus*, il requisito della spontaneità non abbia avuto, sempre nel periodo classico, un'altra funzione". Y es en este punto que engarza con los términos "*donum*" y "*munus*", ambos contenidos en el fragmento de Ulpiano D. 50,16,194 y el de "*munus*" en Marciano D. 50,16,214, con el objeto de determinar la amplitud de la espontaneidad. Y así, de "*donum*" se sigue que la voluntad sea espontánea, es decir, el donante no esté obligado a nada; mientras que de "*munus*" se extrae que la voluntad sea necesaria: "Comunque dobbiamo constatare che, dando al termine *donare* il suo ampio significato, l'essersi la volontà formata *sponte* o *necessarie* non è determinante per includere o escludere una fattispecie nel o dal *genus*. È determinante solo per catalogarla nell'una o nell'altra *species*"¹⁶. Para Archi, que se diga que *munus* es un donativo de ocasión, obliga a individualizar la circunstancia por la cual se dona. El mismo concepto de donar es un elemento del acto que sirve para indicar si la liberalidad se encuadra cuando la atribución está determinada por la ocasión o si se da fuera de lo normal, lo que denota que se trata del elemento de la espontaneidad que valorará dicho acto que denominado "vera e propria donazione"¹⁷. En otras palabras, para Archi lo que define si un acto es o no una donación es que la atribución no tenga una causa en el donante que la provoque, sino que sea por pura espontaneidad, lo contrario es lo que comenta de lo que la jurisprudencia llama *donum cum causa*: "[...] ma noi sappiamo ormai che al termine causa qui dobbiamo dare un significato, che ne colorisce gli aspetti soggettivi della formazione della volontà"¹⁸.

Más adelante, a propósito del examen de las interpolaciones sufridas por el texto de Modestino D. 34,4,18, donde aparece la expresión: "*necessitate donaverit*"¹⁹,

¹³ Véase ARCHI, Gian Gualberto, *La donazione. Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1960), p. 69-74.

¹⁴ "Se considera que se dona lo que se concede sin que obligue ningún derecho".

¹⁵ Cfr., ARCHI, GG., cit (n. 13), p. 69-70.

¹⁶ Ibíd., p. 71.

¹⁷ Ibíd.

¹⁸ Ibíd., p. 72.

¹⁹ D. 34,4,18 (Mod., 8 diff.): "*Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguitur legatum. Nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur: haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis existat*" ("Si en vida hubiere el testador donado a otro la cosa legada, se extinguie enteramente el legado; y

Archi conecta el tema de la ‘spontaneità’ con el *animus donandi* –recordemos que el autor trata acerca de este elemento en el capítulo inmediatamente anterior–, y afirma que en un ambiente en que la función esencial de la donación era la voluntad del donante, no era extraño que fuese de gran importancia el énfasis en el aspecto volitivo de éste. Finalmente, expresa que fue recién en el siglo IV d. C. cuando la sola voluntad del donante tendió a madurarse en una absoluta espontaneidad²⁰.

III. EL SENTIDO DEL VOCABLO “LIBERALITAS” EN LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA

En general, como lo ha sostenido la doctrina y con más fuerza Savingy, Pringsheim, Biondi y Archi, los juristas clásicos no suelen utilizar el término *liberalitas*²¹ y los textos en que aparece se les hace sospechosos de alteraciones. Sin

no distinguimos si la haya donado por necesidad de las cosas de familia, o por mera voluntad, de suerte que si la hubiere donado por necesidad, se deba el legado, y si por nuda voluntad, no se deba; porque esta distinción no es aplicable a la liberalidad del que dona, porque nadie es liberal estando en necesidades”.

