

OBSERVACIONES SOBRE EL ORIGEN Y ESTRUCTURA DE LA DONACION ROMANA. (A propósito de dos libros recientes.)

El régimen y evolución histórica de la donación romana, que presenta todavía muchos aspectos oscuros, ha sido objeto, recientemente, de valiosas aportaciones que queremos examinar en estas páginas, con objeto de dar un cuadro del estado actual de la doctrina sobre esta fundamental institución. Dos libros son, sobre todo, de especial interés: uno de Archi¹, en el que con gran acierto recoge y sistematiza en la forma de un curso didáctico las numerosas y logradas aportaciones que ha venido dedicando con preciso rigor científico a este tema; otro de Casavola², que estudia la estructura originaria de la donación y llega a conclusiones nuevas y de gran interés. Trataremos sucesivamente: 1. Origen y función histórica de la prohibición de donaciones.—2. Carácter y estructura de la donación originaria.—3. Régimen clásico de la donación y elementos constitutivos.—4. Régimen postclásico y justiniano.

1. En relación con el período anterior a la *lex Cincia*, Archi afirma que sólo era conocida la donación real, que no planteaba problemática alguna en cuanto para la transferencia de una *res* del donante al donatario el ordenamiento jurídico conocía varios actos formales de transmisión de la propiedad. Esta transferencia exigía, junto a la actividad del disponente que se concreta en un *dare*, una dinámica disposición del adquirente que viene indicada como *accipere* o *capere*.

La *lex Cincia*, que señala el comienzo de la elaboración romana de la donación, tendría dos partes: en la primera se prohibían las donaciones efectuadas *ob causam orandam*; en la segunda y fundamental, se prohibirían las donaciones fuera del ámbito de las *personae exceptae*, que superasen un determinado límite o *modus*. Si bien Archi se pronuncia por la existencia de este *modus*, que prueban testimonios textuales indirectos, declara que no podemos averiguar nada acerca de su cuantía, y esto nos impide apreciar también cuáles serían las finalidades sociales de la ley. Observando que la prohibición no sería muy rigurosa, sobre todo por el número de personas exceptuadas, Archi opina que la prohibición era una medida de represión contra los usos impuestos por la clase social más poderosa.

En cuanto a los motivos de la ley Cincia, Casavola, que estudia a fondo su finalidad social, afirma que no fué la tradicional oposición de patricios

1. ARCHI, G. A.: *La donazione. Corso di diritto romano*. Milano, Giuffrè 1960.

2. CASAVOLA, F.: *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*. Napoli, Jovene 1966.

y plebeyos, que se ha venido aduciendo, la que originó esta medida contra los dones abusivos, sino la relación de potencia entre nobleza y ciudadanos, entre la clase gobernante y los gobernados. Esta medida formaría parte del programa general de saneamiento económico y social del Estado seguido por el partido más democrata y conservador de la oligarquía, capitaneado por Fabio Máximo, que tendía, en circunstancias difíciles de empobrecimiento general, al respeto del antiguo uso de la gratuidad de los oficios públicos y a los ideales de parsimoniosa administración de los bienes privados y de general bienestar (p. 22). Se pretendía en realidad, concluye Casavola, la salvaguardia de la libre voluntad del donante en los casos en que la personalidad del donatario hacía presumir que esa voluntad había sido coaccionada.

Sobre la cuantía del *modus donationis*, Casavola toma como base de comparación los mil ases de la ley Furia testamentaria y, en relación con los precios en vigor en esta época, llega a la conclusión de que el límite debió ser mucho más bajo si se considera la finalidad de la ley de impedir el empobrecimiento general. Precisamente por esta modicidad, basada en las circunstancias económico-sociales de la época, junto con la inoportunidad de la cuota fija, el *modus* fué bien pronto olvidado.

2. La parte más interesante de la aportación de Casavola es la referente al carácter meramente posesorio de la originaria donación regulada por la *lex Cincia*. Según la tesis de este A., la donación traslativa sería el punto de llegada de un amplio proceso evolutivo de los criterios de organización jurídica que modifica el antiguo *donum* del plebiscito Cincio para configurar una nueva *donatio* (p. 9). Casavola parte de los datos de *Fragm. Vat.* 298-309 sobre las personas *exceptae* y afirma que si en esta categoría están comprendidas también las personas *in potestate* e *in matrimonium*, que podían hacer y recibir donaciones, es evidente que tratándose de personas *alienae potestatis* la donación por ellos y entre ellos efectuada no podía tener carácter traslativo, sino únicamente efectos posesorios. *Fragm. Vat.* 307 menciona, además, entre las personas exceptuadas no sólo los libertos, sino también los *servi*³ y se debió a la interpretación posterior de Sabino y de Paulo al referir las expresiones de la ley sólo a los libertos. De otra parte, el principio de la donación real es afirmado por Pomponio, comentando a Sabino, precisamente en relación con la donación del sometido a potestad: *donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur* (D. 39.5.9.3) y las donaciones entre el *paterfamilias* y los sometidos se consideran nulas *iure civile*⁴. Sin embargo, en las

