



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Álvarez - Salamanca, Francisca Leitaó
La terminología de los juristas romanos sobre la donación
Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXXVI, 2014, pp. 101-128
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173832127003>

- 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 TERMINOLOGÍA DE LOS JURISTAS ROMANOS SOBRE LA DONACIÓN*

[Roman Jurists Terminology on Donation]

Francisca LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA**
 Universidad de los Andes, Santiago, Chile

RESUMEN

El siguiente trabajo tiene por objeto por un lado, indagar en la terminología de las fuentes tanto legales como extralegales: cuándo comienza el uso de la palabra *donatio*. Y por otro, revisar la terminología donataria en la esfera propiamente jurídica, esto es en las obras de los juristas clásicos y en las constituciones imperiales, que no siempre utilizan la palabra *donatio* en forma sola o pura, sino que junto a ella suelen colocar otras voces. Las que destacan son las siguientes: *mortis causa-non mortis causa*,

ABSTRACT

The purpose of this work is, on the one hand, to research the terminology of the legal and extra-legal sources as to determine when the use of the word *donatio* begins; on the other hand, to review the *donatio* related terminology in the purely legal scope, that is, in the works of the classical jurists and the imperial constitutions, which not always used the word *donatio* by itself or in its pure form, but together with other terms, the most important of which are: *mortis causa-non mortis causa*, *donatio perfecta*

RECIBIDO el 21 de octubre de 2013 y ACEPTADO 26 de julio de 2014

* Este trabajo es una adaptación del capítulo primero de la tesis doctoral “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; él, además, forma parte del Proyecto Anillo - CONICYT, código SOC 1111.

** Profesora de derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo N° 12.455, Las Condes, Santiago, Chile. Correo electrónico: franciscaleitao@uandes.cl.

donatio perfecta y revocabitur-irrevocabilis. Todo lo anterior servirá para investigar el concepto de la donación clásica *non mortis causa* y entre personas extraña.

PALABRAS CLAVE

Donatio – Donatio mortis causa – Donatio non mortis causa – Donatio perfecta – Revocare donationem – Donatio irrevocabilis.

and revocabitur-irrevocabilis. This will be useful to research the classical concept of *non mortis causa* donation and donation among strangers.

KEYWORDS

Donatio – Donatio mortis causa – Donatio non mortis causa – Donatio perfecta – Revocare donationem – Donatio irrevocabilis.

I. INTRODUCCIÓN

Para configurar el concepto de donación *non mortis causa* y entre personas extrañas en el Derecho romano clásico, resulta necesario establecer cuál fue la terminología de los juristas romanos sobre la donación. Sabemos que este sustantivo “*donatio-is*” deriva de “*donum-i*”, cuyo significado corresponde al acto de dar y significa “donación, don, regalo, presente, dádiva, largueza, ofrenda”, entre otros; que tienen su origen en el verbo transitivo latino “*donare*” que corresponde a “dar, donar, hacer donación, regalar, distribuir o conceder”¹. Por tanto, la locución *donatio* aparece con posterioridad al sustantivo *donum-i* y al verbo *donare*. Todo lo anterior es expresado por Paulo en su máxima “*Donatio dicta est a dono, quasi dono datum capta a Graeco [...]*”²(D. 39, 6, 35, 1), es decir, *donatio* viene de don: es la cosa dada en don y el acto por el cual se da en don es el verbo donar.

Es por esto que en esta investigación atenderemos en primer lugar a explicar el estado de la cuestión sobre la terminología en los planteamientos de los principales autores que han tratado acerca de la donación. A continuación se presentará lo encontrado en los textos de fuentes extralegales o literarias para identificar en qué autor o autores aparece la palabra *donatio* y seguiremos con los juristas que en sus fuentes la utilizaron. Todo lo anterior nos ayudará a situar el momento en torno al cual apareció el término *donatio*.

Posteriormente en el contexto terminológico relativo a la donación, revisaremos la nomenclatura propiamente legal tanto en la jurisprudencia como en las constituciones imperiales, que acompañan a la voz *donatio* en las fuentes, circunscribiéndonos para ello al tiempo del Derecho romano denominado como clásico alto y tardío.

¹ Véase ERNOUT, A. - MILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots* (3ª edición, Librairie Cl. Klincksieck, Paris, 1951), p. 320; Véase sobre la palabra “don”: BENVENISTE, E., *Don et échange dans le vocabulaire indo-européen*, en *AS*, 3 (1951), pp. 7-20.

² “Donación fue llamada de don, como cosa dada en don; habiendo sido tomada del Griego [...]”

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN RELATIVO A LA PALABRA “DONATIO”

En cuanto al momento en que aparece la palabra *donatio* en el vocabulario latino, Savigny, en su *System des heutigen römischen Rechts*, no se refiere al tema directamente, sino que, en general, dice que el término *donatio* era utilizado en el lenguaje común sin identificar en qué autores latinos se puede encontrar, ni menos señalar el instante en que dicho vocablo apareció³.

Ahora bien, Archi avanza en el tema y afirma que la donación como negocio no fue relevante sino hasta el período posterior a la *lex Cincia*⁴. Continúa, que fue sólo a través de la jurisprudencia que se llegó al concepto de donación⁵ y pasa inmediatamente al tratamiento del negocio, es decir, deja a un lado el tema de la terminología, que es el que nos interesa. Es así, como en su obra, luego de lo anteriormente expuesto, continua con el análisis de la *lex Cincia* y sus disposiciones, para lo cual se vale de fuentes extralegales que aluden a aquella legislación, pero no analiza lo que buscamos: el uso de aquellas fuentes sobre la voz *donatio*⁶.

Biondi, en lo atinente a la terminología acerca de la donación, sólo se refiere a propósito de la *lex Cincia*⁷, a las palabras “*dona et munera*” y destaca la importancia que esta ley marcó en la configuración de la donación.

En la misma línea de Archi y Biondi se encuentra Casavola con su obra *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, quien, aparte de indagar en forma más lata sobre los orígenes y el contenido de la ley, se detiene en el aspecto gramatical en lo relativo a la formación del verbo donar⁸ y se sirve para ello

³ Cfr., SAVIGNY, Friederich Karl, *Sistema del derecho romano actual* (trad. cast., por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Editorial de Góngora, 1945), III, p. 15. Más adelante, p. 16 expresa: “[...]una expresión técnica, sino una palabra tomada de la vida común y que al pasar al lenguaje de los jurisconsultos ha conservado su sentido indeterminado [...] hemos de reconocer que los romanos mismos empleaban la palabra *donatio*, unas veces en una acepción extensa y es el caso más frecuente, y otras veces la acepción es restringida. La acepción lata entraba en el lenguaje de la vida ordinaria que designaba con el nombre *donatio* toda especie de liberalidad, sin tener en cuenta las prescripciones del derecho, si bien algunas veces tomaba también un sentido jurídico, cuando se quería resaltar el lado positivo de la donación [...]”.

⁴ ARCHI, Gian G., *La donazione. Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1960), p. 10: “Non c’è, quindi, da meravigliarsi se anche nel periodo arcaico di Roma, quando si parlava di *donatio*, si aveva di questo istituto un concetto assai più ristretto di quello, che poi noteremo, sempre in Roma, alla fine dell’epoca classica”.

⁵ Ibíd., “[...] Solo attraverso uno sviluppo, che, come vedremo, non è stato scevro di resistenze e di difficoltà, la giurisprudenza è arrivata a dare a la *causa donationis* una tale ampiezza di estrincazione, al di là della quale non era possibile andare, se non violando principi di struttura di altri istituti [...]”.

⁶ Ibíd., pp. 13-14. Véase como recurre a las fuentes literarias en Livio y Cicerón, que dan cuenta de la denominación “*lex Cincia de donis et muneribus*”.

⁷ Cfr., BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación* (traducción al castellano, Barcelona, Bosch, 1960); EL MISMO, *Il concetto di donazioni*, en *Scritti Giuridici* (Milano, Giuffrè, 1965), III, pp. 641-734.

⁸ CASAVOLA, Franco, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli, Jovene, 1960), pp. 147-148. “D’altra parte che il *dono dare* si esaurisse concettualmente e strutturalmente nella consegna dell’oggetto, tendesse cioè a meri effetti attributivi, restando estranee alle sue prospettive quelli acquisitivi, risulta anche dal rispecchiamento fraseologico

de determinadas fuentes extralegales⁹. De igual modo que los anteriores, Casavola nada dice sobre la aparición de la palabra *donatio*, en las fuentes que menciona.

En consecuencia, el estado actual de la cuestión respecto a la aparición de la locución latina *donatio*, nos parece que no se encuentra solucionado. Por el contrario, en lo que sí concuerdan los autores es que la “donación” es posterior a la *lex Cincia de donis et muneris* del año 204 a. C., Por tanto, nos proponemos sistematizar a continuación la cuestión terminológica de la donación en dos sentidos i) por un lado, la ubicación del término *donatio* tanto en la literatura extralegal como legal; y ii) por otro, nos haremos cargo de la terminología donatoria en las fuentes solamente legales.

III. LA PALABRA “DONATIO” ENTRE LOS AUTORES LATINOS DE LOS SIGLOS III Y II A. C.

Si revisamos en forma cronológica a los autores latinos, en primer lugar comparece Plauto (240-184 a. C.) que no menciona el sustantivo *donatio*, pero sí utiliza el verbo “*donare*” en varias partes de sus obras¹⁰. De igual manera ocurre con los *Annales* de Ennio (239-169 a. C.)¹¹, en las *Orationes* de Catón (234-149 a. C.)¹² y en *Eunuchus* de Terencio Afer (195/185-159 a. C.)¹³.

De la revisión de los autores latinos pertenecientes a los siglos III y II a. C., podemos sostener que la literatura extralegal no recoge aún el sustantivo *donatio*, pero sí usa el verbo *donare*.

IV. LA PALABRA “DONATIO” ENTRE LOS AUTORES LATINOS DEL SIGLO I A. C.

Examinemos a continuación a los autores latinos del siglo I a. C., en lo concerniente al uso de la voz *donatio*.

En la obra de Marco Terencio Varro (116-27 a. C.) llamada *Rerum rusticarum de agri cultura*¹⁴, no encontramos la palabra *donatio*, al igual que en los autores pertenecientes a los siglos III y II a. C., pero del mismo modo a como lo observábamos en estos últimos, también localizamos ahí el verbo *donare*. Ahora bien, si

del fenomeno. Mentre il *dare*, che si è evoluto dal *mancipium*-negozio, esprime nei suoi valori semantici il prevalente concetto dell’acquisto, rifletendo il diverso contegno delle parti nel rito negoziale, attivo dell’*accipiens*, passivo in funzione perfettamente reciproca, di consenso e legalizzazione dell’aquisto, da parte del *dans*, il *dare-donare* attribuisce al contrario una condizione di passività al destinatario dell’atto di consegna. ‘*Donare*’, infatti, ha suo oggetto non soltanto il bene donato ma la persona stessa del donatario”.

⁹ *Ibid.*, pp. 148-149.

¹⁰ Véanse las siguientes citas en Plauto donde también aparece el verbo *donare*: i) en sus dramas: *Poenulus* 1, 2; 2, 1; *Stichus* 2,1; 5,2; ii) en sus comedias: *Miles gloriosus* 4,5; 4,7; *Menaechmi* 1, 2; *Bacchides* 4, 10; *Mostellaria* 1, 3; *Persa* 5, 1; *Amphitruo* prólogo; 1,1; 2,2; *Epidicus* 3,4.

¹¹ ENNIO, *Annales* 4,8.

¹² CATÓN, *Orationes* 4, 35.

¹³ TERENCE AFER, *Eunuchus* 1,2: 3,2.

