

3. CONTRATOS REALES

EL SC. MACEDONIANO Y LAS “ACTIONES ADIECTITIAE QUALITATIS”

JOSÉ LUÍS MURGA GENER

I. INTRODUCCIÓN.

Como es lógico, tanto el histórico SC.Macedoniano que prohibía al *filius familias* la posibilidad del mutuo⁽¹⁾ como aquellas acciones que luego fueron calificadas como *adiectitiae qualitatis*⁽²⁾ y que pretor concedía a los acreedores del hijo, estuvieron siempre relacionados con la base antigua de la *patria potestas*⁽³⁾, de origen tremendamente arcaico ya existente en el viejo *fas*, en las *mores maiores*, en las XII Tablas y en el *ius civile*.

Curiosamente, el SC. Macedoniano y las *actiones adiectitiae*, condicionadas los dos por la patria potestad, fueron estudiadas por la Pandectística y por supuesto por los romanistas como instituciones distintas, sin darse cuenta de que, tanto la prohibición de los préstamos al hijo de familia como las acciones facilitadas por el pretor para poder ejercitarlas contra el *pater*, evolucionaron

(1) Sobre el SC Macedoniano LUCRELI tiene varios estudios muy interesantes el último que ha publicado: *Senatusconsultum Macedonianum* Nápoles 1992.

(2) Existen muchos estudios sobre las *actiones adiectitiae qualitatis*. Una monografía completa, *vid. VALIÑO: Las “actiones adiectitiae qualitatis” y sus relaciones básicas en Derecho Romano*, en *AHDE* 37 Y 38 (1967 Y 1968), p.340 ss. y 377 ss.

(3) Muy interesante el estudio de la *potestas* de los padres en su arcaico origen, prácticamente soberana y conservada así, a pesar de los siglos transcurridos, incluso en la época imperial de Roma. Muy interesante sobre todo en el viejo estudio de BONTANTE: *Corso de diritto romano* I, Roma 1925. El último estudio publicado sobre este tema es el de DUMONT: *L'imperium du “pater familias”*, París 1990, p.475 ss.

siempre por razones sociales y políticas, perfectamente normales, pero totalmente históricas y a veces no estudiadas por los investigadores ni por los autores de monografías que sólo tenían en cuenta la simple sistemática del Digesto, sin estudiar esas otras razones y circunstancias sociales tan interesantes que tanto influyeron en la República y en el alto Imperio. Las *actiones adiectitiae qualitatis*, fueron estudiadas casi siempre dentro del sistema general de las obligaciones con los posibles sujetos de las mismas⁽⁴⁾ y algunos romanistas con esa típica visión abstracta, propia de los negocios jurídicos⁽⁵⁾. Sin embargo, lo más interesante y lo más exacto es contemplar esas vías procesales con una visión concreta de la patria potestad y su evolución dentro de una sociedad mercantil en la Roma clásica.

Por su parte, también la mayoría de los que estudian el SC. Macedoniano lo hacen tan solo como algo propio de los préstamos que se debía tener en cuenta en las *datationes in mutuo* a los hijos de familia. Autores romanistas que rara vez se preocupaban de la motivación o *ratio legis* del tan curioso senadoconsulto⁽⁶⁾. El SC. Macedoniano nos ofrece un gran interés por ser un reflejo de la política conservadora del Senado y de la evolución general de la sociedad y la familia romana en donde la patria potestad primitiva consistía nada menos que en una *vitae necisque potestas*, una arcaica y social soberanía a la cual poco a poco, los censores antiguos la fueron regulando con un sentido cada vez mas normal⁽⁷⁾ hasta que ya, en la República tardía, la *patria potestas* comenzó a encauzarse en una forma ordinaria con la intervención de los tribunos de la plebe⁽⁸⁾.

Todas las instituciones arcaicas venían siendo normalizadas y aunque ya ese poder del *pater familias* al menos desde el siglo I a.C estaba ya muy modernizado, todavía venía siendo sin embargo vigilado por la clase senatorial que siempre fue políticamente contraria a las tendencias innovadoras de las clases populares. Como es sabido, todas las instituciones del ordenamiento, a pesar de ser puros elementos privatísticos, comenzaron a ser atendidas e incluso tocadas por el Derecho público en sus diversas corrientes ideológicas cada vez mas vivas

(4) Vid. Las "*actiones adiectitiae qualitatis* y sus relaciones básicas en Derecho romano", en AHDE 37 (1967) y 38 (1968).

(5) Vid. Guarino: *Diritto privato romano*, Nápoles 1981, p.306 ss.

(6) Vid. D'ORS: *Derecho privado romano*, Pamplona 1986, p.295 s.; VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, trad.española, Madrid 1986, p.171 ss.; KASER: *Das römische Privatrecht*, I, München 1971, p.605 ss.

(7) Vid. CALDERINI: *La censura in Roma antica*, Milán 1944.

(8) Livio, *ab urbe condita*, 7.4.4.

sobre todo desde el siglo II a.C. hasta el bajo Imperio en donde todas las instituciones jurídicas incluso las más íntimas y familiares fueron transformadas como si se tratara de un mundo nuevo.

Nunca debemos pues olvidar al estudiar el ordenamiento jurídico romano que, siendo Roma una sociedad en movimiento, todas las instituciones las hemos de contemplar siempre tocadas y movidas por el propio Derecho público con sus leyes, plesbicitos, senadosconsultos y constituciones imperiales, normas concretas todas ellas, nacidas habitualmente con una finalidad política y por una razón histórica de la propia civilización⁽⁹⁾.

Ese Derecho público de Roma tan interesante y desgraciadamente tan poco conocido, a medida que iban pasando los siglos, iba siendo cada vez mas potente y con una clara influencia transformadora, sobre todo cuando el procedimiento formulario se iba ya debilitando con acciones nuevas. Las ideologías romanas cada vez mas expansivas y originales, tanto en las República tardía como en el alto Imperio, venían sobre todo encauzadas en los plebiscitos y en los senadosconsultos, normas todas ellas muy interesantes con su campo infinito en la propia administración y en el gobierno público y sus toques concretos, cada vez mas frecuentes en las instituciones privatísticas del *ius civile* y del *ius honorarium*.

Los plebiscitos, al menos inicialmente, eran mas bien progresistas y tendientes a beneficiar a las clases populares de libertos y latinos. Esa es la razón por la que una ley plebeya, la *lex Atilia* tal vez del año 186 a.C., creó una nueva tutela –a *tutela dativa*– para aquellos pupilos que por su pobre condición no podían contar, ni con tutores testamentarios ni con los legítimos. Igualmente, la *lex Laetoria* o *Plaetoria* (tradicionalmente así conocida) del año 191 a.C., con una visión muy humana intentó corregir la tradicional mayoría de edad de 12 ó 14 años impuesta en el viejo *ius* y en las XII Tablas, edad de la madurez humana, quizá normal en la época arcaica pero que ya no tenía ningún sentido e incluso era injusta después de tantos siglos ya transcurridos⁽¹⁰⁾.

Si los plebiscitos manifestaban esa tendencia progresista e innovadora, los

(9) Nunca interesó demasiado a los juristas romanos ese ordenamiento emanado del poder público, con un origen bien distinto y mucho mas moderno que el *ius privatum*. Solamente en el siglo III, ya en época tardía, los juristas eran conscientes de la gran influencia que el *ius publicum* operaba en todas las figuras jurídicas. Vid. ANKUM: *La noción de "ius publicum" en Derecho romano*, en *AHDE* 53 (1983), p. 523 ss.