3. Según CASAVOLA, op. cit., p. 82, la traducción de *servi* en *liberti* debió ser un expeditivo interpretativo por la imposibilidad lógica de admitir donaciones entre esclavo y dueño en un ambiente dominado por la concepción traslativa de la donación. Sobre la necesidad de aclarar esta cuestión se pronuncia también ARCHI, op. cit., p. 20 s.

4. Para CASAVOLA, op. cit., p. 118, la oposición de la relación potestativa entre donante y donatario pertenece a una segunda etapa y surge de la evolución estructural de

mismas decisiones de los juristas clásicos se observa una tendencia a considerar como donaciones las atribuciones del *paterfamilias* a los sometidos en el ámbito del peculio, especialmente en las de Papiniano. Incluso en varios aspectos de la estructura clásica de la donación, Casavola intenta descubrir huellas del originario carácter posesorio: la *exceptio in factum*, que precedería a la *exceptio legis Cinciae*, presupone que la donación no se haya realizado ya que a la *reivindicatio* o *actio ex stipulatu* del donatario el donante volviendo de su propósito opone la *causa donationis*⁵; el hecho de que entre personas no exceptuadas por la prohibición no baste la efectiva entrega de la cosa y sea necesario que el donatario pueda oponerse al donante, que ejercita el *interdictum utrubique*, por haber poseído la *maior pars anni*; el originario escaso valor de los *dona et munera* y su fácil adaptación a un régimen de disposición de hecho; la *causa pro donato* que se refiere al donatario poseedor y no a la cosa; por último, la equivalencia estructural entre *precario concedere, dono dare y commodare* que deduce de decisiones de Ulpiano⁶. El uso de donar sin efectos traslativos, junto al hecho de la existencia de donaciones entre personas ligadas con relaciones potestativas, indican claramente, según este A., que en la común valoración social el contenido y el límite de la *causa donationis* estaría en la voluntad de atribución y no en la adquisición del donatario (p. 162). La concepción traslativa de la donación es una consecuencia técnicamente necesaria de la transformación de la *traditio* de simple hecho de entrega en acto de transferencia⁷.

La tesis de Casavola presenta muchos aspectos interesantes que merecen ser tenidos en cuenta, y viene a esclarecer la debatida y oscura cuestión de las *personae exceptae* con una explicación clara y original. Sobre todo, entra de lleno en un argumento de la mayor importancia

la donación determinada por un proceso más extenso de desarrollo de la propiedad romana respecto al cual el paso de la concepción posesoria a la real de la donación se da como una consecuencia técnicamente necesaria, no apoyada por una nueva y autónoma valoración social.

5. CASAVOLA, op. cit., p. 129 ss., afirma que el motivo fundamental de la intervención del pretor fue la perniciosa tendencia al parasitismo y la exigencia de impedir las evasiones, las captaciones y las avaricias estimuladas por generosidades mal correspondidas.

6. Según CASAVOLA, op. cit., p. 150, en el análisis de la estructura de la donación, los juristas parecen considerar como originaria la donación traslativa, pero cuando pretenden alcanzar un más completo conocimiento dogmático de la causa entonces aparecen inevitablemente las huellas de una precedente estructura posesoria. Sin embargo, este Autor excluye que esas valoraciones presupongan una "puntuale consapevolezza storica della successione nel tempo della donazione possessoria e di quella reale". Vid. p. 160.