¹⁴ MARCO TERENCE VARRO, *De re rustica* 2,2.

avanzamos, en los literatos del siglo I d. C., tanto Cicerón (106-43 a. C.)¹⁵ como Julio Cesar (100-44 a. C.) sí que la emplean; el primero en sus obras *In Verrem*, *Filipicas*, *De optimo genere* y el segundo en su *De bello civili*.¹⁶ En consecuencia, podemos determinar que es en este siglo en que la locución *donatio* irrumpe en la literatura latina extralegal, produciéndose el punto de inflexión en lo que a este aspecto se refiere. Pero antes de revisar las citas correspondientes de Cicerón y Julio César, debemos proseguir con el resto de los autores. Más o menos contemporáneos son: Salustio (86-34 a. C.)¹⁷, Catulo (84-55 a. C.)¹⁸, Virgilio (70-21 a. C.)¹⁹, Horacio (67-8 a. C.)²⁰, Grattius²¹, Ovidio (43 a. C.-17 d. C.)²². Ninguno de ellos utiliza el sustantivo *donatio*, pero sí el verbo *donare*. Por el contrario, al final del siglo se encuentra Tito Livio (59 a. C.-17 d. C.), en quien se observa el uso de la palabra *donatio* en su *Ab urbe condita*²³. Por tanto, los autores del siglo I. a. C., que utilizaron la palabra *donatio* fueron Cicerón (106-43 a. C.), Julio Cesar (100-44 a. C.) y Tito Livio (59 a. C.-17 d. C.), los cuales a continuación estudiaremos en forma separada.

a) La palabra *donatio* es usada por Cicerón en los siguientes pasajes:

Verr. 2,3,80: “*Hinc ille est anulus aureus quo tu istum in contione donasti; quae tua donatio singulari impudentia nova Siculis omnibus, mihi vero etiam incredibilis videbatur. Saepe enim nostri imperatores superatis hostibus, optime re publica gesta, scribas suos anulis aureis in contione donarunt: tu vero quibus rebus gestis, quo hoste superato contionem donandi causa advocare ausus es?* [...]”²⁴. Según esta cita, Cicerón

¹⁵ Véanse las obras que ordenamos según sus géneros literarios en los que aparece el verbo donar: i) en las obras retóricas: i) En sus discursos: Cic., *Pro Caelio* 36; Cic., *pro Roscio Amerino* 23, 24 y 108; Cic., *Verr.* I, 132; II, 29 y 45; III, 72, 185-186 y 187; Cic., *Pro Murena* 38; Cic., *Pro Archia* V, 24-26; Cic., *De domo sua* 107 y 124; Cic., *Pro Sestio* XII, 47; Cic., *Pro rege Deiotaro* 19; Cic., *Post reditum in Senatu* 18; Cic., *Pro Scauro* 29 y 43; Cic., *Pro Marcello* 19; *Phil.* 4, 9; *Phil.* 5, 11; *Phil.* 12, 19, 8; Cic., *De haruspicio responsis* 6; ii) En sus obras filosóficas y políticas: *De inventione* I, 84; *De oratore* 3, 2, 5; *De re publica* II, 44; *De finibus* 3, 18; *De optimo genere* 7, 19; Cic., *Brutus* 79; Cic., *Tusculanae* V, 22, 90; Cic., *De senectute* XVII, 59; Cic., *De officiis* III, 53; Cic., *De legibus* I, 25; III, 10-11; II, 38, [45]; 20 [50]; Cic., *De natura deorum*. II, 6 y 158; III, 70; iii) Y finalmente sus obras epistolares: Cic., *ad Attic.* I, 20; 12; II, 1; III, 12; 3; Cic., *ad Brutum* I, 6; 4.

¹⁶ Se recoge el verbo “*donare*” en su obra *De bello Gallico* 1, 47 y 7, 11.

¹⁷ SALUSTIO, *Bellum Iugurthianum* 8; 27; 54; 87.

¹⁸ Utiliza en siete partes de su obra el verbo donar. Los pasajes son los siguientes: I; 13; 62; 64; 66; 68; 101.

¹⁹ VIRGILIO, *Eneida* 5, 265; 5, 280; 5, 305; 5, 360; 10, 700; *Eclogae* 3, 10; 5, 80; *Georgicon* 3, 530.

²⁰ HORACIO, *Carmina* 3, 6; 3, 13; 4, 2; 4, 8; 4, 9; 4, 12; *Epistulae* 1, 1; 1, 6; 1, 7; 1, 12; 1, 15; 1, 18; 2, 1; 2, 2.

²¹ GRATTIO, *Cynegeticon*.

²² OVIDIO utiliza el verbo donar en las siguientes obras: *Metamorphosen* 1, 620; 8, 115; 10, 50; 13, 110; *Amores* 1, 3; 1, 8; 1, 13; *Heroides* 7; *Ars amatoria* 1 y 2; *Tristia* 3, 11; 4, 8; 5, 14; *Ex ponto* 2, 7; *Fasti* 5; 6.

²³ LIVIO, *Ab urbe condita* 3, 37; 7, 37. Recurre al verbo donar en diversas partes de su obra *Ab urbe condita*: 2, 13; 2, 35; 3, 58; 4, 16; 4, 56; 7, 37; 8, 35; 10, 44; 23, 20; 24, 16; 24, 30; 25, 7; 25, 8; 25, 14; 25, 18; 25, 25; 26, 48; 27, 19; 29, 35; 31, 15; 38, 39; 38, 48; 39, 5; 39, 7; 39, 31; 40, 32; 42, 34; 42, 60; 45, 22; 45, 38; 45, 39.

²⁴ “De aquí procede aquel anillo de oro con el que tú obsequiaste a ése en sesión pública.

utiliza el sustantivo “*donatio*” con el fin de aglutinar a todo el acto que consiste en haberse dado un anillo como premio o dádiva por parte del general victorioso a sus escribas ante el pueblo convocado y reunido en asamblea, justamente por el hecho de su triunfo, con la expresión “*quae tua donatio*”. Podemos decir, que la palabra “*donatio*” en este texto viene a significar tanto el don como el acto de dar en don o lo mismo que donar.

*Phil. 4,4,9: “Quis illum igitur consulem nisi latrones putant? Quamquam ne ii quidem ipsi, quod locuntur, id sentiunt nec ab iudicio omnium mortalium, quamvis impii nefariiue sint, sicut sunt, dissentire possunt. Sed spes rapiendi atque praedandi obcaecat animos eorum, quos non bonorum donatio, non agrorum adsignatio, non illa infinita hasta satiavit [...]”*²⁵. Este pasaje es parte de un texto en el que Cicerón escribe contra Marco Antonio; salta a la vista el reproche a la laxitud en la repartición de bienes, que aunque no lo manifieste explícitamente se entiende que son gratuitas, alejado de la austeridad republicana. Una de estas formas de distribución censurada es la donación de bienes, lo que expresa como “*bonorum donatio*”, ahí aparece entonces la voz que buscamos. Nos parece que el pasaje no utiliza la

Esta donación tuya, de una singular imprudencia, les parecía a todos los sicilianos insólita, a mí hasta increíble. En efecto, nuestros generales muchas veces, después de haber vencido al enemigo y realizado altas empresas en pro de la república, donaron anillos de oro a sus escribas ante el pueblo reunido en asamblea; pero tú ¿qué empresa realizaste o que enemigos venciste, para que así osaras convocar al pueblo y hacer esa donación en su presencia? [...]”.

²⁵ “¿Quién le tiene por cónsul como no sean los ladrones? Y aún estos lo dicen sin pensarlo, pues por infames y malvados que sean, como lo son, es imposible que contradigan la opinión universal. Pero la esperanza de la rapiña y del pillaje ciega el entendimiento de tales hombres, en quienes ni la donación de bienes ni la asignación de tierras ha saciado su inagotable codicia [...]”. El texto completo: “*Deinceps laudatur provincia Gallia meritoque ornatur verbis amplissimis ab senatu, quod resistat Antonio. Quem si consulem illa provincia putaret neque eum reciperet, magno scelere se adstringeret; omnes enim in consulis iure et imperio debent esse provinciae. Negat hoc D. Brutus imperator, consul designatus, natus rei publicae civis, negat Gallia, negat cuncta Italia, negat senatus, negatis vos. Quis illum igitur consulem nisi latrones putant? Quamquam ne ii quidem ipsi, quod locuntur, id sentiunt nec ab iudicio omnium mortalium, quamvis impii nefariiue sint, sicut sunt, dissentire possunt. Sed spes rapiendi atque praedandi obcaecat animos eorum, quos non bonorum donatio, non agrorum adsignatio, non illa infinita hasta satiavit, qui sibi urbem, qui bona et fortunas civium ad praedam proposuerunt; qui, dum hic sit, quod rapiant, quod auferant, nihil sibi defuturum arbitrantur; quibus M. Antonius (o di immortales, avertite et detestamini, quae so, hoc omen!) urbem se divisurum esse promisit*” (“¿De quién los defendía? Seguramente de un enemigo; porque de no ser así, ¿a qué hablar de defensa? Seguidamente ha hecho el Senado grandes elogios de la provincia de la Galia por haber resistido a Antonio. Si dicha provincia, juzgándole cónsul se negara a recibirle, sería culpada de un gran crimen, porque todas las provincias deben estar bajo el mando y potestad de los cónsules. Pero el título de cónsul se lo niega D. Bruto, imperator, cónsul electo, ciudadano nacido para honra de la patria; se lo niega la Galia, se lo niega toda Italia, se lo niega el Senado, se lo negáis vosotros. ¿Quién le tiene por cónsul como no sean los ladrones? Y aún estos lo dicen sin pensarlo, pues por infames y malvados que sean, como lo son, es imposible que contradigan la opinión universal. Pero la esperanza de la rapiña y del pillaje ciega el entendimiento de tales hombres, en quienes ni la distribución de bienes ni la asignación de tierras ha saciado su inagotable codicia, que se han propuesto que sea Roma suya y presa de ellos los bienes y fortunas de los ciudadanos; que creen no ha de faltarles nada mientras haya algo que robar; a quienes M. Antonio ¡oh dioses inmortales!, yo les ruego apartéis este presagio, abominando de él, ha prometido repartir Roma”).

palabra “*donatio*” en forma tan clara como lo veíamos en el texto anteriormente comentado, entendido como una denominación común tanto del don como al acto de darlo, pero no cabe duda que del acto que se habla es de una concesión o distribución gratuita de diversos bienes, es decir, de dones.

De optimo genere 7,19: “*Cum esset lex Athenis, ne quis populi scitum faceret ut quisquam corona donaretur in magistratu prius quam rationes rettulisset; et altera lex, eos qui a populo donarentur, in contione donari debere; qui a senatu, in senatu, Demosthenes curator muris reficiendis fuit eosque refecit pecunia sua; de hoc igitur Ctesiphon scitum fecit nullis ab illo rationibus relatis, ut corona aurea donaretur eaque donatio fieret in theatro populo convocato, qui locus non est contionis legitimae, atque ita praedicaretur, eum donari virtutis ergo benevolentiaeque quam is erga populum Atheniensem haberet*”²⁶. Esta cita podemos desglosarla de la siguiente manera. En la primera parte contiene lo prescrito en dos leyes atenienses que en su conjunto se referían al premio o don consistente en una corona de oro que se les debían otorgar a los magistrados una vez que terminaban su magistratura y el lugar en que se les daba tal dádiva. Ahora bien, la segunda parte del texto coloca el caso de Demóstenes quien reedificó los muros y al que Ctesiphon propone que se conceda el mismo don (la corona de oro) aunque aún no cumpla con el requisito de haber dado cuenta de su magistratura. Es aquí donde Cicerón localiza la palabra “*donatio*” y se refiere con ella tanto al don como al acto de darlo o lo mismo que donar, en el mismo sentido que lo veíamos en *Verr.* 2,3,80.

De legib. 2,49-50: “*Haec nos a Scaevola didicimus, non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringitur: hereditate, aut si maiorem partem pecuniae capiat, aut si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit. Sed pontificem sequamur. Videtis igitur omnia pendere ex uno illo, quod pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt, isdemque ferias et caerimonias adscribendas putant. Atque etiam hoc docent Scaevolae, quom est partitio, ut si in testamento deducta scripta non sit, ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur. In donatione hoc idem secus interpretantur: et quod pater familias in eius donatione qui in ipsius potestate est adprobavit, ratum est; quod eo insciente factum est, si id is non adprobat, ratum non est*”²⁷. Este texto versa, a

²⁶ “Decía una ley en Atenas que “a nadie se le premiase con una corona si antes no daba cuenta de su magistratura”; y decía otra ley: “los que sean premiados por el pueblo deben recibir el premio en la plaza pública; los que premie el Senado, le recibirán en el Senado”. Demóstenes estuvo encargado de reedificar los muros, y lo hizo a su costa. Entonces propuso Ctesiphon que se le donase una corona de oro, aunque no había dado cuentas todavía, y que esta donación se hiciese ante el pueblo reunido en el teatro (con no ser este lugar de legítima reunión), y que el decreto fuese en estos términos: “la corona se le da por virtud y beneficios al pueblo ateniense”.