²⁰ ARCHI, G. G., cit (n. 13), p. 74; en el mismo sentido: PRINGSHEIM, F., cit (n. 5), pp. 659-683, quien sostiene que: “[...] As the post-classical doctrine had replaced *ex causa donationis* by the intention of liberality; the glossator spoke of *ut liberalitatem et munificentiam exerceat*. Like in the writings of Chrysostomus these two conceptions are closely related to the *animus donandi*. They mean a generous, a liberal intention of the donor [...]”.

²¹ Sin perjuicio de lo anterior, exponemos un elenco de fragmentos en que se usa el vocablo *liberalitas* correspondientes a la época que estudiamos. Estos son: i) LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 25 (col. 87) D. 39,5,1,1 (Iul., 17 dig.): “*Donationes complures sunt. [...] quam ut liberalitatem et munificantiam exerceat; haec proprie donatio appellatur [...]*” (“Hay muchas clases de donaciones [...] sino para ejecutar acto de liberalidad y de munificencia; ésta es la que propiamente se llama donación”); ii) LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 58 (col. 236) D. 32,35 (Escaev., 17 dig.): “*Idem quae sit, an et commoda et principales liberalitates [...]*” (“El mismo preguntó, si se le deberán a su heredero también las utilidades y las liberalidades del Príncipe”); iii) LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 689 (col. 936) FV. 256a Pap., 12 resp.: “*Recte filiae in potestate patrem donasse respondi, cum alteri filiae propria praedia preelegaret et adiecisset ‘exceptis quae sorori tuae donavi’. Nam et testamento liberalitatem confirmatam et aperte patris declaratam voluntatem; quod divisionis arbitrio sufficit iuris quoque verbis deficientibus*” (“Respondí que el padre había hecho rectamente la donación a la hija (que estaba) bajo su potestad al legar previamente a su otra hija predios en propiedad y al haber añadido ‘exceptuadas las cosas que doné a tu hermana’. Pues que se había ratificado por testamento la liberalidad y que había quedado manifestada con claridad la voluntad del padre; esto es suficiente para el arbitraje de la división aunque falten también los términos del derecho”); iv) LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 600 (col. 920) D. 33,1,10,1 (Pap., 8 resp.): “*Medico Sempronio quae viva praestabam, dari volo; ea videntur relicta, quae certam formam erogationis annuae, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt*” (“Quiero que se dé al médico Sempronio lo que yo le daba en vida”; se considera dejado lo que tuvo cierta forma de gasto anual, no voluntad incierta de liberalidad”); v) LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 281 (col. 853) D. 31,67,1 (Pap., 19 quest.): “*Si Falcidia queratur, perinde omnia servabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est, primo testamentuo fideicommissum relictum fuiste; non enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est; quid est enim, quod de suo videatur reliquise, qui, quod reliquit omnimodo reddere debuit?*” (“Si se tratase de la Falcidia, en el todo se observará lo mismo que si nominalmente se hubiese dejado en el primer testamento el fideicomiso al que después fue elegido; porque la facultad de una elección necesaria no es beneficio de la propia liberalidad; porque ¿qué hay que parezca que dejó de lo suyo el que de todos modos

entrar en esta discusión, es necesario atender a las fuentes que sirven de sostén para

