

TENACIDAD Y DECADENCIA DE UN PRINCIPIO JUSTINIANO

La tenacidad de la sutileza. El sinuoso camino hacia el artículo 1673 del Código Civil Distrital.

Por Guillermo Floris MARGADANT S.,
Director del Seminario de Derecho
romano e Historia del Derecho, de la
Facultad de Derecho de la UNAM.

Sumario: 1. Introducción; 2. La regla misma; 3. Casos que contradicen o parecen contradecir nuestra regla; 4. La actitud medieval frente a nuestra regla; 5. El Renacimiento y la fase barroca; 6. Desaparición de la regla en las codificaciones modernas; 7. Conclusión.

1. *Introducción.*

En el primer tomo del Fausto de Goethe, cuando Mefistófeles —erróneamente tomado por Fausto— está dando a un futuro estudiante sus explicaciones sobre las ventajas y desventajas de las diversas disciplinas universitarias, dice el Diablo en relación con el Derecho: “Ay de vosotros, por ser nietos...”. Todos vivimos bajo un Derecho, en gran parte elaborado en vista de la sensibilidad justiciera y las necesidades reales de la época de nuestros abuelos o antes. Pero el Derecho es tenaz, y no suelta de buena gana las reglas e instituciones obsoletas. Inclusive reglas que ya en tiempos de su creación hubieran podido ser atacadas por excesivamente sofisticadas, injustas o poco prácticas, una vez aceptadas por las autoridades, durante siglos son conservadas como preciosas conquistas del intelecto.

Abundan los ejemplos, y en este breve estudio queremos dedicarnos a uno de ellos. Se trata de una regla del Derecho romano clásico, de apariencia lógica, inclusive de tono fino y elegante, pero en realidad nociva; a causa de su aspecto intelectualizado, y a pesar de la proclamada aversión de Justiniano a la “excesiva sutileza”, la “nimia subtilitas”, de los clásicos, entró en el *Corpus Iuris* y siguió causando desgracias en la práctica

durante la "segunda vida del Derecho Romano", hasta que, finalmente, bajo la influencia del iusnaturalismo y por la creciente infidelidad a Justiniano, la práctica y la teoría se oponen cada vez más claramente a la regla en cuestión; y así, como también sucede con nuestro Código Civil Distrital, los códigos modernos suelen contener el principio diametralmente opuesto al justiniano.

Se trata de una regla clásica, reformulada durante la "segunda vida del Derecho romano" mediante brocárdicos como "fraus non censetur non quaerendo", "fraus non ets in non adquirendo" y otras variantes.

Estudios como éste pueden contribuir a una visión más realista respecto del papel que el Derecho romano, a través de Constantinopla y luego mediante la multifacética discusión que caracteriza la "segunda vida" de este Derecho, ha jugado finalmente en relación con los códigos, sobre todo (casi exclusivamente) los códigos civiles y (en grado mucho menor) los códigos de procedimiento civil. En cada región del mundo neoromanista, ciertos aspectos del Derecho romano han llegado a influir en ciertas facetas de la legislación actual por caminos distintos: cada territorio del continente occidental mezcló, en el Medio Evo, de otra manera los elementos de los Derechos germánicos, del Derecho vulgar romano, de las reinterpretaciones académicas del *Corpus Iuris*, del Derecho canónico y de las nuevas normas legisladas (administrativas, feudales, penales, gremiales, mercantiles, etcétera). La cómoda frase de que "el Derecho romano es el fundamento de nuestro Derecho moderno" es demasiado absoluta; sólo un sector del Derecho moderno, a saber: el Derecho civil y en parte el Derecho procesal-civil, en varios de sus capítulos ha recibido el impacto del Derecho romano. Además, "el Derecho romano", al respecto, es más bien el derecho romano-bizantino del *Corpus Iuris*, visto a través de reinterpretaciones debidas a la "segunda vida" de esta corriente, desde fines del siglo XI hasta la Pandectística alemana. Pero aún si corregimos esta frase, y llegamos a la formulación de que "las reinterpretaciones del *Corpus Iuris* desde los Glosadores medievales hasta la Pandectística alemana han influido en importantes capítulos de nuestro derecho civil y algunos temas de nuestro derecho procesal-civil", se sugiere una influencia demasiado rectilínea. La investigación pormenorizada de cualquier tema concreto, al respecto, demuestra inmediatamente que la transmisión de las ideas, al respecto, ha sido diferente en diversas jurisdicciones, y a menudo muestra un interesante zigzag.