7. CASAVOLA, op. cit., p. 165, afirma que la voluntariedad de la *traditio* y de los efectos que origina se presupone en la voluntad de atribución y es posible la coexistencia y la conciliación entre la valoración dogmática, que revela la originaria estructura posesoria del *dono dare* y la "fatispecie" normativa que considera prevalente el momento de la adquisición.

como es el de las relaciones internas de la familia romana en cuyo seno actúan principios y normas jurídicas que aunque sometidos a la relación de potestad tiene una sustantividad propia y una peculiar aplicación. Estudiando el régimen patrimonial de la *uxor*, hemos tenido ocasión de analizar numerosos textos jurisprudenciales que tratan de concesiones o aumentos de peculio y, sobre todo, de donaciones del *paterfamilias* a los hijos confirmadas por legados⁸. En el ámbito de la *conventio in manum*, la mujer disponía de un peculio formado por aquellos objetos personales y de uso o por bienes domésticos administrados por ella que el marido le donaba y que le atribuía definitivamente mediante determinadas fórmulas genéricas de legado⁹. Todas estas normas y principios vienen a mostrar la existencia de relaciones familiares internas con relevancia jurídica que la interpretación de Casavola de la ley Cincia y su tesis sobre el carácter posesorio de la donación vienen a confirmar. De otra parte, el estudio del legado *sinendi modo* nos ha llevado también a constatar la importancia de estas situaciones de hecho —uso, detentación o precario— que el testador impone al heredero respete por medio de este legado que no es atributivo de propiedad¹⁰. Hemos llegado a la conclusión de que tampoco el legado *per praeceptionem* tenía como efecto la atribución de un derecho, sino sólo la autorización a un acto de *capere* por parte del legatario¹¹. Estas conclusiones de varios estudios nos llevan a la misma idea de la relevancia de las situaciones posesorias que constituyen el fondo común de muchas instituciones y figuras jurídicas.

Sin embargo, la atrayente tesis de Casavola en su generalidad presenta algunos extremos dudosos y sus argumentos quizá no sean lo bastante fuertes como para rechazar definitivamente la tesis de la originaria donación traslativa de propiedad que se ha venido admitiendo hasta hoy. Ante todo, creemos debe evitarse —y esto es particularmente necesario en instituciones tan complejas como la donación— el excesivo rigorismo conceptual que lleva a encuadramientos demasiado rígidos de las múltiples formas sociales que puede revestir una institución. Con esto queremos decir que es tan difícil concebir que originariamente todas las donaciones atribuían solamente la posesión como el pensar que necesariamente hacían propietario al donatario y mucho más increíble todavía es que, en un determinado momento histórico y por imperativos de técnica jurídica,

8. VÉL. GARCÍA GARRIDO, M.: *ILR FLEXIONE*, p. 113.

9. VÉL. GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 109 ss.

10. VÉL. GARCÍA GARRIDO: *La concessio classica del legato sinendi modo e la sua probabile struttura originaria*, en *Sindii in en. II. Betii III*, p. 231 ss. (en este ANUARIO 29 (1959), p. 575 ss.).

11. En un estudio de próxima publicación llegamos a la conclusión de que el legado *per praeceptionem* en su estructura originaria consiste en una disposición del testador, que se hacía valer en el juicio *divisoria*, por la que se autorizaba al heredero a separar un bien de la herencia. A diferencia del legado *vinculatorio*, los efectos de este legado eran sólo la autorización a un acto de *capere*.

cambiase radicalmente la estructura de la donación. En el ámbito social, las donaciones más frecuentes —regalos de objetos, personales, adornos, vestidos, etc.— atribuirían como sucede hoy la propiedad definitiva. Los abusos que el plebiscito Cincio quiso reprimir presuponen ya este cambio de propiedad, y el hecho de que exceptuara determinadas personas, entre las que sólo podían efectuarse donaciones posesorias, no lleva necesariamente a la conclusión de que todas las donaciones, permitidas y prohibidas, tuvieran este carácter. Por ello, me inclinaría mejor a pensar en una coexistencia de esos dos tipos de donación al igual que coexisten las normas que se aplican, aunque con distintos efectos, en el interior de la familia y fuera de ella. Es más, creo que en la práctica el *paterfamilias* que regala un esclavo a su hijo en potestad y el que lo regala a un amigo persiguen la misma finalidad, que es el poner el esclavo en la efectividad disponibilidad del donatario, independientemente de que jurídicamente la segunda donación pueda perfeccionarse inmediatamente con la realización del negocio formal de transferencia o que se considere como la primera sólo a efectos posesorios hasta que el padre confirme mediante legado o por otro medio la donación ya realizada¹². Todos estos criterios de organización jurídica no cambian la realidad del hecho social. En este sentido, me parece que pueden explicarse las decisiones jurisprudenciales que junto a la eficacia traslativa de la donación señalan sólo determinados efectos posesorios. Estas dos concepciones de la donación tienen un ámbito distinto de aplicación y responden a finalidades concretas y, por ello, me parece equivocado tratar de encontrar la precedencia de una u otra. No puedo detenerme, por lo demás, en examinar especialmente los argumentos de Casavola que haría demasiado extenso este comentario. Baste decir que no comparto algunas conclusiones del A.: Así, el texto de Pomponio comentando a Sabino (D. 39.5.9,2) no demuestra, como deduce el A. (p. 8 y 101 ss.), que el principio de la donación real no se aplicara ya con anterioridad, y los textos de juristas de finales de la República (p. 105 ss.), que destacan la incompatibilidad de la donación con la relación potestativa más bien indican lo contrario, es decir, que como consecuencia del carácter real de la donación se llega a la formulación de esta regla que pudo ser anterior; el relacionar el cambio de carácter de la donación con la evolución que del *mancipium* lleva al *dominium* no me parece acertado y, sobre todo, no conduce a nada preciso; la conexión de los textos de Papiniano, en que se afirma la incompatibilidad de donación y relación potestativa, y otros del mismo jurista que se inspiran en el principio contrario no ha sido su-

