

EL SUJETO DE DERECHO:
OBSERVATIONES ET ANNOTATIONES

Tammo Wallinga
Universidad Erasmus de Rotterdam-Universidad de Amberes

RESUMEN

Este artículo trata varios aspectos de la personalidad jurídica, tanto en el Derecho romano como en el Derecho privado moderno, hasta la tendencia reciente de otorgar personalidad jurídica a ríos y reservas de naturaleza.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica, capacidad de obrar, personas jurídicas, el barco como empresa, el río y el mar como personas jurídicas.

ABSTRACT

This article treats various aspects of legal personality, both in Roman law and in modern private law, including the recent tendency to attribute legal personality to rivers and natural reserves.

KEYWORDS: Legal capacity, legal persons, the ship as enterprise, the river and the sea as legal persons.

SUMARIO: 1. EL ORIGEN DE LA EXPRESIÓN «SUJETO DE DERECHO». 2. TERMINOLOGÍA Y SISTEMÁTICA. 3. EL INICIO DE LA SUBJETIVIDAD DE DERECHO. 4. LA CAPACIDAD JURÍDICA ROMANA: *SUI IURIS* CONTRA *ALIENI IURIS*. 5. PERSONAS JURÍDICAS ROMANAS. 6. UNA PERSONA JURÍDICA FICTICIA: EL BARCO COMO EMPRESA. 7. PERSONAS JURÍDICAS NUEVAS. 8. CONCLUSIÓN.

Tammo Wallinga

1. EL ORIGEN DE LA EXPRESIÓN «SUJETO DE DERECHO»¹

La parte final del título de este trabajo, *Observationes et annotationes*, se inspira en el de varias obras de la Escuela Elegante Holandesa, de los siglos xvii y xviii². Nótese que no pretendo adscribirme a esa Escuela, por un lado, por nacimiento tardío y, por otro, me temo, por falta de elegancia. Pero haré lo que pueda. No voy a resolver todos los problemas que puede haber con el sujeto de derecho; más bien trataré algunos aspectos sueltos que me han hecho pensar. En relación con el tema de esta obra colectiva, *El sujeto de derecho en la experiencia jurídica romana*, hay varias cosas que me han llamado la atención, y que me llevan a hacer *observationes* y *annotationes*. No se van a referir todas a la experiencia jurídica romana propiamente dicha; voy a llevar esa experiencia por lo menos al siglo xix e incluso más allá.

Empiezo por la expresión «sujeto de derecho». ¿De dónde viene, cómo se define, quién la inventó? Empezando, por decirlo así, en casa, pensaba encontrar algo de sabiduría en un libro del padre de la nueva codificación del derecho privado neerlandés, el profesor Meijers, de la Universidad de Leiden. Él escribió un libro cuyo título en español es *Las Nociones Generales del Derecho Civil*³. No creo que exista una traducción española. El libro contiene un capítulo titulado 'Sujetos de derecho'. Empieza diciendo que sujeto de derechos, obligaciones y relaciones jurídicas es, en primera instancia, el hombre —el ser humano—. Desde que el Derecho civil protege tanto a ciudadanos como a extranjeros, y no conoce ya la esclavitud ni la muerte civil, todo ser humano es sujeto de derechos, con muy pocas excepciones. Este es el contenido del primer párrafo, y luego Meijers dedica el resto del capítulo al tratamiento de las personas jurídicas. No dice nada sobre el origen de la expresión «sujeto del derecho», pero queda claro que ser sujeto de derecho implica poder ser el portador de derechos y obligaciones, algo que no es

¹ Esta es la versión escrita de la conferencia de clausura del XXVII Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, que tuve el honor de dictar el día 31 de marzo de 2023, en el Monasterio de San Isidoro del Campo, en Santiponce (Sevilla). Agradezco una vez más a nuestro anfitrión, Bernardo Periñán, haberme elegido para esta función tan prestigiosa. Dado el espíritu crítico y humanista que caracteriza el pasado de ese monasterio, he optado por un título humanista también: *Observationes et annotationes*.

² Véase G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Die holländische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800* (Frankfurt am Main 2002).

³ E.M. MEIJERS, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* (Leiden 1948).

ninguna novedad. Pero lo que se deja entrever también en este párrafo inicial es que, en el pasado, había varias limitaciones para ser sujeto de derecho que hoy en día ya no existen.

Volveremos al tema de las limitaciones más adelante. Primero, todavía me interesa saber algo más de la historia de la expresión «sujeto de derecho». Hay que decir que es una expresión que, coloquialmente dicho, huele a Pandectística. Podría ser uno de los términos técnicos que los pandectistas destilaron de los textos del Digesto. Así que me fui al Max Planck de Frankfurt am Main para consultar obras de pandectistas y ver qué me contaban sobre el tema y quién podía ser el primero en utilizar la expresión⁴. Me puse a retroceder en el tiempo, empezando por uno de los padres del BGB alemán: Bernhard Windscheid (1817-1892), en su manual *Lehrbuch des Pandektenrechts*. En el pasaje que sigue, Windscheid habla de *Subject des Rechts*, sujeto del derecho: «§ 49. *Nach dem in § 37 Gesagten bestehen Rechte dadurch, dass die Rechtsordnung für einen von ihr erlassenen oder zu erlassenden Befehl den Willen einer Person als massgebend erklärt hat. Die Person, deren Wille als massgebend erklärt ist, ist das Subject des Rechts. Wenn hier weiter gefragt wird, was unter 'Person' zu verstehen sei, so scheint die selbstverständliche Antwort zu sein: der Mensch. § 52. Der Mensch ist fähig, Subject von Rechten und Verbindlichkeiten, Rechts-subject zu sein, er ist rechtsfähig, von dem Augenblicke seiner Existenz an*»⁵. Se nota que Windscheid relaciona la personalidad jurídica con la voluntad de las personas, de la que dependen las órdenes del sistema de derecho. Esa persona, con su voluntad, es sujeto de derecho, y lo es desde el momento de su nacimiento. No voy a profundizar más; me vale con constatar que Windscheid utiliza el término.

Otro pandectista que quería consultar es Georg Friedrich Puchta (1798-1846). En su obra *Pandekten*, en el *Zweites Buch. Von den Rechtsverhältnissen* en el primer capítulo, Puchta trata las personas. Para las personas naturales señala unas características personales como sexo y edad que considera importantes, que tienen que ver, entonces, con la capacidad de obrar. Luego pasa al tratamiento de las personas jurídicas (*juristische o fingierte Personen*, que no *moralische*). Un fragmento: «*Indem wir den Menschen in seinen rechtlichen Beziehungen betrachten, heben wir dieß an ihm hervor, daß ihm die Möglichkeit eines Willens zukommt. (...) Als*

⁴ La verdad es que no siempre es necesario acudir al Instituto mismo; muchas obras pueden ser consultadas *online* a través del catálogo OPAC del MPI.

⁵ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6e Aufl. (Frankfurt am Main 1887).