El estudio presente está relacionado con la Actio Pauliana. La obra fundamental, moderna, sobre este tema es la de J. A. Ankum, catedrático de Derecho romano en Amsterdam,¹ que en forma brillante conti-

¹ ANKUM, J.A., *De Geschiedenis der actio pauliana*, tomo I y II, Zwolle, Países Bajos, 1962. Durante la elaboración de este estudio sólo tuve acceso al primer tomo, que estudia el desarrollo de la actio pauliana hasta las codificaciones

núa la línea de las investigaciones respectivas que va de Lenel a Solazzi e Impallomeni.² Sin embargo, como la obra de Ankum no estudió en forma detallada la regla de que “*fraus non est in non adquirendo*”, y como, para la segunda vida del Derecho romano se dedica sobre todo a la antigua literatura de Francia y Holanda (mientras que el presente ensayo recurre a otras ramas de la literatura respectiva), decidí elaborar esta nueva contribución al tema en cuestión, contribución que, una vez más, confirma la importancia que para la investigación histórico-jurídica tiene la mencionada “segunda vida”, fase innovadora, re-interpretativa, de unos 800 años, que liga el Corpus Iuris al pensamiento jurídico moderno.

2. La regla en cuestión.

El texto básico del que se deriva esta regla es D.42.8.6. Allí, el pr. (“*principium*”) reza: “*Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet.*”³ “*Hoc edictum*” es, en este caso, la promesa del pretor de que “*quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit, servabo.*”⁴ L. D.42.8.6.pr. continúa explicando, con toda claridad: “*Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum; non ad eos qui id agunt ne locuplentur*”⁵

modernas. El segundo tomo continúa la investigación a través de las codificaciones, a partir de la fase iusnaturalista.

² LENEL, O. *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im Klassischen Römischen Recht*, Festschrift A.S. SCHULTZ, Leipzig, 1903; SOLAZZI, S., especialmente *La revoca degli atti fraudolenti nel Diritto romano*, 3a. ed. 2 vol., Nápoles, 1945 y P. Ryl.II.75 en la *Revoca degli atti fraudolenti*, SDHI XXII (1956), 333-336; IMPALLOMENI, G., *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel Diritto romano classico*, Padova, 1958 (además de la contribución *Azione Revocatoria*, Dir. Rom., al *Novissimo Digesto italiano*, II, Torino, 1958, 147-152).

³ “El caso, empero, de que alguien pudiera adquirir algo, pero de que no hiciera lo necesario para adquirir, no queda cubierto por este Edicto”.

Otra lectura: “*Qui autem, cum possit etcétera*”. En antiguas ediciones, este octavo título figura a veces como noveno. Este principio, formulado originalmente en relación con la *in integrum restitutio*, también estuvo vigente para el *interdictum fraudatorium* en tiempos de la confluencia de ambas instituciones (vide ANKUM, op. cit. p. 66).

⁴ “Si algún acto jurídico se haya efectuado para defraudar, daré acción contra el tercero que no haya ignorado el fraude, acción que resultará en beneficio del representante de los acreedores o de otra persona a la que debe darse acción al respecto, dentro de un año a partir del momento en que se hubiera podido ejercer esta acción; y esta acción también se dirigirá contra la persona misma que haya cometido el fraude”.

⁵ “Este Edicto se refiere al caso de los que disminuyan su patrimonio; no al caso de los que procuren no enriquecerse”.

Desde luego, es discutible si este principio corresponde a una visión realista de la equidad. ¿No estamos en presencia de una manifestación de aquella hipersofisticación que Justiniano reprocha a veces a los clásicos, pero que el mismo no logró guardar completamente fuera de su compilación? El Derecho es una disciplina práctica: ¿conviene distinguir entre el “empobrecerse” y un intencional “dejar de enriquecerse”?

Luego, Ulpiano comienza a ilustrar este principio general mediante ejemplos, que a veces también se prestan a dudas. D.42.8.6.1 excluye la *Actio Pauliana* del caso en que el deudor se comporte de tal manera, que no se realice la condición de una *stipulatio* que hubiera mejorado su patrimonio. Sin embargo, D.50.17.161 —antecedente de los artículos 1942 y 1945 del código civil mexicano distrital— podría ofrecer una base para argüir que el deudor se comporta antijurídicamente, si impide la realización de una condición que hubiera disminuido el perjuicio que sufren sus acreedores, de manera que la tensión entre D.42.8.6.1 y D.50.17.161 se presta para la posterior teoría de que el deudor no se encuentre quizás obligado a realizar actos *positivos* para que se cumpla la condición, pero que tiene derecho de impedir la realización de ésta mediante un comportamiento *negativo*.

D.42.8.6.2 nos aclara luego que “et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam, vel testamentariam, non est in ea causa ut huic edicto locum faciat: noluit enim acquirere; non suum proprium patrimonium diminuit”.⁶

A este ejemplo, uno podría objetar que el *heres suus* adquiere automáticamente la herencia, por la muerte del *de cuius* (salvo, desde luego, en caso de condiciones testamentarias), de manera que su repudiación expulsa algo de su patrimonio, que ya había entrado: está menguando su propio patrimonio, no simplemente negándose a adquirir. Y el término de “repudiavit”, en vez de simplemente “non adiit”, apunta hacia la misma conclusión.