debió restituir lo que dejó?"); *vi)* LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 25 (col. 87) D. 35, 3, 6 (Calist., 4 *cognit.*): "*Cum non facile satisdationem offerre legatarius vel fideicommissarius possit, et futurum sit, ut propter hoc a petitione liberalitatis ex testamento summoveantur*" ("Cuando el legatario o el fideicomisario no pueda fácilmente ofrecer fianza, y haya de suceder que por esto sean repelidos de la demanda de la liberalidad proveniente del testamento"); *vii)* LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 15 (col. 703) D. 50, 12, 9 (Mod., 4 *diff.*): "[...] *quod opus promissum coeptum est, si bona liberalitati solvendo non fuerint, [...]*" ("pero que por haberse comenzado la obra prometida, si los bienes no fueran suficientes para la liberalidad"); *viii)* LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 560 (col. 1045) D. 26,7,12,3 (Paul., 38 *ed.*): "*Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, [...] praestabit, solemnia munera parentibus cognatisque mittet; sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiam si aliter ea rubore non potuit, nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est [...]*" ("Como quiera que el tutor se nombra no solamente para los bienes, sino también para las costumbres del pupilo, [...] enviará los regalos de solemnidades a los ascendientes y a los cognados; pero no dará dote a la hija nacida de otro padre, aunque de otro modo no haya podido ésta casarse, porque aún cuando honestamente, se hace sin embargo por liberalidad, la cual se ha de reservar al arbitrio del pupilo"). A la masa sabiniana de Ulpiano corresponden los siguientes textos: *i)* LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 2475 (col. 1034) D. 23,3,33,3 (Ulp., 6 *Sab.*): "*Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputatibus marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat; [...] hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate convenientur, in id quod facere possunt, condemnandos [...]*" ("Si fuera un extraño el que prometió la dote, y hubiera quedado falto de bienes, se imputará al marido el no haberle demandado, máxime si había prometido la dote por necesidad, no por voluntad; [...] porque el Divino Pío contestó esto por rescripto, que los que son demandados por una liberalidad han de ser condenados en lo que pueden hacer"); *ii)* LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 2781 (col. 1147) D. 24,1,32,24 (Ulp., 33 *Sab.*): "*Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est, nec post decretum Senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit; [...]*" ("Si por causa de donación se hubiera contraído sociedad entre marido y mujer, es nula por derecho común, y ni aún después del decreto del Senadoconsulto podrá tener esta liberalidad la ventaja de que se produzca la acción de la sociedad"); *iii)* LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 2817 (col. 1153) D. 50,17,28 (Ulp., 36 *Sab.*): "*Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate convenientur, id id, quod facere possunt, condemnandos [...]*" ("Respondió el Divino Pío, que los que son demandados por virtud de liberalidad han de ser condenados a lo que pueden hacer"). A la masa edictal de Ulpiano se siguen los siguientes pasajes: *i)* LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 563 (col. 511) D. 6,2,7,3 (Ulp., 16 *ed.*): "*Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit; est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit. [...]*" ("Pero también si alguno recibió la cosa por causas lucrativas, tiene la acción Publiciana, la que compete también contra el donador; porque es justo poseedor y demandante el que recibió una liberalidad"); *ii)* LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 1164 (col. 712) D. 38,5,1,6 (Ulp., 44 *ed.*): "*In ceteris quoque liberalitatibus, quas non admisit is libertus cui quis donatum voluit, idem erit probandum Fabianam cessare: sufficit enim patrono, si nihil de suo in nocem eius libertus alienavit, non si non adquisiit [...]*" ("Con respecto a las demás liberalidades, que no admitió aquel liberto a quien alguien quiso donar, lo mismo debe aprobarse, de que cesa la Fabiana; pues basta al patrono que el liberto no haya enajenado nada suyo en perjuicio de aquél, y no le importa si dejó de adquirir algo"); *iii)* LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 1605 (col. 842) D. 43,26,2 (Ulp., 71 *ed.*): "*Est enim natura aequum, tamdiu de liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem [...]*" ("Porque es equitativo por naturaleza que uno use de mi liberalidad en tanto que yo quiera, y que yo pueda revocarla cuando hubiere cambiado de voluntad"); *iv)* LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 1608 (col. 844) D. 43,26,8,3 (Ulp., 71 *ed.*): "*Eum quoque precario teneri voluit Praetor, qui solo fecit, ut habere desineret. [...]; nec inmerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit, quem totum hoc ex liberalitate descendat eius, qui*

fundamentar el carácter liberal que se da en el donante al realizar una donación. Como fue señalado, este carácter denota que el donante no puede encontrarse de ninguna manera compelido u obligado a donar. Es para ello que revisaremos los textos de Marciano, Papiniano y Ulpiano que vienen en ayuda a clarificar esta peculiaridad de la donación.