Tammo Wallinga

*Subjecte eines solchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menschen Personen, mit diesem Wort wird daher ihre Stellung im Recht bezeichnet. Persönlichkeit ist also die subjective Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, die Fähigkeit zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subject rechtlicher Beziehungen ist»⁶. Como Windscheid, Puchta menciona la voluntad del hombre como fuerza que hace posible sus relaciones jurídicas y sus derechos. El hombre tiene —entre otras cosas— *die Fähigkeit zu Rechten*, es decir, la capacidad de tener derechos.*

Supongo que la primera edición de esta obra en realidad es anterior a la siguiente que voy a mencionar, pero tampoco me importa tanto el orden cronológico exacto. Ya llegamos a la figura monumental de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) y su *System des heutigen Römischen Rechts*. Savigny trata la capacidad jurídica en el segundo volumen de su *System*. Empieza con las restricciones de la capacidad jurídica en el Derecho romano según la doctrina de los *status*, y luego pasa a la *Heutige Anwendbarkeit der Lehre von der Rechtsfähigkeit und der capitis deminutio*, la aplicación actual de la doctrina de la capacidad jurídica y de la *capitis deminutio*. Con lo último quiere decir las restricciones de la capacidad jurídica por infamia y por religión. Tiene una definición muy clara de qué implica ser sujeto de derecho: «*Wer kann Träger oder Subject eines Rechtsverhältnisses seyn? Diese Frage betrifft das mögliche Haben der Rechte, oder die Rechtsfähigkeit, nicht das mögliche Erwerben derselben, oder die Handlungsfähigkeit, welche erst in einem folgenden Abschnitt betrachtet werden wird (§ 106)*»⁷. Savigny entonces ya utilizaba la expresión «sujeto de derecho» en el mismo sentido que nosotros, relacionado con la posibilidad de *tener* derechos, y no de adquirirlos. Por cierto, Savigny no la relaciona con la voluntad del hombre, como lo hacen Puchta y Windscheid. Otra observación es que Savigny distingue claramente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La expresión «sujeto de derecho» se remonta por lo menos a la década de 1840. Pero podemos ir más allá todavía, a la obra del adversario de Savigny en la famosa discusión sobre la necesidad de una codificación para los países alemanes: Anton Friedrich Justus Thibaut. Es posible que a Thibaut terminara de marcarlo el hecho de haber perdido la discusión con Savigny sobre la codificación. Sin

⁶ G.F. PUCHTA, *Pandekten*, 3^e verbesserte Aufl. (Leipzig 1845). Zweites Buch. Von den Rechtsverhältnissen. Erstes Kapitel. Die Personen. Begriff der Person.

⁷ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* (Berlin 1840) Band II, p. 1 (§ 60).

embargo, fue un jurista de altísimo nivel. Al inicio del siglo XIX ya había escrito una obra titulada *System des Pandekten-Rechts*. Aquí hay un fragmento relevante: «*Rechtsfähigkeit. Das dritte, was bey Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, ist das Subject derselben, d.h. dasjenige, dem etwas möglich oder nothwendig ist. Hier ist nun 1.) zunächst die Frage vor allen zu erörtern: wer kann Subject eines Rechts seyn, und zwar sowohl nach der Natur der Sache (natürliche Rechtsfähigkeit), als den Vorschriften des positiven Rechts (bürgerliche Rechtsfähigkeit)? Derjenige, welcher in irgend einer Rücksicht als Subject eines Rechts betrachtet wird, heisst insofern Person, besonders insofern man ihn als Subject bürgerlicher Rechte betrachtet; Sache dagegen heisst dann alles, was den Gegensatz einer Person ausmacht*»⁸. Thibaut ya estaba utilizando el término *Subject des Rechts* y lo define como *dasjenige, dem etwas möglich oder nothwendig ist* —esto para lo que algo es posible o necesario, es decir, que puede tener derechos u obligaciones—. Esa posición puede resultar de la naturaleza o de las normas del Derecho positivo. El sujeto de derecho se llama *Person*, y entonces tenemos personas naturales y personas jurídicas. Nótese, pues, que *sujeto de derecho* ya se utiliza en el año 1803.

¿Podemos retroceder todavía más en la historia? Vamos a echar un vistazo a la codificación para Prusia de 1794: el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR). El ALR es una codificación muy extensa de unos 13.000 párrafos. Hay tres párrafos que hablan concretamente del tema de tener derechos. El hombre es llamado persona en cuanto disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil. Las personas con los mismos derechos forman una clase social, y los miembros de una clase tienen ciertos derechos. Los derechos que uno tiene dependen de la clase de la sociedad a la que pertenece; volveré a este tema más adelante. Este primer título tiene 45 párrafos, pero en ninguno de ellos se utiliza el término *sujeto de derecho*: Erster Theil, Erster Titel: «*Von Personen und deren Rechten überhaupt. § 1. Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt. § 6. Personen, welchen, vermöge ihrer Geburt, Bestimmung, oder Hauptbeschäftigung, gleiche Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft beygelegt sind, machen zusammen Einen Stand des Staates aus. § 7. Die Mitglieder eines jeden Standes haben, als solche, einzeln betrachtet, gewisse Rechte und Pflichten*».

⁸ A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Erster Band (Jena 1803) p.140: Dritter Abschnitt. Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten. § 188.

Tammo Wallinga

Dejando a los alemanes atrás, vamos a ver un momento también lo que pasó en Francia. El *Code civil* francés de 1804 no utiliza el término «sujeto de derecho». En su primer libro, el primer título es *De la Jouissance et de la Privation des Droits civils*, y el primer capítulo se llama *De la Jouissance des Droits civils*. En ese capítulo, el artículo 8 que dice *Tout Français jouira des droits civils*. Sin embargo, ningún artículo menciona el sujeto de derecho. Finalmente, miramos a uno de los grandes precursores del *Code civil*, Robert-Joseph Pothier (1699-1772). Existe de él un *Traité des personnes et des choses*⁹, pero no habla de sujeto de derecho. Trata diferencias de clase, que conllevan distintos derechos y privilegios, pero el término técnico que se utiliza es *jouir des droits*, nada más.

No he ido más allá. Puede que Thibaut sea el inventor del *sujeto de derecho*; de todas las formas, la expresión es anterior a la Pandectística, así que es más antigua de lo que me esperaba.

2. TERMINOLOGÍA Y SISTEMÁTICA

Otro tema que me interesa es la terminología y la sistemática relacionadas con el sujeto del derecho. He consultado varios manuales de Derecho romano, los que tengo en casa. El principal ha sido de Juan Iglesias (padre), de 1972¹⁰. Una buena característica de los manuales de Derecho romano es que no sufren fácilmente una pérdida de actualidad. Iglesias dedica un capítulo entero al *Sujeto de derecho*. Empieza con la dicotomía entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*. Citamos unas líneas: «*De la capacidad jurídica —la personalidad del Derecho privado, que se explica tradicionalmente con los status—, distínguese la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. Capacidad de obrar es la idoneidad para realizar actos con efecto jurídico*»¹¹. Mi manera preferida de explicar a mis estudiantes la diferencia entre ambos conceptos es decir: se trata de derechos. La capacidad jurídica tiene que ver con *tener* derechos; la capacidad de obrar tiene que ver con la *creación* y la *extinción* de derechos. Iglesias dice más o menos lo mismo, en términos más sofisticados.