²⁷ “Esto hemos aprendido de Escévola y no está conforme la doctrina de los antiguos. Estos enseñaban que de tres maneras puede estar uno obligado a los cultos familiares: si se es heredero, si se es legatario de mayor parte del caudal, o si legada esta parte, se es partícipe del legado. Pero sigamos al pontífice. Veis que todo esto se apoya en el principio de que los pontífices quieren que los cultos familiares sigan a los bienes, añadiendo además las ferias y ceremonias. Los Escévolas dan también esta regla de partición: que los legatarios, si no hay deducción escrita en el testamento, y si han recibido en la sucesión menos de lo que se ha dejado a todos los herederos, no están obligados a los cultos familiares. Ahora bien, en las donaciones interpretan

grandes rasgos, sobre dos regímenes que se aplicaron a los “*sacra cum pecunia*”, es decir, a las cargas impuestas a todos aquellos que resulten lucrar del patrimonio de un causante, tanto herederos como legatarios, de modo que “los cultos siguieran a los bienes” (*cum pecunia sacra coniungi volunt*)²⁸. Lo que a nosotros nos interesa es la última parte del texto en que Cicerón se refiere a la donación que un hijo hace en los bienes de su padre, figura que compara con el caso del legatario que “regala” una parte al heredero, la cual vale sólo si es con el consentimiento paterno. La expresión que aquí se utiliza “*in donatione*” resulta ser una denominación común tanto al don como al acto de donar.

b) Julio César, usa sólo una vez la palabra “*donatio*” en el pasaje *De bello civili* 3,32 en el que habla de las enormes exacciones que Roma imponía a los habitantes de las provincias, bajo la forma de contribución o impuestos de diversa naturaleza y de las que se aprovechaban alguaciles, corregidores y comisionados que decían: “*Accedebant ad haec gravissimae usurae, quod in bello plerumque accidere consuevit universis imperatis pecuniis; quibus in rebus prolationem diei donationem esse dicebant*”²⁹ que la concesión de un plazo para pagar los impuestos era como una

el mismo principio de diferente manera, lo que el padre de familia ha aprobado en la donación hecha a quien tiene bajo su potestad, es válido: lo que se ha hecho sin su conocimiento, si no lo aprueba, no es válido”.

²⁸ Sobre los regímenes y a la interpretación del pasaje véase, D’ORS, Álvaro, “*Sacra cum pecunia*” (sobre *Cic. de Legib.* 2, 19-21) en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro* (Valencia, 1974), II, pp. 137-156.

²⁹ “A las contribuciones universales correspondían las usuras exorbitantes, como sucede ordinariamente en tiempo de guerra, embargada toda la moneda, en cuyas circunstancias decían que la prórroga del plazo era una especie de donación”. El texto completo es el siguiente: “*Interim acerbissime imperatae pecuniae tota provincia exigebantur. Multa praeterea generatim ad avaritiam excogitabantur. In capita singula servorum ac liberorum tributum imponebatur; columnaria, ostiaria, frumentum, milites, arma, remiges, tormenta, vecturae imperabantur; cuius modo rei nomen reperiri poterat, hoc satis esse ad cogendas pecunias videbatur. Non solum urbibus, sed paene vicis castellisque singulis cum imperio praeficiebantur. Qui horum quid acerbissime crudelissimeque fecerat, is et vir et civis optimus habebatur. Erat plena lictorum et imperiorum provincia, differta praefectis atque exactoribus: qui praeter imperatas pecunias suo etiam privato compendio serviebant; dictitabant enim se domo patriaque expulsos omnibus necessariis egere rebus, ut honesta praescriptione rem turpissimam tegerent. Accedebant ad haec gravissimae usurae, quod in bello plerumque accidere consuevit universis imperatis pecuniis; quibus in rebus prolationem diei donationem esse dicebant. Itaque aes alienum provinciae eo biennio multiplicatum est. Neque minus ob eam causam civibus Romanis eius provinciae, sed in singulos conventus singulasque civitates certae pecuniae imperabantur, mutuasque illas ex senatusconsulto exigere dictitabant; publicanis, ut in Syria fecerant, insequentis anni vectigal promutuum*” (“Al mismo tiempo se cobraban con el mayor rigor por toda la provincia las contribuciones y cada día se inventaban impuestos de toda especie a trueque de saciar la codicia. Metían en la capitación las posesiones tanto de los esclavos como de los libres. Gabelas sobre columnas, sobre puertas, trigo, soldados, galeotes, armas, pertrechos, carruaje, todo se recogía. Que una cosa tuviese nombre, no era menester más para la exacción. Poníanse gobernadores no sólo en cada ciudad, sino en cada villa, y aun casi en todas las aldeas. De éstos, quien portaba con mayor aspereza y crueldad, ese era tenido por el hombre más de bien y mejor ciudadano. Estaba llena la provincia de alguaciles y corregidores, de comisionados y recetores, que no contentos con los tributos, hacían también tráfico de sus oficios, dando por excusa, que como andaban fuera de sus casas y patria, estaban faltos de todo, para cohonestar con este pretexto la vileza de su proceder. A las contribuciones universales correspondían las usuras exorbitantes, como

donación de los intereses (usuras). En este pasaje César alude a la donación como al hecho de aplazar las deudas que se tenían por empréstitos que en la guerra no se podían pagar. Observamos que en la época en que César escribe sus comentarios a la guerra civil algunos consideraban que el hecho de aplazar una deuda debía ser considerado dentro de la denominación: donación. Lo donado vendría a ser el tiempo; y el acto de donar sería su aplazamiento.

c) Tito Livio (59 a. C.-17 d. C) en su obra *Ab urbe condita* utiliza el término *donatio* en dos lugares:

*Ab urb. con. 3,37: “et, ne gratuita crudelitas esset, bonorum donatio sequi domini supplicium”*³⁰. Tito Livio utiliza la palabra “*bonorum donatio*” en un sentido iró-

sucede ordinariamente en tiempo de guerra, embargada toda la moneda, en cuyas circunstancias decían que la prórroga del plazo era una especie de donación. Con eso se multiplicaron aquel bienio las deudas de la provincia, pero ni por eso cesaban de pedir nuevas cantidades no sólo a los ciudadanos romanos de esta provincia, sino también a todos los gremios y a las ciudades, diciendo que las exigían presentadas a nombre del Senado, al modo que lo habían practicado en Siria recibiendo de los recaudadores por empréstito adelantada la paga de año”).

³⁰ “Ya ni siquiera se detenían ante los castigos corporales; unos eran azotados, otros decapitados; y para que no fuese una crueldad sin provecho, la donación venía detrás del castigo del dueño”. El texto completo es el siguiente: “*Circumspectare tum patriciorum uolus plebei et inde libertatis captare auram, unde seruitutem timendo in eum statum rem publicam adduxerant. Primores patrum odisse decemuiros, odisse plebem; nec probare quae fierent, et credere haud indignis accidere; auide ruendo ad libertatem in seruitutem elapsos iuuare nolle; cumulari quoque iniurias, ut taedio praesentium consules duo tandem et status pristinus rerum in desiderium ueniant. Iam et processerat pars maior anni et duae tabulae legum ad prioris anni decem tabulas erant adiectae, nec quicquam iam supererat, si eae quoque leges centuriatis comitiis perlatae essent, cur eo magistratu rei publicae opus esset. Expectabant quam mox consulibus creandis comitia edicerentur; id modo plebes agitabat quonam modo tribuniciam potestatem, munimentum libertati, rem intermissam, repararent; cum interim mentio comitiorum nulla fieri. Et decemuiros, qui primo tribunicios homines, quia id populare habebatur, circum se ostentauerant plebi, patriciis iuuenibus saepserant latera. Eorum cateruae tribunalia obsederant; hi ferre agere plebem plebisque res, cum fortuna, qua quidquid cupitum foret, potentioris esset. Et iam ne tergo quidem abstinerebatur; uirgis caedi, alii securi subici; et, ne gratuita crudelitas esset, bonorum donatio sequi domini supplicium. Hac mercede iuuentus nobilis corrupta non modo non ire obuam iniuriae, sed propalam licentiam suam malle quam omnium libertatem”* (“Observaban, entonces, los plebeyos la expresión de los patricios y esperaban un soplo de libertad de aquellos por temor a cuya opresión habían llevado al Estado a una situación semejante. Los patricios más notables odiaban a los decenviros y odiaban a la plebe; no aprobaban lo que se le hacía, pero estaban convencidos de que se había merecido lo que ocurría; no querían ayudar a quienes, en su ansia de correr hacia la libertad, habían caído en la esclavitud; que fuesen acumulando injusticias, para que, cuando hartos de la situación presente, echasen de menos a los dos cónsules y el antiguo estado de las cosas. Había transcurrido ya la mayor parte del año y se habían añadido dos tablas de leyes a las diez tablas del año anterior, y no había ya razón alguna, si se votaban también aquellas leyes en los comicios por centurias, por la cual el Estado tuviese necesidad de aquella magistratura. Se esperaba que se convocasen cuanto antes los comicios para la elección de cónsules; había únicamente una cuestión que preocupaba a la plebe: cómo restablecer el poder tribunicio, baluarte de la libertad, tras su irrupción; pero, entretanto, no se hacía mención alguna a los comicios. Y los decenviros que, en un principio, se habían exhibido ante la plebe rodeados de antiguos tribunos porque estos les daba un aire de popularidad, se hacían escoltar por jóvenes patricios; estos cercaban en caterva sus tribunales; éstos robaban a la plebe y entraban a saco en sus bienes, pues la fortuna estaba del lado de quien tenía poder, fuesen cuales fueran sus caprichos. Ya ni siquiera se detenían ante los castigos cor-

nico, para referirse al robo de los bienes de las víctimas por lo que no es usada en la forma técnica en que la buscamos.

*Ab urb. con. 7,37: “[...] alia dona aurea corona eum et centum bubus eximioque uno albo opimo auratis cornibus donat. Milites, qui in praesidio simul fuerant, duplici frumento in perpetuum, in praesentia bubus priuis binisque tunicis donati. Secundum consulis donationem legiones gramineam coronam obsidialem, clamore donum approbantes, Decio imponunt; altera corona, eiusdem honoris index, a praesidio suo imposita est”*³¹. El texto, de la misma manera que Cicerón en *Verr. 2,3,80* lo que narra es acerca de la costumbre de recompensar a los militares en medio de la reunión del ejército vencedor. Ahora bien, al usar la expresión “*donationem legiones*” entendemos que significa tanto los premios o dádivas, es decir, lo donado, como así mismo el acto por el que ellos se dan, en otras palabras, el acto de donar. Por tanto, al igual que Cicerón, Tito Livio aglutina en un solo término “*donationem*”, el “don” mismo con la acción de dar que corresponde con el verbo “donar”.

En conclusión, de la revisión de la palabra *donatio* entre los autores latinos pertenecientes a los III y I a. C., el resultado es que ni Plauto, Ennio, Catón, Terencio Afer, Marco Terencio Varro, Salustio, Catulo, Virgilio, Horacio o ni Grattius utilizan el sustantivo *donatio*, pero sí el verbo *donare*. Sin embargo, evidentemente es en el siglo I a. C., en el que emerge la locución *donatio*, lo cual aparece de manifiesto en Cicerón, Julio César y Tito Livio. La cuestión es cuál fue la causa que determinó dicho surgimiento. Una gran parte de la doctrina responde que su origen se encuentra en relación a la aparición de la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. C, pero esta tesis no es exacta debido a que: *i*) la ley no es de *donationibus* sino que de *donis*; y *ii*) además, esta legislación pertenece al siglo III a. C. por tanto, la aparición de la palabra *donatio* no es contemporánea

porales; unos eran azotados, otros decapitados; y para que no fuese una crueldad sin provecho, la donación venía detrás del castigo del dueño. Los jóvenes de la nobleza, corrompidos a este precio, no sólo no se enfrentaban a la justicia, sino que preferían abiertamente la permisividad de que gozaban a la libertad pública”).

