

# *La personalidad y la posibilidad de ejercitar una acción*

CARLOS PONCE TREJO

---

*SUMARIO: I. Introducción. II. Breviario etimológico. III. Presupuestos básicos. IV. La situación jurídica de los hombres en el derecho romano. V. Una explicación posible fundada en la jerarquía (potestad). VI. La posibilidad de accionar de un grupo humano como hipótesis para explicar la persona moral o corporación.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

---

El presente trabajo parte del estudio y opiniones personales<sup>1</sup> sobre aspectos del derecho romano, y tiene por finalidad aportar una perspectiva distinta a la forma de abordar la problemática moderna en torno a la *personalidad*. Se considera al derecho romano no como un simple antecedente, sino como un sistema ejemplar, en virtud de encontrarse fundado en razones objetivas, y del cual se puede partir para criticar, y en su caso superar, los conceptos jurídicos actuales fundados en la *dogmática positivista-legalista*.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Por supuesto, debo reconocer y agradecer lo importante que han sido los estudios y trabajos publicados por don Álvaro D'Ors, para el entendimiento del derecho romano clásico; estudios que se han continuado, divulgado e incluso defendido en México por el doctor Jorge Carlos Adame Goddard y por el licenciado Gumesindo Padilla Sahagún. Siendo dichos tratadistas quienes de una u otra manera han influido en mi celo y estudio del derecho romano. En lo sucesivo, el libro de don Álvaro D'Ors, *Derecho privado romano* (Pamplona Ediciones Universidad de Navarra), será citado DPR, seguido del número de parágrafo respectivo. Asimismo, el *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana* 3a. (Madrid Editorial Gredos) de Joan Corominas, se citará como DELC, sin indicar el número de página, ya que es la voz la que servirá de guía para encontrar el término respectivo. Otro tanto se hará con lo que respecta al *Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico* 8a. (Madrid 1887) de don Raimundo de Miguel, que se citará simplemente como LEE.

<sup>2</sup> En atención a lo dicho, ruego al lector paciencia para estudiar y acceder a los conceptos de interés para el derecho "moderno" que se proponen en el presente opúsculo, en relación con la *personalidad*, ya que el presente no es un trabajo fundado en leyes y codificaciones modernas, sino en hechos históricos y criterios jurídicos que fundan e inspiran a nuestras modernas codificaciones, por lo que la terminología utilizada es propia del derecho romano, y en ese sentido arcaizante y le-

## II. BREVIARIO ETIMOLÓGICO

Estudiaremos las dos ideas bases: La posibilidad de ejercitar una acción y la personalidad.

Partiremos del *etymo* de las palabras, aclarando que esto último no tiene otra finalidad que resaltar el carácter metafórico de las mismas, con el fin de que quede claro hasta que punto es arbitraria o contingente su utilización, de modo tal que su significación no se busque en las palabras mismas, sino en las razones y en los hechos que ellas designaron, conforme a la máxima *in verbis, non verba sed res et ratio quaerenda est*: en las palabras, no las palabras sino las cosas y las razones deben buscarse; por lo que es el uso reiterado doctrinal y actual, *más que una razón objetiva*, lo que nos lleva a su frecuente utilización.

El término *acción* evidentemente proviene del sustantivo latino femenino *actio, nis*, que significa lo mismo que en español acto, acción, operación; existe además un sustantivo masculino equivalente: *actus, us*,<sup>3</sup> ambos son derivados del verbo latino *ago, is, egi, actum, agere*: llevar por delante, hacer. En el lenguaje jurídico la palabra *actio* recibió un sentido técnico para designar al acto por excelencia para el jurista, al acto de mayor importancia, el cual para los efectos del presente trabajo será sinónimo de reclamación judicial.<sup>4</sup> Álvaro

jana de la labor cotidiana del jurista moderno. Consciente de ello se trató a lo largo del artículo de ser sumamente explícito y colocar la traducción de los términos latinos inmediatamente después de su utilización.

<sup>3</sup> Interesante es el hecho de que exista un sustantivo masculino y femenino de diversa declinación para designar un mismo acontecer; en nuestro idioma se explica por la simple tradición o derivación latina de nuestra lengua, pero actualmente ya no tiene razón de ser; más aún la tradición y vulgarización del latín en lo que llamamos lengua castellana, o para otros "el español", ha acuñado otro término más de carácter técnico-jurídico para designar al mismo acontecer "auto" de frecuente uso en el lenguaje propio del foro y variante semiculta de *actus*, véase DELC.

<sup>4</sup> Estos conceptos de reclamación judicial o acción *no son equivalentes* a la concepción moderna de la *demanda* o incluso de lo que nuestros procesalistas llaman actualmente *acción*, ya que la "demanda" es únicamente una fase del proceso judicial y designa ante todo *al escrito* que contiene la petición inicial para que el Estado, mediante sus órganos jurisdiccionales, aplique una norma sustantiva a un caso concreto (véase BECERRA BAUTISTA, José *El proceso civil en México* (México Porrúa) 30), otros opinan que la demanda es *el acto procesal*, verbal o escrito, por el que una persona formula su pretensión ante los órganos jurisdiccionales e inicia el proceso (véase: Ovalle Fabela, José *Derecho procesal civil* (México Harla) 50); siendo más acertada ésta última opinión, en el sentido de que la demanda es ante todo un acto, un acto del hombre y no un simple escrito; no obstante ello, nuestras concepciones se constriñen a designar con el término de demanda al acto inicial del proceso, en contraste en el derecho romano clásico el término *acción* designa a toda la actuación que tenga por fin resolver el conflicto entre personas, de modo tal que los actos subsecuentes ante el juez, una vez concedida la acción por el magistrado, *son parte integrante de la acción*, de la reclamación misma, sin que existiera una idea equivalente a *proceso* (véase DPR, pr: 69), por acción se designaba en aquella época al acto mismo como a todos los actos subsecuentes y derivados que conlleva dicha reclamación judicial, por ello es difícil entender para la mentalidad moderna la concepción romana (en la cual no existe la idea del *proceso*), ya que utilizamos palabras derivadas formalmente de aquellas otras que en la antigua Roma de la época clásica designaban hechos distintos y se utilizaban en consecuencia en forma diversa, esto ha sido así al grado que hoy, *parece innecesario e incluso difícil de explicar* el concepto de *acción*, ya que para nosotros ha dejado de ser un acto para convertirse en una facultad de actuar, ha dejado de designar un hecho para designar un derecho; la *acción* que designa por excelencia, valga la excesiva repetición, al actuar mismo, en el lenguaje técnico jurídico actual ya no designa al actuar mismo, sino a una po-

D'Ors<sup>5</sup> propone la siguiente noción clásica de la acción: “la *actuación* enderezada a resolver una <sup>6</sup> controversia mediante una decisión definitiva (*iudicatum*) fundada en la opinión (*sententia*) de un juez privado”.

Dicho concepto esta referido al derecho romano clásico, caracterizado por la bipartición procesal,<sup>7</sup> la acción, en el sentido clásico del derecho romano, es precisamente una *acción* o acto y no es un derecho a perseguir en juicio lo que a uno se le debe,<sup>8</sup> es decir, es el mismo acto que tiene por fin resolver una con-

sibilidad de petición, a una facultad, a un derecho de petición, a una posibilidad de actuar, y ello explica que, sin proponerselo, se tienda a identificar la acción con el derecho subjetivo, y por ello se esfuerzan los tratadistas actuales en diferenciar los derechos subjetivos de lo que ellos denominan “acción”, de modo tal que prácticamente nuestra doctrina moderna entiende por acción el derecho de pedir ante un órgano jurisdiccional la protección de un derecho subjetivo, idea que a su vez conlleva la tendencia a identificar a la acción con la excepción. Pero no hay que dejar de anotar que la concepción moderna de acción deriva de la definición del derecho vulgar romano: *ius iudicio persequendi quod sibi debetur*.

<sup>5</sup> Véase DPR, pr. 69.

<sup>6</sup> Para el particular la controversia puede ser única e irrepetible, pero para el magistrado y para el jurista dicha controversia presentará semejanzas con otras tantas, de modo tal que haciendo abstracción de las singularidades de las mismas y atendiendo a la petición principal, se establezcan, por dichos individuos, semejanzas que fundaron lo que se denomina en la romanística moderna *tipicidad* (véase DPR, pr. 75); de ella se parte para fundar el proceder siguiente: a reclamaciones semejantes por provenir de controversias semejantes, soluciones semejantes, de modo tal que se podía ahorrar trabajo y tiempo, de hecho de dicha tipicidad o semejanza se parte para poder hablar de una doctrina jurídica, ya que de lo contrario cada caso sería singular, con respuesta singular y nunca permitiría la generalización de las respuestas, y por consecuencia menos aún la formación de doctrina, en otras palabras de dicha semejanza parte y se funda todo el conocimiento jurídico de aquella época. Hay que remarcar que lo que dio paso a la tipicidad fue la adecuación de la fórmula escrita de reclamación a la controversia misma y no viceversa como sucedía en época arcaica, en donde la controversia se adecuaba a la forma verbal de reclamación (*legis actiones*), en cambio en la época clásica es la forma escrita la que se adecua a la controversia y de la semejanza de las formas escritas surge la tipicidad; dicho sea de paso, esa semejanza de las formas escritas adecuadas a la controversia se posibilitó en tanto que eran escritas y no verbales, permitiendo con ello la conservación, estudio, transmisión, profundización, creación y utilización del trabajo y conocimiento de otros juristas.

<sup>7</sup> Por ello se alude a que el *iudicatum* se funda en una *sententia* (proviene de *sentire*, ya que es lo que siente el juez como verdad una vez valoradas las pruebas); por lo que si el juicio fuere tramitado ante el magistrado únicamente, como aconteció en el derecho post-clásico y en el derecho moderno, no tendría razón de ser esa diferencia, ya que el magistrado a su vez decide y opina, emite el *iudicatum*, fundado en su propio sentir.

<sup>8</sup> Concepto propio del derecho vulgar y que ha influido en la moderna concepción positivista-legalista, de modo tal que en la actualidad la acción no es más que un caso particular del derecho de petición ante la autoridad. Un grave defecto de ello, además de impedir una definición de obligación fundada en la acción misma, es que dicho derecho de pedir sola y exclusivamente tiene por objeto (es decir lo pedido), a cada uno de los derechos subjetivos concedidos en los diversos artículos del ordenamiento legal, por lo que, en aras de una supuesta mayor seguridad jurídica, los particulares no pueden pedir más allá de lo que se les concede en los artículos de la ley, y los jueces tampoco pueden actuar más allá de lo que establece dicha ley (remarcando que a dichos objetos del derecho de petición modernamente se les ha designado como derechos subjetivos, en contraposición a la ley misma que los concede, la cual en contraste se le designa modernamente como derecho objetivo); lo anterior es un defecto porque para el jurista romano clásico la acción es la petición misma cuyo objeto lo fija el propio particular con la consulta al jurista y con intervención del magistrado fundándose en el caso concreto y no en un ordenamiento legal, y es la similitud de lo pedido en la práctica o realidad social lo que originó la tipicidad de las acciones y no la voluntad o el conocimiento de un supuesto legislador omnisciente o onnisapiente; lo que trae por consecuencia el aceptar en la práctica el que si no esta en ley lo pedido no es objeto de un derecho porque no

troveria, esto es un conflicto entre particulares, acerca del aprovechamiento privado de las cosas, mediante la decisión definitiva<sup>9</sup> de un juez.

Equivalente a acción es la expresión reclamación judicial, en tanto que recalca que no es un derecho a reclamar sino la reclamación misma lo que constituye el término técnico de acción en derecho romano clásico.

La acción o reclamación judicial se caracteriza ante todo por su finalidad: resolver un conflicto; la palabra conflicto es asimismo un sustantivo que proviene del latín *cum-fligere*: golpear o chocar; aplicado al actuar humano, conflicto significa metafóricamente que dos o más hombres desean realizar conductas que se excluyen mutuamente; adaptado asimismo no solo al actuar humano, sino al actuar humano jurídico en el derecho romano clásico, conflicto significa metafóricamente que dos o más hombres desean realizar conductas que chocan o se excluyen mutuamente, con respecto al aprovechamiento o utilización privada de las cosas. Esto es, porque de los diversos conflictos que se pueden tener con el prójimo (amorosos, morales, religiosos o conflictos propios de la administración estatal),<sup>10</sup> sólo le interesan al jurista de la época clásica<sup>11</sup> aquellos relativos al aprovechamiento individual o privado de las cosas, ya que son, en opinión del que suscribe, los conflictos ordinarios que se presentan entre hombres con valores religiosos, morales y políticos similares, además de que suponen igualdad<sup>12</sup> entre las partes.