(10) Vid. AMIRANTE: *Plebiscito e legge: primi appunti per un storia*, en *Studi*, Roma 1988, p.23 ss.

senadosconsultos eran, al menos inicialmente, muy conservadores como por ejemplo el SC. Claudiano, el SC. Macedoniano, el SC. Velejano y tantos otros⁽¹¹⁾. Sin embargo, todos sabemos que, desde un punto de vista social, aquellas razones políticas que ponían en movimiento a los plebiscitos y a los senadosconsultos buscando soluciones arcaicas o futuristas, suponían una ideología que, en su normal evolución, fue luego lentamente atenuándose en la propia civilización romana. Todo el ideario político de Roma, en un principio fijo y concreto, luego en cambio tenía que sufrir lógicamente la evolución general de la política y la cultura siendo así, en plena época clásica, la propia Jurisprudencia y el edicto, que en un principio habían aceptado sin discusión aquella, la normativa plebeya o senatorial, quienes mas tarde la fueron transformando e incluso en muchos casos haciendo prácticamente desaparecer aquella innovación provocada.

Lógicamente, aunque este asunto no ha sido casi nunca estudiado por el investigador romanista, todo el conjunto del Derecho privado venía siendo tocado cada vez más por la propia evolución social y política de Roma, sobre todo a partir de la República tardía y el alto Imperio. Las instituciones familiares, los derechos en general y sobre todo las obligaciones y contratos no pudieron nunca ocultarse frente a esas tendencias senatorial. Lógicamente si el plebiscito de naturaleza progresista incitaba cada vez mas el moderno desarrollo, el Senado, por el contrario de tendencia conservadora, siempre intentaba frenar al menos esa evolución progresista que iba asumiendo cada año la sociedad romana modernizada⁽¹²⁾.

II. POSIBLE ORIGEN HISTÓRICO DEL SC. MACEDONIANO Y LAS “ACTIONES ADIECTITIAE QUALITATIS”

A. *La evolución social de la “patria potestas”*. Aquel tremendo poder soberano del *pater familias*, conservado durante tantos siglos en el Derecho

(11) Muy especialmente es VOLTERRA quien hace el estudio mas completo de los senadosconsultos en *NNDI* 16 (1969), p.141 ss. La transformación del senadoconsulto en *oratio principis* vid. MUSCA: *De Traiano a Settimio Severo* en *Labeo* 31 (1985), p.7 ss.

(12) El senadoconsulto que según Gayo era una manifestación del poder político -*quod senatus iubet atque constituit*- poco a poco igual que sucedió con los plebiscitos, se fueron convirtiendo ambos en simples manifestaciones del poder imperial siguiendo las iniciativas políticas de los emperadores. Vid. MUSCA: *Da Traiano a Settimio Severo: “Senatus consultum” o “oratio principis”?* en *Labeo* 31 (1985), p. 7 ss.

romano, fue siempre una potencia sacral y divina basada originariamente en la propia naturaleza humana de la procreación de los hijos. Esa *patria potestas* tan arcaica fue poco a poco encauzándose social y jurídicamente en las *mores maiorum*, en las XII Tablas y por supuesto en el *ius civile*. Ese poder indiscutible de los padres romanos fue luego respetado por el propio Derecho honorario en las llamadas acciones civiles del edicto. Varias fueron las manifestaciones jurídicas de aquella antiquísima potestad del *pater familias* conservadas durante muchos siglos: el *ius vitae et nescis*, el *ius vendendi* con la *mancipatio*, la *datio in noxa*, para los delitos y aquel *ius exponendi* que permitía abandonar terriblemente a los hijos y que sin duda fue el que mas tiempo conservó el Derecho⁽¹³⁾.

Esa *potestas* inmensa y siempre ilimitada que tenían los padres soberanos, seguro que en un principio tuvo un origen positivo e incluso defensivo y natural. Sin embargo, al ir pasando los siglos, ese poder por supuesto normal fue convirtiéndose en un poder ilimitado con el cual los padres podían castigar libremente a sus hijos e incluso matarlos⁽¹⁴⁾. Por fortuna y gracias a la propia evolución social, la influencia del mundo helenístico y del *ius gentium* fueron limitando poco a poco ese poder y haciendo cada vez mas excepcional por lo menos aquel derecho de matar a los hijos como castigo⁽¹⁵⁾.

Inesperadamente, sin embargo y de un modo curioso, el creciente poder político de Roma en la República tardía y la típica ausencia de su intervención en el ámbito familiar provocó un cierto crecimiento de la *patria potestas*, en parte paralelo al del propio poder político del Estado. En la evolución jurídica y privatística del Ordenamiento, el poder del *pater* que en su origen manifestaba una naturaleza sacral se fue poco a poco encauzando mas bien como una relación jurídica y un derecho análogo al de la propiedad sobre las *res Mancipi*. Igual podía disponer un titular propietario de animales y esclavos, siendo por tanto normal en los "padres-dueños" el ejercicio de las acciones correspondientes: *actio reivindicatoria*, la *actio furti* e incluso la *actio legis Aquiliae*.

Poco a poco, aquella *patria potestas* antigua fue disminuyendo y aumentando en cambio la libertad de los hijos dotados ya de una cierta capacidad incluso patrimonial, consentida por el *pater* y admitida por el Ordenamiento.

(13) Aquel derecho que tenían los padres de abandonar a sus hijos como un propietario en general, sólo contaba con la limitación ordinaria del *officium parentis* cada día mas tenue y olvidado. Solamente, gracias a Constantino y luego a Justiniano, fue sancionada la *expositio*. C.Th. 5.57 y C. 9.52.

(14) Debido al origen arcaico del poder de los *patres familias* las propias *leges regiae* reconocían ese poder ilimitado. Dyonisios, 2.26.

(15) Valerio Máximo, 5.8.5.

Mientras que externamente, el propio Poder político trataba de limitar el abuso y la maldad de los padres para con sus hijos⁽¹⁶⁾, la ideología filosófica de los estoicos procuraba ya, en el alto Imperio, introducir en las relaciones paterno-filiales cada vez con mas plenitud el *officium parentis*, convertido en un elemento limitativo de la abusiva *patria potestas*⁽¹⁷⁾.

Lógicamente, la antigua patria potestad, aunque no fuera mas que por la pura evolución de la civilización, fue atenuándose poco a poco como prácticamente sucedió con casi todas las instituciones sociales y políticas al sentirse tocadas por la cultura del mundo helenístico que tanto influyó en todo el mediterráneo una vez que Roma logró la conquista de Grecia: *Grecia capta victorem ferum coepit artes intulit agresti latio*⁽¹⁸⁾.

La influencia moral de los pensadores filosóficos y la recepción cultural helenística fueron humanizando aquel inmenso poder del *pater familias* intocable durante tantos siglos. Distintos aspectos del poderío familiar se fueron haciendo cada vez mas flexibles incluso siglos antes que la situación del *filius familias* lograra más normalidad. Tales situaciones familiares que rápidamente se humanizaron fueron sobre todo las siguientes:

a) La esposa y la nuera del *pater familias*. La *uxor in manu* se liberó bien pronto de la primitiva dureza de su marido o de su suegro con ese otro tipo de matrimonio llamado *sine manu*, que en un principio fue poco frecuente, pero luego se hizo totalmente normal y en el cual la mujer, antes sometida al tremendo poder del *pater familias*, ahora en cambio gozaba de una cierta independencia⁽¹⁹⁾.

b) También la relación del tutor con el pupilo que inicialmente era fuerte y sin límites como la de cualquier *pater familias* con su hijo, fue humanizándose bien pronto. El poder casi patriarcal del tutor conservó su denominación primitiva incluso en la Jurisprudencia clásica en una época en la que esa potestad no tenía sin embargo aquel antiguo sentido de una *vis ac potestas in capite libero*,

(16) La propia relajación de las costumbres fue probablemente lo que obligó al poder político a vigilar el comportamiento del *pater familias*: *nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. Marciano, 14 *inst.*, D. 48.9.5.

(17) Séneca en su estudio, *de clementia*, 1.23.1, criticaba la terrible *poena cullei* conservada desorbitadamente en pleno siglo I d.C y que ya había sido calificada por Cicerón, *pro Roscio*, 24.68; 13.38, como *inmane, atroce e incredibile*.