Sin embargo, D. 38.5.1.6-8 da un punto de partida para la opinión de que toda repudiación tiene efectos *retroactivos*, de manera que, por ficción de la ley, el que repudia se niega a enriquecerse, y no expulsa algo que ya había pertenecido a su patrimonio.

El tercer ejemplo se encuentra en D.42.8.6.3, que nos comunica que “simili modo dicendum est, et si *filium suum emancipavit*, ut sua arbitrio adeat hereditatem, cessare hoc edictum”.⁷ Aquí, obviamente, se trata de este caso: un paterfamilias insolvente tiene a un hijo bajo su potestad; en

⁶ “El que haya repudiado una herencia —legítima o testamentaria— no se encuentra en el supuesto de este Edicto, ya que sólo no quiso adquirir, y no ha disminuido su propio patrimonio”.

⁷ “En forma semejante hay que decir que este Edicto no es aplicable al caso de que alguien haya emancipado a su hijo con el fin de que éste pueda aceptar una herencia por propia cuenta”.

algún testamento el *paterfamilias* figura como heredero y el *filius* como heredero sustituto. Sólo emancipando al hijo, el *paterfamilias* podrá obtener ahora el resultado deseado, de que su propia declaración de no hacer la *aditio* de la herencia, o (si él es *heres suus*) de repudiar la herencia (retroactivamente), faculte al hijo para recibir la herencia por cuenta propia del hijo, de manera que quede fuera del alcance de los acreedores del padre.⁸

El próximo ejemplo (D.42.8.6.4) se refiere al legado repudiado. Aquí, también, la repudiación tiene efectos retroactivos. Y luego viene todavía un ejemplo muy discutible (D.42.8.6.5): “Si *servum suum heredem institutum alienavit, ut iussu emptoris adeat, si quidem in venditione nulla fraus est, sed in hereditate sit, cessat edictum, quia licuit etiam repudiare hereditatem. At si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur, quemadmodum si eum in fraudem manumisisset*”.⁹

La situación, obviamente, es la siguiente: A, deudor insolvente, tiene a un esclavo, instituido heredero por B; la herencia, debe suponerse, tiene un valor neto positivo. Para que esta ventaja se escape a los acreedores, —“in hereditate fraus est”—, el esclavo es vendido por A a C, por un precio razonable (“in venditione nulla fraus est”). Tal venta cae bajo el impacto de la *actio pauliana*, si (I), hubo mala fe por parte de A, algo que ya queda comprendido en los supuestos de este ejemplo; si, además, (II), hubo mala fe por parte de C, algo que los acreedores de A deberán comprobar; y, por añadidura (III), si hubo un daño patrimonial para los acreedores.

Este tercer punto es el interesante. El valor del esclavo, a causa de la apertura de la herencia, se aumentó bruscamente con todo el valor neto de la herencia. El *Corpus Iuris* trata de distinguir ahora entre la *no-incorporación de la herencia en el patrimonio de A* (que no sería fraude a los acreedores, como hemos visto) y el *fraude en la venta* del esclavo, que sí entraría en la órbita de la *actio pauliana*. Pero, aunque *juridicamente* hablando, la posibilidad de hacer la *aditio* de la herencia es una mera expectativa, *económicamente* hablando, el esclavo ya tiene un valor que comprende también el de la herencia, de manera que toda venta por un precio que no tomara en cuenta la posibilidad de adquirir la herencia,

⁸ En la traducción española por Rodríguez de Fonseca, se nota que, una vez más, este traductor no tuvo idea del problema tratado en esta cita.

⁹ “Si alguien ha vendido a un esclavo suyo, instituido heredero por algún tercero, para que el esclavo pueda hacer la *aditio* de la herencia por instrucciones del comprador, el Edicto en cuestión no será aplicable en caso de que no haya fraude en la venta misma; y sigue inaplicable, aun en caso de que haya fraude en cuanto a la herencia, ya que el vendedor también hubiera tenido la facultad de repudiar la herencia. Pero si en la venta misma del esclavo se hubiera cometido fraude, esta venta podría ser revocada, exactamente como en caso de una *manumissio* en defraudación de los acreedores”.

sería un precio a tal punto inferior al real, que abriera la posibilidad de intentar su anulación mediante la *actio pauliana*. En otras palabras: la negativa del deudor de aceptar una herencia ofrecida a él, no puede ser afectada por la *actio pauliana*; también la negativa del deudor de aceptar una herencia ofrecida a uno de sus esclavos, queda fuera del alcance de la *actio pauliana*; pero la venta del esclavo por su valor como esclavo, sin tomar en cuenta la subsistencia de la facultad de que el nuevo amo haga la *aditio* de la herencia, queda bajo el potencial impacto de la *actio pauliana*. Esto resulta del análisis económico de la situación; pero el análisis jurídico anda por otros caminos, trabajando con una inoperante distinción entre un *fraus in hereditate* y *fraus in venditione*, que no resiste a un acercamiento comercial-económico al problema.