En virtud de que a continuación se procederá a explicar *ius, obligatio* y la personalidad utilizando la noción de "posibilidad", es conveniente mencionar que dicha palabra proviene del latín *possibilise*, formado tanto del sufijo

es posible su reclamación o petición judicial, de modo tal que los problemas *siempre sobrepasan y siempre estarán adelante de la realidad misma*, nuestro sistema jurídico-legalista así lo implica por lo antes dicho, de ahí que el derecho se vea, por los *no juristas* e incluso por los mismos abogados, como un *obstáculo para el desarrollo social*; y peor aún, la reacción inmediata y no reflexiva a dicho problema del legislador, es precisamente una mayor reglamentación de las conductas humanas de modo tal que se trate de incluir en la ley *todas las posibles conductas e intereses de los particulares*, lo que constituye otra característica del vulgarismo jurídico, y por su parte el trabajo jurídico doctrinal de los juristas se contenta en encontrar las lagunas o contradicciones de ley para proponer la modificación o adición a la misma ley, lo que nos lleva nuevamente a una mayor reglamentación que trata ilusoriamente de adelantarse a la realidad social, previendo toda posible reclamación, e iniciando una carrera que de suyo esta perdida aún antes de comenzarla; no es la abundancia de leyes, sino los hombres en la realidad misma los que pueden *proponer e imponer* las soluciones justas, no más leyes, sino mejores jueces y mejores juristas en quienes se confía la solución de los conflictos jurídicos.

<sup>9</sup> El fin mismo de *resolver conflictos* conlleva necesariamente que las decisiones sean definitivas, ya que si fueran contingentes o relativas, nunca se resolvería el conflicto, en este sentido es firme decir el fin *determina* los medios, no los justifica.

<sup>10</sup> Dichos conflictos originaron en el derecho post-clásico al *ius publicum*, ya que sólo en una etapa tardía del derecho romano clásico los juristas se interesaron en dichos aspectos de organización o planificación pública o estatal, pues habían dejado de ser simples particulares para formar parte de la organización pública, la cual terminó por reconocer únicamente el carácter de juristas a quienes se sometían a la misma, dicho proceso se inició desde Augusto, al atribuirse a sí mismo el *imperium* y la *auctoritas*, mediante el *ius respondendi*, véase DPR, pr. 42.

<sup>11</sup> Entendemos por clásico *lo ejemplar y selecto*, lo cual referido al derecho romano designa la periodificación propuesta por don Álvaro D'Ors, *id est* del 130 a.C. al 230 d.C. (véase DPR, pr. 6, n. 1).

<sup>12</sup> La igualdad entre las partes se implica de la no existencia de jerarquía entre dichas partes, la cual imposibilitaría el ejercicio de la acción tal como se explicará más adelante.

“\_bilidad” (que en mi opinión indica cualidad y proviene del sufijo latino “\_bilis”, el cual en dicha lengua se utilizaba frecuentemente para formar adjetivos derivados de verbos), como del verbo *possum*, *potes*, *posse*, *potui* que significa ‘poder’, integrado a su vez tanto del adjetivo indeclinable *potis* o *pote*:<sup>13</sup> que puede, que es capaz, como del verbo sustantivo *sum*, *es*, *esse*, *fui*, que significa ser, existir; por tanto, ambas partículas designan la idea de *ser o existir lo que puede*, conjugado en primera persona del presente indicativo (esto es *possum*, yo puedo) significaría que soy lo que puede... (hacer o transformar algo). *Potis*, en opinión de algunos etimologistas, proviene del verbo *pateo*, *es*, *ere*, *tui* (estar abierto, de ahí patente: estar abierta la actuación en una actividad o rama determinada), otros opinan que proviene del adverbio y preposición *prope* (cercano, unido), en el sentido de aquello cercano<sup>14</sup> a algo (en el tiempo), *id est*, de que algo está unido a algo temporalmente, en cuanto lo que será (lo que puede ser, lo posible), *está unido en el tiempo* a algo de lo cual parte, y cuando dicho algo de lo que se parte existe, decimos que *está cercano temporalmente*, que *puede ser lo que aún no es*; aplicado a la frase que analizamos: *posibilidad de ejercitar una acción*, designa a *toda aquella situación que existe y a la cual le es cercano*<sup>15</sup> temporalmente el reclamo judicial o acción, en otras palabras se equipara la frase *posibilidad de ejercitar una acción* a la frase *unión, apertura o cercanía temporal del ejercicio de una acción*, en el entendido de que acción tiene en el presente trabajo la significación técnico jurídica propia del derecho romano clásico ya aludida.

El concepto conformado por la *posibilidad de prevalecer*<sup>16</sup> en el ejercicio de una acción (*sea real o personal*), en mi opinión, puede utilizarse para entender, conforme se entiende en nuestro derecho moderno, lo que metafóricamente se llama “*relación jurídica*”,<sup>17</sup> siendo un caso de dicha relación jurídica el término *obligación*, el cual se conformó en la época clásica del derecho romano y se le designó técnicamente como *obligatio*,<sup>18</sup> *actione teneri* o en su caso, incluso

<sup>13</sup> De la frase impersonal *pote est* contraído en *potest* (tercera persona del singular utilizada también como impersonal) se partió para crear las demás personas y tiempos de la conjugación (véase MILLARES CARLO, Agustín *Gramática elemental de la lengua latina* 3a. (México Patria 1966) pr. 97, p. 100).

<sup>14</sup> Cercano no en tanto al aspecto espacial, sino al temporal, esto es, cercano en tanto que está a punto de ocurrir, *id est*, que es posible. De modo que en este sentido el concepto de *prope* se especializó para indicar la cercanía temporal, habiendo inicialmente significado la cercanía espacial.

<sup>15</sup> En su caso designa a *toda aquella situación que existe y a la cual le es abierto el conflicto*.

<sup>16</sup> Entendemos por *prevalecer* el poder resultar triunfadores en el ejercicio de la acción, ya que el simple hecho de *poder ejercitar una acción*, sin que se tenga la *posibilidad de prevalecer en la misma*, no es tan relevante al jurista como para darle una designación específica. La posibilidad de ejercitar una acción que de antemano se sepa que no puede prevalecer en ella el actor, pero que por negligencia del demandado o por confabulación con el actor para la simulación del juicio, resulte triunfador en la misma, no recibe nombre técnico alguno, pero no por ello se niega su existencia. En cambio la *posibilidad de ejercer cualquier acción* (no una acción) en *relación a un fin lícito que comparte un grupo de hombres* se designa personalidad, tal como se afirma líneas adelante.

<sup>17</sup> Ciertamente podría ser preferible para estos efectos utilizar el término obligación en sentido amplio en lugar de *relación jurídica*, especialmente por el tinte filosófico jurídico que conlleva; no obstante, se optó por su utilización en atención a la claridad y a efecto de evitar confusiones.

<sup>18</sup> En sentido estricto, en la época clásica del derecho romano el término *obligatio* sólo designa la *posibilidad de prevalecer al ejercer una actio in personam en el ius civile*, en cambio para designar dicha posibilidad cuando se funda en el derecho honorario la frase utilizada era *actio teneri*,

*ius*,<sup>19</sup> dicha relación jurídica en su aspecto pasivo es la posibilidad de no prevalecer al ser reclamado, o valga la expresión: la posibilidad de no prevalecer al ser accionado.

Para entender lo que para el jurista romano clásico significaba *obligatio* en sentido estricto, nosotros afirmaríamos que es la posibilidad de prevalecer en el ejercicio de una *actio in personam* en el *ius*<sup>20</sup> *civile*; en cambio, el término relación jurídica u *obligación en sentido amplio, designará a lo largo del presente trabajo a la posibilidad de prevalecer al ejercitar una acción (sea real o personal)*, sin olvidar que ello implica una vulgarización del término clásico.

Dicha posibilidad de prevalecer en el reclamo judicial es de suma importancia para decidir una controversia o conflicto, su relevancia misma se refleja en el lenguaje, de modo tal que se utilizó un término metafórico para designarla en el caso de las acciones *in personam* fundadas en el *ius civile: obligatio*; afirmamos que es metafórico porque se utiliza en su aspecto pasivo en el sentido de que dicha posibilidad de no prevalecer en el reclamo *ata o liga* a una persona (obligado) con otra (acreedor).

La posibilidad de prevalecer al reclamar judicialmente, en opinión del que suscribe, es también utilizable para la acepción principal, y por tanto no la única, de *ius*,<sup>21</sup> término este último de varias acepciones y de etimología incierta,

asimismo no se hablaba de la existencia de lo que actualmente designamos como *obligaciones reales*, ya que la posibilidad de ejercitar una *actio in rem* en época clásica y resultar triunfador en la misma es designada con el término *dominium* (posteriormente *proprietat*), para el caso de la reivindicatoria, pero nunca se creó un término abstracto para designar genéricamente a dicha posibilidad de resultar triunfador en el ejercicio de una acción *in rem*, es decir lo que equivaldría a nuestro término *obligación real*; menos aún existió un término para designar la posibilidad de ejercitar y prevalecer en el ejercicio de una acción (sea real o personal). No obstante a lo antes dicho y conociendo que para la mentalidad clásica se repudian los términos abstractos y las generalizaciones, si quisiéramos designar de alguna manera a dicha posibilidad, que abarque tanto a las acciones reales como personales en nuestra opinión podríamos, siendo conscientes de la vulgarizando que ello implica, utilizar al concepto mismo de *obligación* como se hace en el texto del presente artículo; para la concepción clásica en estricto sentido de *obligatio* véase SHULZ, Fritz *De-recho romano clásico* (Barcelona Bosch) quinta parte, *Derecho de las obligaciones*, Introducción, parágrafo 785, y DPR, pr. 348

<sup>19</sup> Véase DPR, pr. 69 y 14.

<sup>20</sup> Aquí el concepto de *ius* designa un conjunto de reclamaciones propias del conjunto de los ciudadanos romanos, y se contraponen especialmente al conjunto de reclamaciones fundadas en la potestad del pretor que se designa modernamente como *derecho pretorio*.

<sup>21</sup> Entendiendo al *ius* como una posibilidad de prevalecer en el reclamo, la mal llamada *novación necesaria* que se presenta al momento de la *litis contestatio* se explica por sí misma, sin necesidad de recurrir a la figura de la novación para explicar la extinción de la obligación, en cuanto que si la obligación es la posibilidad de prevalecer al accionar, en tanto que el accionar mismo implica la realización de dicha posibilidad, y por tanto la consumición o extinción de la posibilidad para dar paso a la realización de la misma, sin necesidad de recurrir a ningún tipo negocial o contractual; otro tanto habría que decir con respecto a la "novación necesaria" que se presenta en la sentencia, véase DPR, pr. 440, y Gaius, *Institutionum commentarii quattuor*, (Lib. 3, 180), en el que se lee: "... 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principaliter dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione: set si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri. et hoc (est), quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere. post condemnationem iudicatum facere oportere....", esto es: Se levanta aún la obligación en el atestiguamiento del litigio, solamente si habrá sido actuado en juicio legítimo, ya que en verdad en aquél momento la obligación principal es disuelta; comienza el

traducido ordinariamente al español como *derecho* (principalmente *derecho subjetivo*).<sup>22</sup>

El poder reclamar o ser reclamado, son dos aspectos contrastantes con respecto al mismo acto: a la reclamación, lo que hoy por hoy da paso a que en filosofía del derecho se hable de la *bilateralidad de las normas*<sup>23</sup> jurídicas.

Con lo que respecta a *personalidad*, es una voz formada a partir del término *personal* (adjetivo que denota la calidad de persona), el cual, según Joan Corominas, como sustantivo colectivo es galicismo ya general a mediados del siglo XIX (siglo en el que nació y se desarrolló la moderna codificación que conserva su uso técnico-jurídico), su raíz principal proviene evidentemente del sustantivo latino *persona*, *ae*, que etimológicamente significa *lo que resuena*; y el término persona se utilizó para designar metafóricamente a cualquier hombre, *esclavo o no*, en tanto que *resuena*, por lo que no tenía una aplicación técnico-jurídica como actualmente; dicho sustantivo a su vez deriva del adjetivo *personus*, *a*, *um*, que significa simplemente *que resuena* aplicado al masculino, femenino o neutro en su caso; adjetivo formado a partir del verbo *persono*, *as*, *ui*, *are* que literalmente en español es *resuena*, *as*, *é*, *ar*. Persona, es por tanto, *lo que resuena* y personalidad se refiere a la *cualidad de resonar*.

La palabra persona se utilizó en la antigua Roma para designar a la máscara del actor teatral (*larva histrionis*), en tanto que es lo que resuena desde la perspectiva del espectador; la significación técnico-jurídica moderna es de aparición decimonónica, en otros términos, en latín existió el término persona, pero no su aplicación técnico-jurídica, la cual sólo apareció en tiempos modernos.

Actualmente se define al concepto jurídico de persona<sup>24</sup> como *un sujeto*<sup>25</sup>

reo a ser tenido (como reo) por el atestiguamiento del litigio; pero si haya sido condenado, elevada (la obligación) por el atestiguamiento del litigio, empieza (el reo) a ser tenido por causa del juicio, y esto es lo que fue escrito en presencia de los viejos: "el deber dar" es al deudor antes del atestiguamiento del litigio; después del atestiguamiento del litigio es el deber ser condenado, después de la condenación dictada es el deber de hacer (dicha condenación dictada). Toda traducción implica distorsión en la medida en que no existen modismos semejantes o términos equivalentes en la lengua a la cual se traduce así como posiblemente implica el incurrir en interpolaciones, en el caso que nos ocupa: *tollitur*, pasivo presente de tercera persona, se traduce literalmente como *se levanta*, que es un modismo para designar la idea que en nuestra lengua se expresaría como *se extingue*, asimismo del texto latino se lee *principalis* y *set* que fueron tomadas en la traducción respectivamente como *principalis* y *sed*.