³¹ “[...] y además de los acostumbrados regalos militares, le donó una corona de oro, cien bueyes y además otro extraordinariamente blanco y hermoso con los cuernos dorados. A los soldados que le habían acompañado se les señaló a perpetuidad doble ración de trigo, y por una vez un buey y dos túnicas a cada uno. Después del cónsul, queriendo las legiones recompensar también a Decio, le colocaron en la cabeza entre aclamaciones y aplausos la corona obsidional de musgo, y su destacamento le ciñó otra corona, signo de igual honor” Transcribimos el texto completo “*Ita rebus gestis consul aduocata contione P. Deci non coeptas solum ante sed cumulas noua uirtute laudes peragit et praeter militaria alia dona aurea corona eum et centum bubus eximioque uno albo opimo auratis cornibus donat. Milites, qui in praesidio simul fuerant, duplici frumento in perpetuum, in praesentia bubus priuis binisque tunicis donati. Secundum consulis donationem legiones gramineam coronam obsidialem, clamore donum approbantes, Decio imponunt; altera corona, eiusdem honoris index, a praesidio suo imposita est*” “Realizado esto, el cónsul reunió el ejército, y no solamente terminó el comenzado elogio de P. Decio sino que añadió otras alabanzas por aquella nueva hazaña, y además de los acostumbrados regalos militares, le donó una corona de oro, cien bueyes y además otro extraordinariamente blanco y hermoso con los cuernos dorados. A los soldados que le habían acompañado se les señaló a perpetuidad doble ración de trigo, y por una vez un buey y dos túnicas a cada uno. Después del cónsul, queriendo las legiones recompensar también a Decio, le colocaron en la cabeza entre aclamaciones y aplausos la corona obsidional de musgo, y su destacamento le ciñó otra corona, signo de igual honor”.

a la *lex Cincia* sino que es posterior, pertenece más bien al siglo I a. C. con César y Cicerón, según los textos que de ellos hemos transcrito. Pues bien, pasemos a continuación a indagar el uso de la palabra *donatio* en la jurisprudencia clásica lo que nos servirá, sin duda, para dilucidar esta cuestión.

V. LA PALABRA “DONATIO” EN LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA INICIAL

La palabra *donatio* aparece en la jurisprudencia clásica inicial en el siglo I. a. C. según la reconstrucción de las obras que Otto Lenel realiza en su *Palingenesia*. A través de Ulpiano (30 *Sab.*) en D. 17,2,11: “*et ita de hereditate legato donatione Quintus Mucius scribit*”³², sabemos que Quinto Mucio Escévola (140-82 a. C.) escribió sobre la *donatio*³³.

Si seguimos el orden cronológico situándonos en el siglo I. a. C., es Trebacio quien aparece citado por Javoleno en el pasaje del D. 24,1,64.

D. 24,1,64 (Jav., 6 *ex post. lab.*): “*Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. Labeo: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. Sed verum est, quod proculus et caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram*”³⁴. Según podemos observar, la expresión *donatio* utilizada por Javoleno, es probable que no sea del mismo, sino que podría ser su autoría tanto de Labeón como de Trebacio. Lo único que podemos decir con certeza, es que ya en el siglo I. a. C., al que pertenece Javoleno, es utilizado el término *donatio*.

Luego, a finales del siglo I a. C y en el inicio del siglo I d. C., encontramos la palabra en Marco Antistio Labeón (43 a. C.-20 d. C.) quien en cuatro fragmentos de sus obras utiliza, en efecto, el término *donatio*. Sin perjuicio de que dos de ellos son atribuidos a Ulpiano (D. 4,4,16,1 y D. 39,5,19,1) y otro a Pomponio

³² LENEL, Otto, *Palingenesia iuris civilis* (1889, reimpresión Graz, Akad. Druck u. Verlagsanst., 1960) en adelante LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 7 (col. 758): “y así lo escribe Quinto Mucio respecto a la herencia, al legado, y a la donación”.

³³ En LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 7 (col. 758) se recoge otro pasaje D. 17,2,9 (Ulp., 30 *Sab.*): “*Nec adiecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt*” (“Y no añadió Sabino herencia, o legado, o donaciones por causa de muerte, o no por causa de muerte; acaso por esto, porque no provienen sin causa, sino que llegan por algún mérito”). En este fragmento Ulpiano echa de menos la mención de las donaciones en Sabino, o sea, en éste la palabra no aparece.

³⁴ LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 32 (col. 346): “Habiéndose verificado el divorcio, un marido había dado ciertas cosas a su mujer para que volviese a él; la mujer había vuelto, y después se había divorciado otra vez; dice Labeón, que Trebacio respondió a Terencia y a Mecenas, que si el divorcio hubiese sido verdadero, es válida la donación, y al contrario, si simulado. Pero es verdad lo que opinan Próculo y Cecilio, que es verdadero el divorcio, y es válida la donación hecha por causa de divorcio, si se han seguido otras nupcias, o si la mujer hubiese estado viuda tan largo tiempo, que no fuese dudoso que hubo otro matrimonio; de otra suerte, tampoco habrá de ser de valor alguno la donación”.

(D. 24, 1, 29, 1³⁵), mientras que sólo uno de ellos (D. 24,1,67) sería realmente de su autoría. Observemos a continuación el elenco:

D. 24,1,67 (Lab., 2 pith.): “*Si uxor nummis a viro aut ab eo qui in eius potestate esset sibi donatis servum emerit, deinde, cum eius factus fuerit, eum ipsum donationis causa viro tradiderit, rata erit traditio, quamvis ea mente facta fuerit qua ceterae donationes, neque ulla actio eius nomine dari potest*”³⁶.

D. 24,1,31, 1 (Pomp., 14 Sab.): “*Si uxor lana sua, operis ancillarum viri, vestimenta sui nomine confecit muliebria, et vestimenta mulieris esse et pro operis ancillarum viro praestare nihil debere: sed viri nomine vestimenta confecta virilia viri esse, ut is lanae uxori praestet pretium: sed si non virilia vestimenta suo nomine mulier confecit, sed ea viro donavit, non valere donationem, cum illa valeat, cum viri nomine confecit: nec umquam operas viri ancillarum aestimari convenit*”³⁷.

D. 4,4,16,1 (Ulp. 11 ed.): “*Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter maiores quidem et ideo cessare partes praetoris: idem et Ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus est*”³⁸.

Ulpiano (76 ed.) en D. 39,5,19,1 al seguir la opinión de Labeón, expresa: “*Labeo scribit, extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, utputa si tibi affuero, si satis pro te dederó, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris*”³⁹.

A partir de lo anterior, podrían sostenerse dos posturas. La primera es que la irrupción de la palabra *donatio* en el campo legal haya sido conocida por Quinto Mucio Scevola y por Trebacio. Una segunda posición es que, en forma definitiva, la palabra *donatio* apareció con Labeón según las citas mencionadas. Entonces ambas posturas se encuentran en sintonía con la tesis de que la donación fue el desarrollo de la interpretación de la *lex Cincia* del año 204 a. C., ahora bien,

³⁵ LENEL, O., *Paling*, I, frag. 307 (col. 546): “Si el marido donó lana a la mujer, y con esta lana se hizo de ella vestidos, dice Labeón, que los vestidos son de la mujer”.

³⁶ LENEL, O., *Paling*, I, frag. 206 (col. 531): “Si con el dinero que se le donó por su marido, o por quien estuviese bajo la potestad de él, hubiese comprado la mujer un esclavo, y después, cuando se hubiere hecho suyo, se lo hubiere entregado por causa de donación a su marido, será válida la entrega, aunque hubiere sido hecha con la misma intención que las demás donaciones; y por razón de esta no se puede dar acción alguna”.

³⁷ LENEL, O., *Paling*, I, frag. 307 (col. 546): “Si de su lana hizo la mujer en nombre suyo con el trabajo de las esclavas de su marido vestidos de mujer, los vestidos son de la mujer, y nada debe dar al marido por el trabajo de las esclavas; pero los vestidos de hombre hechos en nombre del marido son del marido, pero de suerte que pague éste a la mujer el precio de la lana. Mas si la mujer no hizo vestidos de hombre en su nombre, sino que los donó al marido, no es válida la donación, aunque valga esta cuando los hizo en nombre del marido; y en ningún caso debe estimarse el trabajo de las esclavas del marido”.

³⁸ LENEL, O., *Paling*, I, frag. 42 (col. 507): “También se dice en Labeón, que si engañado un menor hubiere constituido sociedad, aunque sea por causa de donación, es nula la sociedad ciertamente aun entre los mayores, y que por tanto dejaba de tener lugar la intervención del pretor. Lo mismo respondió también Ofilio; porque está suficientemente amparado por el mismo derecho”.

³⁹ LENEL, O., *Paling*, I, frag. 357 (col. 552): “Escribe Labeón que están fuera de la causa de las donaciones, las retribuciones de algunos oficios, por ejemplo, si yo te hubiere asistido, si por ti hubiere dado fianza, si en algún asunto te hubieres utilizado de trabajo o de favor mío”.

nosotros precisamos que el sustantivo *donatio*, es decir, la palabra propiamente tal, comienza a utilizarse en el siglo I. a. C., bien en la esfera extralegal, bien en el campo jurisprudencial o propiamente legal.

VI. LA PALABRA “DONATIO” Y SUS NOMENCLATURAS EN EL VOCABULARIO DE LA JURISPRUDENCIA CLÁSICA ALTA

En la esfera propiamente jurídica, esto es, en las obras de los juristas clásicos y en las constituciones imperiales, no siempre aparece la palabra *donatio* en forma sola o pura, pues junto a ella suelen colocarse otras voces, como *donatio mortis causa*, *donatio non mortis causa*; *donatio perfecta*; *donatio revocabitur* y *donatio irrevocabilis*. Es esta nomenclatura, la que a continuación pasamos a revisar.

1. “*Donatio mortis causa*” y “*non mortis causa (inter vivos)*”.

El vocabulario que aparece frecuentemente en las fuentes jurisprudenciales relativo a la tipología de la donación es el que apunta a la distinción entre “*mortis causa donatio*” y “*non mortis causa donatio*”.

Juliano identifica “*donatio*” con las donaciones “*non mortis causa*” en D. 39,5 pr. (17 *dig.*), que a continuación transcribimos: “*Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est. Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub conditione solvatur. Qualis est mortis causa donatio*”⁴⁰. Juliano no habla de la palabra *donatio*, sino del concepto y

⁴⁰ D. 39,5,1 pr. (Iul., 17 *dig.*): “Hay muchas clases de donaciones. Da uno con tal entendimiento, que quiere que al punto se haga la cosa del que la recibe, y que en ningún caso vuelva a él; y no lo hace por ninguna otra causa, sino para ejecutar acto de liberalidad y de munificencia; esta es la que propiamente se llama donación. Da alguien para que la cosa se haga del que la recibe solamente cuando se hubiere verificado algún suceso; esta no se llamará propiamente donación, sino que todo esto es una donación bajo condición. Asimismo, cuando alguno da con el entendimiento de que la cosa se haga al punto del que la recibe; si, no obstante, quisiera que vuelva a él, si se hubiere realizado, o no, algún suceso, esta no se llama propiamente donación, sino que todo esto es una donación, que se disuelve bajo condición, cual es la donación por causa de muerte”. Este fragmento de D. 39,5,1, no ha estado exento de críticas. Véanse: BESELER, Gerhard Von, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, J.C.B. MOR, 1913), III, pp. 110-111 (en adelante: *Beitr.*); HAYMANN, Franz, *Zur lex 42 pr. D. mortis causa donationibus*, 39,6, en ZSS., rom. Abt., 38 (1917), pp. 209-244; PRINGSHEIM, Fritz, “*Animus donandi*”, en ZSS., rom. Abt., 42 (1921), pp. 273-327; LEGIER, Henri-Jacques, *La libéralité conditionnelle entre vifs en droit romain* en PUPA., 16 (Padova, 1958), pp. 155-238; BESELER, *Beitr.*, III, p. 110, da cuenta de cuatro interpolaciones en D. 39, 5, 1, que entre corchetes señalamos a continuación: “*pr. Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti [et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat:] haec proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: [non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc] do-*

así se refiere a “*proprie donatio*” y “*non proprie donatio*”. Esta última es aquella