¹² ARCHI, *op. cit.*, p. 170, afirma que la terminología de los textos tiene un significado empírico y natural, visto fuera de los esquemas jurídicos: el padre en realidad se ha despojado de un bien y de hecho lo ha atribuido a un hijo, y esta voluntad es tan madura y definitiva que en ella persevera hasta la muerte.

ficientemente aclarada¹³; Ulpiano, *Fragm. Vat.* 269 no puede aducirse como prueba clara de la estructura posesoria común al comodato y a la donación, en cuanto este texto se refiere a una donación *ad utendum* de una madre a su hija en potestad y, en definitiva, a una entrega a título de peculio¹⁴.

En resumen, aun aceptando la existencia de una donación con efectos de atribución posesoria, en relación con las normas vigentes en el ordenamiento de la familia, no creo que los argumentos aportados sean lo suficientemente convincentes para excluir la originaria donación real.

3. Como presupuesto al estudio de la concepción clásica de la donación, Archi observa que el mundo romano actúa en esta materia como un organismo vivo y en pleno desarrollo y que el concepto de donación, como todos los conceptos romanos, tiene su historia, que es la de una institución no fosilizada en esquemas abstractos (p. 31). De la donación real los romanos llegan a la concepción de la *causa donationis* por obra de una elaboración jurisprudencial que tiende a separar la donación como causa general del concreto hecho en que se actuaba. En el examen de los distintos elementos y requisitos de la donación, Archi estudia, en primer lugar, la gratuidad que para los juristas romanos supone la ausencia de contraprestación, entendida no en sentido patrimonial, sino como correlación jurídica (*ob causam*)¹⁵. Las *pollicitationes*, según este A., como *donationes in rebus publicis* son verdaderas donaciones, porque el *honor* no es una causa o contraprestación, sino sólo la ocasión o el justo motivo por el que se promete. Junto al elemento objetivo de la gratuidad existía un elemento subjetivo: la voluntad dirigida como fin primario a la gratuidad, que en la práctica son dos caras de la misma moneda. En los complejos supuestos que examinan Juliano, Aristón, Pomponio y Marcelo se decide de acuerdo con la *mens* o *voluntas donatoris* que llega a ser el elemento dinámico que sirve a los juristas en casos en que se decide sobre la relevancia de la *causa donationis*¹⁶. El tema de la donación modal se

13 Vid. CASAVOLA, *op. cit.*, p. 87, n. 56, 105 y 112 s. El estudio de las donaciones en relación con los legados confirmatorios quizá hubiera podido aclarar más este problema. Vid. *Ius Ixorium* cit., p. 25 s., n. 60, y p. 113.

14 Vid. *Ius Ixorium* cit., p. 98 ss. Ulpiano, *Fragm. Vat.* 269, está en relación con Ulpiano, D. 23, 3, 34, y ambas se refieren a la cuestión de las cosas entregadas a la hija por la madre como peculio que le fueron atribuidas posteriormente por el padre como dote. CASAVOLA, *op. cit.*, p. 158 s., n. 51, rechaza con una fórmula demasiado genérica el minucioso examen de WIEACKER, *Textstufen*, p. 305 ss.

15 De D. 39, 5, 19 deduce ARCHI, *op. cit.*, p. 24 s., que el lenguaje de Ulpiano pone en evidencia el principio de que la correlación entre prestación y contraprestación de por sí misma excluye la donación.