1. La “*liberalitas*” en Marciano.

En primer lugar comparece Marciano (1 *publ. iud.*) con un fragmento recogido en D. 50,16,214, el cual reza así: “*Munus’ proprie est, quod necessarie obimus lege more imperiove eius, qui iubendi habet potestatem. ‘Dona’ autem proprie sunt, quae nulla necessitate iuris officiis et sponte praestantur: quae si non praestentur, nulla reprehensio est et, si praestentur, plerumque laus inest. Sed in summa in hoc ventum est, ut non quodcumque munus, id et donum accipiatur, at quod donum fuerit, id munus recte dicatur*”²². Aquí Marciano distingue claramente el significado de los términos “*munus*” y “*dona*”; el primero denota aquellos obsequios que se deben ya sea por la ley, la costumbre o el imperio de quien tiene la potestad de mandar; por tanto no son en este sentido liberales, es decir, el que los realiza no es libre para operarlos; mientras que “*dona*” mienta propiamente lo que se da sin la necesidad, es decir, sin que se esté obligado ni por el derecho, ni un deber moral o un oficio,

precario concessit, et satatis sit, si dolus tantum praestetur; culpm tam proximam contineri quis merito dixerit [...]” (“El Pretor quiso que estuviese obligado por el precario también el que hizo con dolo que dejara de poseer [...]”; y no sin razón responde solamente del dolo, el que rogó en precario, porque todo esto proviene de liberalidad del que concedió la cosa en precario, y es bastante si se responde solamente del dolo; mas con razón dirá alguno que se comprende la culpa próxima al dolo”); *v) LENEL, O., Paling., II, frag. 1689* (col. 867) D. 39,5,19,2 (Ulp., 76 *ed.*): “[...] Non potest liberalitas nolenti acquiri [...]” (no se puede adquirir liberalidad para el que no la quiere). Y a otros libros pertenecen los siguientes fragmentos: *i) LENEL, O., Paling., II, frag. 2324* (col. 1008) D. 50,10,2 (Ulp., 3 *opin.*): “*Qui liberalitate, non necessitate debiti reditus suos interim ad opera finienda concessit, munificentiae sua fructum de inscriptione nominis sui operibus, si qua fecerit, capere per individiam non prohibetur [...]*” (“Al que por liberalidad, no por necesidad de pagar una deuda, concedió temporalmente sus rentas para acabar unas obras, no le es prohibido por envidia que alcance el fruto de su munificencia con la inscripción de su nombre en las obras, si algunas hubiere hecho”); *ii) LENEL, O., Paling., II, frag. 2324* (col. 1008) D. 40,1,4,1 (Ulp., 4 *disput.*): “*amici beneficio, vel liberalitate*” (“ya si también con beneficio o liberalidad de un amigo”). Y finalmente un pasaje que no se encuentra en la palingenesia que corresponde a D. 36, 1,1,19 (Ulp., 3 *fideic.*): “*Inde Neratius scribit, si heres rogatus restituere totam hereditatem non deducta Falcidia rogato et ipsi, ut alii restituant, non utique debere eum derahere fideicommissario secundo quartam, nisi liberalitatem tantum ad priorem fideicommissarium heres voluit pertinere [...]*” (“Por lo cual escribe Neracio, que si al heredero se le rogó que, sin haber deducido la Falcidia, restituya toda la herencia a uno, a quien también se le rogó que le restituyese a otro, no debe ciertamente éste deducirle la cuarta al segundo fideicomisario, a no ser que el heredero haya querido que la liberalidad corresponda únicamente al primer fideicomisario”).