*natio sub condicione est. Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, [non proprie donatio dicitur, sed totum hoc] donatio est, quae sub condicione solvatur. Qualis est mortis causa donatio. 1. [Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec umquam ullo facto ad se reverti velit. Cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti, non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub condicione solvatur]”. Pero no expresa fundamento alguno para las interpolaciones mencionadas. A su vez, HAYMANN, pp. 233-234, sostiene que: “[...] Diese wollten mit dem *soluta priore donatione* und der breiten Betonung ihrer Qualität *mortis causa* auf ihre *donatio temporalis* hinweisen, der sie durch Anerkennung der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung, Aufnahme in die Kompilation verschafft hatten und als deren wichtigster Fall, der *non proprie donatio dicitur* (*sed solum hoc (!) donatio est quae sub condicione solvatur*) in der verfälschten Julianstelle 1, 1 D. 39. 5 die *donatio mortis causa* erscheint, nach deren Auflösung *condicione* existente sie dem Schenker die dingliche Klage gewähren [...]”. Haymann coincide con Beseler en la parte que estaría interpolada en D. 39,5,1: “[*non proprie donatio dicitur, sed totum hoc*]” y agrega que tales donaciones se encontrarían sujetas a una condición, y no a cualquiera, sino a las resolutivas. A diferencia de Beseler y Haymann, PRINGSHEIM, p. 287, sólo afirma que el texto de Juliano se encontraría interpolado en la parte “[*et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat*]”, “[...] im byzantinischen Sinne [...]”. Según PRINGSHEIM, los términos que se recogen en este trozo del texto de Juliano, son más bien bizantinos y no propios al vocabulario de los juristas clásicos. Legier, p. 156, acoge la postura de Pringsheim, la que es citada en la primera nota de su artículo. Lo que interesa examinar de este pasaje es justamente que se ha dado una cantidad de dinero sin haberse estipulado, pero bajo una condición que se hará del *accipiens* (donatario) sólo en cuanto se lleve a efecto, es decir, se cumpla ella. En consecuencia, la condición insertada tiene valor (condición suspensiva) y el *accipiens* adquirirá sólo una vez en que ella se verifique. La tesis anterior se podría objetar, porque el texto no alude directamente a la donación. Pero se responde que el fragmento se encuentra entre dos pasajes D. 39,5,2,6 y 7 que sí versan sobre ella. En consecuencia, D. 39,5,2,5 estaría en el contexto de la donación, es decir, en este caso Ticio viene a ser el donante, cuya donación fue hecha “*ea tamen condicione*”. A su vez, Juliano utiliza algunas expresiones semejantes a la anterior “*ea tamen condicione*” como “*donavi ea condicione*” el que se observa en otro de sus fragmentos, LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 747 (col. 466) D. 39,5,2,7 (Iul., 60 dig.): “*Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. Respondit: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condicione repetam: si vero alias quoque donaturus titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debet et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit*” (“Le hice a Ticio donación de diez para que con ellos comprase para sí a Stico; pregunto, si, fallecido el esclavo antes que fuese comprado, recibiré por alguna razón los diez. Respondió: la cuestión es más bien de hecho que de derecho; porque si le dí a Ticio los diez con objeto que comprase a Stico, y no se los hubiera de haber dado de otro modo, muerto Stico, los repetiré por la *condictio*; pero si también en otro caso le hubiera de haber donado a Ticio los diez, y porque él se hubiera propuesto entretanto comprar a Stico, yo hubiere dicho que los daba para esto, para que comprase a Stico, se deberá estimar más bien la causa de la donación que no una condición para dar el dinero, y muerto Stico, quedará el dinero en poder de Ticio”). De todo lo anterior, se puede extraer que el texto recoge dos supuestos diversos sobre el término “*condicio*”. En el primer supuesto, “*condicio*” es utilizada en el sentido de una *datio* con un fin esperado; así, Ticio da 10 para que con ellos el donatario realice para sí la compra de un esclavo, por lo que si Estico muere antes de la compra, es decir, del fin esperado*

sujeta a una condición. Pero aquí nos interesan las donaciones que conciernen a

(*spes*) el donante tiene la acción de repetición contra el accipiente. Aquí, la figura más parece ser una *datio ob rem*, que una donación sujeta a condición, tema que examinaremos más adelante. En el segundo supuesto, se aprecia que ya no se trata de un dar con un fin, sino una donación pura o simple no sujeta a condición alguna, según los significados que puede tener este término “*condicio*” para Juliano. Si continuamos con las obras jurisprudenciales que se acopian en la *Palingenesia* de Lenel nos encontramos con los libros 6 y 7 *Ad legem Iuliam et Papiam* de Paulo. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario indicar que en la secuencia de la reconstrucción jurisprudencial de Lenel, aparece en Papiniano (12 *resp.*) correspondiente a FV. 262; Lenel, O., *Paling.*, II, frag. 696 (col. 937): “*Item. Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur. Sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remisit, aequae non repetuntur. quod ita intellegi oportet, si reuocandis donationibus condicio non comprehendatur non coniuncto matrimonio non perficiendi contractus*” (“Las cosas donadas sencillamente a la prometida (la promesa), si no siguen después las nupcias, no se reclaman. Pero también si se han hecho las donaciones para contraer una relación de afinidad y el prometido envía una notificación (de renuncia) por su culpa, tampoco se reclaman. Y esto es preciso entenderlo en el sentido de que, si al revocar las donaciones no se recoge la condición, por no haberse realizado el matrimonio no habrán de llevarse a cabo los contratos”). Allí aparecen los términos relativos a la “*condicio*”, pero a propósito de la dote, liberalidad que no es el tema de nuestra investigación. El libro 7 *Ad legem Iuliam et Papiam* contiene el pasaje del D. 35,1,60, en el que Paulo realiza su conocida división tripartita de las condiciones: “*pr. In facto consistentes condiciones varietatem habent et quasi tripartitam recipiunt divisionem, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid optingat, vel retro ne detur, ne fiat, ne optingat. Ex his dandi faciendique condiciones in personas collocantur aut ipsorum, quibus quid relinquitur, aut aliorum: tertia species in eventu ponitur*”; LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 968 (col. 1132): (“Las condiciones que consisten en un hecho tienen cierta variedad y en cierto modo se dividen en tres clases: para que se dé alguna cosa, para que se haga, para que suceda, o al contrario: para que no se dé, no se haga, no suceda. De estas, las condiciones de dar y de hacer se refieren a las personas, o de los mismos a quienes se deja alguna cosa, o de otros: la tercera especie se refiere a un acontecimiento”). Lo transliterado se encuentra en sintonía con lo que enunciamos sobre las diversas acepciones que presenta la palabra “*condicio*”; sin embargo, aunque Paulo es conocedor de aquella doctrina, nos resulta extraño, que a propósito del negocio donatario en sus dos rúbricas *De donationibus inter virum et uxorem* (libro 7) y “[*De donationibus*]” (libro 15) no se manifieste sobre ella. Si atendemos a Ulpiano, al igual que Paulo, en su masa sabiniana nada desarrolla sobre la *donatio sub conditione*; en este contexto, en materia de donación conciernen sus libros 32 (*De donationibus inter virum et uxorem*) y 33 “*De donationibus inter virum et uxorem*” y “*De iure dotium*”. En cambio en su masa edictal éste (76 *ed.*) recoge bajo la rúbrica “*Si quid contra legem etc. factum esse dicetur*” (subtitulada “*Ad legis Cinciae exceptionem*”) el D. 39,5,3 LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 1687 (col. 867) que consideramos relevante para este estudio, razón por la que lo ilustramos a continuación: “*Et generaliter hoc in donationibus definiendum est multum interesse, causa donandi fuit an condicio: si causa fuit, cessare repetitionem, si condicio, repetitioni locum fore*” (“Y en general, en las donaciones se ha de determinar esto, que hay mucha diferencia entre si hubo causa para donar o condición; si hubo causa, deja de tener lugar la repetición, y si condición, habrá de haber lugar a la repetición”). Se puede observar que Ulpiano alude al término “*condicio*” en su significación más amplia, es decir, abarca tanto el caso de una donación sujeta a una condición suspensiva (en la que si falla el hecho al que está sujeto, el donante puede repetir la cosa donada); o bien como una cláusula de un negocio (según lo que las partes hayan querido hacer); o bien una *donatio* sujeta a modo, de la que se tratará más adelante. Según el primer significado, el caso en que el negocio no se encuentra sujeto a una condición, deja de tener efecto la repetición, porque habría habido una donación pura o simple, es decir, una atribución patrimonial inmediata, la mera causa, que de acuerdo a lo estudiado es en lo que consiste la misma donación. Ahora bien, si el mismo negocio donatario contempla una condi-

aquellas sujetas a la condición de la muerte del donante, las cuales se confirman al momento de sobrevenir el suceso y las que según él pertenecen a la categoría denominada “*mortis causa donatio*”.

Según la terminología de Paulo en D. 39,6,35,4 (6 *leg. Iul. Pap.*), la *donatio mortis causa* puede ser hecha bajo distintos supuestos; lo dice así: “*Mortis causa donatio fit multis modis: alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est: [...]*”⁴¹.

Ahora bien, en forma directa expresa esa terminología Ulpiano en D.

ción (*si condicio*), el donante podrá repetir hasta que ésta no se haya cumplido, pero una vez verificada dejará de tener lugar ésta. En relación al segundo significado, cualquier cláusula que las partes pueden acordar en un negocio podemos decir que el fragmento de Ulpiano respalda los planteamientos. A su vez, en el mismo sentido, Juliano (18 *dig.*) en D. 12,1,20, contempla la acepción de la palabra “*condicio*” simplemente como una cláusula convenida o condiciones, en un determinado acto negocial. En éste expresa: “*Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti, nam talem contractum neque donationem esse neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret: creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intellegi debeo. Sed haec intellegenda sunt propter supilitatem verborum: benignius tamen est utrumque valere*” (“Si yo te hubiese hecho donación de algún dinero, para que me prestases el mismo, ¿resultará prestado? Dije, que en semejantes proposiciones no usamos de las palabras con propiedad; porque tal contrato ni es donación, ni préstamo de dinero; no es donación, porque no se daba el dinero con la intención de que en absoluto quedase en propiedad del que lo recibe, y no era préstamo, porque se daba más bien para pagar, que para obligar a otro. Así, pues, si el que recibió dinero con esta condición, para que me lo diese en préstamo, lo diere por recibido, no habría sido prestado; porque más bien debe entenderse que recibí lo que es mío. Más esto se ha de entender por la sutileza de las palabras, pero es más equitativo, que sean válidas una y otra cosa”). En verdad no hay donación en la hipótesis que aquí se recoge, si se da una cantidad de dinero con el fin que vuelva al que lo ha dado, no se usa el término donación con propiedad, por la sencilla razón que no se daba como tampoco existe un préstamo. No es donación, porque “*quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*” no se da con el entendimiento de donar o *causa donandi*, porque regresará la cantidad al *dans*. Por otro lado, tampoco hay préstamo “*quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligando*” debido a que se da para pagar que para obligar. Ahora bien, el texto expresa “*qui pecuniam hac condicione accepit*” la idea de una cláusula o condición general, lo que Juliano confirma al sostener que no se hace un uso técnico o propio de las palabras tanto de una donación como de un préstamo. De la revisión hecha hasta aquí de la jurisprudencia clásica (alta-tardía) se puede decir a partir de los planteamientos de Juliano y Ulpiano que es aceptada la inserción de una condición en las donaciones *non mortis causa*, según el término “*condicio*” empleado en el sentido de hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de la donación y cuando le dan el significado de “cláusula” para condiciones de un determinado negocio; Véase: DI PIETRO, Alfredo - LAPIEZA, Ángel, *Derecho privado romano* (2ª edición, Buenos Aires, Depalma, 1999), p. 264, quienes desglosan D. 39,5,1, pr. (reparamos en la errata en vez 29 por 39) y expresan: “b) El segundo, cuando el donante da de manera que la cosa no sea del beneficiario sino después que se haya cumplido un cierto acontecimiento (condición). En realidad, no hay acá todavía en forma propia una donación, por cuanto ésta está dependiendo del acaecimiento o no de la condición. De cumplirse ésta, se perfecciona la condición”.

⁴¹ “La donación por causa de muerte se hace de muchos modos; unas veces sin sospecha de peligro alguno por el que se halla sano y en buena salud, y tiene el pensamiento de la muerte por virtud de la condición humana; [...]”.

50,16,67,1 (76 ed.): “*Donationis’ verbum simpliciter loquendo omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa sive non mortis causa fuerit*”⁴². Para Ulpiano la “*donatio*” es una palabra general; abraza todas. A diferencia de lo que veíamos en Juliano; habría, pues un aparente contraste entre éste y Ulpiano.