16 Juliano, D. 12, 1, 20: *donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*. En este caso, puede decirse que la *mens* del donante está dirigida a la realización definitiva de la donación, es decir, a una inmediata donación real por lo que el texto quizá diga más de lo que ARCHI, *op. cit.*, p. 41, pretende. Juliano excluye la existencia de donación no por falta de la *mens donatoris*.

inserta en la elaboración de los elementos constitutivos de esta *causa donationis*.

El análisis del elemento subjetivo lleva a la espinosa cuestión del *animus donandi*. La expresión, para Archi, no representa siempre el mismo concepto y debe distinguirse la concepción clásica del *animus donandi* de la concepción bizantina. El criterio distintivo seguido por este A., frente a las tesis de Pringsheim y Biondi, sería el siguiente: para los juristas clásicos el problema se centraba en la compatibilidad de la *causa donationis* con los varios medios ofrecidos por el ordenamiento teniendo siempre presente dos elementos: la atribución que enriquece al donatario y la voluntad espontánea del donante; para lo bizantinos, en cambio, lo decisivo es la voluntad del agente que no encuentra ya límite en las necesidades estructurales de las instituciones (p. 54 y 64).

El requisito de la espontaneidad de la donación plantea algunas dudas. Si es indudable que los compiladores lo ponen en especial evidencia no resulta tan claro que sea un requisito distintivo de la donación para los clásicos, que aplican el criterio de la espontaneidad en la distinción entre *donum* y *munus*¹⁷.

El tema de la *locupletatio-depauperatio* como posible requisito de la donación lleva necesariamente a considerar la prohibición de donaciones entre cónyuges dentro del ámbito general de la donación. Archi rechaza la tesis de Savigny y, de acuerdo con la doctrina más reciente, afirma que este requisito encuentra aplicación sólo en materia de donaciones entre cónyuges y no debe considerarse integrante del concepto de donación. Sin embargo, admite que los romanos no tenían dos conceptos de donación, sino una sola concepción unitaria. Siguiendo este orden de ideas y sus consecuencias lógicas, me parece que el criterio del A. es demasiado rígido. Si existe una concepción unitaria de la donación¹⁸, si en el estudio

sino por defecto de los medios utilizados, ya que como el mismo Archi afirma hubiera sido apropiada la donación promisoria mediante *stipulatio*. De todas formas, es indudable la referencia a la *mens*.

17 Así resulta de las mismas palabras de ARCHI. *op. cit.*, p. 71: "Comunque dobbiamo constatare che, dando al termine donare il suo ampio significato, l'essersi la volontà formata sponte o necessarîe non è determinante per includere o escludere una fattispecie nel o dal *genus*." Tenemos, además, la impresión de que esa distinción tenga un significado más bien social y haga referencia a las relaciones internas de la familia. Vid. los textos literarios aducidos por CASAVOLA. *op. cit.*, p. 144 ss., y *Ius Tronum*, p. 86 ss.

18 Vid. ARCHI. *op. cit.*, p. 79 ss. Este autor afirma que el hecho de que la prohibición de donaciones se aplicase sólo a las donaciones que suponían ciertas consecuencias económicas no significa que se crease un segundo y más restringido concepto de donación. Sin embargo, aunque el criterio no aparezca explícitamente en los comentarios *ad legem Cinciam*, cabría preguntarse hasta qué punto los romanos han prescindido de esta contraposición y si ésta no sea una más concreta y práctica aplicación del principio de la gratuidad como ausencia de contraprestación. El mismo ARCHI. *op. cit.*, p. 90, comentando a Pomponio, D. 39. 5. 9. utiliza la expresión "arricchimento" con referencia a la causa típica de la donación. De otra parte, tratando de la convalidación de las donaciones entre cónyuges y del principio *morte Cincia removetur* afirma (p. 185) que nos encontramos

del concepto no se puede prescindir de la casuística jurisprudencial sobre donaciones entre cónyuges¹⁹, si el criterio de la *locupletatio-depauperatio* inspira abundantes e importantes decisiones jurisprudenciales en tal modo que puede hablarse de una firme concepción jurisprudencial²⁰, no creo pueda admitirse la consecuencia de que la historia y la aplicación de la prohibición de donaciones entre cónyuges no pertenezca a la historia del concepto de donación. Debió existir, al menos, una cierta influencia recíproca entre estas dos prohibiciones tan cercanas, mucho más si tenemos en cuenta que el criterio del enriquecimiento no era sólo económico, sino también jurídico. Este es un punto que me parece continúa todavía abierto a nuevos estudios y planteamientos.