De todos modos, los textos analizados demuestran que el principio de que "fraus non est in non adquirendo", aunque los ejemplos ilustrativos se prestan a ciertas dudas, era una regla obviamente aceptada por Ulpiano, y recogida en el *Corpus Iuris*, donde varias otras citas, que ahora veremos, la confirman.

En D.17.2.68.1, Gayo, comentando el Edicto Provincial, pregunta si el deudor obra "in fraudem futurae actionis", sólo si "erogat bona",¹⁰ o también "si occasione acquirendi non utitur";¹¹ nuestro autor considera como "verius" (término que indica que no se trata de una opinión muy firme) la limitación del concepto de "fraude" a una "erogatio bonorum", y deriva esta conclusión, no de principios fundamentales, sino de un texto de derecho positivo, el Edicto del Proconsul, que dispone que el demandado no esté obligado a aprovechar la posibilidad de adquirir, utilizando al respecto una terminología ("ut desineres possidere"¹²) no muy felizmente ajustada a nuestro problema (el que deje de poseer, ha poseído; por lo tanto no está dejando de adquirir, sino haciendo una "erogatio bonorum..."). También D.23.3.5.5 confirma nuestra regla: la dote constituida mediante una repudiación de una herencia por parte del padre de la novia, para que el yerno reciba esta herencia (en calidad de heredero legítimo, o heredero testamentario sustituto) no vale como dote profecticia (o sea, dote procedente del patrimonio del padre de la novia).

Otro texto que confirma nuestra regla, es D.50.17.134, fragmento relacionado con el tema de los adpromisores, que en su pr. dice: "non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur";¹³ lo cual dio lugar, en la literatura de la segunda vida del Derecho romano, a la formulación de que "in bonis non existimatur ius

¹⁰ "Elimina bienes de su patrimonio".

¹¹ "Si no aprovecha una oportunidad de adquirir".

¹² "Que dejes de poseer".

¹³ "No son defraudados los acreedores, cuando algo no es adquirido por el deudor; sólo son defraudados cuando se disminuye el patrimonio de éste".

quid competit ad acquirendum”,¹⁴ y a la moderna dicotomía entre expectativas y derechos.

También D.50.17.119 confirma que “non alienat qui dumtaxat omittit possessionem” (nb.: este texto no dice “amittit” —“pierde”— sino “omittit”, “deja de adquirir”).

Otro texto que ilustra esta regla es D.38.5.1.6-8. Este lugar trata de la *actio favianiana*, el equivalente de la *actio pauliana* para los casos en los que el liberto haya disminuido las perspectivas sucesorias del patrono, menguando su patrimonio. Vemos aquí de nuevo, que esta acción procede cuando el liberto “de bonis deminuit”, pero no si “hereditatem non adierit fraudandi patroni causa”¹⁵ y tampoco si “legatum repulerit”. Es en este lugar que Juliano salva nuestra regla mediante la ficción de que las repudiaciones respectivas siempre tengan efecto retroactivo. También si el liberto recibió la oportunidad de cobrar un legado, bajo cierta condición, y luego hace lo posible para que ésta *no* se cumpla, resulta que el patrono no puede defender sus intereses mediante la *actio favianiana*. En cambio, en el caso del liberto que pierde un proceso, negándose a presentar ciertas pruebas que tuviera a su disposición, la *actio favianiana* sí procede, solución probablemente basada en la hipótesis de que la sentencia, en caso de presentarse las pruebas, hubiera confirmado una situación favorable al liberto, situación ya *pre-existente*, de manera que la falta de interés, mostrada por el liberto, hace perder un valor que ya estuvo en su patrimonio. Lo mismo puede decirse del caso en que el liberto deja de ejercer la acción para la defensa de sus derechos, de manera que por la prescripción extintiva de esta acción, ciertos valores salgan de su patrimonio. Y luego, el párrafo ocho contiene ciertas restricciones a la regla de que el liberto, aunque no obligado a aceptar herencias y legados, sí está obligado a ejercer acciones y presentar pruebas. Estas excepciones se refieren a la *actio iniuriarum* (tan personal que su no-ejercicio no debe abrir la puerta a la *actio favianiana*) y a la querela inofficiosi testamenti (que a veces implica cierto desdén por la última voluntad del *de cuius*, de modo que terceros no deben influir sobre la decisión de inclinarse ante el capricho del testador o respetar el testamento tal cual). Así, las aparentes excepciones a la regla que estamos comentando, o sea el deber de ejercer acciones y de presentar pruebas, en realidad no debilitan la fuerza de nuestra regla.

D.50.16.28, de Paulo, confirma en forma general la idea de que el concepto de “*alienatio*” (expulsión de valores del propio patrimonio), queda implícito en una actitud negativa frente a la amenaza de una usucapio (“videtur alienare qui patitur usucapi”)¹⁶ y en el no-ejercicio de una ac-

¹⁴ “No debe considerarse como parte del patrimonio, el derecho que el titular de éste tiene de adquirir algo”.