Además de los pasajes que contienen la tipología referente a la donación “*mortis causa*” y “*non mortis causa*” en su obra edictal, Ulpiano también la establece en su masa sabiniana tanto en D. 17,2,9 (30 *Sab.*) como en D. 39, 5, 7, 6 (44 *Sab.*), cuyos fragmentos rezan así:

D. 17,2,9 (Ulp., 30 *Sab.*): “*Nec adiecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt*”⁴³. Lo que nos interesa es la parte que designa la clasificación de las donaciones entre las que hay por causa de muerte y sin ella.

D. 39,5,7,6 (Ulp., 44 *Sab.*): “*Haec omnia locum habebunt in paganis: ceterum qui habent castrense peculium vel quasi castrense, in ea conditione sunt, ut donare et mortis causa et non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant*”⁴⁴. En esta cita podemos observar que alude nuevamente a la distinción según las formas en que se puede llevar a cabo una donación, por causa de muerte o no.

En D. 17,2,9 el primero de los pasajes Ulpiano, éste enuncia las categorías “*mortis causa*” y “*non mortis causa*”, junto a otras liberalidades (herencia o legado); y en el segundo (D. 39,5,7,6), igualmente la expresa a propósito de las facultades que puede arrogarse aquel que tiene un peculio, entre las que contempla la posibilidad de donar (*non mortis causa* y *mortis causa*).

Por la denominada *donatio mortis causa* Paulo en D. 39,6,35,4 (6 *leg. Iul. et Pap.*) atribuye diversos modos de realizarla, mientras que por otro, Ulpiano la perfila en tres subtipos en D. 39, 6, 2 (32 *Sab.*) que a continuación se pueden observar en el siguiente cotejo

⁴² “La palabra “donación”, hablando simplemente, se considera que comprendió toda donación, ya fuere por causa de muerte, ya no por causa de muerte”.

⁴³ “Y no añadió Sabino herencia, o legado, o donaciones por causa de muerte, o no por causa de muerte; acaso por esto, porque no provienen sin causa, sino que llegan por algún mérito”.

⁴⁴ “Todo esto tendrá lugar tratándose de paisanos; pero los que tienen peculio castrense, o casi castrense, son de tal condición que pueden donar por causa de muerte, y también por causa que no sea de muerte, puesto que tienen facultad para hacer testamento”.

D. 39,6,35,4 (Paul., 6 leg. Iul. et Pap.):

“Mortis causa donatio fit multis modis: alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est: alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique, tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest. Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. Et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui accepit decesserit. Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit repetitio, id est ne si convaluerit quidem donator”⁴⁵.

D. 39,6,2 (Ulp., 32 Sab.):

“Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta”⁴⁶.

Si comparamos los textos, los tipos de donaciones por causa de muerte que presenta Paulo son más de los tres que expresa Ulpiano. En las donaciones por causa de muerte se mezclan tres variantes *i*) existencia o no un de un peligro de muerte, que puede ser inminente o futuro; *ii*) devolución o no devolución de lo donado; y *iii*) la muerte o no del donante. Por tanto, surgen los siguientes casos de donación por causa de muerte: *i*) sin peligro de muerte, por el sólo hecho de tener el donante en consideración el hecho de la muerte; *ii*) por el peligro presente o futuro de la muerte. Tales supuestos de donaciones pueden haberse realizado

⁴⁵ “La donación por causa de muerte se hace de muchos modos; unas veces sin sospecha de peligro alguno por el que se halla sano y en buena salud, y tiene el pensamiento de la muerte por virtud de la condición humana; otras por temor de la muerte, o de algún peligro presente, o futuro, porque se puede temer peligro de muerte de muchas maneras en la tierra y en el mar, tanto en paz como en guerra, y tanto en casa como en la milicia. Porque también se puede hacer donación de suerte, que de ningún modo se devuelva la cosa cuando ha fallecido de aquella enfermedad el donante, y de manera que se devuelva aunque hubiere fallecido de aquella enfermedad el primero, si no obstante hubiere querido que se le restituya por haber cambiado de voluntad. Y se puede hacer donación de manera, que no sea restituida de otra suerte, sino si hubiere fallecido el primero el que la recibió. Y también se puede donar por causa de muerte de modo, que en ningún caso haya reclamación, esto es, ni aun si verdaderamente hubiere convaltecido el donante”.

⁴⁶ LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 2768 (cols. 1141-1142): “Juliano dice en el libro décimo séptimo del Digesto, que hay tres especies de donaciones por causa de muerte; una, cuando uno dona no aterrado por temor alguno de presente peligro, sino por la sola consideración de la muerte; dice que hay otra especie de donación por causa de muerte, cuando alguno impresionado por inminente peligro dona de suerte que la cosa se haga inmediatamente del que la recibe; y dice que la tercera especie donación es, cuando alguno impulsado por un peligro no la da de modo que al punto se haga del que la recibe, sino solamente cuando se hubiere seguido la muerte”.

de manera que de ningún modo la cosa vuelva si fallece el donante, o bien que lo donado se devuelva aún si hubiese acaecido la muerte del donante, siempre que éste hubiese cambiado su voluntad.

Por otro lado Ulpiano, que sigue la opinión de Juliano, sistematiza en tres los supuestos de donaciones por causa de muerte que se pueden dar: *i*) cuando se dona sin temor de un peligro, sino por la consideración de la muerte y esto coincide con Paulo; *ii*) cuando se dona por el temor de la contingencia de la muerte y la cosa se hace al momento del que la recibe. Esto también lo expresa Paulo, pero de manera menos sucinta; y finalmente; *iii*) cuando por un peligro no se da de modo que la cosa se haga al punto del que la recibe, sino sólo si acaece la muerte.

Pese a que en Ulpiano existe la tipología donataria “*mortis causa*” y “*non mortis causa*”, utiliza la expresión “*inter vivos*”, en aparente oposición a “*mortis causa*” en D. 5,2,25 pr. (2 *disp.*). Así reza: “*Pr. Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, [...]*”⁴⁷ (“Si no se hubiere hecho donación por causa de muerte, sino entre vivos”)⁴⁸. La dicción “*inter vivos*”, parece ser extraña a la jurisprudencia, principalmente a aquella que hemos examinado en Juliano, Paulo y en la del mismo Ulpiano⁴⁹. Suele decirse que tal terminología es postclásica, manifestada en las *Institutiones* de Justiniano. Éste en Inst. 2,7,2, bajo el título *De donationibus* expresa: “*Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus [...]*”⁵⁰. Sin embargo, al iniciar aquel título, en Inst. 2,7 pr.,

⁴⁷ Transcribimos todo el fragmento del D. 5,2,25 pr.: “*Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet aut, si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur: aut certe conferri oportere id quod donatum est*” (“Si no se hubiere hecho donación por causa de muerte, sino entre vivos, pero con el propósito, para que se tenga en lugar de la cuarta, puede decirse que deja de haber lugar a la querrela de inoficioso si tiene uno la cuarta en la donación, o si tuviera menos, se completase a arbitrio de buen varón lo que falta, o que ciertamente se debe traer a colación lo que se donó”). A su vez, la locución “*inter vivos donatio*” aparece en D. 39,6,27 (Marc., 5 *regul.*): “*Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione*” (“Cuando se hace donación por causa de muerte, de modo que en ningún caso sea revocada, hay más bien una causa de donar que una donación por causa de muerte; y por lo tanto debe ser considerada lo mismo que otra cualquiera donación entre vivos; y por esto no es válida entre marido y mujer; y por ello tampoco tiene lugar la Falcidia, como en la donación por causa de muerte”).

⁴⁸ *Index interpolationum*, I, p. 73; ahí mismo constan cuatro denuncias de interpolación que no afectan la parte para nosotros relevante de D. 5,2,25, sino que se presentan en el resto de éste, entre las siguientes palabras: *i*) *aut-est*; *ii*) *aut-repleatur*; *iii*) *habet aut-si minus*; *iv*) *potest-fin.*

⁴⁹ D. 17,2,9; D. 39,5,7,6 y D. 50,16,67,1.

⁵⁰ “Mas las otras donaciones son las que se hacen sin ninguna previsión de la muerte y a las cuales llamamos entre vivos;” el resto del fragmento continúa: “[...] *quae omnino non comparantur legatis. Quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit: et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, et si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur et traditionis necessitas incumbat donatori. et cum retro principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si maiores ducentorum fuerant solidorum, nostra constitutio et quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare et sine insinuatione*

deja subsistente la terminología clásica relativa a la donación de su gran división entre: “*mortis causa, et non mortis causa*”, cuando expresa: “*Est etiam aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo genera sunt: mortis causa et non mortis causa*”⁵¹. Pero, como ya lo apuntamos, posteriormente incorpora la voz “*inter vivos*” al momento de definir a las donaciones de la segunda especie (Inst. 2,7,2); enseguida en Inst. 2,7,3 reitera que este tipo de donaciones “entre vivos” pertenece otra denominada “*ante nuptias*”⁵², de la que afirma fue desconocida por

statuit, et quasdam donationes invenit quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quae omnia ex nostris constitutionibus, quas super his posuimus, colligenda sunt. Sciendum tamen est, quod, etsi plenissimae sint donationes, tamen si ingrati existant homines in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus certis ex causis eas revocare, ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur iniuriam vel iacturam, secundum enumeratos in nostra constitutione modos” (“[...] estas en nada se comparan con los legados. Las cuales si hubieren sido perfeccionadas, no pueden ser revocadas sin motivo. Pero se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición. Y como disposiciones de príncipes anteriores exigían que fueran insinuadas mediante actos públicos, si fueran mayores de doscientos sueldos, una constitución nuestra amplió esta cantidad hasta quinientos sueldos, cuya suma estableció que fuera válida aún sin la insinuación, y halló ciertas donaciones que en manera ninguna requieren que se haga la insinuación, sino que tienen en sí plenísima validez. Encontramos además disposiciones para el mejor éxito de las donaciones, todas las que deberán recogerse de las constituciones nuestras que sobre esta materia hemos insertado. Mas ha de saberse que aunque las donaciones sean plenísimas, si, no obstante, fueren ingratos los hombres a quienes se concedió el beneficio, hemos concedido la facultad a los donantes por otra constitución nuestra para revocarlas por ciertas causas, a fin de que, los que transfirieron sus bienes a otros, no sufran de estos determinada injuria o perjuicio, según las maneras enumeradas en nuestra constitución”).

⁵¹ “Hay además otro género de adquisición, la donación. Mas son dos las especies de donaciones: por causa de muerte, y por causa que no es de muerte”.

⁵² Tal clasificación continúa en Inst. 2,7,3 “*Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur et tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum: ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. sed primus quidem divus Iustinus, pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum sed et constante matrimonio initium accipiant et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur et dotibus in hoc exaequantur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augmentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecederant matrimonium sed etiam eo contracto et augeantur et constituantur*” (“Hay además otro género de donaciones entre vivos, que en verdad era de todo punto desconocido de los antiguos juriconsultos, y que fue introducido después por divinos príncipes posteriores, el cual se llamaba *ante nuptias*, y llevaba en sí la condición tácita de que se ratificaría, cuando después se hubiere realizado el matrimonio; y se llamaba *ante nuptias*, porque se verificaba antes del matrimonio, y después de celebradas las nupcias nunca procedía tal donación. Pero, como había sido permitido que se aumentase la dote aun después de las nupcias, el divino Justino, nuestro padre, fue el primero que permitió en una

los antiguos juristas. En consecuencia, ambos textos corroboran la distinción entre la donación “*inter vivos*” y “*mortis causa*” que es, como suele sostenerse, postclásica.

Por ende, si retornamos al problema planteado es posible responder por qué Ulpiano utiliza en su vocabulario la locución “*inter vivos*” referida a la donación en D. 5,2,25 pr. (2 *disp.*), lo cual parece en principio estar en desarmonía con aquella de la jurisprudencia clásica: “*mortis causa*” y “*non mortis causa*”. Pensamos que tal terminología no se encuentra interpolada, debido a que sí lo fuese, los compiladores la habrían colocado en forma reiterada y no una sola vez, como así aparece, no se comprende bien que sólo la hubieran interpolado en este único pasaje. Planteamos, por tanto, que Justiniano se ha basado en él para elaborar la dicotomía “*inter vivos*” y “*mortis causa*” en sus *Institutiones*.