²² “*Munus*” [u obsequio] es propiamente el que debemos hacer por la ley, costumbre o el imperio del que tiene la potestad de mandar; ‘donaciones’, lo que se entrega sin necesidad de derecho, no deber moral y espontáneamente, no entregándose las cuales no hay censura posible, y si se entregan, redundan generalmente en alabanza; sin embargo, se ha acabado por decir (no toda donación es un ‘*munus*’, pero todo ‘*munus*’ es donación”.

y se prestan de manera espontánea por un donante; si no se dan no existe una censura o represión de ningún tipo.

De todo lo anterior se concluye que la noción de “*munus*” significa “carga” impuesta por el derecho, la costumbre o el imperio; en cambio “*dona*” implica la ausencia de toda obligación o deber. Es así como Marciano concluye que toda “carga” es *donum*, pero no al revés.

2. La “liberalitas” en Papiniano.

En el mismo sentido de Marciano, Papiniano expresa el principio: “*Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur*”²³ en D. 39,5,29 (= D. 50,17,82) perteneciente a sus *Responsorum libri XII*. De tal máxima se entiende que toda atribución patrimonial es donación siempre y cuando no exista ningún Derecho que obligue al donante a hacerla, y es libre para hacerla y hacerla o no depende de su mero arbitrio; es a esto a lo que se alude cuando se dice que tiene carácter liberal. Se puede pensar en que Papiniano, cuando señala que donar es aquello que se ejecuta *nullo iure cogente*, equivale a lo que Marciano expresaba con lo que “*nulla necessitate iuris officiis et sponte praestantur*”.

3. La “liberalitas” en Ulpiano.

Del mismo modo que fue observado en Marciano y Papiniano, Ulpiano (43 ed.) en D. 50,16,194 dice: “*Inter ‘donum’ et ‘munus’ hoc interest, quod inter genus et speciem: nam genus esse donum Labeo a donando dictum, munus speciem: nam munus esse donum cum causa, ut puta natalicium, nuptalicium*”²⁴, explica la diferencia que existe entre un “*donum*” y un “*munus*”, que es igual a la que hay entre un género y una especie; es así como “*donum*” resulta ser la categoría más amplia; y “*munus*” la especie consistente en una donación justificada por alguna causa extrínseca, como el nacimiento (*natalicium*) o el matrimonio (*nuptalicium*).

IV. EL SENTIDO DEL VOCABLO “LIBERALITAS” EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

No podemos prescindir del uso que las constituciones imperiales imprimen al término “*liberalitas*”. Ahora bien, no nos interesa indagar en general el uso “*liberalitas*” como denominación común²⁵ sino sólo en cuanto se encuentran en

²³ “Se considera que se dona lo que se concede sin que obligue ningún derecho”.

²⁴ “Entre ‘donativo’ [donum] y ‘regalo’ [munus] hay la diferencia que entre el género y la especie; porque dice Labeón, que donativo es el género, derivado de donar, y regalo la especie; porque regalo es un donativo con causa, por ejemplo, por natalicio, o por nupcias”.

²⁵ Según la época en que hemos acotado nuestro estudio, encontramos las siguientes constituciones imperiales que aluden al término “*liberalitas*” no en materia propiamente de donación non mortis causa, sino en relación a la denominación general de diversas liberalidades, de las que a continuación transcribimos determinadas partes en orden cronológico: *i*) Cl. 5,15,2 (Sev., a. 229): “*Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, [...] ab heredibus mariti, quatenus interposita liberalitas munita est, peti potest [...]*” (“Lo que de lo suyo añadió el marido a la dote durante el matrimonio con ánimo de hacer donación, [...] puede ser pedido por los herederos del marido, en tanto cuando se consolidó la liberalidad hecha”); *ii*)

materia de donación. De la selección resultan las siguientes constituciones, todas pertenecientes al emperador Diocleciano.