¹⁵ “No ha aceptado una herencia, con la finalidad de defraudar a su *ex-amō*”.

¹⁶ “Parece enajenar el que tolera que sus bienes se pierden por prescripción”.

ción, pero su tono es tímido, al respecto (“vix est... ut non...”); y luego guarda expresamente fuera de este hinchado concepto de *alienatio*, el no-adquirir (“qui occasione acquirendi non utitur, non intelletur alienare”),¹⁷ ilustrando la negativa de adquirir mediante los ejemplos de la herencia “omitida” y de la opción temporal, no aprovechada

Otra confirmación de nuestra regla procede de D.37.6.1.23, cita que se refiere a la *collatio*. El obligado a la colación deberá aportar a la herencia por repartir, lo que dolosamente perdió, y Ulpiano hace la aclaración de que, si el heredero se haya comportado de tal modo que no adquirió lo que pudo haber adquirido, este valor no se tomará en cuenta para la *collatio*. Es verdad que esta cita parece muy torpemente formulada: al comienzo de ella, la *collatio* sí se aplica a los casos de que “aliquid eius Non fuerit, dolo malo autem factum sit quo minus esset”;¹⁸ eliminando este Non, la frase haría más sentido: algo fue del heredero, pero fue expulsado de su patrimonio con dolo, y por lo tanto, cae todavía bajo el impacto de la *collatio*. Pero, fuera de esta cuestión de si algún copista haya puesto un “non” indebido en esta frase, por inadvertencia, o por el hecho de no comprender el problema, y tratando de hacer la frase más “clara”, para nuestro tema la parte relevante de la cita comienza con “sed hoc sic accipiendum est”, y esta parte es, claramente, una confirmación de nuestra regla, que para el caso especial de la *collatio* toma en la segunda vida del Derecho romano la forma concisa de que “si quis id egit ne adquirat, non venit in collationem”.¹⁹

A esta serie de citas que confirman nuestra regla, podríamos añadir el principio de D.50.17.69 de que “invito beneficium non fit”,²⁰ ya que, en caso de desviarse de la regla que comentamos, terceros podrían obligar a uno a recibir, contra su voluntad, un aumento patrimonial.

Pero la máxima confirmación de la regla se presenta quizás en D.49.14.26, donde ella es confirmada ¡inclusive en perjuicio del Fisco mismo! Un condenado a muerte y confiscación de sus bienes, emancipa a su hijo, para que una herencia ofrecida a éste, pueda ser aceptada para el patrimonio del hijo, sin caer en el confiscable patrimonio del padre. Ulpiano opina que el padre tiene derecho de hacer esto; y Triboniano-Justiniano, en una época poco inclinada a sacrificar los intereses fiscales a tecnicismos y subterfugios de los particulares, confirman esta opinión clásica por el hecho de recoger esta cita en su compilación.

¹⁷ “No se considera que enajena, el que no aproveche una oportunidad de adquirir”.

¹⁸ “Algo no le perteneció; sin embargo, con dolo malo se obtuvo como resultado que no fuera de él”.

¹⁹ “Si alguien ha procurado no adquirir, esto no se toma en cuenta para la *collatio*”.

²⁰ “A nadie se le hace un favor contra su voluntad”.

3. Casos que contradicen o parecen contradecir nuestra regla.

“The Devil can use Scripture for his purpose”;²¹ la Biblia ofrece puntos de partida para muchas doctrinas y actitudes emocionales, algo que para la variedad de la discusión teológica occidental, y con esto para el entrenamiento y refinamiento de la mente occidental, ha sido una gran ventaja. Y lo mismo puede decirse de otra obra básica de la cultura occidental: el *Corpus Iuris*. Al lado de estas citas que concuerdan con la regla que estamos estudiando, hay casos en el *Corpus Iuris* en los cuales una persona puede verse obligado a aceptar un aumento patrimonial. Así en D.29.4.1.12/13 se habla del heredero por vía testamentaria, que repudia la herencia para que ésta pase al heredero por vía legítima, mediante cuyo cambio de vía desaparecen, como por golpe de tramoya, todos los legados. Se dispone que ahora los decepcionados legatarios tienen acción contra el heredero testamentario que así, de mala fe, —y quizás mediante oculta remuneración o participación— los ha privado de sus legados. En relación con este tema, en el cual encontramos a un heredero, castigado mediante el pago de daños y perjuicios por el hecho de no haber adquirido, encontramos también la opinión de Labeón, de que “non minus delin(quit) (is) qui non incipiat possidere, quam (is) qui desinat”.²² Es verdad que el gran clásico formula esta declaración con cierta modestia (“sibi videri ait...”), pero luego, en el *Corpus Iuris*, esta opinión “obtinēt”. Y D.36.1.69.(67).1 nos presenta otro caso en que el heredero instituido se ve obligado a aceptar. Se trata aquí de herencias que por fideicomiso deben transmitirse por el fiduciario-heredero a un fideicomisario. Si ahora el heredero no quiere hacer la *aditio*, el interesado (o sea el fideicomisario) tiene la facultad de dirigirse al pretor, para que éste obligue al heredero para que acepte. En otras palabras: los acreedores *no* pueden obligar al heredero, deudor insolvente, a aceptar; pero aquel acreedor, tan *sui generis*, que es el fideicomisario, *sí* puede hacer “adir” la herencia.