La clasificación de las donaciones en donaciones *in dando*, *in obligando* e *in liberando*, que sigue Archi aunque con plena advertencia de los límites y reservas que supone²¹, creo debería eliminarse como una de tantas distinciones que más contribuye a confundir las ideas que a aclararlas. Basta leer la variada casuística jurisprudencial que examina Archi (p. 88 ss.) para deducir lo forzado que resulta incluir todas las donaciones que implican la atribución de un derecho, que va de la nuda propiedad al uso o determinados disfrutes, en la categoría *in dando*. Si después pasamos a la categoría *in obligando*, en la que se encuadran las donaciones promisorias mediante estipulación, que reviste innumerables formas, o a la *in liberando*, con la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo*, debemos concluir que esta clasificación es completamente inadecuada para describir toda la riqueza de aspectos y figuras jurídicas sobre los que actúa la *causa donationis*.

La relación entre *usucapio* y *causa donationis* y los efectos del título *pro legato* conducen nuevamente al problema de la donación de atribución posesoria y a las observaciones que antes hicimos. Cualquiera que sea el punto de partida que se adopte, se llegará siempre al mismo resultado: para que la usucapión pueda basarse en el título *pro donato* debe presuponerse una donación precedente que atribuye sólo la posesión²².

frente a un "grandioso fenómeno unitario" que demuestra cuál es el ambiente de este período.

19 De ello ARCHI da buena prueba cuando en las p. 38, 45, 55, 72, 86, 105 y 201 recoge textos que se refieren a las donaciones entre marido y mujer. El criterio de deducir de estos textos lo que facilita el común concepto de donación y rechazar lo que entorpece quizá no sea del todo acertado.

20 Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 209, donde afirma que la jurisprudencia tiende a dar a la prohibición una interpretación benigna y no formal y geométrica, como se ha sostenido. Este autor afirma, además (p. 207), que la fórmula económica no interviene en cuanto verdad económica, sino en cuanto es traducción en términos fáciles de rigurosos principios jurídicos.

21 Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 85, 103 y 216. El hecho de que el autor haya dejado fuera de esta clasificación la usucapión, el pago de deudas ajenas y la accesión en relación con la *causa donationis* es más que significativo y debería haberle llevado a suprimir una clasificación que es inadecuada también a efectos didácticos.

22 ARCHI, *op. cit.*, p. 174 ss., deduce de Neracio, D. 23. 1. 44, y de Hermige-

En cuanto a los efectos de la ley Cincia como *lex imperfecta*, Archi rechaza como incompletas las distintas hipótesis que han tratado de explicar los medios de actuación en la fase de las acciones de la ley y, aunque inclinándose por la sanción de la nota censoria, afirma que la falta de noticias textuales conduce al *ars nesciendi*. En la fase del procedimiento formulario, el remedio pretorio de la *exceptio* actuaba en manera diversa según el tipo de donación: cuando se ejercitaba la *actio ex stipulatu* se oponía la *exceptio*, que se recogía en la fórmula; en el caso de renuncia de deuda por *pactum de non petendo*, a la *exceptio pacti conventi* del donatario, el donante oponía la *replicatio legis Cinciae*; mayores dificultades suponía el caso de *res mancipi* entregada pero no mancipada por el donante: Archi oponiéndose a la posibilidad de aducir una *exceptio rei traditae*, ya que las fuentes mencionan sólo una *e. rei venditae et traditae*, se inclina por la *exceptio doli* o la *exceptio in factum*. El donante podía ejercitar, además de la *condictio indebiti*, el *interdictum utrubi* por el que se hacía reintegrar en la posesión colocándose en una situación ventajosa. En cuanto a la *exceptio in factum* y a su ámbito de aplicación, Archi sostiene que dado el silencio de las fuentes no puede llegarse a una solución precisa²³.

Independientemente del hecho de que el remedio de la *exceptio* resultaba inadecuado para aplicar la prohibición de la ley —lo que hace sospechar que no se le quiso dar una concreta aplicación— Archi afirma que el concepto de *donatio perfecta* debe ponerse en relación con la tendencia favorable a la donación que inspira a la última jurisprudencia clásica. Como se desprende de los textos, la *donatio perfecta* tiene no sólo un significado objetivo, sino también subjetivo: se usaba esta expresión sólo si la voluntad del donante se concretaba en determinados negocios típicos con lo que se consideraba bien determinada y firme²⁴. Archi expone con gran claridad este aspecto subjetivo de la *donatio perfecta* en relación con el principio *morte Cincia removetur*. En la nueva tendencia favorable a la donación destaca Papiniano con decisiones que facilitan la definitiva atri-