⁹ *Oeuvres posthumes de M. POTHIER (...) tome sixième, contenant les Traités des donations entre vifs, des personnes & des choses* (Paris 1777).

¹⁰ J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 6.ª ed. (Barcelona 1972).

¹¹ *Ibidem*, p. 147, n. 10.

Lo que se ve en la definición de Iglesias es que los dos conceptos dependen de criterios muy distintos. La capacidad jurídica depende de los *status*: hay que ser libre, ciudadano romano y tener la posición adecuada dentro de la familia, es decir: ser *sui iuris*. La capacidad de obrar, Iglesias la explica como la *idoneidad* para realizar actos con efecto jurídico. La palabra *idoneidad* subraya que la capacidad de obrar depende de otras características, que implican tener suficiente conocimiento y experiencia para salvaguardar los propios intereses cuando uno participa en el tráfico jurídico y se mueve en el mercado. Depende de la edad, de estabilidad psicológica (no ser *furiosus* ni *prodigus*) y antiguamente también de sexo, aunque este último criterio fue perdiendo importancia, en parte por el *ius liberorum*¹². Dicho de otra manera: tener derechos puede corresponder a cualquiera. Para crear, adquirir o extinguirlos, tienes que saber lo que haces.

Sin embargo, en las expresiones modernas se utiliza la misma palabra *capacidad*, aunque la capacidad jurídica no depende de la experiencia o sabiduría de la persona. Me llamó la atención que, en alemán, la capacidad jurídica es la *Rechtsfähigkeit*, y la de obrar es *Handlungsfähigkeit* o *Geschäftsfähigkeit*. Los términos ya se encuentran en las obras de Savigny, concretamente en el pasaje ya citado arriba. Así que en alemán también, ambos conceptos se describen utilizando la misma palabra: *Fähigkeit*. Esa palabra se refiere, quizás todavía más que *capacidad* en español, a una habilidad adquirida, al resultado de un proceso de aprendizaje y de adquirir experiencia.

Quizás sea interesante comparar los términos en Neerlandés, porque esos sí son realmente distintos para los dos conceptos. *Capacidad jurídica* es *rechtsbevoegdheid*; *capacidad de obrar* es *handelingsbekwaamheid*. La palabra española *capacidad* pues corresponde a dos términos distintos: *bevoegdheid* —se puede comparar *Befugnis* en alemán— y *bekwaamheid*. El primero —*bevoegdheid*— implica algo que otorga el sistema de derecho, que uno tiene permiso para hacer algo, que *puede* hacerlo¹³. Por cierto, hay varias obras académicas alemanas del siglo XIX que

¹² M. KASER, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München 1971) p. 320; J. IGLESIAS, *Derecho romano* (vide supra n. 10) pp. 131, 556 y 587.

¹³ Código civil neerlandés, art. 1:1 – ‘Allen die zich in Nederland bevinden zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten.’ *Todos los que se encuentran en Países Bajos son libres y están autorizados al disfrute de los derechos civiles*. Art. 2:5 – ‘Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.’ *En cuanto al derecho patrimonial, una persona jurídica equivale a una persona natural, salvo que de la ley resulte lo contrario*.

Tammo Wallinga

señalan que es la legislación quien otorga a una persona la capacidad jurídica. Citamos como ejemplo a Regelsberger: «*Die Rechtsfähigkeit beruht auf einer Verleihung durch das positive Recht. Ein Wesen ist rechtsfähig oder Person, weil ihm oder seiner Gattung ein geschriebener oder ungeschriebener Rechtssatz die Rechtsfähigkeit zuerkennt*»¹⁴. El segundo término neerlandés —*bekwaamheid*— implica haber adquirido una habilidad, que uno *sabe* hacer algo. El adjetivo *bekwaam* significa *apto*, o *hábil*. Esta distinción en los términos neerlandeses me parece —y confieso que no soy nada objetivo en cuanto a este tema— un avance en la terminología que lleva a una dogmática más pura y clara.

La distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar la encontré también en un manual de Derecho privado romano de otro autor¹⁵. En ese manual, el capítulo VIII se titula *La persona física. Causas modificativas de la capacidad jurídica. La persona jurídica*, y el capítulo IX se titula *Causas excluyentes o limitativas de la capacidad de obrar*. Así que el capítulo VIII parece tratar la *rechtsbevoegdheid*, y el capítulo IX la *handelingsbekwaamheid*. En el capítulo VIII se relaciona el término latín *capax* con la idoneidad de una persona para ser titular de derechos y obligaciones en relaciones concretas, es decir, la capacidad jurídica. Sin embargo, directamente después se citan como ejemplos las expresiones *doli capax*, *culpa capax* e *iniuria capax*, que son ejemplos más bien relacionados con la capacidad de obrar. Además, me sorprendió mucho encontrar en este capítulo VIII que pretende dedicarse a la capacidad jurídica, el tema *La tutela de las mujeres*, que lógicamente tendría su sitio en el capítulo IX dedicado a la capacidad de obrar. Por otro lado, en el capítulo IX, por motivos que no consigo explicar, se tratan los temas *Los status de la persona* y *La persona jurídica*. Ambos temas tienen que ver más bien con la capacidad jurídica y por ende deberían tratarse en el capítulo VIII. Una sistematización muy peculiar y, a mi modo de ver, equivocada.

3. EL INICIO DE LA SUBJETIVIDAD DE DERECHO

Hoy en día, la capacidad jurídica empieza con el nacimiento. En tiempos romanos también, si el recién nacido no iba a caer bajo la patria potestad. Si nacía libre, como ciudadano romano y sin encontrarse bajo la patria potestad, tenía capacidad jurídica desde su nacimiento, esto es, si nacía con vida. Para

¹⁴ FFW. REGELBERGER, *Pandekten*, Band I (Leipzig 1893) § 56, p. 237.

¹⁵ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano* (Madrid 2022).

comprobarlo, los proculianos requerían que llorara; no lo exigían los sabinianos, y Justiniano se quedó con éstos. Además tenía que nacer con forma humana, no podía ser ni *monstrum* ni *prodigium*. Así que en principio bastaba con que naciera un niño vivo normalmente formado.

Un niño nacido de tal manera es capaz de romper el testamento de su padre si nace después de la muerte de éste y el padre no ha tenido en cuenta al *nasciturus*. Esta es una cosa seria, sobre todo cuando el niño muere poco después de nacer. En este caso, una vida muy breve puede tener consecuencias graves en cuanto a la sucesión, y se puede preguntar si estas consecuencias están justificadas. Al parecer, los romanos las aceptaban y Justiniano lo hace explícitamente en su constitución recogida en C. 6,29,3 (*De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis*): 3,1 (...) *si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium*. Traducción (TW): (...) si nació perfectamente vivo, aunque directamente después se cayó al suelo o se murió en manos de la partera, aun así se rompe el testamento, y se exige tan sólo que vino al mundo entero y vivo, sin tender a monstruo o prodigio [530].