<sup>22</sup> La acepción principal que en el presente trabajo se propone para *ius*, puede equipararse a la traducción que propone don Alvaro D'Ors como "posición justa", véase DPR, pr. 14, de modo tal que frases tales como *ius stipulationis*, se podrían traducir como *la posibilidad de prevalecer en el reclamo judicial (o en el ejercicio de una acción) fundada en la estipulación*.

<sup>23</sup> La abstracción de nuestra doctrina moderna de la *acción* ha llevado a predicar dicha bilateralidad de una norma y no de la *acción* en la cual en realidad se funda y explica, incluso desde el punto de vista de la "acción" parece innecesario el recalcar la *bilateralidad* ya que toda reclamación judicial o *acción* implica un reclamante (sujeto activo) y un reclamado sobre el que recae la reclamación (sujeto pasivo), y en ese sentido la filosofía del derecho trata de racionalizar y abstraer excesivamente el conocimiento jurídico sin beneficio práctico alguno.

<sup>24</sup> Nuestra doctrina no es nítida en distinguir entre persona y personalidad, gramaticalmente una indica la posibilidad de la persona y otra a la concreción de dicha posibilidad.

<sup>25</sup> Don Alvaro D'Ors nos resalta que la utilización de *sujeto* como sinónimo de *hombre*, *persona* o *individuo* fue generalizado por Kant. Es sin embargo preferible utilizar el término *hombre*, del

*titular de derechos y obligaciones*,<sup>26</sup> sin embargo, la doctrina moderna no ha encontrado aún la explicación de la *naturaleza jurídica* que dicha palabra designa si se trata de las llamadas *personas morales*. Resulta paradójico que dicha aplicación doctrinal de la palabra se creó por la doctrina moderna y al tiempo dicha doctrina no puede explicar satisfactoriamente la naturaleza jurídica que quiso designar con la misma, especialmente en lo relativo a las personas morales, para lo cual baste abrir cualquier tratado de derecho civil moderno y nos encontraremos con una lista de las diversas explicaciones al respecto, con su correspondiente crítica y finalmente, en el mejor de los casos, con la opinión del autor, sino es que con la adopción de alguna de las enlistadas, con lo que se cumple la frase lapidatoria propia de la confusión de cualquier tema: *tot autores, tot sententiae* (tantos autores, tantas sentencias, sentires u opiniones).

Es interesante remarcar que en derecho romano no existió palabra alguna con una significación equivalente a la de *persona en sentido técnico jurídico*, en consecuencia no es necesario el término para poder razonar jurídicamente, no obstante ello, en los manuales y tratados modernos del derecho romano su utilización, incluso con carácter técnico-jurídico, es frecuente, lo cual se justifica en cuanto que se afirma que en dicho derecho existieron casos de *falta de personalidad (alieni iuris)*, y por exclusión existían hombres con *personalidad (sui iuris)*, incluso entes religiosos o estatales con *personalidad* (las corporaciones), comenzando con el mismo Estado romano y sus ciudades y municipios. Sin embargo, surge la pregunta de cómo llegaron los romanos a razonar y establecer

latín *humus*, i: la tierra, el suelo (véase LEE), en tanto el hombre proviene del polvo y en polvo se vierte, en contraposición a las divinidades cuyo *etymo* nos remite al cielo.

<sup>26</sup> Véase SOBERÓN MAINERO, Miguel *Diccionario Jurídico Mexicano* (México Porrúa) voz personalidad. Dicho sea de paso el autor aquí en cita deriva *directamente* personalidad del latín *personalitas-atis*, término latino que nunca existió en dicha lengua (véase FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, tomo III, L-Q), y que como se cita en el texto del presente trabajo es creación del español y en especial de la civilística moderna conforme lo atestigua Joan Corominas, lo anterior se explica en razón de que el autor en cita, tomó el dato de algún diccionario o enciclopedia actual, la cual sin mayor miramiento conjeturó sobre la existencia de dicho término (véase como ejemplo la enciclopedia Espasa-Calpe). Otro tanto habría que decirse del término *personería* que en la variante semiculta *personero* Corominas lo data hacia el siglo XIII D.C. En la misma obra aquí citada (*Diccionario Jurídico Mexicano*), pero en la voz *persona física*, Rolando Tamayo y Salmorán afirma que "... es importante subrayar que para la jurisprudencia romana *persona* no es *homo*... En ocasiones, *persona* se usa en las fuentes en el sentido anómalo de *homo*... Por encima de este sentido anómalo, prevalece el sentido técnico en el que claramente se mantiene el significado dramático de *persona*... Es verdad que la palabra *persona* se aplica a esclavos. Sin embargo, esto sucede con poca frecuencia y contrasta con el lenguaje uniforme de las fuentes que, como vimos apunta en el otro sentido..." y a continuación cita varios textos de diversas fuentes del derecho romano para fundamentar su afirmación; no obstante es necesario recalcar que el estudio del derecho romano en la actualidad parte de la crítica de interpolaciones y distingue nitidamente el derecho clásico y su vulgarización en el derecho post-clásico, sin atreverse a tomar literalmente las citas de las fuentes mismas sin antes utilizar el aparato crítico respectivo y fijarlas en las diversas épocas del derecho romano, de ahí que los *romanistas más connotados* en la actualidad disten de la opinión del autor en cita y afirmen que "*Persona* para los romanos es todo hombre, incluso el esclavo, si bien en la época postclásica se aplicó la palabra *persona* preferentemente a los hombres libres...", véase KASER, Max *Derecho romano privado*, parágrafo 13, inciso I, subinciso 1. Por lo que es conveniente resaltar que es una falacia el afirmar que el término *persona* tuvo en el derecho romano una aplicación técnica similar o idéntica a la que actualmente se le atribuye, y resulta irreflexivo el tratar de apoyar nuestros conceptos modernos en los viejos textos romanos sin considerar lo antes dicho.

casos de *falta de personalidad*, si ellos mismos no tenían un concepto técnico-jurídico de personalidad; ¿cómo podían razonar sin el concepto de personalidad?, ¿cuáles fueron las ideas del *corpus iuris* que inspiraron a los tratadistas modernos a crear la aplicación técnica del concepto?, o ¿será acaso un concepto inocuo carente de importancia y originado por una excesiva racionalización del acontecer jurídico, sin importancia para el jurista, producto de la *filosofía del derecho* pero no del derecho mismo? Estas son las cuestiones que inspiran la presente obra.

Hasta aquí, hemos analizado a los conceptos básicos del presente trabajo, desde el punto de vista de su *etymo*, y hemos propuesto lo que a lo largo del mismo entenderemos al utilizarlos. Remarcando que son palabras, que si bien su utilización es arbitraria etimológicamente hablando, es necesario, por claridad y certeza, el conservarlas en la medida que permitan a los juristas comunicarse o entenderse recíprocamente.

### III. PRESUPUESTOS BÁSICOS

La finalidad fundamental de todo jurista de la época clásica del derecho romano es “encontrar y conservar las soluciones convenientes para los conflictos que surgen entre las personas acerca del aprovechamiento privado de las cosas”,<sup>27</sup> esto es, son los conflictos entre los hombres en relación a la utilización de las cosas, lo que generó la actividad jurídica más intensa en la época clásica, y lo que aún, sigue justificando la existencia del jurista moderno.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Véase DPR, pr. 2.

<sup>28</sup> En contraste con nuestro “moderno” concepto del derecho, el jurista tiende a estudiar y crear normas para *organizar o planificar* la convivencia social, e incluso con la idea de prevenir el conflicto (jurisprudencia cautelar), siendo secundario e inconsciente el hecho de que la actividad primigenia y más importante del mismo, y en opinión del que suscribe incluso actualmente, es el proponer soluciones convenientes a los conflictos entre las personas acerca del aprovechamiento privado de las cosas; en razón de ello, esto es, en razón de haber olvidado la actividad fundamental a que esta abocado el jurista, éste tiende a tratar de *planificar* a la sociedad: surgiendo la *teoría general del Estado*, o proponer *reglas para la administración* del patrimonio estatal creando el derecho administrativo, o a confundir el derecho con la sociología del derecho que tiende a negar al derecho mismo, incluso interesarse en psicología o en la filosofía del derecho para tratar de encontrar el *orden* justo. Ciertamente en la Edad Media, no existiendo más que tres facultades: teología, medicina y derecho, se explica que fuese el jurista quien se encontrase principalmente interesado en resolver los anteriores aspectos de la convivencia humana y otros tantos que no se mencionan, pero en nuestra moderna sociedad en la que abundan carreras y licenciaturas de todo tipo, se puede constatar que el conocimiento del derecho como tal ejemplificado en el derecho romano clásico, poco puede aportar para la ciencia de la administración pública o privada, o la contaduría, economía o sociología, ramas de conocimiento en las que se han desarrollado métodos y técnicas especiales propias de las mismas y que permiten implementar un mejor orden a la convivencia humana, son estas materias las que necesariamente conviene que funden las soluciones propuestas a los problemas relativos al *orden o planificación* de la convivencia humana, alejándose sanamente el jurista de las mismas, no por otra razón sino por que sus conocimientos no son aptos para proponer soluciones a ese tipo de problemas. El jurista no obstante, debe de conocer ese orden social y su problemática, no para mejorarlo o modificarlo, sino porque dentro de dicho orden dará respuesta a los conflictos que se le planteen y le es necesario considerar los hechos sociales para proponer la solución justa o conveniente dentro de dicho *orden social* a los conflictos entre los particulares, el

El derecho romano clásico se basa y forma en y con las *acciones*, es un sistema de acciones, es un derecho originado en la actuación cuyo fin es resolver conflictos mediante decisiones definitivas, fundadas en la opinión de un juez privado. Es en el juicio o proceso donde se forma el derecho. La acción, *id est*, la reclamación<sup>29</sup> judicial es el acto que inicia el juicio y que busca ante todo ser aprobado por el juez, de ahí que derecho o *ius* es también lo que aprueban o dicen los jueces,<sup>30</sup> en el ejercicio de sus funciones claro está. Por esto, *todos los conceptos*, reglas y principios del derecho, se originan y explican en la acción, siendo la acción el concepto que engloba a todos los demás y es precisamente ella la que se aprueba por el juez para justificar a su vez la consecuente condena, o en caso contrario, la consecuente absolución. En otras palabras, las llamadas normas<sup>31</sup> del derecho se explican primigeneamente en el ejercicio de la acción, incluso en la actualidad, la utilización y conocimiento de lo que llamamos derecho adjetivo o procesal es de suma importancia para entender con mayor claridad lo que denominamos derecho sustantivo.

Esclarecida la terminología base del presente trabajo y enunciados los presupuestos, es menester describir brevemente<sup>32</sup> el derecho romano en lo tocante a las *personas* u hombres y su *status* o situación jurídica, y al mismo tiempo remarcar ciertos hechos que, en opinión del que suscribe, resultan oscuros para la mentalidad moderna.

#### IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS HOMBRES EN EL DERECHO ROMANO

En aquella época clásica quienes tenían la posibilidad de actuar jurídicamente eran los *sui iuris*,<sup>33</sup> los que podían ser hombres o mujeres (designándose espe-

*orden social* para el jurista representa un hecho más a contemplar dentro de los diversos factores que conforman el conflicto.

<sup>29</sup> Pese a que ya se ha repetido en varias ocasiones, pero en atención a su importancia es necesario remarcar que la acción no es el derecho de perseguir..., *iudicio persequendi quod sibi debetur*, sino la persecución misma, o la reclamación procesal misma, es un acto y no un derecho.

<sup>30</sup> Véase Álvaro D'Ors, *Una introducción al estudio del derecho*, pr. 10, y DPR, pr. 69. Esta es otra acepción del término, pero íntimamente ligada con la antes vista: posibilidad de prevalecer en el ejercicio de una acción, ya que lo que aprueban los jueces ante todo es la procedencia o no de la acción misma.

<sup>31</sup> *Norma* o escuadra en nuestro idioma (*norma, ae*) es una palabra que el Latín tomó de la lengua griega, cuya aplicación en derecho romano se data hacia el siglo IV d.C., véase DPR, pr. 12. Actualmente es de uso difundido, especialmente en las obras de filosofía del derecho y de introducción a su estudio, pero en la medida en que no es de raigambre latina y de que su difusión es propia de la generalización del derecho mediante leyes, y no de la jurisprudencia misma, hemos optado por evadir su uso en el presente trabajo.

<sup>32</sup> Para mayor información se puede consultar especialmente a don Álvaro D'Ors: DPR, SHULZ, Fritz *Derecho romano clásico*, o KASER, Max *Derecho romano privado*.