niano, D. 41. 6. 6, que en estos casos se trata de donación que supone "inmissione in un possesso", y añade: "vi è stata infatti una donazione reale concretata nel passaggio del possesso del donante al donatario; possesso che può portare alla proprietà mediante usucapione fondata nel titolo *pro donato*". Sin embargo, la donación real consiste en la transferencia de la propiedad de una cosa y esta forma en la fase más antigua "esaurisce il concetto stesso di donazione". Vid. ARCHI, op. cit., p. 85 s. CASAVOLA, op. cit., p. 151 s., afirma que el título *pro donato* hace referencia al donatario que no ha adquirido y ha sido investido sólo de la posesión, pero no estudia a fondo el problema ni tiene en cuenta los textos antes citados de Neracio y Hermogeniano. La cuestión me parece importante y digna de una atenta revisión.

²³ Una exposición de las distintas teorías sobre el ámbito de aplicación de la *exceptio in factum* puede verse en CASAVOLA, op. cit., p. 116 ss.

²⁴ Según ARCHI, op. cit., p. 171 s., la *donatio perfecta* no se presta a una rigurosa construcción dogmática que encuentre su fundamento en elementos estructurales objetivos. La *voluntas* puede con la *perseverantia* hacer perfecta incluso la donación que había nacido como imperfecta.

bución del peculio a los hijos²⁵. La jurisprudencia y legislación imperial del siglo III siguen la tendencia de dar eficacia a la voluntad liberal cuando ésta se manifiesta seria, inequívoca y fruto de meditada decisión²⁶.

4. Con la reforma de Constantino, la donación se transforma de causa de adquisición en un negocio típico que supone atribución de propiedad. Archi examina acertadamente esta reforma en relación con los inconvenientes y complicaciones técnicas a que llega la donación a final del siglo III. El problema más grave que se planteaba era el de averiguar el momento de la *perfectio donationis*, con referencia sobre todo a las innovaciones aportadas al final de la época clásica. Constantino se propone crear formas típicas y propias a las que necesariamente debe atenerse el que desea realizar una donación. En esta nueva concepción la donación asume la estructura jurídica del *contractus* —en el significado amplio y genérico que la expresión tiene en esta época— que implica transferencia de propiedad y en los tres nuevos requisitos de forma se exterioriza, en definitiva, el elemento común de la publicidad²⁷.

La nueva reforma encuentra fuertes reacciones en la práctica, que tendía a favorecer determinadas donaciones —como las donaciones reales con reserva de usufructo— para las que los nuevos requisitos de forma constituían un impedimento. Los textos de *Fragm. Vat.* y de *Pauli Sent.* revelan, en la opinión de Archi, que las innovaciones del siglo III y los problemas de la *perseverancia voluntatis* tenían para los prácticos de la época una gran importancia que hacía que las reformas radicales de la

²⁵ Vid. supra, par. 2.

²⁶ ARCHI, *op. cit.*, p. 225 ss., pone de relieve cómo la doctrina acoge en general la explicación de que la donación entra en crisis sobre todo por su complicado sistema que llevaba en todo caso a formas anticuadas y complejas. Considera el antagonismo entre corrientes romanas y helenísticas como causa indirecta o como simple componente de la crisis de la donación a principios del siglo IV.

²⁷ ARCHI, *op. cit.*, p. 233 ss., insiste acertadamente en que la reforma no fué un acto improvisado de Constantino, sino que se desarrolló siguiendo la línea de la tradición precedente. Cuando el emperador hace depender la validez de las donaciones *inter liberos et parentes* de la voluntad del donante se sitúa en la misma problemática clásica que exigía una voluntad madura y cierta. Archi acepta la tesis de Levy de que, después de la reforma constantiniana, sólo se considera donación la realizada en la forma típica que produce la transferencia de la propiedad. Con respecto a la influencia de tendencias vulgares, Archi quizá sea excesivamente cauto cuando afirma que mejor que de estas tendencias puede hablarse de medios con los que se entiende resolver el problema. Estos medios pudieron estar inspirados en tendencias vulgarizadoras. La orientación constantiniana a conseguir una certeza de los *instita dominorum*, que como ARCHI, p. 216, afirma constituye uno de los fundamentos de la nueva estructura político-administrativa y es esencial con respecto al sistema de recaudación de impuestos, es ya de por sí un importante factor de vulgarización. Archi usa también las expresiones: "tendenze classicheggianti" (p. 243), "linguaggio volgare" (p. 263), "movimento di vulgarizzazione" (p. 264). Las reservas que el autor mantiene sobre las recientes orientaciones de la doctrina alemana en esta materia pueden verse en *Metaxologia e problematica nello studio del periodo postclassico giustiniano*, en SDHI 26 (1964), p. 343 s.

legislación pasasen inadvertidas o, cuando menos, no del todo observadas. De otra parte, el interés con que los sucesores de Constantino defendían la reforma demuestra el valor que la cancillería imperial atribuía a un rígido formalismo que no tenía en cuenta las exigencias ineludibles de la vida²⁸.