(18) Horacio, *ep.* 17.9.

(19) *Vid.* CANTARELLA. p. 485 *Sui rapporti fra matrimonio e "conventio in manum"*, en *RISG* (1959), p.181 ss.

como Servio Sulpicio Rufo la definió y todavía Paulo así lo entendía en el siglo III⁽²⁰⁾. Así pues, esas viejas potestades derivadas del matrimonio y de la tutela fueron poco a poco encajando en unas formas cada día mas lógicas y normales. Por el contrario, la *patria potestas* tardó mucho más en atenuarse, vieja soberanía a la cual el poder político tenía que respetarla sin imponerle ninguna limitación⁽²¹⁾.

B. *Personalidad jurídica de los hijos de familia*. Es posible que en la antigüedad romana, el patrimonio de las familias fuera en la práctica algo común a todos los miembros sin que ello pudiera identificarse a un condominio familiar, según pensó Gayo (3.154). Esa curiosa situación comunitaria que tanto le llamó a él la atención –*societas ercto non cito*– frecuente en las zonas rústicas y lejanas de Roma, mas que un condominio debió ser mas bien como una situación social normal y ordinaria en todas las familias arcaicas. Seguro que aquello que descubrió Gayo, en el siglo II d.C., era tan solo como un posible residuo del viejo poder político del *pater familias*, que contaba con un patrimonio que al morir quedaba igual que antes.

Lógicamente, esa *societas ercto non cito*,⁽²²⁾ aunque realmente era algo extraño como al propio Gayo le pareció, por supuesto que al menos nos sirve para imaginar, como pudo ser la vida patrimonial de las familias primitivas en las cuales los bienes eran seguramente como la base necesaria de su soberanía y en donde los miembros familiares: hijos, nueras, adoptados, esclavos y personas libres *in mancipio*, eran mas que nada súbditos sometidos todos ellos a un primitivo *pater* en su origen muy semejante al viejo *rex* de Roma. Con todo, la patria potestad en Roma, a diferencia de esa arcaica *societas ercto non cito*, que aun se conservaba en las zonas rústicas, cada vez se fue haciendo mas moderna y flexible sobre todo a partir de aquella República romana a la que ya podríamos considerar constitucional sobre todo en el año 367 a C. con las leyes Licinias.

Todo fue evolucionando si bien no es fácil saber en que momento comen-

(20) Paulo, 38 *ad ed.*, D 26.1.1.

(21) Solamente en el s. II d.C., Adriano planteó por vez primera un proceso criminal contra un tal Quinto Fabio Máximo responsable de la muerte de un hijo suyo. Orosio: *adversus paganos*, 5.16. Según Marciano, 14 *inst.*, D. 48.9.5, al comentar ese asesinato que fue castigado por el emperador nos dice ya su clara opinión de que la *patria potestas* debe consistir sólo en el afecto y no en la dureza, *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. Vid. CASAVOLA: *Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio*, en *Labeo* 14 (1968), p. 251 ss.

(22) Vid. GUTIERREZ MASSON: *Consortium ercto non cito*, Madrid 1989.

zaría a aparecer la capacidad patrimonial de los *fili*. Con todo, es bastante probable que mucho debió influir en ese reconocimiento de la personalidad económica y en esa amplia disponibilidad de peculios tan normal en todos los *alieni iuris*, aquella nivelación, casi lograda ya en el siglo II a.C., entre ciudadanos y latinos y entre patricios y plebeyos. Por influencias políticas, económicas y mercantiles se fue mitigando poco a poco la vieja dureza de la *patria potestas* y creciendo cada vez mas la responsabilidad patrimonial de los hijos sobre todo en aquellas obligaciones suyas, nacidas de negocios y contratos.

La antigua potestad paterna iba ya cambiando. Al principio debió ser sacral y bondadosa, luego mas tarde política y severa y ya al final, en la época clásica tardía, era una autoridad prácticamente limitada por el desuso: *totum gentilicium ius in desuetudinem abiit*⁽²³⁾. Lógicamente la lenta desaparición de aquel poder de los padres provocó también una transformación de toda la sociedad romana y un crecimiento expansivo de la vida mercantil con negocios, almacenes –*horrea*– y tiendas –*tabernae*– incluso ya en la época de Trajano, unos centros comerciales reunidos en un conjunto global famosos con multitud de vendedores.

Todo cambió. Aquel hijo de familia que antiguamente era tan solo como una *longa manus* de su padre, pasados los siglos, vivía ya casi siempre emancipado e incluso a los que no disfrutaban de la capacidad jurídica de la emancipación, se le reconocía una cierta personalidad individual en una sociedad prácticamente nueva y distinta. Sin embargo, aunque el ordenamiento jurídico y la Jurisprudencia admitía ya en la práctica esa personalidad natural de los hijos, tal capacidad afectaba tan solo a los propios padres. Todo suponía un beneficio para ellos, el *pater familias* se convertía en dueño, adquiría la titularidad incluso por la usucapión conservada por sus hijos, se hacía acreedor con los créditos de ellos pero sin embargo al menos teóricamente nunca se hacía deudor como el propio Ulpiano nos dice: *filius familias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat*⁽²⁴⁾.

Sin duda que, aunque tal vez no se diera cuenta, Ulpiano al expresar así con ese adverbio *civiliter* y aunque no lo dijera expresamente, pensaba que el *pater*, al menos por Derecho natural y por el *officium parentis*, debería responder siempre al menos *naturaliter*, de todas las deudas de su hijo ya que él mismo le había permitido intervenir en la vida mercantil beneficiándose siempre de

(23) Gayo, 3.17.

(24) Ulpiano, *de acceptilatio*, D.46.4.8.4.

todos los actos jurídicos lícitos en los que su hijo había intervenido.

Roma vivía una época cada día mas amplia y universal en la política de la República tardía: una maravillosa equiparación entre latinos y ciudadanos mientras iba seguidamente aumentando la ciudadanía sobre todo en la época Flavia; un reconocimiento social y muy humano para con los libertos cada vez mas numerosos; una brillante situación conseguida por la alta burguesía de los *equites* y tantas otras innovaciones sociales que iban apareciendo en la sociedad romana.

Esa nueva visión de la civilización de Roma afectó también a los hijos de familia, siempre libres y ciudadanos y que por supuesto en el Derecho público gozaban de una absoluta personalidad ocupando cargos de magistrados y sedes senatoriales. Por el contrario, en el terreno privado y familiar no cambió casi nada su situación y seguían sin capacidad patrimonial, al menos mientras viviera el *pater familias*.

Poco a poco fue admitiéndose para los *filií familias* la legitimación pasiva, al menos en los supuestos delictivos, con unas acciones noxales que al ser ejercitadas contra el *pater familias* le concedía la posibilidad de liberarse él, entregando su hijo a aquel actor que había sido víctima del delito⁽²⁵⁾. Bien pronto sin embargo, al irse introduciendo positivamente en el Derecho romano el amplísimo Derecho honorario y sobre todo las acciones pretorias tan exquisitamente elaboradas por la Jurisprudencia clásica, se admitió ya plenamente la capacidad procesal de los hijos como nos dice Gayo, en ese estudio suyo sobre el edicto provincial: *filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patre familias potest*⁽²⁶⁾.

No deja de ser interesante que la primera noticia sobre la capacidad procesal de los *alieni iuris* apareciera curiosamente en ese edicto provincial, comentado por Gayo y siglos más tarde por Paulo que también, de un modo general, alude a esa situación procesal de los hijos afectados por una clara legitimación pasiva en aquellas obligaciones en las que incluso no contaba con ningún *peculio* a su favor⁽²⁷⁾.