<sup>33</sup> En Gaius *Institutionum Commentarii Quattuor*, (Lib. 1, 48 y 49), se lee: "... 48. *Sequitur de iure personarum alia divisio. nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*. 49. *Sed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt*. 50. *Videamus nunc de iis, quae alieno iuri subiectae sint: (nam) si cognoverimus, quae istae personae sint, simul intellegemus, quae sui iuris sint ...*", *id est*: 48. Sigue

cialmente a los varones *pater familias* ya que ellos tenían la *dominica* y la *patria potestas*, y las mujeres sólo tenían la *dominica potestas*, y quienes asimismo eran minoría numérica en relación con los *alieni iuris*. Estos son todos los hijos, hijas y esclavos sometidos directa o indirectamente a la *patria* o *dominica potestas* respectivamente. De los *alieni iuris*, se afirma en nuestros manuales de derecho romano que “carecen de plena personalidad en el orden del derecho privado”, no obstante que pueden desempeñar puestos o cargos públicos;<sup>34</sup> con la frase *carecen de plena personalidad en el derecho privado* se quiere decir que si bien no pueden ser titulares de derechos y obligaciones, sí gozan de capacidad de obrar<sup>35</sup> o de ejercicio, *id est*, sí pueden ejercitar y/o crear derechos y obligaciones aún cuando no pueden ser titulares de los mismos, ya que pueden celebrar negocios o actos jurídicos en *representación*<sup>36</sup> de su padre o dueño.

Hay un cierto reconocimiento relativo de la personalidad de los *alieni iuris* respecto de los hijos varones, los que, se admite desde la primera época clásica, que se obligan civilmente, *id est*, que pueden contraer obligaciones por sí mismos, pero no derechos, los cuales, en caso de generarse son en pro del *sui iuris*, no obstante que se les considera civilmente obligados, no se les puede ejecutar

otra división de “la posibilidad de prevalencia en el reclamo” de las personas. ya que unas personas tienen “posibilidad de prevalecer en el reclamo” propio, unas son sometidas a “la posibilidad de prevalecer en el reclamo” ajeno. 49. Pero volviendo de aquellas personas, las que son sometidas a “la posibilidad de prevalecer en el reclamo” ajeno, algunas en potestad, algunas en mano, algunas en toma de mano son. 50. Veremos ahora de aquellas, las que son sometidas “a la posibilidad de prevalecer en el reclamo” ajeno: (ya que) si habremos conocido cuales estas personas sean, al tiempo entenderemos las que sean “de posibilidad de prevalecer en el reclamo propio”... En opinión del que suscribe la cualidad *sui iuris* se predica de las personas, quienes son el sustantivo calificado por *sui iuris*; asimismo la traducción propuesta para *sui iuris* es de *posibilidad de prevalecer en el reclamo propio*, siendo el genitivo reflexivo *sui* la idea que designa el opuesto a *alienus*, a, um (adjetivo y sustantivo: lo ajeno), y por tanto podemos traducir *sui* por *propio*. Del mismo texto en cita se sigue que todas las personas sometidas a la posibilidad de prevalecer en el reclamo ajeno, se encuentran sometidas en virtud de alguno de los tres poderes que se enuncian: la potestad (dominical o patriarcal), la *manus* (o la mano símbolo que representa el poder y que designa especialmente en la época clásica el poder sobre la mujer casada) y el *mancipium* (de *manus*: mano y *capio*: tomar, originalmente designaba el poder indistintamente sobre los hijos y la mujer, pero en época clásica se utilizó esta variante para designar el poder que ejerce el comprador sobre los hijos vendidos por el *pater* en Roma). Finalmente es conveniente resaltar que para una mentalidad práctica interesada en negar la acción al solicitante de la misma, ante todo se interesará por determinar quiénes no pueden prevalecer al reclamar por sí mismos, y al tiempo habremos determinado quiénes sí pueden prevalecer al reclamar por sí, siguiendo el principio de exclusión, ya que como veremos más adelante la imposibilidad de ejercitar una acción esta en razón del sometimiento en el que se encuentran los *alieni iuris*, por lo que si negamos la existencia de dicho sometimiento, implícitamente afirmamos la posibilidad de ejercitar una acción, y de ahí que Gayo no se proponga estudiar directamente a los *sui iuris* sino por exclusión.

<sup>34</sup> Se suele explicar esto, al decir que ya no estamos frente al derecho privado, sino a lo que posteriormente se llamaría *derecho público*, ámbito en el cual sí podían actuar plenamente, no obstante a *carecer de personalidad en el derecho privado*.

<sup>35</sup> Concepto que no existió en época clásica del derecho romano, y por ello tenemos que usarlo con cautela, ya que la explicación propuesta adelante vuelve innecesaria su utilización para explicar aquellos hechos históricos, y propone una diversa concepción de la *personalidad* y de su respectiva carencia.

<sup>36</sup> Calificándola como una *representación directa* puesto que al no tener personalidad, los actos jurídicos que celebran en *nada* les afecta jurídicamente, y todos los efectos de dichos actos o negocios jurídicos afectan directamente al *sui iuris*.

procesalmente en cumplimiento de una sentencia dictada respecto de una obligación civil, no delictual, por ellos contraída, mientras siguieran siendo *alieni iuris*, por lo que sus acreedores debían esperar para proceder a la ejecución de la sentencia hasta que salieran de la patria potestad.

Con lo antes dicho, podemos concluir que aún incluso en plena época clásica, no es exacto afirmar que carecen de personalidad los *alieni iuris*, puesto que tienen capacidad de obrar e incluso de obligarse penalmente, y en el caso de los hijos varones hasta civilmente. Esto resulta paradójico, ya que por una parte se les niega la titularidad de derechos y obligaciones conforme a la concepción moderna, pero por otra, se les reconoce la posibilidad de *ejercitar* esos derechos y obligaciones de los cuales no son titulares y posiblemente nunca lo sean (en el caso de los esclavos); en otros términos se reconoce una capacidad de obrar a quien no tiene capacidad de ser titular; lo cual *al parecer* resulta arbitrario o carente de razón de ser, más aún resulta contradictorio si recordamos que los esclavos son bienes, cosas en propiedad, paradoja que se trata de justificar en función del reconocimiento de la humanidad del esclavo.

De todos es sabido y repetido, que esa carencia de personalidad fue mitigándose con respecto a los hijos varones, conforme se admitió la adquisición y disposición de ciertos bienes; esta tendencia se inició a fines de la República, con el reconocimiento del poder de disposición del hijo de familia, respecto de los bienes provenientes del servicio de las armas: el llamado *peculio castrense*; pero aún antes se les reconoció a los *alieni iuris* la posibilidad de quedar sujetos a las obligaciones provenientes de delitos, siempre que fueran mayores de siete años.

Todo esto resulta, para la visión actual, posiblemente torpe y arbitrario, incluso riesgoso para los mismos acreedores de los hijos, carente de sentido e injusto, ya que si bien por una parte los *alieni iuris* *no pueden* ser titulares de derechos, *si se pueden obligar delictualmente, e incluso civilmente en el caso de los hijos varones*, cuyos acreedores deben ¡esperar! a que dejen de ser *alieni iuris*. Para el historiador del derecho, esta situación representa la simple enunciación de los hechos del pasado, inmodificables, y que quizá fueron escalones que se tuvieron que construir para llegar finalmente al pleno reconocimiento de la *personalidad* de los *alieni iuris*. Sin embargo, para el jurista moderno no deja de extrañar el hecho que en plena época clásica del derecho por excelencia, del derecho romano, existiera un sistema tan contradictorio, ¿dónde están las supuestas razones objetivas en las cuales se basa ese derecho?, ¿qué acaso no estaremos gravemente equivocados al afirmar la racionalidad del mismo y en realidad es un espejismo el carácter ejemplar y selecto del derecho romano?

He de concluir esta breve exposición del *status* de los individuos en aquella época, remarcando que no es certera del todo la supuesta carencia de personalidad jurídica, no obstante, ¿habrá la posibilidad de entender con mayor coherencia los anteriores hechos históricos, habrá alguna razón objetiva que justifique los hechos que no sin cierta sorna hemos calificado como paradojas?

## V. UNA EXPLICACIÓN POSIBLE FUNDADA EN LA JERARQUÍA (POTESTAD)

Una vez expuestos los hechos anteriores se procederá a proponer una posible explicación de los mismos, no sin antes remarcar que la explicación aquí sustentada es sólo eso “una posible solución”, que no tiene la pretensión de ser la única, y que se ha adoptado por el que suscribe, en razón de estar fundada en el concepto de *acción* y por la sencillez y claridad con que explica las aparentes singularidades antes enunciadas. Para tal efecto resaltaremos un hecho muy importante en relación con los *alieni iuris*: estaban imposibilitados para actuar en juicio en contra del *sui iuris* del cual dependían, esto es, para defenderse o para atacar a sus padres o dueños respectivamente, sea como demandantes o sea como demandados, *no podían ejercitar una acción*<sup>17</sup> en contra de sus padres<sup>18</sup> o dueños. La razón de ello es la relación de jerarquía o sometimiento que implica toda potestad, sea dominical o patriarcal, la cual conlleva la imposibilidad de ejercitar una acción o reclamación judicial en contra de quien puede reclamarles todo,<sup>19</sup> esto es, del mismo *pater familias* del cual dependen los *alieni iuris*; en

<sup>17</sup> No tiene sentido tampoco el indicar que los *alieni iuris* no podían oponer una excepción en oposición de cualquier acción que ejercitara el *sui iuris* en su contra, ya que el sometedor no tiene necesidad de ejercitar acción alguna en su contra para obtener la realización de una conducta, puesto que por el sometimiento puede reclamar y obtener de su sometido cualquier conducta sin recurrir al magistrado para coaccionarlo. Por ello no se dice en el texto principal del presente artículo que los sometidos *no podían ejercitar una acción u oponer excepción alguna en contra de sus padres*, ya que los sometedores por principio no tienen necesidad de ejercitar acción alguna en su contra, y menos aún surge la necesidad de oponer excepciones a dichas acciones.

<sup>18</sup> Aún en el caso de los procedimientos *prejudiciales* que se establecen en contra del *pater familias* para que este reconozca a sus hijos como tales, no estamos frente a una excepción a lo indicado en el texto, ya que precisamente porque los hijos no están reconocidos como tales y por tanto no están sometidos a la patria potestad, o bien porque precisamente la mujer que ejercita el proceso *prejudicial* no se encuentran bajo la *manus*, es que se puede ejercitar dicho proceso en contra del *pater familias*; proceso que hay que remarcar ni siquiera es estrictamente una acción puesto que no conlleva una condena, es tan sólo un procedimiento prejudicial cuyo fin es declarativo del carácter de hijo. Sin embargo cabe preguntarse que finalidad práctica tendría la madre o el hijo que desean ejercitar dicho proceso, si el resultado del mismo para el caso de que se reconozca al hijo como tal, lo llevará al sometimiento total de aquél que no acepta a dicho hijo, y al estar sometido al mismo, esta en la potestad del *pater familias* el emanciparlo y con ello sacarlo de su potestad, o en su caso desheredarlo, incluso no tiene razón de ser en relación a la ciudadanía, puesto que es ciudadano y por tanto libre, el hijo *ilegítimo* nacido de una madre que era ciudadana al tiempo del parto, posiblemente la finalidad de ese proceso prejudicial fuese ante todo *social*, o en su caso *religiosa*, para esclarecer su *legitimidad*. Por otra parte la posibilidad de reclamar alimentos del padre *parece* que sólo se dio a partir de Antonino Pio, esto es a comienzos de la etapa clásica tardía, mediante el procedimiento *extra ordinem* (véase KASER, *Max Derecho privado romano*, pr. 61, inciso 2, y DPR, pr. 123, nota 6), siendo parte del reconocimiento de la *personalidad del hijo*, pero resaltando que en las dos primeras etapas clásicas la potestad era omnimoda y por tanto inconcebible el accionar contra del padre.

<sup>19</sup> En otras palabras no tiene sentido o resulta inútil el que alguno exija algo de quien puede exigirle todo, y al no poder reclamar nada, dicho hombre imposibilitado para accionar no tiene *relevancia* para el derecho; de modo tal que, en opinión del que suscribe, dicho hombre en la medida de su imposibilidad de accionar no tiene importancia para el derecho, y modernamente diríamos que *carece de personalidad*.

otras palabras, la acción o reclamación es imposible en contra de quien puede reclamarle todo al reclamante.