Leyendo las obras de los juristas alemanes del siglo XIX di con una argumentación interesante de Savigny precisamente sobre este tema, en una adición al segundo tomo de su *System*¹⁶. Allí argumenta que al requisito de nacer vivo no se debe añadir el requisito de la viabilidad. Otra vez retrocedí en la historia e intenté leer todas las obras relevantes; en este caso había muchísimas y me limité a una selección. La obra más antigua sobre embarazo, nacimiento y sus consecuencias jurídicas que encontré fue un manual enorme, español, del año 1629, de Alfonso Carranza. Contiene un amplio tratamiento de la viabilidad de niños que nacen después de cinco, seis, siete, ocho, nueve, diez hasta once meses de gestación. Citamos un pasaje relevante: (p. 510, § 97) «*Quin & in eo (quod longius a sequendo tramite aberrat) discordes sumus quod Baldus, & reliqui a Giurba laudati ex probatione editionis octavo mense evenientis eliciunt partum eijciendum & excludendum a subcesione parentum & aliorum. Nos econtrario a simili probatione consequimur, partum legitimo tempore, licet minus adsueto, editum & naturalem, vitalemque esse, si vivus*

¹⁶ FC. VON SAVIGNY, *System II* (vide supra n. 7) pp. 385-417, Beylage III. *Die Vitalität eines Kindes, als Bedingung seiner Rechtsfähigkeit* [La viabilidad de un niño como condición para su capacidad jurídica].

Tammo Wallinga

*perfecte editus est, ad nullam declinans monstrum vel prodigium, l. quod certatum 3. C. de posthum. heredib. instituend. vel si nobis (iuxta dicta l. <1>3. Tauri) fuerit baptizatus, & vigintiquattuor supervixerit horas». (p. 511, § 100) «Utcunque autem fit, si aliquo ex dicendis supra indicatis, vel aliis similibus probetur octomestris nativitas & editio, eam constanter adseverare debemus naturalem, vitalem, legitimamque & capacem subcessionis ascendentium & conlateralium, & Iure Civili paternum rumpere testamentum, si praetereatur»¹⁷. Aquí se ve que el autor —en contra a la opinión de muchos de sus contemporáneos— considera que un niño nacido después de ocho meses es viable, y capaz de causar varias consecuencias jurídicas. Apunta a la norma española de las *Leyes de Toro* (Ley 13), según la que el niño tiene que estar bautizado y tiene que haber vivido al menos 24 horas. Luego señala explícitamente el problema de que tal niño, también si se muere poco después, puede invalidar un testamento y puede heredar de varios familiares.*

En el ambiente jurídico alemán, la viabilidad fue problematizada en todo caso por Oeltze en un ensayo de 1769, en el que hace la pregunta «*An partus vivus non vitalis hereditatem transmittat?*»¹⁸. Por cierto, Oeltze no se refiere a la obra de Carranza. En general, argumenta a favor de un requisito de viabilidad para que el recién nacido produzca consecuencias jurídicas.

Savigny, por su parte; tiene una argumentación muy convincente contra el requisito de la viabilidad, véase el siguiente fragmento: «*Man wende nicht ein, das Leben des Kindes müsse doch, auch nach unsrer Behauptung, bewiesen werden, warum nicht die Lebensfähigkeit? Gerade hierin ist der Unterschied recht auffallend. Das Leben ist meist Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung, kann also wie jede andere Thatsache durch gewöhnliches Zeugnis ohne Gefahr erwiesen werden; das Urtheil über die Lebensfähigkeit müßte nach wissenschaftlichen Regeln gefällt werden, über welche die Ärzte selbst im höchsten Grade uneinig sind*»¹⁹. Resumiendo: a Savigny no le parece práctico añadir un segundo requisito a la percepción relativamente sencilla del hecho de que el niño recién nacido viva o no. La viabilidad tendría que ser determinada

¹⁷ A. CARRANZA, *Tractatus Novus & accuratissimus De Partu naturali et legitimo, ubi controversiae Iuridicae, Philologicae, Philosophicae, Medicae discutiuntur, ad Fori usum & Praxim* (...) Sumptibus Ioann. de Tourne et Iacobi de la Pierre, [s.l.; Geneva] 1629.

¹⁸ G.E. OELTZE, *Commentatio iuridica de partu vivo vitali aut non vitali praecipue ratione transmissionis hereditatis* (Jena 1769) p. 15.

¹⁹ F.C. VON SAVIGNY, *System II* (vide supra n. 7) pp. 385-417, Beilage III. *Die Vitalität eines Kindes, als Bedingung seiner Rechtsfähigkeit* p. 395.

por médicos según normas científicas sobre las que los mismos médicos tienen muchas diferencias de opinión. Luego da incluso una *reductio ad absurdum* con un ejemplo: vamos a suponer que nace un niño con varios defectos serios que, gracias a unos cuidados excelentes sobrevive, contra toda esperanza. Poco después llega el informe de los médicos, quienes llegan a la conclusión de que este niño no es viable y hay que suponer que nunca existió ... y sin embargo vive.

Savigny señala que la viabilidad es requisito en dos artículos del *Code civil* francés, que declaran incapaz de suceder *ab intestato*, por testamento y también por donación al *enfant qui n'est pas né viable*: CC 725: *Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession*. C. 135, 136, 1039. – *Ainsi, sont incapables de succéder*. – 1.º *Celui qui n'est pas encore conçu*; C. 312, 906. – 2.º *L'enfant qui n'est pas né viable*; – 3.º *Celui qui est mort civilement*. C. 23, 25, 718, 719. CC 906: *Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation*. – *Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur*. – *Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable*. C. 312, 725, 902, 1043. Savigny hace referencias a obras anteriores, entre ellas las de Carranza (p. 410) y Oeltze (p. 411).

Puchta escribió una reseña de los dos primeros tomos del *System* de Savigny recién salidos de la prensa en 1840, prestando especial atención a la adición sobre la viabilidad, *Beilage III*. Puchta dice que Savigny había refutado completamente la *communis opinio* sobre el requisito de la viabilidad: «*Zu den unbestrittenen Erfordernissen der Entstehung einer natürlichen Person, in welche die Voraussetzung der Entstehung eines Menschen, als des Subjects der natürlichen Persönlichkeit, aufgelöst wird: "Trennung von der Mutter, vollständige Trennung, Leben des Geborenen nach der vollständigen Trennung, menschliche Natur desselben," setzt die gemeine Meinung ein fünftes: die Lebensfähigkeit des Geborenen, hinzu. Dieses ist schon mehrmals bestritten worden, jedoch ungenügend, jetzt hat der Verf. in einer vortrefflichen Ausführung (Beilage III.) die herrschende Meinung auf das vollkommenste beseitigt. (...)*»²⁰. En términos generales, Puchta da la razón a Savigny. Sin embargo, también señala que las consecuencias de aceptar la capacidad jurídica de un niño que murió poco después de nacer parecen desmesuradas, en comparación con la breve duración de la vida. Además, indica algunos otros problemas que Savigny no había tratado.

²⁰ G.F. PUCHTA, *Kritische Jahrbücher* (Leipzig 1840), pp. 679-680.