Esta cita es de difícil interpretación. Después de haber obtenido esta decisión del Pretor, y después de que el heredero hace la *aditio*, el fideicomisario se arrepiente, viendo que se trata de una herencia “sospechosa”. ¿Pueden los acreedores de la herencia dirigirse ahora contra el heredero? ¡No!: tienen acción contra el fideicomisario, como vemos por D.36.1.69 (67) pr. Luego, del siguiente párrafo 1 resulta que el heredero no puede aceptar una herencia sospechosa en la esperanza de perjudicar a sus acreedores (los cuales podrán recurrir al interdicto fraudatorio para anular tal *aditio*); pero si se trata de una herencia sospechosa que luego debe

²¹ “El Diablo puede usar la Biblia para sus fines”.

²² “No se comporta menos antijurídicamente el que nunca comenzó a poseer, que el que deje de poseer”.

transmitirse al fideicomisario, y que es aceptada por el heredero-fiduciario bajo la presión del mencionado decreto del pretor, este interdicto fraudatorio no procede. ¡Desde luego que no!: los acreedores no salen perjudicados. Pero en vez de usar esta sencilla explicación, el Digesto trata de darnos otra: como el heredero queda en libertad de rechazar una herencia (sc. positiva) en perjuicio de sus acreedores, y como el fideicomisario no hace nada malo recibiendo una herencia positiva que los acreedores del fiduciario no hubieran podido obtener para el patrimonio del deudor común, no procede el mencionado interdicto... Se nota que el razonamiento es confuso por el hecho de brincar del supuesto de una herencia *sospechosa*, a la hipótesis de una herencia *positiva*, ¡sin mencionar este cambio!, y continuando la línea lógica como si se estuviera hablando del mismo supuesto, convirtiendo esta línea de lógica en ilógica... En caso de una herencia *sospechosa*, no procede el interdicto, ya que los acreedores, a pesar de las maliciosas intenciones del deudor, no sufrieron perjuicio (a causa de su insistencia oficial, el fideicomisario ve las reclamaciones de los acreedores del *de cuius* canalizadas hacia su imprudente cabeza, y el patrimonio del heredero-fiduciario no se ve afectado; a los acreedores de éste, la aceptación de la herencia no les da frío ni calor, y no tienen motivo para protestar contra ella); y en caso de una herencia *interesante*, tampoco procede dicho interdicto (contra la transmisión de la herencia al fideicomisario), ya que el fideicomisario obtuvo para sí mismo una ventaja que los acreedores no hubieran podido obtener para ellos, mediante alguna acción oficial. Toda la tremenda confusión en esta cita puede eliminarse, quitando la ominosa palabrita de "suspectam": así, todo el primer párrafo hablaría exclusivamente de una herencia *positiva*, y de pronto estaríamos en presencia de un análisis claro e interesante. Pero, de todos modos, para el fin de nuestro trabajo el interés de D.36.1.69 (67).pr-1 consiste en la confirmación de la regla general mediante las palabras "liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem creditores tuos tali commodo fraudare",²³ al lado de la formulación de la excepción (que encontramos varias veces en este título) de que el heredero instituido bajo fideicomiso, puede ser obligado a aceptar, pero no en beneficio de sus acreedores (salvo por lo que se refiere a la cuarta pegasiana o trebeliana), sino en beneficio del fideicomisario.

Interesante es también D.18.4.2.5, que habla de la venta de una herencia o de una acción. En tal caso, el vendedor responde de todo lo que dolosamente haya *dejado de adquirir* para la herencia vendida, no sólo de lo que *pierde* para esta herencia. Luego, torpemente, vienen algunas ilustraciones que precisamente ilustran una *expulsión* de valores, y no una negativa de dejar entrar valores al patrimonio sucesorio: "sirve alienavit

²³ "Hubieras estado libre de privar a tus acreedores de tal ventaja por el hecho de no querer aceptar la herencia".

aliquid, vel etiam accepto quem liberavit”,²⁴ pero después de estos descuidos, Ulpiano acierta en el blanco cuando pone como ejemplo: “vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur vel ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci”.²⁵ Por lo tanto, al vendedor de una herencia, lo vemos obligado a procurar que el objeto de la venta se aumente mediante, por ej., la adquisición de otras herencias, ofrecidas para su *aditio*; en cambio, el deudor común, insolvente, *no* está obligado a la misma medida de honradez, o siquiera cortesía, frente a sus sufridos acreedores. ¡Tremendo! ¿Cuál podría ser la *ratio iuris* del diferente tratamiento de estos casos?