Como es sabido, en la época clásica era ya muy normal la vida mercantil de empresas y negocios en toda Roma, lógicamente siempre algo menos en las

(25) Aquella tradición antiquísima de la venganza personal como represión fue respetada por los pretores encauzándola procesalmente con las acciones llamadas noxales. *Vid.* DE FRANCISCI: *Il sistema romano della nossalità*, en *Iura* 11 (1960), p. 34 ss.

(26) Gayo, 3 *ad ed. prov.*, D. 44.7.39.

(27) *Creditores cum filio agere possunt*. Paulo, 61 *ad ed.*, D.15.1.45.

familias de rango senatorial que en las de los equites en donde generalmente todos los padres en sus negocios quedaban obligados a ofrecer una seguridad negocial para conservar así ellos mismos su propia clientela y mantener el necesario equilibrio de la vida económica de Roma con cientos de exportaciones e importaciones que cada día aumentaban.

Era por eso, por lo que el propio padre, dueño del centro mercantil, proporcionaba precisamente un cierto peculio a los hijos para facilitar así el pago de todas las obligaciones contraídas por el hijo que se hacía ya responsable, no sólo de los viejos delitos, sino de todos los contratos: *tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio*⁽²⁸⁾.

Esa capacidad procesal, reconocida por los juristas, era ya general y suponía una gran ventaja para los acreedores demandantes que lograban así un cobro normal si el hijo *iudicatus* disponía de peculio. Con todo, esa responsabilidad del hijo deudor se daba también incluso en aquellos casos mas excepcionales, incluso cuando el peculio no existía. En tales supuestos del *filius alieni iuris iudicatus* y sin patrimonio, el actor tenía que esperar a que los bienes le llegasen algún día, bien con la emancipación o bien tras la muerte del *pater familias* ya que al ser heredero del padre cosa al fin y al cabo normal, la sentencia se hacía viable.

Fue sin duda la propia evolución de la civilización romana, en su desarrollo económico y mercantil, la que hizo que se entendiera lícita y prudente esa responsabilidad del *filius familias alieni iuris* y que por tanto el propio padre, que fue quien lo colocó en un negocio empresarial o le proporcionó un peculio, siempre respondiera tras la *actio iudicati*. Por supuesto, que lo que en un principio sería tan solo algo mas moral que jurídico y derivado del *officium parentis*, con el paso de los años sin embargo ya aparecieron en el edicto del pretor varias acciones para exigir procesalmente al *pater* el cumplimiento de las obligaciones de su hijo. Como sabemos estas acciones tenían tan solo nombres individuales y tuvieron que transcurrir muchos años para que fuesen ya calificadas con esa denominación genérica de *actiones adiectitiae qualitatis*, nombre que probablemente ni siquiera se lo impuso la jurisprudencia clásica sino los glosadores del bajo Imperio.

(28) Ulpiano, 41 *ad sab.*, D.5.1.57. Vid. KOSCHAKER: *Translatio iudicii. Eine studie zum römischen Zivilprozess*, Graz 1905.

C. *Las acciones adiectiae qualitatis*.⁽²⁹⁾ Esas acciones muy interesantes nacieron en el edicto por iniciativa de los pretores. La propia vida mercantil las hizo aparecer por razones todas ellas muy normales en la vida de Roma: proteger el orden público, garantizar la seguridad de los acreedores e incluso el propio interés empresarial del *pater familias* que lógicamente no deseaba perder la clientela en sus grandes negocios, cosa lógica sobre todo si los deudores tuvieran que esperar nada menos que la muerte del padre empresario, para lograr así el pago de unas deudas derivadas de unos negocios en los que el único que había intervenido era precisamente aquel hijo al cual lo colocó su propio padre como empresario delegado.

Es muy probable, que las primeras acciones de ese género la *exercitoria* y la *institoria*, con esos nombres tan concretos, fueran ya en el siglo II a.C., cuando los nuevos procesos del Derecho honorario no tenían todavía aquella categoría deseada de *iudicium legitimun*, que se consiguió mas tarde gracias a la *Lex Aebutia* el año 130 a.C. Aunque esas dos acciones, la *exercitoria* y la *institoria*, fueron indudablemente las primeras, sin embargo, es muy probable que ese otro fenómeno del *peculium*, patrimonio que el padre le dejaba a su hijo, fuera seguramente algo mas antiguo todavía que las acciones.

De esas dos acciones, es muy probable que la primera de ellas fuera la *exercitoria*. El orden con el que aparecen las acciones en el edicto, además de basarse en las claras ideas sistemáticas del Derecho honorario, tiene una clara fundamentación cronológica ocupando por tanto los primeros lugares las mas antiguas. La actio *exercitoria* aparece en primer lugar y la actio *institoria* está detrás, precisamente por su orden histórico. Cronología natural del mundo romano en donde los negocios y las empresas aparecieron en el momento previsto aumentando todos con gran intensidad. Vida mercantil de la Roma clásica que, igual que sucedió en Grecia, toda ella comenzó primero por el mundo marino y luego mas tarde, por las relaciones terrestres y urbanas entre las ciudades⁽³⁰⁾.

El gran desarrollo que, año tras año, iba ofreciendo la responsabilidad del padre de familia con relación a los negocios y deudas de sus hijos, era no sólo una clara consecuencia de la propia vida mercantil sino también de la gran ideología cultural que Roma iba ya ofreciendo con el transcurso de los siglos. A finales de la República eran cada vez más frecuentes los negocios serios en los

(29) Vid. VALIÑO, *ob.cit.*

(30) Vid. Guarino: *Magister e gubernator navis*, en *Labeo* 11 (1965), p. 36 ss.

que el hijo intervenía, incluso sin tiendas y sin aquella típica y exigible designación o *praepositio*, como encargado. Era por eso ya muy frecuente que para que el hijo pudiese actuar libremente en los negocios, su padre le dejase un pequeño o mediano patrimonio. Ese *peculium*, de origen antiguo y ganadero⁽³¹⁾, se fue convirtiendo poco a poco en algo totalmente normal y propio de todos los hijos de familia. Un peculio que, por habérselo dejado el propio padre, suponía ya su consentimiento en aceptar todas las obligaciones asumidas por sus hijos con sus préstamos o contratos. Naturalmente, sin embargo la responsabilidad del *pater familias* tenía como límite el propio peculio que, siendo propiedad del padre, ofrecía una cierta seguridad a todos los acreedores en todos los negocios, incluidos los préstamos que tal vez solicitaron sus hijos a los banqueros argentarios.

De ese peculio, el *pater familias* era el dueño pero permitía a su hijo una libre utilización del mismo. De un modo sencillo y humano, entre el padre y el hijo, solían nacer relaciones semejantes a las normales entre acreedores y deudores si bien eran de naturaleza distinta. Por ello, si en el uso de aquel pequeño patrimonio el hijo solicitaba algún préstamo a su padre, los pensamientos morales y estóicos de los juristas admitían la existencia de una auténtica *obligatio naturalis* entre ambos con una cierta preferencia honorífica del *pater* que se convertía en acreedor preferente si alguna persona solicitaba un pago. Por ello cobraba en primer lugar el padre todos sus posibles créditos, haciendo previamente una “*deductio*”⁽³²⁾ en el peculio y ya entonces podían los restantes acreedores cobrar sus propias deudas con normalidad.

III.- UNA SOCIEDAD CORROMPIDA Y EL PELIGRO DE LA “PATRIA POTESTAD”

Roma en aquellos años imperiales del siglo I, era ya como un mundo moderno, bastante parecido al nuestro y por ello hasta los lejanos recuerdos de la antigua potencia patriarcal de los padres se iban ya olvidando. Incluso aquella original *deductio* que beneficiaba al *pater familias* se decidió no emplearla

(31) Ese nombre *peculium* nos indica claramente su arcaico origen. *Pecus* que significa rebaño ganadero era algo que el *pater familias* lo entregaba libremente a sus hijos y a sus esclavos. Pasados los años, el tal *peculium* era ya un pequeño patrimonio que a ellos se les dejaba también con amplia disponibilidad. Vid. THOMAS: *Droit domestique et droit politique a Rome. Remarques sur le pecules et les “honores” des fils de famille*, en *Ecole française de Roma*, 94 (1982) p. 527 ss.