Tammo Wallinga

La cuestión en sí se demostró ampliamente viable. El jurista más importante que la retomó fue Carl Georg von Wächter²¹: «*Quaestio enim, num partus vivus quidem editus sed non vitalis personam habeat iuriumque compos sit, num ergo parvo temporis spatio, per quod post exclusionem ex utero in vita manet, defuncti patrisfamilias hereditatem jure sui heredis adquirat, testamentum, quo praeteritus est, rumpat, ad aliorum hereditates vocari earumque adeundarum jus in heredes transmittere potest, legata ei obveniant – gravis haec quaestio nostra aetate unanimi paene recentiorum juris civilis interpretum sententia decisa et diremta esse videtur. Nam ex his, qui XL annis proxime elapsis de jure civili scripserunt, perpauca sunt, qui ista negent; omnes paene et in eis gravissimi scriptores quaestionem propositam affirmant et, partum vivum non vitalem personam habere iuriumque compotem esse contendunt*». Wächter argumenta de manera extensa a favor la viabilidad como criterio para la capacidad jurídica. Parece que Windscheid, entre otros, estaba de acuerdo con su argumentación. Sin embargo, la viabilidad no llegó al BGB alemán como condición para la capacidad jurídica²². Por cierto, es interesante una expresión que Wächter utiliza al inicio y al final de este fragmento: *iurium compos*, que parece una traducción literal al latín de la palabra alemana *rechtsfähig*.

Para terminar este apartado, quería llamar la atención sobre el antiguo artículo 30 del Código civil español, que —en conformidad con las *Leyes de Toro* y la *Novísima Recopilación*— requiere que un niño haya vivido 24 horas para ser tomado en consideración para los efectos civiles: Código civil español (hasta 2011): «Art. 30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». Cfr. *Leyes de Toro (1505)*, *Ley XIII*; *Novísima Recopilación (1805)*, *Libro X*, *título V*, *Ley II*. Mientras, el Código civil español actual, dice en su artículo 30: «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». (Redactado por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (B.O.E. del 22 julio). Vigencia: 23 julio 2011).

Para concluir: parece que los romanos no tenían un requisito de viabilidad, por lo menos no para adquirir la capacidad jurídica en cuanto al Derecho patrimonial. Gayo (1, 29) señala que los *latini* que quieren convertirse en ciudadanos

²¹ C.G. VON WÄCHTER, *Commentatio de partu vivo non vitali, partes 1-5* (Lipsiae 1863-1866) I, p. 3.

²² El por qué se merece una investigación separada que no he querido emprender.

romanos lo pueden hacer en conformidad con la *lex Aelia Sentia*. Tienen entonces que procrear a un hijo y el hijo tiene que tener un año para que sea reconocido en términos de esa ley. Así que el requisito de la viabilidad no era completamente desconocido, pero no se aplicaba al Derecho patrimonial entre ciudadanos romanos.

4. LA CAPACIDAD JURÍDICA ROMANA: *SUI IURIS* CONTRA *ALIENI IURIS*

Ahora miramos un momento hacia el sujeto de derecho en el Derecho romano. Antiguamente, no había muchos, tan sólo los *patres familias*, las personas *sui iuris*. Esto parece indicar un papel importante de la familia e igual también el de la finca familiar, que tendría su lógica en una sociedad que empezó con carácter rural y campesino. No soy antropólogo, así que no me atrevo a decirlo con autoridad alguna. Pero no creo que me equivoque si me imagino a Roma en la época clásica como una sociedad más urbanizada, y se podría esperar que hubiera cambios en cuanto al papel de la familia. Así lo expone Max Kaser en su manual de Derecho privado romano: «*Die Rechtsanschauung der klassischen Zeit geht nicht mehr von der Familie, sondern vom Einzelmenschen aus. Das zeigt am deutlichsten der Aufbau des ersten Buchs der Gaiusinstitutionen, dessen Hauptteil von den Personen handelt*»²³. Me pregunto si Kaser tenía razón completamente. Con unos colegas —dos jóvenes activos y dos jubiladas— estoy leyendo el primer libro de Gayo, y en la primera mitad se lee mucho sobre esclavitud, manumisión, varias maneras de convertirse —o convertir a sus hijos— en ciudadanos romanos, y un fragmento largo sobre la patria potestad. Esta última parece conformarse a la antigua tradición, y no veo ninguna huella de una sociedad más centrada en las personas como individuos. En las Instituciones de Gayo, todavía es el *pater familias* el único verdadero sujeto de derecho dentro de la familia. Es posible que los *fili in potestate* obtuvieran más posibilidades de moverse en el mercado en base a un *peculium*, pero éste no deja de formar parte del patrimonio familiar que en última instancia pertenece al *pater familias*.

Hasta la época justiniana tampoco cambió tanto. A partir de Augusto se concedió a los militares el *peculium castrense*, primero como la posibilidad de testar sobre lo que habían adquirido durante su servicio. Luego se extendió —en tiempos de Adriano y de los Severi— a veteranos, y se aplicó también a negocios *inter vivos*. Al final resultó un verdadero patrimonio propio para el hijo *in potestate*, que

²³ M. KASER, *Das römische Privatrecht* (vide supra n. 12) p. 270, n. 12.

Tammo Wallinga

pasaba al *pater familias* tan sólo si no había testamento. A partir de Constantino pasa algo parecido con los ingresos de funcionarios públicos y eclesiásticos. Justiniano recoge todos estos casos bajo el nombre de *peculium quasi castrense*. También desde Constantino, los bienes heredados de la madre se atribuyen al hijo (y a la hija) *in potestate*. Al *pater familias* se le concede un derecho de usufructo sobre estos bienes —llamados *bona materna*— que perjudica bastante el derecho del hijo, pero cuando se muere el padre estos bienes no forman parte de la herencia que deja éste. Y finalmente, en la época postclásica una normativa parecida a la de los *bona materna* se aplica también a bienes obtenidos de otra manera, como de familiares de parte de la madre en forma de donación, herencia o legado, o también como dote. Justiniano amplía esta categoría —llamada *bona adventicia*— a cualquier bien recibido excepto del patrimonio del padre²⁴.

Me parece importante constatar que todo lo que se otorga a los hijos *in potestate* como patrimonio propio son bienes que vienen desde fuera: son ingresos que resultan del servicio militar o como funcionario, los bienes heredados de la madre y los bienes recibidos de otras personas, nunca del *pater familias*. La idea de un patrimonio familiar que pertenece esencialmente al *pater familias* parece haber sobrevivido por lo menos hasta Justiniano. En cuanto al Derecho patrimonial, el *pater familias* sigue siendo el sujeto de derecho principal, aunque hay algunas otras personas que se pueden llamar sujetos de derecho también. Sin embargo, esto depende del hecho de tener un *peculium castrense* o *quasi-castrense* (sólo para varones), o *bona materna* o *bona adventicia*. No es posible, todavía, otorgar por definición la capacidad jurídica a nadie que no sea un ciudadano libre y *sui iuris*. Como dice Iglesias: «En el Derecho romano antiguo, la personalidad jurídica presenta unas características que fácilmente escapan a la comprensión de los modernos. Falta allí el concepto de persona jurídica y, por otra parte, la persona singular no se concreta en el individuo, sino en el *paterfamilias*. En la genuina concepción romano no existen individuos»²⁵.