En cuanto a la constitución imperial que alude a la clase “*donatio mortis causa*” se trata de una que pertenece al emperador Alejandro Severo conservada en CI. 8,56,1 (a. 223), la que reza así: “*Si donationi contineatur, ut altero defuncto ad alterum portio eorum quae donabantur pertineret, existente condicione, si mortis causa donatio perficiebatur, fideicommissi actio competit*”⁵³.

2. “*Donatio perfecta*”.

En el vocabulario sustancial relativo a la donación también existe aquella que se expresa como “*donatio perfecta*”⁵⁴. La palabra “*perfectum*” es un intensivo de “*factum*” (*facere-perficere*), para denotar algo completo y totalmente “hecho” lo que aplicado a la donación significa “válidamente hecha”, es decir, “existe o hay donación”. Se dice, en otro sentido, que la donación es perfecta cuando no está prohibida por la *lex Cincia*, pero es sobre todo en el primer sentido que es usada “*donatio perfecta*” en los textos, por Juliano, Scevola, Paulo y Ulpiano, que a continuación estudiaremos.

D. 39,5,2,2 (Iul., 60 *dig.*): “*Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere, inter omnes personas donatio*

constitución suya, que si tal aconteciere, se aumentare también la donación *ante nuptias*, aún durante el matrimonio. Más le quedaba, no obstante, un nombre inconveniente, puesto que se la llamaba ciertamente *ante nuptias*, y recibía, sin embargo, después de las nupcias tal aumento. Pero nosotros deseando llevar las leyes a muy cumplido término, y procurando que las palabras fuesen adecuadas a las cosas, hemos establecido, que tales donaciones no sólo se aumenten, sino que también tengan origen durante el matrimonio, y se llamen, no *ante nuptias*, sino *propter nuptias* (a causa de las nupcias), y que se igualen a las dotes en esto, en que así como las dotes no sólo se aumentan, sino que también se constituyen aún durante el matrimonio, así también estas donaciones, que por causa de las nupcias se han introducido, no sólo precedan al matrimonio, sino que se aumenten y se constituyan aún después de celebrado éste”.

⁵³ “Si en la donación se contuviera, que, fallecido uno, perteneciese a otro la porción de lo que se donaba, cumpliéndose la condición, si se perfeccionaba la donación por causa de muerte, compete la acción de fideicomiso”.

⁵⁴ COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* (3ª edición, Madrid, Gredos, 1994). El origen etimológico del sustantivo “*perfectio-onis*” (perfección, conclusión), como del adverbio “*perfecte*” (completa, perfectamente) derivan del verbo transitivo “*perficio-ere*” (hacer por completo) “completar, acabar”. De éste, igualmente procede el adjetivo “*perfectus-a-um*” cuyo significado es “perfecto, acabado, finalizado”.

*perfecta est*⁵⁵. El texto propone el siguiente caso: alguien tenía decidido donar al primero cierta cantidad a Ticio. Un tercero, a su vez, tenía decidido donarme una cantidad igual a “mi”. En tales circunstancias, “yo” otorgue *iussum* al tercero para que la cantidad que quería donarme se la prometiera a Ticio. Juliano dice que hay donación entre los tres; lo cual propiamente significa que hay dos donaciones: del tercero a “mi”; y “mía” a Ticio; aunque Juliano dice en singular “*donatio*”. Ahora bien, para referir el hecho de existir jurídicamente “la donación”, o sea, las donaciones, Juliano recurre al adjetivo “*perfecta*” (*donatio perfecta est*). Con la promesa del tercero a Ticio se perfeccionan pues ambas donaciones. El adjetivo designa aquí la existencia y validez jurídicas, en un sentido que no difiere del nuestro cuando hablamos de “perfeccionar” un acto o contrato, o sea, en el sentido de darle existencia y validez de acuerdo con las reglas que lo rigen.

El término perfecta también se puede observar en Escévola. El primero se encuentra recogido en D. 39,5,35,1 (31 *dig.*): “*Lucius Titius fundum Maeviae donavit et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligavit et intra dies triginta Maeviam in vacuum possessionem eiusdem fundi induxit: quaero, an donatio perfecta sit. Respondit secundum ea quae proponerentur perfectam: verum creditorem firmam pignoris obligationem habere*”⁵⁶. En este caso existe una donación entre Lucio Ticio a Mevia de un fundo, que después de haber sido convenido antes de que se hubiese entregado, se le impone un *pignus*, se consulta si la donación tuvo lugar (“*an donatio perfecta sit*”) y Escévola responde que la encuentra perfecta, aunque también vale la prenda.

El segundo texto de Escévola corresponde al D. 39,5,35,2 (31 *dig.*): “*Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuam pecuniam dedit, et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate eius inventa sunt: quaero, an donatio perfecta esse videatur. Respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse*”⁵⁷. En este caso la abuela desea hacer una donación a su nieto, pero no directamente sino mediante un delegado (tercero-deudor), a quien le hace un mutuo. Éste deberá devolver a Labeón la cantidad dada en mutuo. A la muerte de la abuela se presentó la duda sobre la existencia o perfección de ella a su sobrino, a lo que se responde que sí se había perfeccionado. Del texto no podemos extraer cuál fue la obligación contraída entre Labeón y el tercero-deudor, lo que sí sabemos es que hubo obligación y que se trata de una donación

⁵⁵ LENEL, O., *Paling.*, I, frag. 747 (col. 466): “Pero cuando yo, que quería donar una cantidad a Ticio, te hubiere mandado a ti, que querías donarme otra tanta cantidad, que se la prometías a Ticio, la donación se perfeccionó entre todos”.

⁵⁶ LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 126 (col. 269): “Lucio Ticio le donó un fundo a Mevia, y antes de la entrega le obligó pocos días después el mismo fundo en prenda a Seyo, y dentro de treinta días puso a Mevia en la vacua posesión del mismo fundo; pregunto, si se habrá perfeccionado la donación. Respondió, que, según lo que se exponía, se perfeccionó, pero que el acreedor tenía firme la obligación de la prenda”.

⁵⁷ LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 126 (col. 269): “Una abuela dio dinero en mutuo a nombre de Labeón, su nieto, y percibió siempre los intereses, y recibió de Labeón los instrumentos de los débitos, que se hallaron en su herencia; pregunto, si se considerará que es perfecta la donación. Respondió, que, habiéndose obligado el deudor a favor de Labeón, se perfeccionó la donación”.

indirecta u oblicua de un tipo particular por el cual el mutuante (abuela) usa al deudor (mutuario). Con todo, en este caso hay una donación.

Un supuesto similar en parte al anterior, es el que expone Paulo (5 *sent.*) en D. 39,5,34 *pr.*: “*Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam faeneravit eamque filius stipulatus est, ipso iure perfectam donationem ambigi non potest*”⁵⁸. En este caso un padre desea hacer donación a su hijo. Para esto presta dinero a otro a nombre de su hijo, es decir, hay una delegación una donación indirecta u oblicua. El deudor promete al hijo el pago de la deuda, mediante una estipulación, al acreedor, es decir, al hijo. Paulo dice que hay una donación perfecta de pleno derecho.

Es también Ulpiano que alude a la expresión “*donatio perfecta*” en D. 24,1,5 (32 *Sab.*): “*Si sponsus sponsae donaturus tradiderit Titio, ut is sponsae daret, deinde Titius tradiderit post nuptias secutas: si quidem eum interposuerit maritus, donationem non valere, quae post contractas nuptias perficiatur: si vero mulier eum interposuerit, iamdudum [iamdum] perfectam donationem, hoc est ante nuptias, atque ideo quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere*”⁵⁹. En este texto se presentan dos supuestos. El primero, es un esposo que quiere hacer una donación a su esposa y la delega en un tercero, Ticio, para que le entregue lo donado a ella, el problema es que la cumple después que se ha celebrado el matrimonio; es por esto que Ulpiano opina que si la donación se perfecciona después de contraídas las nupcias, es inválida. En otras palabras el momento de la prohibición opera desde que se han contraído las nupcias. El segundo caso que propone Ulpiano, es si hubiese sido la mujer quien designó a Ticio para que recibiese la donación a nombre de ella. Contesta que la donación se habría perfeccionado antes de las nupcias, por lo que se dice que la donación sería válida. En este texto se puede observar que se independizan el uso del verbo “*perficere*” y el adjetivo “*perfecta*” en cuanto al carácter de la validez o invalidez. Es así como en el primer caso la donación se perfecciona, pero no vale. En cambio en el segundo caso la donación se perfeccionó o es perfecta y vale. Por tanto, el vocabulario “*donatio perfecta*”, per se no alude a la validez sino sólo al hecho (casi físico) de haberse celebrado el acto (con independencia de su validez).

Otro fragmento de Ulpiano en que también utiliza la nomenclatura “*perfecta donatio*” es en D. 39,6,32 (76 *ed.*): “*Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*”⁶⁰. Entiende así, que no existe *donatio mortis causa* sino una vez que se haya verificado la condición de la muerte.

⁵⁸ “Si con intención de hacer donación hubiere el padre prestado dinero a interés en nombre del hijo emancipado, y el hijo estipuló aquel dinero, no se puede dudar que de derecho es perfecta la donación”.

⁵⁹ LENEL, O., *Palings*, II, frag. 2764 (col. 1138): “Si lo que el esposo había de donar a la esposa se lo hubiere entregado a Ticio para que este se lo diese a la esposa, y luego Ticio se lo hubiere entregado después de verificarse las nupcias, si verdaderamente el marido lo hubiere puesto de intermediario, no es válida la donación, que se perfeccione después de contraídas las nupcias; pero si la mujer lo hubiere puesto de intermediario la donación está perfeccionada de antes, esto es, antes de las nupcias, y por esto, aunque Ticio hubiere hecho la entrega después de contraídas las nupcias, es válida la donación”.

⁶⁰ “No se considerará perfeccionada la donación hecha por causa de muerte antes que sobrevenga la muerte”.

Existen a su vez, sólo algunas constituciones imperiales que utilizan la terminología de “*donatioperfecta*”. De las cuales dos pertenecen al emperador Antonino (211-217 d. C.) en CI. 5,16,2 y CI. 5,16,3,1 del año 213 d. C.; una a Alejandro Severo (emp. 222-235) recogida en CI. 8,56,1 (a. 223); y otra corresponde a Septimio Severo (emp. 193-211 d. C.) en CI. 10,1,1 (a. 300). Obsérvese la siguiente transcripción de las constituciones:

CI. 5,16,2 (Ant., a. 213): “*Si ancillam nummis tuis comparatam esse praesidi provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emptionis esse conscriptum, eam tibi restitui iubebit. Nam licet cessante iure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo*”⁶¹.

CI. 5,16,3,1 (Ant., a. 213): “*Sin autem post mortem filiae facta est donatio a quondam socero tuo, etiam inter vivos ea perfici potuit*”⁶².

CI. 8,56,1 (Sev., a. 223): “*Si donationi contineatur, ut altero defuncto ad alterum portio eorum quae donabantur pertineret, existente condicione, si mortis causa donatio perficiebatur, fideicommissi actio competit*”⁶³.

CI. 10,1,1 (Sev., Ant., a.223): “*Si prius, quam fisci rationibus pater vester obligaretur, perfectam praediorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum gestum est, non rescinditur*”⁶⁴.

En consecuencia, según los textos recogidos los términos “*perfecta*” y “*perficere*” tienen el sentido que entre nosotros tiene el denominado acto perfecto o que se encuentra perfeccionado (un acto o contrato). La cuestión de fondo, que se presenta en nuestro estudio es por qué se emplea en materia de donación en el sentido moderno que antes mencionamos y no a otros actos. Lo anterior no será contestado en el ámbito de esta investigación, la que hemos acotado a constatar el léxico que acompaña a la voz *donatio* en el vocabulario de la jurisprudencia clásica. Por ahora sólo podemos decir que, es probable que debido a la cantidad de limitaciones que amenazaban a la donación sea que se haya generado la utilización de la noción de perfeccionamiento de la donación, cuya fórmula reza la nomenclatura “*donatio perfecta*”.

3. “*Donatio revocabitur*” y “*donatio irrevocabilis*”.