(32) Ulpiano, 29 *ad ed.*, D. 15.1.9.8.

para favorecer en general a todos los acreedores mercantiles. Tal vez fuera el propio *pater familias* quien renunció a esa preferencia suya, con el fin de evitar que se perdiera una clientela, siempre ventajosa para él como para todos. Así, al menos parece deducirse de un comentario que hace Ulpiano⁽³³⁾ en donde, al referirse a la acción *tributoria*, nos dice que aquello no era algo nuevo sino una acción normal del acreedor contra el *pater familias* para aquellos casos en los que él mismo venía tolerando los negocios del hijo sin nunca oponerse. Seguramente, esa acción *tributoria*, en la que no había posibilidad de aquella *deductio* tradicional, debió aparecer oficialmente al principio del siglo I ya que parece que fue Labeón el primero que hizo alusión a ella y poco después: Gayo, Juliano y Pomponio.

La sociedad romana estaba ya en expansión y la vida social y mercantil iba aumentando cada vez mas la capacidad de los hijos y de los esclavos a los cuales sus padres y dueños los dedicaban a los negocios. Sin duda que también, aquella antigua relación paterno-filial cada vez mas normal y moderna, en algunos casos, al menos en la Roma capital, el afecto familiar existente entre el padre y el hijo se iba haciendo cada vez más frío y preocupante. Tal vez incluso, que con la vida y el lujo creciente de la Roma imperial, aquellos *alieni iuris*, antes sometidos a una grave potestad y ahora en cambio, tan libres y tan dedicados a los negocios, venían ya perdiendo la filiación natural, el cariño y el respeto y hasta incluso ya definitivamente, algunos estaban hasta deseando que sus padres murieran para enriquecerse con su herencia y para alcanzar definitivamente una disponibilidad absoluta en la empresa y en el creciente patrimonio de los negocios⁽³⁴⁾.

La vida romana cada día era ya mas lujosa e inmoral y ello afectaba también a esos hijos que, desde hacía bastante tiempo, vivían con una llamativa inmoralidad y un excesivo lujo: *libido atque luxuria*⁽³⁵⁾. Todo iba creciendo en lujo e inmoralidades sobre todo con la nueva burguesía de los *equites*, los comerciantes y los nuevos ciudadanos de Roma. La propia organización de los *argentarii* y la potencia empresarial hizo crecer tremendamente el número de prestamistas negociantes, llamados *-faeneratores-*. ¡Cuánto peligro comenzó ya a vivir la sociedad romana en este siglo I d.C., en tiempos de Claudio! Cada vez

(33) Ulpiano, 29 *ad ed.*, D. 14.4.1.3.

(34) *Vid.* LUCREZI: *Ob.cit.*, p. 25 ss.

(35) Esa falta de moral y ese lujo excesivo en los *alieni iuris* parece deducirse en Suetonio en su historia de Vespasiano: *libido atque luxuria. Vespasianus*, 11.

eran mas frecuentes incluso los préstamos concertados con unos hijos de familia que ni tenían comercio ni peculios o bien, si los tenían, eran muchas veces insuficientes para poderles luego exigir el pago.

Como es natural, bien pronto comenzó una época difícil con unos usureros potentes que exigían el pago con grandes amenazas y fue entonces cuando algunos de los hijos deudores no vieron mas solución para su futuro comercial que la muerte de su propio padre para poder efectuar el pago a los prestamistas. Dos causas fueron las que entonces provocaron la famosa intervención política y legal de los senadores, los cuales decidieron inesperadamente el prohibir todos los préstamos que se concertaran con los hijos. Por un lado, esa curiosa crueldad de los banqueros –*saevitia creditorum*–⁽³⁶⁾ y la rigidez de unos préstamos que solo encontraban solución con la muerte de los padres: *ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum faenori darent*⁽³⁷⁾, y por otra parte, esa debilitación de la patria potestad totalmente deteriorada con las luchas sociales y políticas que se dieron en la República sobre todo a partir del siglo II a.C.

IV.- EL SC MACEDONIANO Y SU NATURALEZA SOCIAL Y POLÍTICA⁽³⁸⁾

Fueron, pues, esas razones tan curiosas las que sin duda provocaron la reacción de la alta sociedad tradicional, conservadora y aristocrática, algo marginada en el Imperio del siglo I, pero todavía sin embargo, con un alto poder social. Fueron los senadores quienes plantearon a los hijos, con el SC. Macedoniano ese famoso asunto de los préstamos. La legislación positiva de los senadosconsultos al igual que la de los plebiscitos nacía siempre con una *ratio legis* política o filosófica provocando criterios prohibentes.

Fue sobre todo en la República, cuando los plebiscitos y los senadosconsultos seguían siempre con sus criterios tradicionales progresistas unos y conservadores los otros. Sin embargo, pasados los años y sobre todo tras el tremendo cambio político que supuso el Imperio de Augusto, los últimos plebiscitos

(36) Tácito, *anales*, 11.13.

(37) Ese curioso nombre de *faenerator* que Séneca (*de ira*, 3.33.3; *de beneficiis*, 2.17.7; ad Lucillum, 2.17.10) lo utiliza con frecuencia, tal tuvo un cierto tono despectivo derivado del que se empleaba para los fenicios, *faenisiceis* (Cil. I. 586).

(38) Vid. LUCREZI. ob.cit. y PERIÑAN: *La desaparición del régimen noxal para los hijos de familia*. Comunicación en *SIHDA* de Bruselas 1996, en prensa.

como aquellos relativos a las manumisiones y al matrimonio *sine manu* habían ya perdido su antigua tipicidad política porgresista. También eso sucedió, aunque algo menos, con lo senados-consultos ya que, como es sabido, la clase senatorial conservó muchos años mas su tradicional ideología muy distinta de la sociología imperial siempre innovadora y cada día mas alejada de la tradición romana antigua.

Nada sabemos y ni siquiera se puede comprobar si en aquellos años del siglo I, se produjo en realidad algún asesinato imprevisto gracias al cual, un hijo consiguió la herencia de su padre, aunque ese Teófilo del siglo VI, en sus comentarios a la *Instituta* de Justiniano⁽³⁹⁾ dice que la causa que provocó en el SC. Macedoniano fue una muerte provocada por el préstamo de un usurero a un hijo de familia. Sin embargo, es lógico que la causa del senadoconsulto que prohibía los préstamos fuera algo mas profunda de lo que parece. Si en realidad se produjo esa muerte, que nos dice Teófilo, es probable que ello no fuera mas que una simple gota de agua que hizo rebosar un vaso. Seguro que hubo además otras causas típicas de aquella época que obligaron al Senado a imponer su disposición prohibente.

a) En primer lugar, que la razón principal que originó el senadoconsulto fue sin duda ese claro deseo de la clase senatorial que siempre intentó, una protección general para los *patres familias*, sobre todo en aquellos años, cuando la degeneración de las viejas tradiciones era ya algo muy preocupante para la alta sociedad romana de noble origen⁽⁴⁰⁾. Por tanto, la solución que los senadores buscaron no parece que fuera, como luego se pensó, el tratar de marginar a los hijos en su búsqueda de préstamos, sino mas bien un intento algo agresivo contra los usureros según parece entenderse en lo que dice Marciano al comentar el senadoconsulto y su *exceptio* que se creó sobre todo por enemistad contra el acreedor: *in odium eius cui debetur*⁽⁴¹⁾.

b) Esa otra razón del terror que estaban causando los usureros en la sociedad romana fue seguramente lo que motivó con mas fuerza la *ratio legis* del SC. Macedoniano. Terror y quien sabe si también envidia de los senadores y de la alta clase romana contra los usureros bancarios. ¿Sería eso a lo que Ulpiano se

(39) *filii... onerati aere alieno... vitae parentum insidiabantur*. I.4.7.7.