Para resumir brevemente una historia muy larga, que podría ser tema para varios trabajos más, comento que las restricciones a la subjetividad jurídica se fueron eliminando muy paulatinamente a través de la historia. En la Edad Media y después había restricciones —y ahora no hablo tan sólo de derechos patrimonia-

²⁴ J. IGLESIAS, *Derecho romano* (vide supra n. 10) pp. 543-546; M. KASER, *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen* (München 1975) pp. 214-219.

²⁵ J. IGLESIAS, (vide supra n. 10) p. 158, n. 10.

les— en función de clase social, religión e *infamia*; las menciona todavía Savigny como algo vigente en los países alemanes de su época²⁶. Windscheid señala que buena parte de las restricciones relacionadas con la religión se habían eliminado en función del Tratado de Westfalia en el año 1648, y que en su día los judíos habían obtenido prácticamente los mismos derechos que los cristianos, y que a partir de 1875 estaban permitidos los matrimonios entre judíos y cristianos²⁷. En cuanto a los derechos patrimoniales, las restricciones de subjetividad de derecho habían desaparecido en el BGB alemán en el año 1900. Esto no quita para que hubiera unas ideas retrógradas en la Alemania de los años 30 del siglo pasado: «*Rechtsfähig ist nur, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse ist nur, wer deutschen Blutes ist*»²⁸.

5. PERSONAS JURÍDICAS ROMANAS

Acabamos de ver la cita de Iglesias, en la que dice que a los romanos les faltaba el concepto de la persona jurídica. En general, se dice que la persona jurídica es una invención de la Edad Media. Sin embargo, en la práctica romana había varios colectivos que se movían en el mercado, que eran propietarios de bienes y hacían contratos, y se pueden considerar personas jurídicas por lo menos al nivel práctico. De hecho, hay una variedad sorprendente. Algunos pertenecen al Derecho público, como el *populus*, y aunque pueden tener un patrimonio, sus bienes son *res extra commercium*. Los antiguos *collegia* y *sodalitates* con finalidad religiosa son más bien órganos del Estado. Sin embargo, los *municipia* se rigen por el Derecho privado, y según su ejemplo los nuevos *collegia*, *sodalitates* y *universitates* pueden participar en el tráfico jurídico con cierta independencia, bajo la denominación común *asociaciones*.²⁹ Esta independencia se muestra claramente en el siguiente fragmento: D. 3,4 (*Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*), 7,1-2 (*Ulp. 10 ad ed.*) 1. *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent. 2. In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes immutati sint. sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.* Traducción (d'Ors):

²⁶ F.C. VON SAVIGNY, *System 2* (vide supra n. 7) pp. 224-230 (§ 83); pp. 231-234 (§ 84).

²⁷ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch* (vide supra n. 5) pp. 146-148, § 55.

²⁸ K. LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, en G. Dahm (Ed.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Berlin 1935) pp. 225-260, esp. p. 241.

²⁹ J. IGLESIAS, *Derecho romano* (vide supra n. 10) p. 158 s.

Tammo Wallinga

D. 3,4 (Cuando se demanda en nombre de una corporación o en contra de ella),7, 1-2 (Ulpiano, libro X de los comentarios al Edicto) 1. Si se debe algo a una corporación, no se debe a cada uno de los miembros, ni lo que debe la corporación lo adeuda cada uno de ellos. 2. Tratándose de decuriones o de otras corporaciones, nada importa que continúen los mismos, que queden algunos o que todos hayan cambiado, pero si la corporación se redujo a uno solo, lo más aceptado es que puede demandar y ser demandado, ya que el derecho de todos se concentró en él y subsiste el nombre de la corporación.

El título del Digesto en el que se halla este texto ya deja claro que una *universitas* puede demandar y ser demandada: *Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*. El texto no deja lugar a dudas: lo que se debe a la corporación no se debe a sus miembros individuales. La corporación claramente tiene un patrimonio propio. En términos modernos: tiene personalidad jurídica. En el segundo párrafo del texto se explica que no importa que cambien los miembros; la corporación tiene su propia existencia colectiva. Tan sólo cuando el número de miembros se reduce hasta uno se pierde la idea de corporación, y el único miembro que permanece actúa más bien por su propia cuenta.

Este texto ha sido importante en la Edad Media para empezar a desarrollar una teoría de las personas jurídicas, como se puede ver en la glosa de Acursio: Glosa a D. 3,4,7,1-2: «*Nomen universitatis. (...) Item quid si nullus omnino remansit? Resp. Io. solutum esse collegium, et res in nullius bonis sunt, sicut et hereditariae; sed tamen si postea auctoritate domini Papae, vel eius, ad quem spectat cura eiusdem collegii, instituaturs aliquis in eodem collegio, iuris artificio fingitur istius fuisse (...) licet quidam archiepiscopus Moyses ipsos parietes possidere dixerit, etiam durante collegio, quod durissimum est dicere, et contra legem videtur (...) posset tamen pro Moyse allegari, quod plerumque dicitur Ecclesia ipse locus parietibus circumdatus, et etiam consecratus, et alias dicitur Ecclesia ius habere et possidere et vindicare (...) Vnde videtur, quod talis locus, sive parietes possideant etiam durante collegio, et vindicent per praelatos, tanquam quilibet privatus per procuratorem vel colonum*». Traducción (TW): El nombre de la corporación. (...) ¿Y qué, si ya no hay nadie del todo? (Johannes Bassianus) responde que se disuelve el colegio, y los bienes pertenecen a nadie, como los bienes hereditarios. Pero después si por la autoridad del Papa o la de la persona a la que corresponde el cuidado del mismo colegio, alguien es instalado en ese colegio, se finge con un artificio del derecho que fueron de él (...) Aunque un tal arzobispo Moyses dijo que los muros mismos poseen, incluso mientras exista el colegio, lo que es algo muy fuerte que decir, y parece contrario a la ley (...) Sin embargo, se puede decir

a favor de Moyses que a menudo se llama a la Iglesia un lugar circundado por muros, e incluso sagrado, y en otro lugar se dice que la Iglesia tiene derecho y posee y reclama (...) Por ende parece que un tal lugar o los muros poseen incluso existiendo el colegio, y demandan por los prelados, tal y como cualquier persona privada por un procurador o colono.

El texto D. 3,4,7,1-2 inspiró a los Glosadores para reflexionar más sobre la naturaleza de las colectividades. Una cuestión importante es ¿qué pasa cuando el número de miembros se reduce a uno o incluso a cero? En la glosa se puede leer una sugerencia interesante. Primero se cita la opinión de Juan Bassiano (segunda mitad del siglo XII) que dice que el colegio se disuelve cuando no quedan miembros, y sus bienes no pertenecen a nadie, aunque pueden ser recuperados si el Papa o algún dignitario local instala a alguien en el colegio otra vez. Pero luego viene la sugerencia del arzobispo Moyses, que dice que los muros del edificio del colegio poseen los bienes, incluso antes de la reducción del número de miembros del colegio. De esta manera —entre otras— los glosadores empezaron a buscar una teoría detrás de los casos en el Derecho romano en los que una corporación tiene derechos y deberes propios.