Sobre la evolución de la donación en Occidente en la época postclásica, Archi se muestra contrario a la tesis de la influencia inmediata de las ideas cristianas y afirma que las nuevas formas encuentran su justificación en factores más complejos y modestos. Existió en la práctica una tendencia, que es particularmente viva en el ámbito familiar, a servirse de la donación en lugar del testamento para disponer de los propios bienes²⁹. En la *Lex Visigothorum*, la confusión entre la donación *mortis causa* y la donación *retentu usufructu* es, según Archi, la fatal consecuencia de un movimiento de vulgarización que venía ya actuando desde hacia tiempo. D'Ors ha puesto acertadamente de relieve como en definitiva la donación euriciana sigue siendo igual a la vulgar romana y llega a la conclusión de que la forma general de la donación es, en definitiva, la forma del testamento³⁰.

La evolución histórica de la donación romana se cierra con Justiniano, que se muestra especialmente favorable a la donación. Archi destaca cómo el emperador no sólo pone en práctica medidas que favorecen la donación —la concesión de las acciones *donationis causa* al donatario y a sus herederos y la elevación del límite sobre el que se considera necesaria la *insinuatio*—, sino que desvincula la donación de la naturaleza de contrato con eficacia real, sancionando el principio de que la donación es perfecta independientemente de la *traditio*, porque se basa sobre la *pura voluntas*³¹. De otra parte, al considerarse el espíritu de liberalidad y magnificencia en los motivos del donante como elemento estructural, el *ani-*

²⁸ ARCHI, *op. cit.*, p. 252, afirma que mientras la donación llega a ser en el empobrecido ambiente económico-jurídico de esta época uno de los institutos esenciales, la legislación ignora los problemas de fondo de la institución contentándose con los simples aspectos formales que interesaban a la burocracia.

²⁹ Las *Pauli Sent.* hablan de la donación en el libro tercero, dedicado al derecho sucesorio y a los legados; en el Código Teodosiano, la donación se presenta como un instituto con autonomía propia, consecuencia del cambio de estructura; en la *interpretatio*, la *donatio directa* es una donación en la que la transferencia de propiedad se realiza inmediatamente con o sin reserva de usufructo. Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 251 ss.

³⁰ D'ORS, *El Código de Eurico (Estudios Visigóticos II)*, Roma-Madrid, 1909, p. 233 ss., afirma que CE 307 no habla propiamente de irrevocabilidad, sino más bien de validez (*firmitas*), pero en relación con una forma de donación; sólo que esta forma no es una forma especial, sino simplemente la forma general de toda donación *mortis causa*, es decir, la forma del testamento. Sobre las donaciones nupciales en relación con las disposiciones testamentarias, vid. también GARCÍA GARRIDO, *El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el derecho vulgar romano-visigótico*, en AHDE 29 (1950), p. 289 ss.

³¹ Vid. ARCHI, *op. cit.*, p. 272 ss. Para este autor, p. 278, la denominación de *donatio inter vivos* es también de creación justinianea.

mus viene a perder toda base concreta dando lugar a una peligrosa confusión entre los aspectos subjetivos de la causa y los simples motivos³².

La evolución histórica de la donación se muestra, pues, especialmente rica en consecuencias y principios que son fundamentales para el conocimiento de las instituciones jurídicas romanas. Comentando los libros de Archi y Casavola hemos querido, sobre todo, valorar aquellos datos que pueden considerarse como definitivamente alcanzados junto con las dudas y lagunas que todavía presenta esta institución tan compleja y difícil de encuadrar en moldes conceptuales como el mismo espíritu humano de liberalidad que la anima.

MANUEL GARCÍA GARRIDO

³² Cfr. ARCHI, *op. cit.*, p. 288. El estudio de Archi sobre el derecho justinianeo es un modelo en su género: el autor estudia con gran rigor metodológico tanto los antecedentes inmediatos como las exigencias sistemáticas en el *Corpus Iuris*, en relación con las particulares tendencias de Justiniano.