(40) Para muchos autores la idea general del SC. Macedoniano fue sobre todo la de proteger la *patria potestas* ya en decadencia. Vid. ENENKEL: *De privilegiis parentum et liberorum tractatus*, escrita en el s.XVII y WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandectenrecht*, Stuttgart 1879, p.43 ss.

(41) Marciano, 3 reg., D.12.6.40 pr.

refería al hablar de las *mali mores* que tenían los banqueros al prestar dinero sin reflexionar las condiciones del hijo de familia deudor?⁽⁴²⁾.

c) Seguro que el senadoconsulto fue originado también por una tercera razón todavía más amplia y profunda: una situación terrible y corrompida que iba surgiendo en el siglo I d.C., muerto ya Tiberio y siendo Caligula el emperador. Roma ofrecía ya una sociedad llena de hijos corrompidos y de padres tiránicos toda ella sumergida en un gran miedo con relación al futuro. Una sociedad bastante revuelta, con una curiosa obsesión de posibles parricidios y una lenta desaparición del poder tradicional de los padres aumentándose cada vez mas la cantidad de hijos emancipados⁽⁴³⁾.

En aquel interesante momento político del Imperio, por un lado, había un cierto temor en el Senado con relación al futuro de la sociedad romana mientras que los emperadores se sentían indiferentes a ese temor. Fue quizá Vespasiano, en su política restauradora, quien tal vez apoyó al Senado en su original senadoconsulto que prohibía aquellos peligrosos préstamos concertados con los hijos. Es posible, sin embargo, que esos peligros y precauciones se plantearan también algo antes, en los años imperiales de Claudio, ya que según nos dice Tácito una ley (¿plesbicitio?) fue entonces promulgada con el fin de castigar a los usureros: *coercuit saevitiam creditorum*⁽⁴⁴⁾.

Es curioso que primero fuera una ley y luego un senadoconsulto los que se enfrentaron con este problema de la inmoralidad usurera. Quien sabe si esa ley incitada por el propio emperador Claudio hubiera sido realmente propuesta por el propio Vespasiano el año 47 cuando, siendo todavía joven, era entonces nada menos que consul de Roma y que luego él mismo, ya elegido emperador moviese al propio Senado para lograr una mayor corrección todavía mas concreta en el senadoconsulto. Es probable que, en un principio, la norma senatorial tuviera mas bien un enfoque genérico, político y moralizante y se viese alimentada sobre todo por la influencia estoica de Séneca, pero luego mas tarde el senadoconsulto, en el Derecho pretorio, se concretó ya procesalmente tal vez al princi-

(42) Ulpiano, 29 *ad ed.* D.14.6.1 pr.

(43) Pasados los siglos y siendo cada vez mas frecuentes las emancipaciones, era ya bastante normal que los hijos que todavía permanecían sometidos a la *patria potestas* fueran solamente los adolescentes, lo cual provocaba fácticamente una gran analogía con la famosa *lex Laetoria* del año 180 a.C. para los menores de veinticinco años.

(44) El verbo *coercere* en su origen tuvo un sentido mas bien material: encerrar, retraer, etc, (Cicerón, *Rep.* 6.17). Sin embargo, luego adquirió un significado mas bien intelectual y moral: reprimir, frenar, etc. La palabra *saevitia* por su parte, venía derivada de *saevus* que significaba feroz y cruel.

pio con una simple *denegatio* a los acreedores usureros y luego mas tarde con una *exceptio senatusconsulti Macedoniani* que actuaba lógicamente no contra la *obligatio* sino sólo contra la *condictio* del préstamo.

V.- EL SENADOCONSULTO Y SU REPERCUSIÓN EN LAS "ACTIONES ADIECTITIAE QUALITATIS"

Existen unas interesantes coincidencias en ambas instituciones, si bien los juristas clásicos las estudiaron como cosas diferentes. Por una parte, las *actiones adiectitiae qualitatis* nacieron y se desarrollaron en el edicto, mas bien como consecuencias de la creciente amplitud que iba teniendo ya la capacidad de los hijos de familia⁽⁴⁵⁾ y por otra parte el SC. Macedoniano, que según hemos visto, era sobre todo un intento de restricción, casi siempre lo normal en todos los plesbicitos y senadosconsultos.

Ese senado consulto sin embargo, que en su origen era explicable, en parte suponía una intervención prohibente tal vez excesiva y en algunos casos injusta. Como era lógico y natural, el desarrollo de la libre disponibilidad de los *alieni iuris* hacía crecer las posibilidades de exigencia a sus padres por medio de las *actiones adiectitiae qualitatis*, mientras que con el SC. Macedoniano empezaba ya a limitarse la responsabilidad de los padres al menos en los préstamos.

Si tenemos en cuenta esa extravagante intervención del Senado, por muy útil incluso que pudiera ser en el siglo I en tiempos de Claudio y Vespasiano, al pasar los años se había convertido como en un freno para crecimiento natural de la vida mercantil en donde las exportaciones y las importaciones, cada día más abundantes, lógicamente exigían también un mayor número de préstamos bancarios para todos los negocios frecuentes y numerosos llevados normalmente por los hijos.

A medida que iban transcurriendo los años, aquella prohibición senatorial resultaba cada vez más injusta y más contraria a la situación concreta de Roma en su civilización ascendente. Sin duda que por esa razón toda la sociedad romana se sentía ya en contra de aquel senadoconsulto prohibente y bien pronto comenzó a notarse también en el ordenamiento jurídico una cierta salvación de

(45) Según Ulpiano, 29 *ad ed.*, D.15.1.1 se produjo un triple edicto con la *actio de peculio*, la *actio in rem verso* y la *actio quodiussu* que tal vez aparecieron, incluso años antes, en un edicto provincial. *Vid.* VON WELSEN: *Das edictum provincial*, en *ZS* 21 (1900), p.139 ss; Roma 1935, p.296 ss.

los préstamos, por un lado haciéndolos lícitos y por otro impidiendo la utilización de la *exceptio* anulatoria en muchos casos.

a) *Los peculios castrenses*⁽⁴⁶⁾. En la Roma de Augusto, cada día mas militar y mas universal, se iba restringiendo por muchas razones el antiguo patriarcado de los padres. Un hijo de familia, sobre todo si disponía de un cargo militar era ya considerado por su papel en el ejército como un *quasi pater familias* y por tanto, sus bienes, *bona castrensia*⁽⁴⁷⁾, adquiridos por su servicio militar, por donaciones o por los botines de guerra eran ya totalmente propiedad suya. Con tales peculios castrenses cada vez mas normales en los hijos militares⁽⁴⁸⁾, se les permitía ya todo tipo de negocios y préstamos sin que lógicamente pudieran anularse con el SC. Macedoniano.

b) *La ideología imperial y sus rescriptos*. Si ya con la política militar y los peculios castrenses se consiguió frenar algo la política prohibente del senadoconsulto, bien pronto la propia ideología imperial, siempre tendiendo al futuro, inició también en sus constituciones una tendencia moderadora para impedir en lo posible aquella *exceptio*. Así, por ejemplo, Septimio Severo y Caracalla, en un recripto del año 198⁽⁴⁹⁾, decidieron en el caso concreto de un *filius* llamado Zenodoro, que fuese normal su responsabilidad en el préstamo ya que en todos sus negocios actuaba realmente como si fuera *sui iuris*, siempre con el consentimiento de su padre.