La terminología jurisprudencial donataria incluye la expresión del tipo “*dona-*

⁶¹ “Si al presidente de la provincia le hubieres probado que la esclava fue comprada con tu dinero, y que el instrumento de la compra se extendió por causa de donación a nombre de tu encargada del hogar mandará que te sea restituida. Porque aunque no habiendo derecho de matrimonio hubiere podido perfeccionarse la donación, no quiero, sin embargo, que por esta razón y con fingidas adulaciones sean despojados por las encargadas de sus hogares mis soldados”.

⁶² “Mas si después de la muerte de la hija fue hecha la donación por el que fue tu suegro, también ésta pudo perfeccionarse entre vivos”.

⁶³ “Si en la donación se contuviera, que, fallecido uno, perteneciese a otro la porción de lo que se donaba, cumpliéndose la condición, si se perfeccionaba la donación por causa de muerte, compete la acción de fideicomiso”.

⁶⁴ “Si se hubiere probado que vuestro padre antes que se obligase a las cuentas del fisco hizo donación perfecta de unos predios, no se rescinde lo que se hizo sin fraude de acreedores”.

tionem revocare”⁶⁵, usada por Juliano, Paulo y Ulpiano. El sentido de revocar una donación es “llamar” de “nuevo” a la cosa donada (la que también suele llamarse donación), en un sentido es reivindicar una cosa o dejar sin efecto el acto.

Es así, en el fragmento de Juliano (27 *dig.*) en D. 39,6,15 se observa: “*Marcellus notat: cum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filii familias milites liberam facultatem, credi potest ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent. Paulus notat: hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt*”⁶⁶. El texto trata acerca de los actos liberales que les es permitido pueden realizar a los hijos de familia que son militares. Marcelo opina que aun cuando a éstos se les haya dejado hacer testamento sobre su peculio, no es lo mismo decir que puedan hacer que no pueden hacer donaciones por causa de muerte; de allí que Paulo diga que tales donaciones son revocables de la misma manera que los legados.

En D. 24,1,55, (Paul., 6 *quest.*) se pregunta cuál es el resultado de la donación que quiso hacer la mujer a su marido: “*Uxor marito suo pecuniam donavit; maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem aut soli rem comparavit; solvendo non est et res extant: quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter condicticia experiatu[r]?* [...]”⁶⁷; pero como las donaciones entre cónyuges se encuentran prohibidas, la donación es nula y el efecto es que la mujer puede revocar la donación, o sea, puede, en el sentido ejercer la *condictio*.

En el contexto de las donaciones entre cónyuges, al igual que Paulo, Ulpiano (33 *Sab.*) en D. 24,1,32,7 expresa: “*Si maritus uxori donaverit et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit vel etiam post mortem memoria eius damnata sit, revocabitur donatio: quamvis ea quae aliis donaverit valeant, si non mortis causa*

⁶⁵ Tales vocablos se identifican con el verbo “*revoco-as-are-avi-atum*” (acción de llamar, de volver a llamar, llamamiento).

⁶⁶ Observa Marcelo: como los hijos de familia militares han adquirido libre facultad para dejar por testamento a quienes quieran, se puede creer que se les dispensaron también las disposiciones que prohíben que se hagan donaciones por causa de muerte; y nota Paulo: esto se determinó, y las donaciones por causa de muerte son revocadas a ejemplo de los legados”.

⁶⁷ “Una mujer donó dinero a su marido; con el dinero que se le donó compró el marido una cosa mueble o inmueble, no es solvente, y existen las cosas; pregunto, si la mujer revocara la donación, ¿ejercitará útilmente la *condictio*, [...]”; y continua el fragmento: “[...] *Videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris comparata extet. Respondi: locupliorem esse ex donatione negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet et vindicare [vindicare] directo potest: et erit deterior causa viri, si ei pecunia quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est, condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur. Sed nihil prohibet etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare*” (“[...] porque se considera que el marido, aunque no sea solvente, se hizo más rico con la donación-, puesto que existe la cosa comprada con el dinero de la mujer? Respondí: no puede negarse que es más rico por la donación; porque no investigamos que tenga libre deducidas las deudas, sino que posea por cosa de la mujer; pues sólo en este caso se separa de aquel a quien fue donada una cosa, en que en tal caso la cosa permanece de la mujer, y puede reivindicarla directamente; y será peor la causa del marido, si se las reclamase por la *condictio* el dinero hasta cuánto vale la cosa, pero no más del importe de lo que se donó, que si fuera demandado por la acción de la dote. Pero nada impide, que también se le conceda a la mujer una acción real útil sobre las mismas cosas”).

*donavit*⁶⁸. El pasaje contiene el siguiente caso: un marido hace donación a su mujer y después se quita la vida. Ulpiano opina que la donación se revoca por los herederos del marido, es decir, no hay donación debido a que se trata de una donación entre marido y mujer la cual está prohibida. A diferencia de las donaciones entre personas extrañas, las cuales son válidas y por tanto no se revocan.

Pero también encontramos la expresión “*irrevocabilis*” en oposición a las denominadas donaciones revocables. Es Paulo (5 *sent.*) que utiliza el término en D. 39,5,34,1: “*Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit*”⁶⁹. En el contexto en que Paulo utiliza el término “*donatio irrevocabilis est*”, es a propósito del siguiente caso: unos ladrones hurtan a una persona determinadas cosas, la que son recuperadas por un tercero. Al que le fueron hurtadas decide donar como dádiva o premio al tercero, que ahora viene a ser el donatario. Esta donación se dice que es irrevocable, por tanto además de tener plena validez jurídica no puede el donante pedir de regreso la cosa donada.

Además de las fuentes jurisprudenciales expuestas, encontramos que existen sólo dos constituciones imperiales que utiliza “*revocare*” ambas pertenecen al emperador Alejandro Severo. En orden cronológico la primera es del año 229 recogida en CI. 5,15,2 y la otra es del 232 que corresponde al CI. 5,16,7.

CI. 5,15,2 (Sev., a. 229): “*Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, si eandem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit, ab heredibus mariti, quatenus interposita liberalitas munita est, peti potest*”⁷⁰.

CI. 5,16,7 (Sev., a. 232): “*Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso iure irrita est. Sed si matrimonium iure non valuit, licet ipso iure donatio tenuerit, quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt*”⁷¹.

En resumen, el uso de los términos revocables o no revocables en relación a las donaciones no lo encontramos completamente perfilado como un género, se trata más bien del verbo “*revocare*” a diferencia de aquel examinado entre *donatio*

⁶⁸ LENEL, O., *Paling.*, II, frag. 2775 (col. 1145): “Si el marido hubiere hecho donación a la mujer, y después se hubiere procurado la muerte por conciencia de un delito, o aún después de su muerte hubiera sido condenada su memoria, se revocará la donación, aunque sean válidas las cosas que a otros hubiere donado, si no las donó por causa de muerte”.

⁶⁹ “Si uno arrebató a otro del poder de ladrones o de enemigos, y por esto recibiera de él alguna cosa, esta donación es irrevocable; y no se ha de llamar retribución de muy meritorio trabajo, porque no plugo en consideración a la salvación que fuere estimado en cierta cantidad”.

⁷⁰ “Lo que de suyo añadió el marido a la dote durante el matrimonio con ánimo de hacer donación, si esta misma donación legítimamente hecha no la revocó el que dio el aumento para la dote, y falleció durante el matrimonio, les puede ser pedido a los herederos del marido, en tanto cuanto se consolidó la liberalidad hecha”.

⁷¹ “Si por voluntad de tu padre te casaste con el hijo de tu tutor, irrita de derecho la donación hecha a tu marido. Pero no fue válido en derecho el matrimonio, aunque de derecho hubiere subsistido la donación, sin embargo, como fue indigna la persona del que ni puede llamarse marido, te competen para revocar estas cosas las acciones útiles”.

mortis causa y *non mortis causa*. Sin embargo, no significa que tales categorías no existan, porque del mismo vocabulario donatario expuesto vemos que son utilizados tales términos: “*donatio non revocare*”, bajo el criterio aglutinador entre unas y otras (“*donatio irrevocabilis est*”) se pueden derivar probablemente los efectos que las donaciones produzcan y, a su vez, podemos advertir que ambos términos pertenecen a la suma división entre “*donatio mortis causa-non mortis causa*”.

Podemos concluir de este trabajo: *i*) en la literatura latina aparece el vocablo *donatio* en Cicerón y César, ambos autores recogen el término en sus obras del siglo II y I a. C., con posterioridad a la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. C.; no podemos comprobar exactamente cuándo se comienza a usar en el lenguaje común latino; *ii*) La terminología más relevante acerca de la donación es la siguiente: *donatio mortis causa*, *donatio non mortis causa*; *donatio perfecta*; *donatio revocabitur* y *donatio irrevocabilis*, *iii*) En cuanto a la terminología “*donatio mortis causa* y *non mortis causa*”, es probable que Justiniano se haya basado en el vocabulario “*inter vivos*” tomada de Ulpiano (2 *disp.*) en D. 5,2,25 pr., y la cual incorpora en Inst. 2,7,2 al momento de definir las donaciones “*non mortis causa*”, vocabulario que como expusimos, se mantiene subsistente la terminología clásica “*mortis causa*, *et non mortis causa*” en Inst. 2,7 pr.

VII. CONCLUSIONES

En la literatura latina aparece el vocablo *donatio* en Cicerón y César, ambos autores recogen el término en sus obras del siglo II y I a. C., con posterioridad a la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. C. pero no podemos comprobar exactamente cuándo se comienza a usar en el lenguaje común latino, por las siguientes razones: *i*) la ley no es *de donationibus* sino *de donis*; y *ii*) además, esta legislación pertenece al siglo III a. C. por tanto, la aparición de la palabra *donatio* no es contemporánea a la *lex Cincia* sino que es posterior, pertenece más bien al siglo I a. C. con César y Cicerón.

La terminología donataria en la esfera propiamente jurídica, esto es en las obras de los juristas clásicos y en las constituciones imperiales, no siempre utilizan la palabra *donatio* en forma sola o pura, sino que junto a ella suelen colocar otras voces, las que destacan son las siguientes: *mortis causa-non mortis causa*, *donatio perfecta* y *revocabitur-irrevocabilis*. En relación a la primera nomenclatura (“*mortis causa-non mortis*”) afirmamos que es probable que Justiniano se haya basado en el vocabulario “*inter vivos*” tomada de Ulpiano (2 *disp.*) en D. 5,2,2, pr., la cual incorpora en Inst. 2,7,2 al momento de definir las donaciones “*non mortis causa*”, vocabulario que como expusimos, se mantiene subsistente la terminología clásica “*mortis causa*, *et non mortis causa*” en Inst. 2,7 pr.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHI, Gian G., *La donazione. Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1960).
 BENVENISTE, Émile, *Le vocabularire des institutions européennes* (Paris, Les Éditions de Minuit, s.d. [pero 1969]).

- BESELER, Gerhard Von, *Beiträge zur Kritik del römischen Rechtsquellen* (Tübingen, J.C.B. MOR, 1913), III.
- BIONDI, Biondo, *Il concetto di donazioni*, en *Scritti giuridici* (Milano, Giuffrè, 1965), III.
- BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación* (traducción al castellano, Barcelona, Bosch, 1960).
- CASAVOLA, Franco, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli, Jovene, 1960).
- COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana* (3ª edición, Madrid, Gredos, 1994).
- D'ORS, Álvaro, “*Sacra cum pecunia*” (sobre *Cic. de Legib. 2, 19-21*), en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro* (Valencia, 1974), II.
- ERNOUT, A. - MILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots* (3ª edición, Librairie Cl. Klincksieck, Paris, 1951).
- HAYMANN, Franz, *Zur lex 42 pr. D. mortis causa donationibus*, 39.6, en *ZSS., rom. Abt.*, 38 (1917).
- LÉGIER, Henri-Jacques, *La liberalité conditionnelle entre vifs en droit romain* en *PUPA.*, 16 (Padova, 1958).
- LENEL, Otto, *Palíngenesia iuris civilis* (1889, reimpresión Graz, Akad. Druck u. Verlagsanst., 1960).
- PRINGSHEIM, Fritz, “*Animus donandi*”, en *ZSS., rom. Abt.*, 42 (1921).
- SAVINGY, Friederich Carl, *Sistema del derecho romano actual* (trad. cast., por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Editorial de Góngora, 1945), III.