Cl. 4,6,7 (Diocl. y Max., a. 293): “*Si repetendi, quod donabas uxori eius, quem ad proficiscendum tecum huiusmodi liberalitate provocare proposueras, nullam addidisti condicionem, remanet integra donatio, cum levitati perfectam donationem revocare cupientium iure occurratur*”²⁶. En este caso uno había donado algo a la mujer de otro, por un motivo: incitarla a que huyera con él. La donación, pues, nada tuvo de espontánea; pero tal motivo no implicó que el donante se hubiera encontrado obligado a donar, por lo que su existencia viene a resaltar el carácter liberal de la donación. Podemos decir que el término “*liberalitas*” es usado en esta constitución tanto para referirse a la donación misma, como al carácter liberal que ésta ofrece.

Cl. 8,55,1 (Filip., a. 249): “*Etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet tempore ea quae sibi donata sunt pleno iure [...]. Nam qui obsequiis suis liberalitatem patronorum provocaverunt, non sunt digni, qui eam retineant, cum coepерint obsequia neglegere, cum magis in eos collata liberalitas ad obsequium inclinare debet quam ad insolentiam erigere. Hoc tamen ius stabit intra ipsos tantum, qui liberalitatem dederunt*” (“Aunque perfeccionadas las donaciones el esclavo puesto en posesión haya poseído por algún tiempo con pleno derecho, [...]. Porque los que provocaron con sus atenciones la liberalidad de los patronos no son dignos de retenerla cuando hubieren comenzado a descuidar sus atenciones, puesto que la liberalidad otorgada a ellos más bien debe inclinarlos a las atenciones que no impulsarlos a la insolencia. Mas este derecho subsistirá solamente entre los mismos que hubieren dado la liberalidad”); *iii) Cl. 3,29,2* (Valent. y Galer., a. 256): “*Pater si omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit [...]*” (“Si tu padre consumió todo su patrimonio por cierto arranque de excesiva liberalidad en favor de su hijo”); *iv) Cl. 3,29,7* (Diocl. y Max., a. 286): “*Si mater tua ita patrimonium suum profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhaustis [...]*” (“Si tu madre, habiendo destrozado sus bienes agotó su patrimonio por una excesiva liberalidad a favor de tu hermano”); *v) Cl. 3,29,4* (Diocl. y Max., a. 286): “*Si filius tuus immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhaustis [...]*” (“Si tu hijo agotó su patrimonio por la efusión de una liberalidad inmoderada”); *vi) Cl. 8,54,3* (Diocl. y Max., a. 290): “*Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus [...]*” “De las donaciones que se nacen bajo modo o condición o desde cierto tiempo [...] Cuando la donación se hace de modo que después de algún tiempo se le entregue a otro lo que se donó, se resolvió con la autoridad del antiguo derecho, que si aquél a quien se confería el provecho de la liberalidad no hubiera estipulado”; *vii) Cl. 5,16,14,1* (Diocl. y Max., a. 290): “*Ex verbis, quae in postremis iudicis inseruntur, licet ad fideicommissum vel legatum utilia sunt, [...] inditorum verborum conceptio non fideicommissum relicitum ostendit, sed ex senatus consulti auctoritate liberalitatem mariti tui, cui custodienda etiam moriens prospectit, quatenus firmare potuit dominium, mortis tempore tibi esse addictam*” (“En virtud de las palabras que se insertan en las últimas voluntades, aunque son útiles para un fideicomiso o un legado, [...] no que se dejó un fideicomiso, sino que al tiempo de la muerte se te aplicó en virtud de la autoridad del Senadoconsulto una liberalidad de tu marido, por cuya seguridad miró aún al morir, en cuanto pudo afirmar el dominio”); *viii) Cl. 11,48,3* (Velent. y Valer., a. 365): “*Quisquis ex deseritis agris veluti vagos seruos liberalitate nostra fuerit consecutus, [...]*” (“Cualquiera que por liberalidad nuestra hubiere obtenido como vagabundos esclavos procedentes de campos abandonados”).