Como es lógico fueron siempre interesantes las constituciones, sobre todos los rescriptos imperiales en los que la decisión decidida *ad casum*, se convertía luego en una norma de carácter general. El emperador Severo Alejandro constituye un rescripto el año 230⁽⁵⁰⁾, también relativo a la licitud y a la validez de los préstamos, no obstante la prohibición que compuso el Senado hacía ya más de un siglo. Según la decisión imperial, en aquel caso concreto, aunque no constara el consentimiento del padre, la situación real del préstamo necesario era más que suficiente para no aplicar el senadoconsulto.

(46) Pomponio, 2 *sen con.*, D.38.17.10. pr. Vid. WESENER: *Denkform der "quasi" in der romischen Jurisprudencia*, en *Studi Donatuti* 3, Milán 1973, p.1392 ss.

(47) Vid. GIUFFRÉ: *Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda "respublica"*, Nápoles 1983, p.39 ss.

(48) Cuando pasaron muchos años, casi todos los hijos solían vivir ya en las mismas condiciones porque aunque no fueran militares, serían funcionarios o encargados de alguna misión administrativa y teniendo en cuenta la curiosa visión militar que tiene ya el Imperio tardío, todos los hijos estaban ya equiparados a miembros del ejército, como si el propio mundo romano e incluso la Iglesia fueran idénticos a un inmenso poder militar. C.Th. VI.35.3.;Nov.123.21.

(49) C.4.28.2.

(50) C.4.28.5.2.

c) *La Jurisprudencia de los siglos II y III frente a la prohibición senatorial de los préstamos.* A la vez que el privilegio militar de los peculios y aquella visión amplia de las constituciones imperiales iban anulando poco a poco la prohibición de los préstamos, también la Jurisprudencia, aunque quizá sin moverse por un movimiento político antisenatorial, siempre con su casuística tradicional, fué corrigiendo aquel exagerado freno que suponía el SC. Macedoniano. Sin una motivación política –como la que tal vez se dio en los emperadores– la Jurisprudencia en cambio parece mitigar poco a poco la prohibición del senadoconsulto por razones sociales y naturales. Como sabemos, a los juristas clásicos, ellos siempre tan amantes del Derecho privado, nunca les interesaron aquellos toques concretos, negativos y casi siempre prohibentes de los plebiscitos y los senadoconsultos y que afectaban al ordenamiento en su clara evolución positiva y perfecta que se manifestaba cada día en el edicto y en la elaboración casuística de ellos.

Es bastante probable que los juristas de la Jurisprudencia clásica, sobre todo en los siglos II y III, siendo muy intelectuales fueran casi siempre conservadores. Por ello, aunque como es natural no disponían de autoridad propia, al menos intentaban mantener las normas tradicionales del viejo *ius civile* y sobre todo los originales principios del Derecho honorario adaptándolos todos con una gran capacidad a la propia vida del Imperio romano de entonces⁽⁵¹⁾. Seguro por tanto, que aún aceptando forzosamente la novedad política de aquel SC. Macedoniano, desde un principio trataron siempre de evitar en lo posible su injusta aplicabilidad, bien denegando la *exceptio* bien mediante una *replicatio* anulatoria que solicitaba el propio acreedor prestamista.

Prácticamente todos los juristas, con una gran naturalidad nos dicen que para la validez de los préstamos recibidos por hijos de familia ni siquiera era necesario un consentimiento expreso de los padres, siendo tan solo suficiente que tolerasen en general los negocios del hijo, con lo cual ya los préstamos se entendían perfectamente válidos sin que se pudiera oponer la *exceptio*. El préstamo es válido, *non voluntatem sed patientiam*⁽⁵²⁾. Resulta evidente que, en principio, la Jurisprudencia, al menos subconscientemente, se sentía ya muy contraria a la *exceptio* derivada del senadoconsulto. Seguro que es por esa razón por lo que, según Ulpiano, para la validez de los préstamos no es ya ni siquiera nece-

(51) Vid. SCHULZ: *Storia della giurisprudenza romana*. Trad.italiana.Florenia 1968, p.499 ss.

(52) Ulpiano, 29 *ad ed.*, D.14.4.1.3, vid. DI PORTO: *Impresa colectiva e schiavo "manager" in Roma antica*. Milán 1984,p.236 ss.

sario un consentimiento del *pater familias*⁽⁵³⁾. El préstamo es exigible siempre que no conste expresa y claramente la voluntad contraria del padre⁽⁵⁴⁾.

Otro supuesto al que aluden con frecuencia los juristas, al referirse a la validez de los préstamos prohibidos, es simplemente el hecho de que si ese préstamo a quien realmente beneficiaba era precisamente al *pater familias*, por ejemplo, para pagar sus deudas, liberarle de un *pignus*, facilitar su obligación de la *datio dotis*, etc, tal beneficio, logrado por su hijo –*versio in rem patris*– era ya mas que suficiente para la validez del préstamo⁽⁵⁵⁾.

La sociedad ya había cambiado totalmente y si en el siglo I, aquella *libido* y la *luxuria* de los hijos los habían separado de sus padres y había provocado aquel senadoconsulto, ahora mas bien era todo lo contrario y ya apenas había ningún motivo para mantenerlo vigente. Sin embargo, como es de sobra sabido, en el ordenamiento clásico jurisprudencial no existe ninguna derogación sino tan solo una lenta desaparición de aquello que quizá, cien años antes, ofrecía motivos legales. Por eso, tales normas, aunque teóricamente en vigor todavía, ya no tenían ningún motivo y por eso la propia Jurisprudencia, caso por caso, encauzaba lógicamente la situación con una originalidad científica verdaderamente extraordinaria.

Existe un caso muy bonito que nos plantea Ulpiano de un hijo estudiante que recibió en préstamo una cantidad para él necesaria y que su padre solía enviarle, *pater solebat suministrare* cada año. Ulpiano enfoca este supuesto real de un modo amable, diciéndonos que en este caso la *exceptio* no deberá aplicarse. En primer lugar, por entenderse lógicamente el consentimiento tácito del padre que todos los años ofrecía esa misma cantidad para su hijo, por lo cual se trataría claramente de un consentimiento o *iussum* del *pater*. Pero además, el jurista Ulpiano, tan humano y tan culto, piensa que ese préstamo siempre sería admisible al existir también una *versio in rem patris*, precisamente un gran beneficio para él ya que, ese préstamo que recibió su hijo tenía como finalidad el

(53) La idea de ese consentimiento paterno es interpretada por los juristas con una gran amplitud utilizando, sobre todo Ulpiano, todas las expresiones usuales: *patris voluntas, iussum, scientia, patientia*. 29 *ad ed.*, D.14.6.7 y 9; 11 *ad ed.*, D.4.4.3.4; 30 *ad ed.*, D.14.6.12. También Paulo entendió el consentimiento con tal amplitud que considera que el *pater familias* admite el préstamo de su hijo siempre que no conste expresamente su opinión contraria: *testatio contrariae voluntates*. Paulo, 4 *resp.*, D.14.6.16.

(54) Ulpiano 29 *ad ed.*, D.14.6.7.15) nos dice incluso que el préstamo no sería anulable si el padre comenzó a pagar ya la deuda, por cualquier motivo personal.

(55) El propio Juliano, en 12 *dig.* ya planteó ese asunto que debió ser muy frecuente y al cual lo cita Ulpiano en sus extensos comentarios del libro 29 *ad ed.*, D.14.6.7.12.

fomentar su ciencia y prestigio cosa que sin duda era también un gran beneficio para su padre⁽⁵⁶⁾.

VI. CONCLUSIÓN

¡Cuánto había ya cambiado en la sociedad romana sobre aquella antigua relación que asumió algo de hostilidad entre los padres y los hijos, siempre inquietante para los estoicos, para los senadores y para aquellos emperadores del siglo I, Claudio y Vespasiano. ¡Sin embargo, mas tarde a partir del siglo II, todo empezó a ser muy distinto y parecido ya a nuestro mundo actual. Lógicamente aunque podían darse algunas situaciones difíciles e inmorales, ya casi todas las familias habían cambiado y los padres a los cuales antes sólo les obligaba un simple *officium parentis*, ahora en cambio vivían con auténticas obligaciones de atender a sus hijos: alimentarlos, respetar su libertad en los matrimonios, etc.⁽⁵⁷⁾.