En los dos textos siguientes se pueden ver ejemplos de una *civitas* que tiene cosas en propiedad, como edificios y esclavos: D. 1,8 (*De divisione rerum et qualitate*),6 (*Marc. 3 inst.*),1: *Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus.*

Traducción (d'Ors): D. 1,8 (Sobre la división y cualidad de las cosas),6 (Marciano, Instituciones, libro III),1: Son de la colectividad, no de los particulares, los teatros que hay en las ciudades, por ejemplo, los estadios, y otras cosas semejantes así como también algunas otras que pertenecen en común a las ciudades. En consecuencia, el esclavo común de la ciudad no se entiende que es en parte de cada persona, sino de la colectividad y, por ello dispusieron en un rescripto los hermanos <emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero>, de consagrada memoria, que el esclavo de la ciudad puede ser sometido a tortura <para que declare> tanto en contra como a favor de un ciudadano. Por consiguiente, el liberto de la ciudad no tiene necesidad de solicitar la venia <que exige> el edicto, si citare ante el tribunal a alguno de los ciudadanos.

Y sobre un municipio o una corporación que ejercitan una acción: D. 3,4 (*Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*), 2 (*Ulp. 8 ad ed.*): Si

Tammo Wallinga

municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica vel universitate intervenit, non pro singulis. Traducción (d'Ors): Si los miembros de un municipio o de alguna corporación nombrasen representante para ejercitar una acción, no se habrá de decir que se tenga como nombrado por varios individuos, porque actúa éste por la ciudad o por la corporación, no por cada uno de sus miembros.

Puede que los romanos no tuvieran una teoría sobre las personas jurídicas, pero estas existían en el Derecho romano; de hecho, había bastante variedad. Lo que demuestra que para que algo funcione en la práctica no hace falta una teoría.

6. UNA PERSONA JURÍDICA FICTICIA: EL BARCO COMO EMPRESA

Entre las personas jurídicas en el Derecho romano *no* está el barco como empresa. Hace unos cuantos años tuve que informar a la redacción de una revista en un *peer-review* sobre un artículo que pretendía argumentar que hubiera existido una persona jurídica de tal naturaleza: un barco en el peculio de un esclavo, que formara un patrimonio independiente con personalidad jurídica propia. Voy a citar tres pasajes del artículo para demostrar cómo el autor manipula las fuentes para que quepan dentro del molde de su teoría.

Artículo anónimo, 1.

Comentario sobre D. 15,3,3,1: «Esta naturaleza jurídica, de limitación patrimonial y responsabilidad patrimonial separadas, permite, desde la óptica procesal, que se pueda demandar tanto a la empresa con la acción de peculio —*si prius in peculium vertit pecuniam*— como al dueño, con la *actio de in rem verso*».

D. 15,3 (*De in rem verso*), 3 (*Ulp. 29 ad ed.*), 1 *in fine*: (...) *hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem dōmini, esse de in rem verso action possit.* Traducción (d'Ors): (...) seguimos el principio de que, aunque primero la cantidad se invierta en el peculio y después en provecho del dueño, puede haber acción de provecho obtenido.

La primera cita es un comentario a D. 15,3,3,1: «Esta naturaleza jurídica, de limitación patrimonial y responsabilidad patrimonial separadas, permite, desde la óptica procesal, que se pueda demandar tanto a la empresa con la acción de peculio —*si prius in peculium vertit pecuniam*— como al dueño, con la *actio de in rem verso*». Lo que se dice aquí muestra, ante todo, un error de interpretación del texto. La frase *si prius in peculium vertit pecuniam* se refiere a la situación en la que el esclavo ha pedido prestado una cantidad de dinero que vierte inicialmente en su peculio, pero luego hace llegar el dinero directamente a su dueño. Las cuentas que

lleva el esclavo van a determinar si un proceso se tiene que hacer con la acción *de peculio* o más bien con la *actio de in rem verso*: la diferencia es importante en cuanto a la manera de calcular la cantidad que se puede demandar. Contrario a lo que quiere sugerir el autor, ambas acciones —no sólo la *de in rem verso*, sino la *de peculio* también— se dirigen contra el dueño del esclavo como demandado. En ningún momento se puede *demandar . . . a la empresa*.

D. 15,3 (*De in rem verso*), 3 (*Ulp. 29 ad ed.*), 1 *in fine*: (...) *hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit*. Traducción (d'Ors): (...) seguimos el principio de que, aunque primero la cantidad se invierta en el peculio y después en provecho del dueño, puede haber acción de provecho obtenido.

En el mismo artículo hay otro comentario, esta vez al texto D. 15,3,7,1: «En esta dirección, si el esclavo directivo imputa derechos y obligaciones civiles en el peculio, *si servus dum non vult eum debitorem facerem peculiarem*, (si el directivo esclavo no quiere hacer deudor al peculio) . . .»

Hay varios errores. Primero el error ortográfico *facerem* en vez de *facere*. Segundo, la traducción incorrecta *hacer deudor al peculio*. Veamos la traducción correcta de d'Ors, con una pequeña adición mía: D. 15,3 (*De in rem verso*), 7 (*Ulp. 29 ad ed.*), 1: *Plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est*. Traducción (d'Ors): Claro que si el esclavo hubiera recibido en mutuo y pagó <a su dueño, TW> con intención de donar, no queriendo hacerle deudor del peculio, procede la acción de provecho obtenido.

Lo que pasa es que el esclavo otra vez pide prestada una cantidad de dinero y la hace llegar a su dueño como donación, sin anotarla en las cuentas del peculio. Dentro de la relación dueño-esclavo, entonces, el dueño no se convierte en deudor de su esclavo en cuanto al peculio. Sin embargo, el acreedor —que ha hecho el negocio con el esclavo— puede demandar al dueño con la *actio de in rem verso*, porque el dinero le ha enriquecido. El autor del artículo intenta utilizar este pasaje para pretender que el peculio es una suerte de patrimonio independiente que un tercero puede demandar, mientras que el texto en realidad habla de la responsabilidad del dueño del esclavo hacia el prestamista que ha negociado con el esclavo.

Y un tercer fragmento del artículo cita y traduce otro pasaje del Digesto: *Proinde et, si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum*. (...) si un siervo explota un buque y muere, no se concede la acción de empresa peculiar de responsabilidad limitada, ni transcurrido un año. Si miramos bien, veremos que las palabras *in dominum* no están traducidas, para dar

Tammo Wallinga

la impresión de que exista una demanda contra el peculio como patrimonio independiente, aunque en este caso la demanda no se concede. Por cierto, las últimas cuatro palabras del texto son una traducción incorrecta de *nec intra annum*: se trata de dentro del año, que no de transcurrido un año. Véase la traducción de d'Ors de D. 4,9,7,6: Por esto, si un esclavo era naviero y murió, tampoco se dará la acción de peculio contra el dueño, ni aun dentro del año.

Había más casos de citas selectivas, fuera de contexto y torcidas para dar la impresión de que el barco —u otra cosa que el esclavo pueda gestionar— formara un patrimonio separado con personalidad jurídica. Se oculta constantemente que cuando alguien ejercita una acción, será el dueño del esclavo quien tiene el papel de demandado.