El jurista sólo considera como un hecho del orden social dicho sometimiento o jerarquía, y de dicho hecho social se sigue que entre el sometido y el jefe (sometedor) *no se presente un conflicto*,<sup>40</sup> ya que cualquier posible conflicto se resolverá en pro y por quien es el jefe (sometedor), y precisamente por ser el jefe (sometedor), esto es más evidente cuando el sometimiento es total o absoluto *vitalis nequissime*, e imposibilita cualquier conflicto relevante para el juez en el que se deba de decidir entre dos hombres, ya que la jerarquía implica que el conflicto se resuelva siempre en favor del jefe (sometedor) y no del sometido, si ello no fuera así deberíamos de concluir que el sometimiento no existe como tal, pero en el caso que nos ocupa partimos del *hecho* del sometimiento en la sociedad romana, y por ello no era factible conceder una acción al sometido en contra del jefe,<sup>41</sup> ni menos aún hablar de oponer una excepción en su contra. En otras palabras y utilizando nuestras frases modernas, el *alieni iuris* carecía totalmente de *personalidad* frente al *sui iuris*, *en este sentido la posibilidad de accionar o reclamar judicialmente implica la igualdad*<sup>42</sup> *entre las partes, es decir que no existe jerarquía entre las mismas.*

Lo anterior explica porque el *alieni iuris* no tiene personalidad o posibilidad de ejercer una acción, y menos aún de oponer una excepción en contra del *sui iuris* del cual depende, pero ahora veremos como afecta dicha jerarquía o sometimiento al *alieni iuris*, cuando actúa ante cualquier *sui iuris* distinto del *sui iuris* del cual depende; primero trataremos el aspecto activo, esto es, el ejercicio de la acción o reclamación misma, para posteriormente tratar el aspecto pasivo, esto es, el ser reclamado por una acción.

Con respecto al aspecto activo de la reclamación, es menester resaltar un cariz muy importante que está presente, en opinión del que suscribe, en toda ac-

<sup>40</sup> Al no haber *posibilidad de conflicto* entre dos personas, no tiene sentido alguno conceder una acción, y menos aún una excepción que presupone la existencia de la misma acción, ya que la acción tiene por fin resolver un conflicto, es decir una controversia, y partimos del hecho de que el sometimiento imposibilita reconocer controversia alguna, y por tanto conceder acción al sometido.

<sup>41</sup> Por ello mismo, en tanto ese sometimiento fuera total no se podía hablar del derecho de alimentos del hijo en contra del padre.

<sup>42</sup> De ahí el principio procesal de igualdad entre las partes, y de ahí que sea incivil (irracional) el pretender establecer una jerarquía entre los litigantes; de suyo todo proceso fundado en la jerarquía entre las partes contendientes conlleva la latente imposición de la solución por parte del sometedor, de modo tal que solo cuando dicho sometedor no imponga la solución fundado en *su soberanía, razón de estado, estado de emergencia o utilidad pública*, se dará paso a la actividad jurisdiccional, se dará paso propiamente a un juicio. Los juicios *administrativos* se fundan en el no sometimiento del particular frente al funcionario público cuando éste actúa sin fundamento legal, es decir, el particular sólo está sometido al Estado *en la medida de la ley*, pero nunca más allá.

Asimismo de la igualdad entre las partes contendientes en juicio se sigue la igualdad en todas las demás relaciones jurídicas entre particulares que finalmente podrán ser materia del mismo juicio. La igualdad es un corolario de la necesidad de negar la jerarquía entre los litigantes para permitir a un juez el decidir la controversia. Dicho en otros términos: sólo entre iguales es posible el juicio.

La no jerarquía entre las partes litigantes con respecto al objeto de litigio, es compatible con la jerarquía relativa que implica toda acción y que es impuesta por el magistrado en contra del demandado y en favor del actor para poder coaccionar al demandado para la tramitación del juicio aún contra su voluntad.

ción, pero que generalmente pasa inadvertido, para lo cual enunciaremos la siguiente tesis elaborada por el que suscribe y que resume las líneas que posteriormente tratan de explicarla: *toda acción implica un sometimiento efectivo y relativo en el trámite de la misma; y la posibilidad de un sometimiento relativo<sup>43</sup> en la condena*,<sup>44</sup> es decir, una jerarquía que establece el magistrado (sometedor), en favor y a solicitud del actor (o en su caso ejecutante) y contra el demandado (o en su caso ejecutado-sometido), cuyo fin es ante todo coaccionar al trámite de la acción, así como al cumplimiento de la posible condena. Dicho sometimiento es *posible*<sup>45</sup> en relación con la condena, porque en la medida en que el condenado cumpla, no existe la necesidad del mismo, y es *relativo*<sup>46</sup> por la misma razón, es decir que se somete al condenado sólo en razón y en la medida que sea necesario para lograr el cumplimiento de la condena. Es relevante remarcar que quien somete no es el ejecutante, sino el magistrado a solicitud del ejecutante, y que dicho sometimiento se manifiesta en *el trámite de la acción misma*, así como en la ejecución *forzosa*:<sup>47</sup> mediante la *missio in bona*<sup>48</sup> decretada contra el

<sup>43</sup> *El ejercicio de la acción misma implica de suyo un sometimiento del reo frente al actor*, en tanto que puede ser coaccionado en las acciones *in personam* a comparecer a juicio, e incluso en las acciones reales se le coacciona *indirectamente* en la medida que sea poseedor del bien reclamado (o nudo propietario en el caso del usufructo), esto es, en la medida en que perturbe el derecho del reclamante, ello se logra mediante el interdicto *quem fundum* o en el caso de muebles mediante la acción exhibitoria, si dolosamente no quiere o no puede comparecer a juicio en las acciones reales; de modo tal que, sin importar el que sea una acción real o personal, el demandado se somete al trámite de la acción respectiva, se somete a las resultas del juicio, todo ello con intervención del magistrado, de lo contrario es considerado contumaz y puede verse condenado, aún sin ser realmente deudor; he ahí el efecto más grave del *no-sometimiento* al trámite de la acción.

<sup>44</sup> En derecho romano clásico la acción sólo puede implicar una sentencia condenatoria o absoluta, pero no declarativa, ya que éstas no eran realmente sentencias, ni provenían por lo mismo de una acción, sino de un procedimiento prejudicial, véase DPR, parágrafos 75 y 76.

<sup>45</sup> En contraposición a *necesario*, ya que *no necesariamente* se implica en la acción, sino que *posiblemente* se implica. El único sometimiento que implica la acción misma, es el relativo a su trámite, el cual ya no es posible porque es una realidad que se consuma cuando el actor solicita que el magistrado coaccione, mediante recursos complementarios de la jurisdicción, la comparecencia del demandado sea en una acción personal o sea en una acción real en la medida en este último caso de que se afecte o perturbe el derecho real del actor. En otras palabras el sometimiento se predica posible en cuanto se refiere al sometimiento necesario para que se cumpla la futura condena, y asimismo se predica real o existente en la medida en que se este "*accionando*".

<sup>46</sup> En contraposición al *sometimiento absoluto* en el que se encuentran los *alieni iuris*, sobre los que el *pater familias* puede ejercitar su poder, su sometimiento sin límite jurídico alguno, es un poder sobre la vida o la muerte de sus sometidos.

<sup>47</sup> No, en cambio, si el ejecutado copera en el cumplimiento de la condena, ya que en dicho supuesto no existe razón para someter al deudor en favor del magistrado.

<sup>48</sup> Es decir, mediante el decreto del magistrado por el que se *envía* al ejecutante en *posesión* de los bienes del ejecutado (en contra de la voluntad del citado ejecutado: pues es ejecución *forzosa*), lo que equivaldría a lo que actualmente designamos como embargo. Véase DPR, pr. 90. La posesión (control material de las cosas protegido por interdictos), implica un sometimiento o poder de hecho que se ejerce por el poseedor (ejecutantes) sobre lo poseído (bienes del ejecutado), y es un acto previo al sometimiento de la persona misma del ejecutado (*addictio*); dicho sometimiento, desde mi opinión es el fin natural de toda acción personal, ya que éstas buscan el *apoderamiento* de la persona del deudor, y aún las acciones reales desembocan en lo mismo al darse la mal llamada *novación necesaria* de la condena, ya que ésta consistirá en época clásica en una cantidad de dinero, transformándose la *obligación real* en personal, véase DPR, pr. 109.

ejecutado, en la *venditio bonorum*<sup>49</sup> fundada en una *orden*<sup>50</sup> judicial, y especialmente en la posible *addictio*<sup>51</sup> del deudor mismo en favor del acreedor. Previa la sentencia condenatoria, no existe sometimiento alguno entre actor y demandado, salvo el referente al trámite de la acción misma, y menos aún si fue una sentencia absolutoria.

Establecido lo anterior, se sigue que quien ejercita una acción, busca un sometimiento del deudor en su favor, pero si quien la ejercita a su vez se llega a convertir en *alieni iuris* (por adrogación o matrimonio *cum manu*), resultaría que el actor *capite deminuto* perdería su acción contra el demandado, en favor de aquel que resultara el jefe *sui iuris* del actor; se puede así enunciar lo siguiente: lo sometido<sup>52</sup> del sometido (*alieni iuris*), se encuentra sometido al sometedor (*sui iuris*)<sup>53</sup>, principio que en realidad no es más que la explícita enunciación de toda relación de jerarquía y que explica la adquisición universal en el caso de la adrogación o del matrimonio *cum manu*. De modo tal que *todo aquello que resulte sometido al sometido, resultará necesariamente sometido al sometedor*; precisamente, es la idea de sometimiento la causa que justifica lo que en la actualidad abusivamente designamos como representación directa de los *sui iuris* por los *alieni iuris*. No es necesario recurrir a la figura de la representación para explicar lo anterior; la idea de la jerarquía o sometimiento es la causa o razón suficiente para explicar lo que incorrectamente calificamos como un caso de representación,<sup>54</sup> y por tanto explica el porqué los juristas clásicos admitieran que

<sup>49</sup> Una vez que los bienes se encuentran *sometidos* a los acreedores, puesto que éstos tienen la *posesión* de los mismos, es decir ejercen un *poder o control material* sobre los bienes protegidos por los interdictos, los citados acreedores solicitan al magistrado que se celebre la venta por un *magister bonorum* nombrado por los mismos acreedores, quienes no reciben personalmente el precio, sino que éste se entrega al magistrado y éste a su vez procede a su repartición. Véase DPR, pr. 116 y 117.

<sup>50</sup> Es relevante el observar como en el lenguaje del foro e incluso de la doctrina, es frecuente la utilización de frases y palabras que implican la jerarquía entre las partes y con respecto a los mismos órganos judiciales: exhortos, rogatorias, suplicatorias, órdenes, dictar, imposición de..., etcétera. No obstante ello, se ignoran las consecuencias que implica dicha jerarquía relativa a la acción.

<sup>51</sup> Consiste en una declaración del magistrado por la que se *somete* en una situación *similar a la esclavitud* a la individualidad del deudor en favor del ejecutante; se dice *similar a la esclavitud* ya que dicho sometimiento sólo tiene sentido en tanto dicha condena no sea cumplida, de modo tal que llegado que sea el sometimiento y la condena se cumple, dicho sometimiento se extingue, en cambio la esclavitud es perpetua, véase DPR pr. 212.

<sup>52</sup> Sean esclavos, bienes o incluso ejecutados (*addictio*), o los bienes del ejecutado (*missio in bona*).

<sup>53</sup> Otra enunciación explícita de la relación de jerarquía es: *el que puede lo más, puede lo menos*. Este principio que en el texto se aplica al caso de las *acciones* tienen una aplicación mucho más amplia, presente en toda relación de jerarquía dentro o fuera del ámbito del trámite judicial, de hecho mediante él se explica que lo que posea mi esclavo o en general mi sometido se encuentra sometido al sometedor, nos referimos a los casos en que se admite la posesión por mediación de personas subordinadas, asimismo explica porque lo que posee el tutor no lo posee el pupilo: ya que el tutor no se encuentra subordinado al pupilo, en cambio, lo que posea el esclavo del pupilo sí es posesión del pupilo, en tanto el esclavo esta subordinado al pupilo mismo.

<sup>54</sup> El sometimiento, desde el punto de vista de la *acción*, resulta ser la *causa que justifica la transposición de personas en al fórmula*, es decir que se condene en favor del *pater* por actos del sometido; en ese sentido se habla de una supuesta representación directa, en cuanto que por actos de alguno se producen efectos directamente en patrimonio ajeno; sin embargo, en mi opinión parece innecesario hablar de representación, e incluso puede resultar obscuro, ya que conlleva el suponer que el sometido haya intervenido en el negocio generador de la *acción* en nombre y por cuenta

todo lo actuado o adquirido con autorización del *pater* por los *alieni iuris* repercutiera en la persona misma del *pater*, lo cual tiene su expresión procesal en las acciones con *transposición de personas*. Desde este punto de vista, el *alieni iuris* puede ser el medio para crear derechos a favor del sometedor, esto es para crear posibles sometimientos a su favor;<sup>55</sup> como dicho sometido carece de “personalidad” frente al tercero, en tanto que no puede ejercitar las acciones por sí,<sup>56</sup> todo lo que obtenga, y por tanto someta a sí mismo, quedará sometido al *sui iuris* del cual dependa, sea derecho real o personal, sea una posesión.<sup>57</sup>

En conclusión, y partiendo de la relación de jerarquía, los *alieni iuris* carecen de personalidad frente a terceros, en tanto no pueden *por sí* ejercitar cualquier tipo de acciones reales o personales contra dichos terceros, pero ello no obsta para que puedan actuar en negocios jurídicos con o sin<sup>58</sup> autorización del *sui iuris*; en razón de su sometimiento, quien finalmente ejerce el apoderamiento sobre las cosas o personas<sup>59</sup> es el *sui iuris*, ya que sólo él puede ejercitar las acciones respectivas. Desde el punto de vista de la acción, se puede entender que *adquirir* un derecho es tener la posibilidad de prevalecer al ejercitar la acción respectiva. El *sui iuris* es quien adquiere pero no en virtud de una *representación directa*,<sup>60</sup> sino en virtud de la relación de total o absoluta jerarquía sobre el *alieni iuris*, que a la vez justifica la transposición de personas en la fórmula de la acción, lo que da por resultado el espejismo de suponer una *representación* en el

del *pater*, así como el suponer que el sometido en calidad de tal tiene *cierta personalidad disminuida* y solo suficiente para celebrar el acto, siendo ambas suposiciones falsas.