A los ejemplos en los que existe un deber positivo de adquirir, podríamos añadir el supuesto de D.5.3.25.8. Sabemos que en varios casos, la *actio reivindicatoria* puede dirigirse contra la persona que fingió poseer o que dejó, dolosamente, de ser poseedor. Esta cita establece ahora una equiparación entre el que dolosamente se negó a adquirir la posesión, y el que dolosamente dejó de poseer, considerando en este caso la negativa de enriquecerse como intención de empobrecerse: en ambos casos, el no-poseedor “*ut possessor condemnatur*”.²⁶

Pero la máxima contradicción en relación con nuestra regla, es la que hallamos en D.49.14.45 pr. Allí se dispone que el deudor del fisco no tiene derecho a repudiar (dejar de aceptar) una herencia: “*idemque iuris est, et si no quaeratur*”,²⁷ mientras que en el mismo título, ¡la *lex 26* contiene el principio contrario! Esta flagrante contradicción confirma que la regla que estamos comentando es artificial, no anclada en alguna evidente intuición de equidad natural.

4. *La actitud medieval frente a nuestra regla.*

Los glosadores parecen haberse resignado ante la ineficacia de la *actio pauliana* contra actos de omisión de enriquecimiento; es posible que Búlgaro y un alumno de Martino hayan tenido sus dudas al respecto,²⁸ pero otro alumno de Martino, en su *Summa Trecensis*, acepta claramente la regla que estudiamos, y más tarde, cuando entramos en una fase de los glosadores respecto de la cual estamos bien informados, estos autores no se apartan a este respecto del texto justiniano. Lo que sí hubo, fue cierta confusión ante la imposibilidad de la *actio pauliana* cuando se trata de

²⁴ “Sea que haya enajenado algo, o hecho remisión a algún deudor”.

²⁵ “Que haya procurado no adquirir una herencia, con dolo malo, o que no haya adquirido alguna posesión que hubiera podido adquirir”.

²⁶ “Es condenado como si fuera poseedor”.

²⁷ “La misma solución jurídica procede también en el caso de que no adquiera”.

²⁸ ANKUM, *op. cit.*, p. 130, nota 1.

la repudiación de un legado, y Acursio tiene que recordar al jurista de su época que tal repudiación tiene efecto retroactivo.²⁹

En cuanto a Acursio, para nuestro tema es de gran importancia la glosa "nota quem teneri ad acquirendum et recuperandum".³⁰

Allí, sin buscar una *ratio iuris*, se limita a clasificar, y menciona en cuáles casos uno puede verse *obligado* a adquirir, y en cuáles no. En relación con la primera categoría de casos, este autor, que cierra con broche, sino de oro, cuando menos de plata, la escuela de los glosadores, habla del *dominus* de un peculio insolvente, que es responsabilizado mediante la *actio tributoria* por las pérdidas, debidas a ventas inconvenientes y falta de cobro (casos que, por lo tanto, no se refieren a una *negativa de adquirir*, sino a *pérdidas* por torpezas administrativas); luego, Acursio hace referencia al procurador de D.17.1.44, que incurre en dolo si no ejerce las acciones necesarias para obtener justicia para su representado, y después se refiere a D.5.3.25.8, donde, como vimos, el poseedor "qui dolo desicrit possidere, sive dolo possessionem nolueritmittere",³¹ es condenado como si poseyera.

Finalmente menciona como caso en que uno esté obligado a recibir un favor, el del cautivo de guerra, cuyo rescate ya ha sido pagado, pero que prefiere quedarse entre sus antiguos enemigos, en cuyo caso es sancionado mediante pérdida del privilegio del *postliminium* (D.49.15.20).

Como se nota, esta glosa, que se refiere a los que son obligados "ad acquirendum et recuperandum", ofrece más bien casos de una obligación de *recuperar*, que de *adquirir*, y en relación con el deber de adquirir Acursio deja sin mencionar algunos casos llamativos que nos presenta el Digesto, como el heredero instituido que deberá transmitir la herencia al fideicomisario, el vendedor de una herencia, o el heredero instituido que es al mismo tiempo deudor del fisco (D.49.14.45. pr.).

Luego, con el fin de ilustrar la categoría de los que no están obligados a adquirir o recuperar, Acursio nos presenta los ejemplos del deudor común, insolvente, que repudia una herencia, y del liberto que mediante tal repudiación perjudica a las perspectivas sucesorias de su patrono. Así, Acursio, en vez de entrar en el fondo del problema, da una lista incompleta de los que estén obligados a adquirir y recuperar, en cuya lista sólo un caso se refiere claramente a la obligación de adquirir (y los otros dos más bien a la obligación de recuperar).

Después de esta actitud poco satisfactoria frente a la vigencia de la regla que estamos comentando, la Glosa tiene que tomar una posición frente a la mencionada contradicción en D.49.14., entre la *lex 26* y la *45*.