He dicho a veces —en broma, se entiende, pero hay bromas que se basan en la realidad— que cuando un catedrático alemán de Derecho romano dice una cosa y las fuentes dicen otra, las fuentes se equivocan o están interpoladas. Pero parece que eso no es un monopolio alemán ... El artículo no fue publicado en la revista.

7. PERSONAS JURÍDICAS NUEVAS

Para terminar, unos acontecimientos recientes en tema de sujetos de derechos. En marzo de 2017 conocí la noticia de que se había otorgado personalidad jurídica al río Whanganui en Nueva Zelanda. Se trata de un río de 290 kilómetros de largo entre el monte Tongariro y el Mar de Tasmania. No es tan sencillo como suena: nos encontramos con la solución de una prolongada lucha por el reconocimiento de la población indígena local, después de años de descuido de parte del gobierno. Para la población indígena, se trata de una deidad que se manifiesta, entre otras cosas, en dicho río³⁰.

En la India, también en marzo de 2017, el Alto Tribunal de Uttarakhand reconoció —más o menos por los mismos motivos— la personalidad jurídica al río Ganges y su mayor afluente, el río Yamuna. Aquí también se trata del reconocimiento del significado especial que tienen aquellos ríos para los hindúes creyentes. Por cierto, la Corte Suprema de la India ha suspendido la sentencia de manera provisional³¹.

³⁰ *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 No 7* (as at 30 January 2021), Public Act – New Zealand Legislation.

³¹ He obtenido la información tanto sobre Nueva Zelanda como sobre la India de un artículo de Maarten KROEZE, *Een rivier als rechtspersoon?*, en *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* (2022) 1 pp. 1-2.

En España —no cuento ninguna novedad, supongo— se ha otorgado personalidad jurídica al Mar Menor, a partir del día 30 de septiembre de 2022: «El Mar Menor ya tiene personalidad jurídica. El Senado aprobó este miércoles, 21 de septiembre, una nueva ley que convierte a la laguna del Mar Menor en el primer ecosistema de Europa con personalidad jurídica propia, al igual que las personas y las empresas»³².

En los Países Bajos se ha publicado en noviembre del año 2022 un informe de la Universidad Nyenrode, de Ciencias Empresariales, sobre el mar cuasi-interior que se encuentra en el norte del país, y que se llama Waddensee. No se trata del Mar del Norte mismo; el Waddensee está entre tierra firme y la serie de islas situadas en el norte. El informe argumenta a favor de la idea de otorgarle al Waddensee personalidad jurídica³³. Al parecer, en Francia se propone algo semejante en cuanto al río Loira. Y tengo noticias de iniciativas similares en Inglaterra, Suecia, Colombia y Alemania.

Un magistrado del Tribunal Supremo de Países Bajos, Maarten Kroeze (anteriormente catedrático de la Universidad Erasmus de Rotterdam) ya ha señalado en un artículo que esta idea de conceder personalidad jurídica a ríos, regiones y partes del mar conlleva toda una serie de nuevas preguntas: «¿Qué tenemos que pensar de estas iniciativas? Nos presentan una muchedumbre de preguntas prácticas. ¿Quién decide en qué consiste el interés de estas entidades? ¿Es necesario que cada árbol pueda crecer sin límites? ¿Es necesario que cada río fluya sin interferencia? ¿Nunca podemos taladrar a través de un monte? ¿Cómo es la relación entre el derecho del árbol y el derecho del monte sobre el que crece? ¿O el derecho del árbol más alto en cuya sombra se encuentra? Puede haber buenos motivos para talar árboles, o cambiar el cauce de un río. Tenemos que tener la posibilidad de construir túneles a través de la montaña. ¿Si el árbol, el río o el monte tiene personalidad jurídica, es el representante humano quien decide qué es lo que quiere el árbol o el río o el monte? ¿Según qué criterio vamos a determinar esa voluntad? ¿Cómo vamos a nombrar al representante, y de qué círculo de personas? ¿Tenemos que acudir al juez siempre que haya un conflicto de intereses, y qué normativa tendrá que aplicar? ¿Cuánto peso tiene el interés de esta persona jurídica en relación con otros

³² El País, 21-09-2022. Para la publicación oficial, véase: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/09/30/19>.

³³ T. LAMBOOY et al., *Granting Rights of Nature to the Wadden Sea? An exploratory study*. Wadden Academy, Report, 2022-04, Leeuwarden. El informe se puede consultar en el siguiente enlace: [2022-04-granting-rights-of-nature-to-the-wadden-sea.pdf](https://www.waddenacademy.nl/wp-content/uploads/2022/04-granting-rights-of-nature-to-the-wadden-sea.pdf) (nyenrode.nl).

Tammo Wallinga

intereses? ¿Qué relación tiene la personalidad jurídica de un árbol, río o monte con derechos de propiedad? ¿Qué es la nacionalidad de un río o monte si pasa una frontera?»³⁴.

En principio, la protección de reservas naturales se puede organizar también sin otorgarles personalidad jurídica y promoverlas de objetos a sujetos de derecho. A través de una fundación con finalidad apropiada se puede obtener suficiente *locus standi* también. Con una legislación adecuada y una actuación de la administración pública en función de ella se debería organizar suficiente protección de los intereses de la naturaleza y del medio ambiente. Vamos a ver si la personalidad jurídica será tan sólo algo simbólico, o si realmente aportará más protección.

8. CONCLUSIÓN

Para concluir, una mirada hacia atrás y hacia delante. En tiempos romanos, no hubo muchas personas naturales como sujetos de derecho. Llama la atención que había en la práctica romana una muchedumbre de colectividades que participaban en el tráfico jurídico-económico como sujetos de derecho. Esto es muy interesante: creo que en términos generales, las personas jurídicas no se asocian con los romanos, y se suele decir que son una invención medieval. Esto es verdad en cuanto a la teoría que hay detrás de su existencia, pero en la práctica había municipios y varias corporaciones que se movían en el mercado romano como sujetos de derecho, eran propietarios de esclavos y en algunos casos podían incluso heredar. Por lo contrario, la subjetividad de derecho es más limitada para las personas naturales, y sólo recientemente ha crecido hasta su extensión actual. Hoy en día, casi todos somos sujetos de derecho desde nuestro nacimiento y podemos tener derechos y obligaciones, pero en realidad es algo bastante novedoso.

Ahora que ser sujetos de derecho ya es ampliamente posible tanto para personas naturales como para personas jurídicas, el siguiente paso parece ser llegar a sujetos de derecho todavía más alejados de las personas naturales. Y es un cambio que puede ser fundamental. La finalidad de estos nuevos sujetos de derecho ya no es participar en la vida económica de manera jurídicamente determinada. Ahora ha llegado el uso del concepto de *sujeto de derecho* para realizar una mejor protección de la naturaleza y del medio ambiente. Y nos toca a nosotros como juristas elaborar la normativa correspondiente. Nunca nos va a faltar trabajo...

³⁴ M. KROEZE, *Een rivier als rechtspersoon?* (vide supra n. 31) p. 1 (Traducción: TW).