<sup>55</sup> *Hic est*, para crear *iura*: *posibilidades de prevalecer en el ejercicio de las acciones correspondientes*.

<sup>56</sup> La razón de esto, como se explica adelante, consiste en que un sometido no puede someter efectivamente a un hombre con igual jerarquía que el *pater* del cual depende dicho sometido; únicamente se admite que cree la posibilidad de prevalecer en el ejercicio de una acción, el *ius*, para que el *sui iuris*, mismo del cual depende dicho sometido, ejerce la acción por sí.

<sup>57</sup> Las acciones reales, así como las personales, en tanto impliquen *ejecución forzosa*, en tanto implican sometimiento, y otro tanto cabe decir de la posesión que siendo un poder o control de la cosa protegido mediante los interdictos, implica un *sometimiento*, el cual es un hecho del cual parte la jurisprudencia para proponer sus respuestas, pero el *sometimiento* como tal no es creado por una ley o respuesta jurisprudencial, sino que en todo caso la ley o la jurisprudencia se limitan a reconocer una realidad, un hecho.

<sup>58</sup> Es menester remarcar que sólo si el negocio implica crear una acción en favor del sometido, dicho negocio puede celebrarse *sin* intervención del sometedor, por ello el esclavo puede estipular en su favor adquiriendo la acción, *para que sea ejercitada por el sometedor-dueño*, en consecuencia de su sometimiento total. En contraste dicho esclavo no puede prometer (o sea, obligarse mediante una estipulación sin intervención de su dueño), ya que en este último caso se habla de *obligaciones naturales*, obligaciones que trataremos de explicar a continuación, véase DPR, pr. 433.

<sup>59</sup> Las acciones reales y las personales se caracterizarán precisamente porque unas implicaban el apoderamiento o sometimiento de cosas y otras de personas, véase DPR, pr. 14.

<sup>60</sup> Es el sometimiento lo que justifica la transposición de personas en la fórmula, y con ello el que para nuestra mentalidad moderna hablemos incorrectamente de representación directa, ya que por la misma relación jerárquica, el *pater familias* podrá ejercitar por sí la acción del acto celebrado por su sometido, puesto que el que puede lo más puede lo menos, de modo tal que se dice que dicho *pater* es el dueño (se habla impropriamente de dueño de un derecho para referirse a la legitimación activa de la acción), o titular del derecho, ya que puede por sí, sin intervención del sometido, ejercitar las acciones respectivas; asimismo en virtud de ser un poder absoluto de sometimiento, el *pater* puede ejercitar todos los poderes que son personalísimos del sometido; tal es el caso de la *manus* o de la patria potestad sobre los descendientes.

momento de celebrar el negocio por el sometido; en otras palabras, el sometido no adquiere para sí la acción al celebrar el negocio respectivo, y no puede ejercitarla por sí, sólo el *sui iuris* (sometedor) puede él mismo ejercitar dicha acción, porque se justifica la transposición de personas en la fórmula respectiva mediante la idea de que todo lo sometido del sometido es sometido al sometedor.

Una aplicación de lo antes dicho a la situación de los esclavos es considerar que no tienen personalidad, en tanto nunca pueden comparecer a juicio ni ejercitar una acción, pero no en virtud de que se niegue su humanidad, o porque se atente contra sus derechos naturales, sino en cuanto se encuentra subordinado al dueño, lo mismo que los hijos e hijas. Por otra parte, puesto que el esclavo es hombre, también puede por sí subordinar o someter cosas o personas, y por tanto puede celebrar actos jurídicos o poseer cosas e incluso otros esclavos, sin embargo las acciones respectivas que nazcan corresponden al dueño. Los esclavos no pueden ejercitar por sí las acciones respectivas, porque supondría que un sometido pueda someter de facto a un no sometido; esto es, que el no sometido con el que celebró un negocio el esclavo, se pueda someter al mismo esclavo; *lo cual se deja sólo al dueño del esclavo*,<sup>61</sup> es decir sólo el no sometido puede realizar el sometimiento de otro no sometido, pero ello no obsta que el esclavo pueda celebrar el negocio que justifique posteriormente el sometimiento de dicho no sometido por el dueño del esclavo, de modo tal que el esclavo al celebrar el negocio con el tercero actúa por sí, pero en virtud de su sometimiento, quien ejercita la acción es el dueño, y de ahí que se justifique la transposición de personas en la acción respectiva, siendo en mi opinión incorrecto estrictamente el que se hable de representación directa al momento de celebrar el negocio por el esclavo.

Con respecto al aspecto pasivo de la reclamación judicial, es decir, con respecto a la posibilidad de que se ejercite una acción en contra de los *alieni iuris*, es necesario aclarar que ello implicaría desde el punto de vista de la relación jerárquica o sometimiento, que se trate de someter aún cuando sea de una manera relativa, a quien ya se encuentra totalmente sometido (por ser *alieni iuris*). En otras palabras, para que dicha acción ejercitada contra un *alieni iuris*, real o personal, pueda tramitarse o en su caso ser útil para una ejecución forzosa, si resulta condenado el demandado, es necesario que el poder del *sui iuris* deje de existir, o en todo caso que dicho *sui iuris* se someta así al poder represivo que implica la acción. La reclamación<sup>62</sup> sí es posible, pero el *sometimiento relativo*

<sup>61</sup> En mi opinión no habría impedimento derivado de la relación de jerarquía misma entre el esclavo y su dueño, para que el esclavo por sí pudiera someter al deudor, y por tanto ejercer por sí la acción, sin embargo seguramente la idea de que *sólo un igual pueda llegar a someter a un igual con la intervención del magistrado* impidió que el esclavo por sí ejercitara las acciones del negocio en el cual intervino, ya que *no puede someter un inferior de un sometedor a aquél que es igual a dicho sometedor del inferior*, es decir: *el inferior no puede someter a quien tiene igual fuerza que el superior de dicho inferior*; por otra parte, no está por demás repetir que el esclavo al celebrar dicho negocio *no actuaba en representación del dueño, actúa por sí*, sin embargo por el sometimiento total a que está sujeto, se justifica la transposición de personas de la acción que nazca, y de ahí que nosotros veamos una representación directa, sin que en realidad haya habido tal, al momento de celebrar el negocio.

<sup>62</sup> En contraste con el caso estudiado de los *alieni iuris* (que no podían ejercitar una acción en contra de sus sometedores, puesto que *no les es posible reclamar algo a quien puede reclamarle todo*, en virtud de la relación jerárquica total), en los casos aquí estudiados el *alieni iuris* no está

que implica la acción se ve imposibilitado en la medida en que es necesario excluir el *sometimiento total* a que está sujeto por su *pater familias* el *alieni iuris*.<sup>63</sup> De modo tal que para poder ejercer una acción contra un *alieni iuris* nos encontramos ante la disyuntiva de respetar ese poder o de negarlo; ambas respuestas se dieron en el derecho romano:

a) En lo concerniente a las acciones derivadas de un delito, la acción como tal sí se puede ejercitar en contra de todo aquel capaz de dolo,<sup>64</sup> pero se encuentra obstaculizada con lo que respecta a su efectividad o ejecución forzosa por el poder del *pater*, el conflicto de poderes se resuelve condenando al *pater* en la medida en que impida el *sometimiento* que implica la acción penal, lo cual se logra mediante la llamada *acción noxal*.<sup>65</sup> En la acción penal, y en virtud de la gravedad social del hecho ilícito del cual nace, la represión o sometimiento que implica la acción *no se ve supeditado a la potestad misma del pater*; dicha acción penal *se sobrepone al poder del pater*, en razón de ello, el *pater* se encuentra en la disyuntiva de entregar<sup>66</sup> el delincuente o pagar la condena de la acción *noxal*. Esto es, en tanto que el propio *pater* no niegue o extinga su poder sobre el sometido, a efecto de que el agraviado pueda lograr el castigo e incluso someterlo, el *pater* mismo se verá condenado, de modo tal que dicho *pater* o cualquiera que con su poder impida la represión o sometimiento penal directo, será condenado mediante la acción *noxal*: “*noxæ caput sequitur*”.<sup>67</sup>

b) En lo concerniente a todas las demás obligaciones derivadas de actos no constitutivos de delito, el conflicto entre los dos poderes, esto es el poder absoluto del *pater* y el poder relativo del que pretende reclamar judicialmente, se resuelve negando la acción al reclamante, o, en el caso de los hijos, concediendo la acción pero impidiendo la ejecución,<sup>68</sup> hasta en tanto no salgan del someti-

sometido al reclamante, por tanto la reclamación como tal es totalmente posible, salvo la obstaculización que implica el poder del *sui iuris* del cual depende el *alieni iuris*.

<sup>63</sup> Es decir, la reclamación como tal se puede realizar, pero su efectividad, su ejecución forzada, es la que se dificulta ante el poder del *sui iuris* del que depende el sometido, puesto que dicha ejecución implica negar dicho sometimiento, especialmente si ese poder es perpetuo como en el caso de los esclavos, no así en el caso de la patria potestad que puede llegar a terminar y por tanto puede hablarse de *obligaciones naturales*.

<sup>64</sup> Por ello se afirma que son penalmente responsables los hijos y esclavos mayores de siete años, véase DPR, pr. 228.

<sup>65</sup> Desde el punto de vista de la relación jerárquica de las acciones, la acción *noxal* no es la acción penal misma dirigida en contra del *pater* con la alternativa de entregar al sometido, véase DPR, pr. 366, sino que en mi opinión es una *acción penal* por sí misma dirigida en contra del *pater* por el hecho ilícito de impedir la efectividad de la acción penal en contra del sometido.

<sup>66</sup> Lo cual se logra mediante una *mancipatio* del esclavo en favor del ofendido con el delito, o mediante la entrega en *mancipio* del hijo.

<sup>67</sup> En este sentido, la acción *noxal* es muy semejante a una acción real, puesto que sólo procede en contra de quien tenga potestad sobre el delincuente, ya que se busca la represión penal del mismo, en tanto que en las acciones reales en general (una excepción sería la *vindicatio usus fructus* que procede contra el nudo propietario al menos originariamente, véase DPR, pr. 201), proceden en contra del *poseedor* de la cosa y en tanto lo sea al tiempo de la *litis contestatio*.

<sup>68</sup> Ello se justifica en cuanto que los hijos (varones) tienen la mayor posibilidad de salir del sometimiento en el cual se encuentran; en cambio, las hijas al menos a comienzos de la época clásica al salir del poder paterno por matrimonio, recaen en el poder marital de la *manus*, la cual en principio puede durar toda su vida, y con lo que respecta a los esclavos o esclavas, éstos están sometidos perpetuamente; de modo tal que no tiene sentido conceder una acción en contra de aquel a quien nunca podrán ejecutar por respeto al poder absoluto del *pater*, al cual se encuentra sometido;

miento al cual están sujetos. En otros términos, en estos casos se concede mayor importancia al poder del *pater* y no se considera justo el sobreponer la acción sobre su potestas. Si el hijo contrae una obligación, no se niega que *haya existido el acto* del que deriva, ni que éste haya creado una obligación, pero mientras siga bajo potestad el hijo, no existe posibilidad de reclamo, no obstante haberse celebrado un negocio jurídico; éste, si bien, no permite reclamar judicialmente, sí puede ser causa<sup>69</sup> que justifique o determine la retención del pago, o base para una novación, o una estipulación con fin de garantía, esto es, ese negocio que ordinariamente produce una acción, en el caso que sea celebrado por un sometido, no permite el reclamo mismo, no permite accionar, pero sí puede justificar la retención de lo entregado como pago, puede ser la causa remota o de retención de lo entregado.<sup>70</sup>

Esa situación en que el acreedor puede aducir la existencia de un acto jurídico<sup>71</sup> para retener lo entregado en concepto de pago, o en su caso hacer una novación, pero sin tener acción, se ha denominado *abusivamente* obligación natural, ya que dicho acto jurídico no genera la posibilidad de reclamo judicial, es decir, la posibilidad de exigir en juicio, la posibilidad de accionar. Dicha posibilidad, según se indicó anteriormente, es lo que constituye la *obligación*, y en el supuesto que estudiamos no existe esa posibilidad, por lo que no puede llamarse obligación. El negocio jurídico que celebra el *alieni iuris* no genera acción alguna, puesto que la misma se imposibilita frente al poder absoluto del *pater*, y no se justifica ir contra del *pater* mismo (como en las acciones penales), porque el hecho que puede generar el reclamo no es de tal magnitud o importancia social como el delito, de modo que el sometimiento relativo que implica la acción cede, frente al sometimiento absoluto del *pater*.

en cambio, en lo tocante a los hijos sí tiene sentido el trámite de la acción aún estando sometidos, ya que con ello se logra que no se *dificulte o incluso imposibilite la prueba respectiva por el transcurso del tiempo* necesario para que dicho hijo salga de la potestad paterna, logrando obtener una sentencia en su caso condenatoria, que podrá ejecutarse una vez extinto el sometimiento respectivo.