²⁶“Si no agregaste ninguna condición para repetir lo que donabas a la mujer de aquél a quien con tal liberalidad te habías propuesto incitar para que partiera contigo, permanece íntegra la donación, porque con derecho se opone excepción a tal ligereza de los que desean revocar una donación perfecta”.

CI. 5,16,18 (Diocl. y Max., a. 293): “*A marito in uxorem donatione collata matrimonii tempore nec initio dominium transferri potest nec post, si divorcium intercesserit vel prior persona quae liberalitatem accepit rebus humanis fuerit exempta vel ab eo qui donavit fuerit revocata, potest convalescere*”²⁷. Esta constitución versa sobre una donación entre cónyuges y por tanto prohibida. En este contexto la palabra “*liberalitas*” viene a significar la misma donación (entre marido y mujer) que es de la que trata.

CI. 8,53,24 (Diocl. y Max., a. 299): “*Si patri tuo heres non extitisti, ex facta ab eo liberalitate titulo donationis non posse iura tua laedi manifestissimi iuris est*”²⁸. Al igual que en las constituciones vistas, el término “*liberalitas*” es para indicar a la donación misma.

De la lectura de las constituciones imperiales transcritas, resulta que el uso del término “*liberalitas*” se identifica con el de “*donatio*”, y ambas palabras vienen a designar lo mismo. En cuanto al carácter liberal de la donación, esto es que el donante no puede encontrarse de ninguna manera compelido u obligado a donar, sólo lo encontramos en CI. 4,6,7.

V. CONCLUSIÓN

En síntesis, a propósito de la cuestión de la liberalidad de la donación, sugerimos dar por superada la doctrina de la espontaneidad, principalmente elaborada por Archi, como exigencia de la donación. Que una donación sea espontánea para el donante o no lo sea, no es lo relevante para designar al acto como liberal. También es espontáneo dar por un motivo meramente moral, como por ejemplo regalar en determinadas ocasiones en que la costumbre social así lo exija, y eso no tiene relevancia para el Derecho. Por lo tanto, lo importante nos parece que no es la espontaneidad o no en el donante, sino más bien el que no exista una exigencia jurídica que obligue a realizar una donación. Con la propuesta intentamos por un lado clarificar la peculiaridad de la donación como liberalidad y, por otro, purificar el concepto de donación de cualquier elemento subjetivo o vinculado a la voluntad del donante, como se podía observar en cierta medida en las ideas de Pringsheim y Archi, la relación entre la *liberalitas* con el *animus donandi*. Acerca de la donación clásica, su carácter liberal se debe estudiar a partir de cuanto se manifiesta en los textos de Marciano, Papiniano y Ulpiano, aquí estudiados.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREU, Javier, *Algunas consideraciones sobre la “liberalitas” en el “de officiis” de Cicerón*, en *Anuario Filosófico*, 34 (Pamplona, 2001).

²⁷ “Habiéndose hecho por el marido a la mujer una donación durante el matrimonio, ni aún en un principio se puede transferir el dominio; ni puede convalidarse después, si hubiere mediado divorcio, o hubiere fallecido primero la persona que recibió la liberalidad, o hubiere sido ésta revocada por el que hizo la donación”.

²⁸ “Si no quedaste heredero de tu padre, es de evidentísimo Derecho que no pueden lesionarse tus derechos por la liberalidad hecha por él a título de donación”.

- ARCHI, GG., *La donazione. Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1960).
- ARISTÓTELES, *Eth. ad Nichomacum*.
- BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación* (traducción castellana, Barcelona, Bosch, 1960).
- ERNOOUT, A. - MILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots* (4^a edición, Librairie Cl. Klincksieck, Paris, 1959).
- LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (Leipzig, Tauchnitz, 1889), dos volúmenes.
- PRINGSHEIM, Fritz, *Liberalitas*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano, Giuffrè, 1953), I.
- SAVINGY, Friederich Karl, *Sistema del derecho romano actual* (traducción castellana por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, Editorial de Góngora, 1945).