Curiosamente, aquel supuesto excepcional previsto por el SC. Macedoniano provocó no solo para los prestamistas, sino en general para todos los negociantes y empresarios cientos de casos difíciles haciendo declinar el prestigio de los hijos, eliminándolos de la vida mercantil. Fue eso lo que obligó poco a poco al Derecho romano clásico, sobre todo a la Jurisprudencia, a que no se aplicase aquel senadoconsulto tan contrario a la vida mercantil ordinaria. Al pasar los años, esos casos en los que se evitaba la *exceptio* anulatoria para los préstamos, empezaron a considerarse aplicables también a cualquier tipo de negocio, los cuales, al ser llevados a cabo por un hijo de familia que no era *magister navis*, ni *institor*, ni disponía tampoco de un peculio, eran desgraciadamente inútiles y no se podía exigir el pago hasta que no se lograra la *emancipatio* del hijo o por fin se produjera la muerte del padre.

Por eso, los juristas que habían evitado en lo posible la aplicación de la *exceptio senatus consulti* en aquellos casos en que el padre había permitido el préstamo o simplemente se había beneficiado de él, ahora vieron también la posibilidad de utilizar esas mismas razones para que en general el negociante pudiese utilizar una *actio* en casos semejantes: cuando el padre había permitido el negocio del hijo o simplemente cuando se había beneficiado de él.

(56) Ulpiano, 29 *ad ed.*, D.14.6.7.13 y 14.

(57) Lo que antes era tan solo opinión de filósofos como Séneca luego, a partir del siglo II d.C., la obligación moral de los padres de cuidar a sus hijos es ya un deber civil y político como podemos comprobar, por ejemplo, en la carta de Plinio a Trajano, 10.65. *Vid.* MORDECHAI: *Efetti personali della "patria potestas"*, Milán 1979, p.151 ss.

Probablemente, la Jurisprudencia del siglo III no se había dado cuenta que las dos nuevas acciones, la *actio quod iussu* y la *actio in rem verso* habían nacido de la propia casuística que los juristas habían elaborado con el fin de evitar la peligrosa invalidez que amenazaba a los préstamos. Pasados ya los siglos, prácticamente habían desaparecido ya incluso los motivos que en su momento originaron aquellas intervenciones de la Jurisprudencia y de las constituciones imperiales. Por eso, ya en el Derecho romano postclásico y sobre todo en la redacción del Digesto, nadie sabía los orígenes de las instituciones redactadas ya de modo final en época de Justiniano, ni tampoco luego, pasados los siglos, ni la Pandectística alemana, ni la Palingenesia de Lenel pudieron comprender totalmente la evolución en donde quedó cuajada la historia de las *actiones adiectitiae qualitatis*, a causa de los fenómenos sociales y económicos que hemos visto.

Las *actiones adiectitiae* que fueron poco a poco adquiriendo importancia son por supuesto muy interesantes. Tales acciones, cuyo nombre genérico ni siquiera existía en la época clásica, fueron apareciendo, según un original orden histórico que seguramente se reflejaría en el edicto, orden que Lenel dedujo en su propia Palingenesia⁽⁵⁸⁾. La cronología de esas acciones y su tipicidad se manifiestan en los libros XIV y XV del Digesto, prácticamente derivados del propio edicto según los comentarios ulpianos. Como ya hemos visto, el negocio marítimo, que fue el primero que apareció, es sin duda lo que hace que en el Digesto el título 1 esté dedicado a *actio exercitoria*.

Sin embargo, misteriosa e inexplicablemente, entre la *actio exercitoria* y la *institoria*, el Digesto coloca un extraño título dedicado nada menos que a la *lex Rhodia de iactu*⁽⁵⁹⁾. Esa anómala localización de una tal institución que nada tenía que ver con las relaciones mercantiles de los hijos de familia y que aparece así en el Digesto, tal vez la colocó en ese lugar el propio magistrado pretorio, detrás de la *actio exercitoria* simplemente por el significado marítimo que ofrecían las dos instituciones. Tras esa anomalía, sigue el Digesto con el orden normal y lógico de todas esas acciones podían disponer los negociantes, banqueros y usureros para lograr el pago de las deudas.

(58) Lenel piensa que tales acciones debieron aparecer en el edicto, tras las llamadas *de rebus creditis*, como vías procesales accesorias. Vid. LENEL: *Essai de reconstitution de l'édit perpetuel*, París 1901 I, p.296 ss.

(59) La sistemática del Digesto vino en parte del vulgarismo de los *iura*. Anómalo es la mezcla del orden sistemático y del orden cronológico.

Dada la imprevista aparición del SC. Macedoniano, resulta muy interesante el análisis de todas las posibilidades planteadas con el fin de evitar aquella *exceptio* y la *versio in rem patris*. Razones curiosas que explicaban maravillosamente los juristas con un tono cada vez más profundo y más general. Aparece en el Digesto en los títulos 3 y 4 del libro XV y cuya denominación se refiere a la acción de peculio y no precisamete al Macedoniano que realmente fue su origen y su causa.

Todo cambió. Lo que en el edicto y en los comentarios jurisprudenciales, donde se incluían los interesantes comentarios para la posible no aplicación del Senadoconsulto en algunos caso, lo que todo era una natural continuidad histórica ya cambió. Ahora en cambio, tras el proyecto de Justiniano para la elaboración del Digesto, cuando ya el SC Macedoniano era algo antiguo y sin interés, aquel casuismo elaborado simplemente para facilitar los préstamos, era ya un conjunto jurisprudencial admirable que facilitaba en general la definitiva responsabilidad de los padres pero ya con relación a cualquier contrato, compromisos, etc.

Pasados los siglos, fueron los glosadores, la Pandecta y los actuales romanistas quienes, al estudiar los supuestos del *quod iussu* y de la *versio in rem*, los vieron ya como simples *actiones adiectitiae qualitatis*... y no como en realidad habían aparecido aquellos casos en la vida romana y en los juristas clásicos cuando ellos intentaban atenuar las consecuencias del viejo senadoconsulto. Por eso es muy interesante, pero desgraciadamente poco frecuente, el estudio de las instituciones no como muchos romanistas lo hicieron y basándose tan solo en la Pandecta sino como una realidad histórica en donde todo influyó en el ordenamiento: la vida mercantil, la cultura, la vida política y en general la vida de una civilización tan clara como fue la de Roma que se extinguía ya al final, en una época tardía y vulgarizada. Por esa razón, es pues muy interesante la evolución de todas las instituciones jurídicas. Al principio, el Derecho romano, siempre independiente y privatístico, vivió en una civilización normal y sana. Sin embargo, con el paso de los años, el orden político imperial tocó e influyó en el ordenamiento con lo cual todo fue cambiando y hasta el propio edicto, siendo traslaticio, creciente y lleno de vida posiblemente se quedó ya para siempre como algo inalterable, convirtiéndose en edicto perpetuo.

Pasaron los siglos y en un Imperio final, cada día mas absolutista, en donde aquella antigua facultad creadora del Derecho Honorario había ya desaparecido las figuras jurídicas sólo las podemos estudiar en el Digesto. Sin embargo, para conocer, aunque sea imperfectamente, el Derecho clásico, movido naturalmente

por el propio crecimiento normal de las instituciones: familias, matrimonios, tutelas, etc y por las concretas e inesperadas intervenciones de plebiscitos y senadosconsultos no podemos prescindir de aquella primera civilización Romana creadora y modificadora, hasta el punto que incluso lo que erróneamente se ve, como algo fijo y estable en el Digesto, es tan sólo el final del mundo romano.