<sup>69</sup> El concepto de *causa* aquí utilizado es el de *razón suficiente*, esto es, *causa* es todo aquello suficiente para que exista algo, por tanto, además de denotar una secuencia temporal entre dos hechos, denota que el primero en tiempo es necesario y suficiente para que exista el segundo. Don Álvaro D'Ors propone el entender a la *causa* desde el aspecto jurídico como "todo hecho antecedente que determina la eficacia de un acto subsiguiente" (véase DPR, pr. 170).

<sup>70</sup> El convenio de pago o *solvere* en la *traditio* es la *causa directa* de la misma y determina la adquisición de la propiedad, por su parte, la *obligación pre-existente* al convenio de pago o *solvere*, es la *causa remota* que determina la *retención de la propiedad* de lo entregado en pago, véase DPR, pr. 170; pero en el supuesto que nos interesa, *no existe obligación alguna que justifique la retención de la propiedad*, sino tan sólo un *negocio jurídico que no generó acción*, pero nada obsta para que dicho negocio sea considerado como *causa remota justificativa de la retención de la propiedad*, y cumpla con ello la misma función que la obligación con respecto a la *traditio*, es decir sea causa remota, y de ahí que se le designe *obligación natural*. De esa manera, se explica que no se pueda exigir o reclamar el pago, *puesto que en realidad no hay obligación o acción posible*, y no obstante si se entrega la cosa en propiedad, ésta se retenga, con ello logramos equiparar ese negocio sin acción, al efecto que produce una obligación, pero no podemos soslayar que la *equiparación es tan sólo por su función* de causa remota, pero no por tener igual naturaleza, por ello se afirma que es impropio el término *obligación natural*, donde en realidad no existe obligación alguna.

<sup>71</sup> Entiéndase, en éste caso, por acto jurídico, todo acto relevante al juez, de ahí que sea jurídico en tanto es objeto del dicho del derecho: *ius-dicere*; haciendo a un lado la moderna doctrina francesa del acto y hecho jurídico, o en su caso la alemana que propugna asimismo el concepto de negocio.

Hay que notar que la acción se ve impedida en la medida en que exista el poder del *pater*, y una vez extinto dicho poder, la posibilidad de reclamo surge, se puede accionar contra el hijo; en el caso de las hijas o esclavos o esclavas, la posibilidad de que no estuvieran sometidas era prácticamente nula, puesto que la esclavitud era perpetua y las hijas ordinariamente contraían matrimonio *cum manu*, según las costumbres antiguas, y por tanto resultaban sometidas a sus respectivos maridos.

Ello también explica que se llamen obligaciones naturales, las contraídas entre los hijos sujetos a la misma patria potestad, o las contraídas entre los hijos y el *pater*, ya que una vez que el poder del *pater* desaparece, todas las obligaciones se hacen judicialmente exigibles. Esto explica por qué los acreedores necesariamente esperaban hasta que se extinguiese el poder del *pater*.

Los sometidos pueden otorgar o celebrar negocios por sí, no dejan de ser hombres por el hecho de estar sometidos, pero el sometimiento mismo les impide reclamar contra sus sometedores, contra terceros, o ser reclamados; pero una vez extinto el poder, las reclamaciones antes imposibles se vuelven posibles, máxime en un derecho como el derecho clásico romano que no admite, salvo excepciones, la caducidad para el ejercicio de las acciones.

Recapitulando lo tocante a las *obligaciones naturales*, éstas no son estrictamente obligaciones, son en realidad *causas remotas o de retención*, tanto en el caso que tratamos en el presente estudio, como en otros supuestos tales como el *pago anticipado al cumplimiento del plazo*,<sup>72</sup> o la *retención de lo entregado caducada la acción penal*, etcétera; en este punto, es menester distinguir, como lo hace Álvaro D'Ors, las causas remotas de retención de lo entregado a las que nos hemos referido, presuponen negocios *lícitos* que justifican dicha retención; por ello las obligaciones naturales no son equiparables a la imposibilidad de accionar, fundada en un negocio ilícito de juego o apuesta, ya que en este supuesto la acción que proceda se funda en una causa injusta.

Es sumamente interesante ver como la sola idea de la relación de jerarquía o sometimiento puede ser base para explicar el tema de las obligaciones naturales.

<sup>72</sup> En este supuesto, la causa remota que justifica la retención de la propiedad de la cosa entregada en concepto de pago, consiste en el *acuerdo o convenio de pago anticipado*, el cual precede al convenio de *solvere* (causa inmediata) que justifica la *datio* (resultado adquisitivo de la propiedad de la cosa). La retención de la propiedad se justifica en el *convenio de pago anticipado* mismo; con esta explicación fundada en la idea de la causa, podemos hacer a un lado la afirmación errónea de que el plazo no impide el nacimiento de la obligación pero sí su exigibilidad, afirmando incluso actualmente que estamos en presencia de *!un deber sin sanción!*; en el derecho romano clásico el plazo al igual que la condición, contrariamente a lo que la doctrina moderna civilista nos enseña, sí supeditaba los efectos del acto jurídico hasta el cumplimiento del mismo, y la retención del pago no tenía que ser explicada irracionalmente con la idea de una *!obligación no exigible!*

Abundando en el punto, en el derecho romano clásico el negocio sujeto a plazo sí engendra la obligación cumplido que sea el plazo, no obstante al pago anticipado realizado, y por tanto podrá accionarse, pero en virtud de que dicha acción buscaría un doble pago le es oponible una *exceptio doli o pacti*, y tal vez incluso aún sin oposición alguna de excepción el juez deba fallar en contra del actor ya que dicha acción buscaría un imposible: recibir en pago lo que ya sea ha recibido (de ahí que *nadie puede deber dos veces la misma cosa*); la obligación que nace cumplido el plazo y su consecuente acción serán extintas mediante el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, fundado asimismo en la definitividad de la resolución judicial: *bis de eadem re agere non licet*; contrariamente a lo que podría pensarse de que el pago anticipado extingue implícita y automáticamente la obligación y la consecuente acción derivada del negocio sujeto a plazo.

Este tópico, para el derecho civil actual, representa un escollo sumamente intrincado al momento de querer entender a la obligación misma, puesto que se afirma que son una “obligación sin sanción”, una obligación sin posibilidad de reclamo, esto es, *que jexiste la obligación pero no es exigible!* o reclamable; como en el ya citado ejemplo del plazo, ya que se afirma que el plazo no impide el nacimiento de la obligación, pero sí su exigibilidad, y con ello se trata de explicar que se puedan pagar y retenerse el pago pendiente el cumplimiento del plazo. Esta doctrina, desde el punto de vista que aquí proponemos de que obligación es la posibilidad de prevalecer en el ejercicio de una acción y la mal llamada obligación natural una causa justa de retención del pago o de fianza o de novación según sea el caso, es una grave incorrección que se generó en el derecho romano post-clásico y se ha perpetuado hasta nuestros días.

Concluyendo, en el caso de negocios jurídicos no constitutivos de delitos, los sometidos en tanto lo sean no serán atacados por sus acreedores, pero ello no obsta para que dichos negocios sean *causas* justas de otros actos como la retención de lo recibido por *traditio*; de tales negocios se dice que surgen *obligaciones naturales*. Por la misma razón, en el caso del *sui iuris* que se vuelve *alieni iuris*, sus deudas se consideran como *obligaciones naturales*; posteriormente se admitió que fuesen hechas valer con intervención del pretor mediante una *in integrum restitutio*,<sup>73</sup> que daba lugar a una acción con ficción que considera al arrogado como no arrogado, y por tanto *un sujeto reclamable hasta el monto del patrimonio que le correspondería si no hubiese sido arrogado*, o utilizando la terminología moderna: *un sujeto con personalidad*.

Además, es necesario evitar el término de *incapacidad* para tratar de explicar la imposibilidad de accionar de los sometidos, ya que no son incapaces para celebrar negocios jurídicos; por el hecho mismo de ser hombres, los pueden realizar, y tan es así que los celebraban, pero los juristas, considerando la relación de jerarquía existente, niegan la posibilidad de accionar, no arbitrariamente; *en la medida del sometimiento no pueden participar en juicio, no son relevantes en el juicio mismo, no son relevantes al derecho, no son personas, reitero no por inhabilidades naturales o por disposiciones arbitrarias del legislador, sino por el sometimiento de facto al poder, reconocido socialmente, de otra persona*.

En lo tocante a los actos que los sometidos a un mismo sometedor celebren entre sí, podría hablarse de un “juicio de la casa”,<sup>74</sup> pero para el jurista la respuesta se dará por el *pater*, ya que él es el sometedor, y en última instancia quien determinará la solución; faltando el *pater* esos actos pueden ser resueltos conforme a los *iura*,<sup>75</sup> de modo tal que mientras exista el *pater* se habla de obligaciones naturales, y en cuanto éste falta, serán “obligaciones” en sentido técnico-jurídico.

Finalmente, en lo tocante a las acciones adyecticias, es necesario resaltar que presuponen la posibilidad de accionar por un tercero en contra tanto del sometedor como del mismo sometido, lo cual significa una relajación del poder de so-

<sup>73</sup> Véase DPR, pr. 217.

<sup>74</sup> Véase DPR, pr. 215.

<sup>75</sup> Es preferible referirnos a “las posiciones justas”, que el hablar de *iura* en el sentido de derecho objetivo, acepción que posiblemente no existió en derecho romano clásico, o al menos en opinión de Álvaro D’Ors no es una acepción “claramente diferenciable”, véase DPR, pr. 14.

metimiento, por ello son adyecticias. En estos casos, la transposición de personas que permite atacar judicialmente al *sui iuris* por negocios celebrados con un *alieni iuris* a él sometido, se funda<sup>76</sup> en el *iussum*, la *praepositio* o en su caso en el aumento patrimonial respectivo, pero no en una “representación”, como modernamente un jurista explicaría el hecho de que un hombre pueda ser demandado por otro en razón de actos celebrados con un tercero; ya que el sometido, al celebrar el negocio, poco importa que lo celebre en nombre e interés del sometedor, al actuar actúa por sí, pero se puede atacar directamente al sometedor porque éste así lo consintió expresamente (*iussum*) o tácitamente (*praepositio*), o por el aumento patrimonial mismo que el sometedor recibió a causa del negocio respectivo (*de in rem verso*). Es la “potestad” del sometedor o su enriquecimiento, la causa justificativa de su legitimación pasiva en la acción respectiva.

Desde estos puntos de vista, la *falta de personalidad* de los sometidos, sean hijos o esclavos, es relativa al poder al cual están sujetos, en tanto que ese poder imposibilite el ejercicio de una acción o la ejecución (sometimiento al acreedor) del sometido. La negación del ejercicio de las acciones a los sometidos no es absoluta, es causada por el sometimiento al cual están sujetos, en otras palabras, la posibilidad de accionar del sometido está determinada o depende del sometimiento al cual está sujeto dicho *alieni iuris*; sólo en ese sentido podemos afirmar que existe *falta de personalidad* en los sometidos.

Antes de abordar el siguiente tema, es menester notar otro aspecto con respecto a la relación de jerarquía: su *supuesta ausencia* en las relaciones *privadas* de nuestra sociedad actual; relación de jerarquía ordinariamente soslayada en el derecho privado, puesto que se parte del *engñoso principio de igualdad entre los hombres*, el cual se ve frustrado en la realidad misma desde el primer instante del nacimiento del hombre, cuando nos enfrentamos a la patria potestad, al derecho de corrección, o en la edad madura, cuando nos enfrentamos a las relaciones laborales que implican jerarquía, órdenes de trabajo, y en general en cualquier grupo humano, de carácter público o privado, dentro del cual al *organizarse* se establece un *jefe* de grupo, un *líder*, o los *órganos supremos* de las sociedades, etcétera (*res*). En contraste, en lo que modernamente se designa como derecho público, la relación de jerarquía es reconocida como esencial, y estudiada en cualquier manual de derecho administrativo, especialmente en el derecho militar.

La no jerarquía entre las partes del juicio o, como lo hemos indicado anteriormente, la igualdad de las mismas en el juicio, no implica la igualdad fuera del juicio de un hombre con respecto a otro, partir de este igualitarismo es partir de un grave error que acarreará injusticias.

<sup>76</sup> En otras palabras su *causa* reside en los supuestos mencionados en el texto.

## VI. LA POSIBILIDAD DE ACCIONAR DE UN GRUPO HUMANO COMO HIPÓTESIS PARA EXPLICAR LA PERSONA MORAL O CORPORACIÓN

Hasta aquí, no se ha hecho otra cosa que proponer una explicación de diversos hechos propios del derecho romano, fundándonos en la relación de jerarquía,<sup>77</sup> a continuación expondremos nuestra opinión de lo que los romanos *construyeron o pudieron haber llegado a construir* si se hubiera seguido el mismo razonamiento hasta aquí expuesto, en relación con lo que en la *actualidad* designamos como personas morales; en otras palabras, lo que a continuación se expone no tiene un fundamento expreso en textos jurídicos de la antigua Roma.

Siendo coherentes con lo antes indicado, haciendo a un lado la idea de sometimiento o jerarquía, y tomando en cuenta que partimos de que el concepto fundamental para el derecho es la *acción* en la cual se explican y derivan todos los demás conceptos fundamentales del derecho, podemos afirmar que la *posibilidad de accionar o no*<sup>78</sup> es la idea fundamental de la "personalidad", idea que en el caso de las corporaciones o *personas morales* ya no es referida al *hombre* individualmente considerado, sino que esta referida a un *conjunto de hombres*, esto es, la personalidad de los grupos sería la posibilidad de reclamación judicial que tiene única y exclusivamente el *grupo de hombres*, y no cada uno de ellos en lo particular, o contemplado desde el punto de vista pasivo de la reclamación, la personalidad de la corporación o *persona moral* implica la posibilidad de ser reclamado única y exclusivamente en contra de dicho grupo, sin que puedan ser reclamados en lo individual sus integrantes, sino *sólo colectivamente*.

Con lo antes indicado, es necesario resaltar que no podemos confundir el concepto propuesto de personalidad de las corporaciones con un caso de *litis consorcio necesario activo o pasivo*, porque en la reclamación de o a una persona moral, no son *varias* acciones las que se ejercitan, *sino una sola*, y quien se encuentra legitimado para su ejercicio es "un grupo de hombres", y no un hombre en concreto; en cambio, en el caso del litisconsorcio son *varias acciones derivadas de una misma causa que se ejercitan conjuntamente por dos o más hombres*.

El concepto que aquí se propone para entender la personalidad de las corporaciones es que *el grupo es el que puede accionar* y no cada uno de los que integran dicho grupo, por ello es el grupo como grupo quien ejercita las acciones y contra quien se ejercitan. Por tanto, *sólo en la medida en que dicho grupo puede ejercitar una acción tal como un individuo lo haría, es que dicho grupo es una persona*,<sup>79</sup> pero no porque se reconozca un ente metafísico o inmaterial en el

<sup>77</sup> De hecho al lector le resultará ahora más claro por qué la *personalidad* en derecho romano clásico no inicia con el nacimiento como en derecho moderno, sino con el fallecimiento del *pater* del cual depende el hijo o la hija, puesto que dicho fallecimiento implica la extinción del poder de sometimiento.

<sup>78</sup> Sin importar que se pueda o no prevalecer o triunfar en el ejercicio de las acciones respectivas.

<sup>79</sup> El concepto de *persona moral* propuesto en el presente trabajo, permite evitar confundir a la *persona moral* con un *fideicomiso*, o incluso con supuestos de *limitación de responsabilidad patrimonial*: nos referimos al caso que en derecho extranjero se designa impropriamente como *one man company*.

grupo mismo, ni porque exista un patrimonio destinado a un fin, o porque se entablen relaciones jurídicas entre cosas, sino simplemente porque la legitimación activa y pasiva de ciertas acciones determinadas por el fin social compete sólo al grupo, y no a los individuos como tales; de ahí, se sigue lo impropio e incoherente que resulta el analogar características del hombre, tal como su nacionalidad o su estado civil, a las corporaciones.

La razón social o denominación de las corporaciones sirve exclusivamente para designar al grupo de hombres legitimados activa o pasivamente para ejercitar ciertas acciones, mismas que se individualizan con lo que llamamos actualmente *objeto social*, que no es otra cosa que la expresión del fin de la agrupación. El derecho moderno lastimosamente fundado en el derecho post-clásico romano, ha tomado casi todos los defectos del mismo y dentro de ellos esta el que la figura del *jurista* y la *acción*, al perder su *tipicidad*, dejaron de ser el centro de gravedad de todo el conocimiento jurídico, volviendo a la *ley* y al *legislador* la piedra de apoyo del conocimiento del derecho, por ello nos resulta exótico el proponer una definición de personalidad fundada en la *acción*. Para el jurista moderno, la *ley* es la principal fuente del derecho,<sup>80</sup> e incluso tiene preeminencia frente a las demás fuentes, de ella dependen prácticamente la totalidad de las relaciones jurídicas, de ella nacen los derechos y obligaciones, de ella pende el procedimiento judicial, es ella la que vuelve reclamable una conducta, es ella la que reconoce la *personalidad* de un sujeto, al jurista y al juez le basta en la mayoría de los casos con hacer remisión a la *ley*, sin mayor explicación para fundar cualquier respuesta *jurídica*, incluso llega a ser tan craso el servilismo legalista que, si la ley utiliza una palabra o término distinto, el jurista es capaz de afirmar la existencia de una nueva institución jurídica; no obstante, es menester indicar que la gloria del legalismo no es conquista propia de nuestra modernidad, ni aún en ello existe originalidad en nuestro derecho, la observancia de la ley como fuente suprema del derecho, aconteció en la época post-clásica del derecho romano, siendo únicamente nuestro *gran logro* el conservar el legalismo. Pese a los grandes defectos que implica un servilismo legalista y la concepción moderna o post-clásica de nuestro derecho, *sigue siendo el derecho que aprueban los jueces en el proceso*, sigue siendo el derecho que se aplica para resolver los conflictos entre los particulares, sigue siendo el derecho vigente; por ello es que si se nos pidiera dar un concepto fundado en la ley y *vulgarizado* de la *personalidad de las corporaciones* como *posibilidad grupal de accionar*, podríamos decir que la persona moral o corporación para nuestro derecho moderno es un

<sup>80</sup> En mi opinión una de las ventajas principales que reporta el considerar la preeminencia de la *acción* frente a la ley en el conocimiento jurídico, radica especialmente en que la creación y adecuación de los criterios jurídicos se da en la realidad misma del conflicto; el conflicto como tal determina sus posibles soluciones, ya no es el esfuerzo de un legislador humano, reducido en realidad a un puñado de hombres, que tratan de prever en ley todos los posibles conflictos y sus correspondientes soluciones, la preeminencia de la *acción* permite que sea la realidad social la que determine los cambios jurídicos, de modo que el conflicto nunca sobrepase el acontecer jurídico, cobrando la figura del jurista una relevancia especial, pues es él el que da coherencia a los cambios, es él el que crea al derecho, sin tener que esconderse bajo la manta del legislador, ni estar sujeto a nepotismo alguno que permita acceder a un puesto de importancia para proponer cambios legales, basta con que sus argumentaciones sean razonadas y fundadas en la realidad social, para que puedan influir en la solución de los casos, en otras palabras basta con que sepa derecho.

*grupo de hombres que conforme a la ley tienen la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones como grupo.*

Ahora bien, en este punto no podemos dejar de remarcar que ha sido el derecho romano el que nos ha servido para reflexionar y proponer conceptos jurídicos, incluso relevantes para el derecho moderno, ya que el derecho romano tanto es ejemplo de la perfección técnica del conocimiento jurídico (derecho romano clásico), como también es ejemplo de la vulgarización del mismo (derecho romano post-clásico), y de su transformación al servilismo legalista. Con él y de él se puede partir para entender con mayor claridad el derecho moderno, en especial para entender sus incoherencias, ya que son las razones objetivas las que inspiran sus instituciones y es la tergiversación de las mismas la que forma nuestro derecho moderno.

Es conveniente resaltar algunas consecuencias y dificultades que se siguen al adoptar el concepto de persona moral o corporación como *un grupo de hombres legitimado para accionar o ser accionado*.

La primera dificultad reside en identificar a los hombres que conforman el grupo, ciertamente dichos hombres pueden estar determinados por sus cualidades individuales, ya que el grupo se funda en la confianza que existe entre los mismos, de modo tal que resulten insustituibles y sea su nombre el medio de identificación; no obstante puede ser que la causa de la agrupación no haya sido la previsión de cualidades especiales de sus miembros, sino los bienes que pueden aportar para formar un patrimonio de explotación, de modo tal que sea la previsión de su aportación económica la causa o razón suficiente para su integración, en este último caso los hombres que integran el grupo pueden estar identificados ya no por su nombre, sino incluso por la tenencia de un documento comprobatorio de dicha aportación (la acción como título de crédito); incluso en un futuro podrá ser la "firma electrónica" lo que identifique al hombre como integrante del grupo; en este punto mencionaremos que las formas de identificar al hombre, de manera indubitable dependerán de los fines económicos de la agrupación y de la imaginación del hombre mismo, quedando abierta la posibilidad de creación jurídica según lo demande las necesidades sociales.

Una segunda dificultad consiste en lo que se designa en el derecho moderno como *voluntad social* o la voluntad de la persona moral, esto es, determinar la decisión del grupo como tal, para ejercitar la acción que le corresponda, la respuesta evidente será que la unanimidad del grupo es la *causa* que justifica el que se ejercite o no la acción, no obstante ello, de la realidad propia de la convivencia humana se sigue lo difícil que puede llegar a ser el estar siempre sujeto el ejercicio de una acción a la voluntad de todos y cada uno de los integrantes del grupo, ya que cualquiera de los miembros podría paralizar la actuación corporativa o grupal por cualquier razón por intrascendente que ella fuere, por lo que seguramente se admitió que era *causa* o razón suficiente para justificar el ejercicio de la acción *la voluntad de la mayoría*, sea mayoría de personas o de aportaciones, según sea una *causa* económica o de cualidades personales lo que justificó la agrupación.

Así, como resulta sumamente complicado estar *siempre unánimemente* de acuerdo en ejercitar o no una acción, también de facto resulta sumamente complicado estar *siempre presentes* todos los integrantes del grupo o corpora-

ción para ejercitar la *acción*, por lo que se admitió la existencia de *representantes* de la corporación designados como *actores*,<sup>81</sup> de modo tal que dicho *actor* pueda por sí ejercitar la acción, pero sus efectos recaigan en el grupo mismo.

Consideraciones prácticas motivan la creación de los anteriores criterios *dentro del ejercicio de las acciones*, no es la voluntad del legislador la que las crea, sino la actividad del jurista fundada en razones objetivas; un estudio más detallado de ellas nos llevaría a determinar las reglas para las convocatorias, las formalidades que den seguridad al nombramiento del actor, la posibilidad de recesos en las asambleas, formas para el ejercicio del llamado “derecho de separación”, criterios para resolver los conflictos internos de los socios, la creación de derechos y obligaciones de la corporación, la posibilidad de que la corporación como tal, ejerza la posesión o el sometimiento de personas (trabajadores), la posibilidad de cometer delitos o crímenes por la persona moral, causales de disolución, etcétera. Criterios o reglas del ejercicio de las acciones que conviene se deriven siempre de razones prácticas, propias del problemas concretos, y no de la voluntad del legislador.

Crear de la manera antes indicada dichos criterios tiene como ventaja que las respuestas son coherentes consigo mismas, formando un cuerpo doctrinal fundado en la razón y no impuesto por el querer del legislador; en la medida en que dicho cuerpo doctrinal se funde en razones objetivas, dondequiera que se presenten reclamaciones o acciones similares se podrán dar respuestas similares, el derecho rompería las fronteras nacionalistas, ya que la razón no tiene nacionalidad, ni temporalidad.

El estudio de los diversos aspectos que puede plantear el ejercicio de una acción por un grupo de personas, es decir el estudio de las corporaciones, es digno de un artículo diverso, por lo que baste para el presente haber propuesto un concepto jurídico de la persona moral o corporación. En relación con la crítica de las demás opiniones doctrinales sobre la *naturaleza* de la *personalidad jurídica*, he de manifestar mi respeto absoluto a las mismas, no obstante ello, sus defectos y contradicciones se pueden consultar en obras generales y especializadas en el tema; sirvan las presentes líneas tan sólo como una posición diversa para explicar dicha noción jurídica, fundándonos en el concepto más importante para el derecho: *la acción*.<sup>82</sup>

El derecho romano puede servir para esclarecer nuestras propias instituciones e incluso para superarlas, puesto que nos enseña que para resolver un conflicto, lo importante no es adecuarlo a una ley, sino estudiar el conflicto mismo desde el punto de vista de la “acción” o reclamación ante el juez; *hic est*: la labor del jurista no es adecuar el caso a las hipótesis de ley, sino ante todo crear y conservar soluciones convenientes al grupo social, de los conflictos entre personas relativos al aprovechamiento privado de las cosas.

<sup>81</sup> No confundir este término con el concepto de actor, para efectos procesales: el que ejercita una acción.

<sup>82</sup> Todos los conceptos del presente trabajo han sido propuestos en razón de la *acción*, y en ese sentido son conceptos *jurídicos*, definidos en función del juicio.