²⁹ Glosa "Legatum repudiavit", ad D. 42.8.6.4.

³⁰ Ad Posset adipisci, D. 18.4.2.

³¹ "Que, dolosamente, haya dejado de poseer, o que dolosamente no haya querido recibir la posesión".

A esta cuestión se refieren las glosas ad D.49.15.26.

A las palabras “quidam capitis reus”,³² la Gran Glosa añade correctamente “cuius bona erant publicada”,³³ sin cuyo supuesto la cita pierde todo interés. Pero cuando Acursio anota: “reus: id est accusatus”, sugiere con esto que se trata de un mero acusado, *todavía no condenado*, con lo cual va demasiado lejos. Efectivamente, así se podría salvar la coexistencia de esta cita con h.t. 45, suponiendo que *antes* de la condena vale la regla de la lex 26, y *después* de la condena la de la lex 45; pero si en la lex 26, el patrimonio del paterfamilias en cuestión “nondum erant bona fiscalia, nam non erat damnatus”,³⁴ como alega Acursio en la glosa Haereditatem, Ulpiano estaría allí dedicando palabras a una cuestión excesivamente evidente. Desde luego, antes de la condena, el acusado está en libertad de realizar toda clase de actos jurídicos: todavía no es deudor del Fisco.

Las generosas citas D.48.20.2, D.48.21.2 o C.10.1.10 con suficientemente claras respecto del hecho de que la simple acusación, todavía no confirmada mediante una condena, no tiene efectos prodromáticos, y no limita la personalidad patrimonial y la capacidad administrativa del acusado: el crédito fiscal que nazca de la confiscación no lanza su sombra sobre la situación anterior a la condena, de manera que emancipaciones efectuadas antes de la condena son inobjetables, aunque hayan tenido el fin evidente de evitar la adquisición de una herencia por parte del acusado. No; esta cita (D.49.14.26) precisamente cobra interés si suponemos que el acusado ya se ha convertido en condenado, de manera que ya es deudor del Fisco por todo el valor de su patrimonio.

A pesar de lo anterior, autores renacentistas siguen añadiendo palabras como “nondum tamen damnatus” al “reus” de D.49.14.26, e inclusive D. Godofredo, el gran reeditor renacentista de textos jurídicos antiguos, acepta esta interpretación.

Además, la glosa *Non quaeratur ad* D.49.14.45 trata de salvar la situación suponiendo que en la lex 26 la herencia en cuestión todavía no estaba abierta, mientras que en la lex 45 “iam erat delatum lucrum...”³⁵ pero esta interpretación hace una violencia indebida al texto de la lex 26, que dice “emancipasset filium, ut haereditatem adiret”:³⁶ nadie puede “adire” lo que todavía no esté “delatum”. Y como solución subsidiaria sugiere que se interprete “idemque iuris est et si non quaeratur”³⁷ como: “se aplica el mismo principio jurídico si el deudor del Fisco está permitiendo que otros recojan los frutos”, de manera que, en la realidad tridi-

³² “Un acusado de un delito castigado con pena capital”.

³³ “Cuyos bienes deberán ser confiscados”.

³⁴ “Todavía no pertenecía al Fisco, ya que todavía no estaba condenado”.

³⁵ “El beneficio sucesorio ya había sido ofrecido”.

³⁶ “. . .había emancipado al hijo para que aceptara la herencia”.

³⁷ “La misma solución jurídica procede también si no se adquiere”.

mensional, el Fisco no adquiere el pleno valor económico, solución justificadamente rechazada por Bártolo como excesivamente artificial.

A pesar de su gran importancia para la evolución de los principios justinianeos, y de la originalidad de sus innovaciones, los ultramontani de la Escuela de Orléans, eslabón creativo entre los glosadores y postglosadores, en los escritos hasta ahora analizados no presentan dudas e intentos de modificación en relación con la regla que estamos estudiando.³⁸

Esto sorprende, si uno toma en cuenta el hecho de que los maestros de esta corriente vivieron cerca de la regla de que "le mort saisit le vif"³⁹ que ya pronto ayudaría la jurisprudencia de la Francia del *droit coutumier* a liberarse de la regla que nos ocupa, y, además, que ellos tuvieron una fina sensibilidad por las necesidades de la práctica, en combinación con una actitud no excesivamente respetuosa para con los glosadores.

Pasemos hacia la escuela de los postglosadores (comentaristas).

Bártolo acepta la regla que estudiamos⁴⁰ y la defiende, una vez más, contra el argumento de que el rechazo de un legado (o de la herencia que recibe un *heres suus*, podríamos añadir) *expulse* valores, alegando la existencia de la ficción de retroactividad. Jasón, más tarde, le reprochará haber presentado este argumento como suyo, a pesar de que figura ya claramente en D.38.5.1.6 (y, además, en la Gran Glosa).

En su glosa "in fraudem", ad D.49.14.45, Bártolo reconoce que el principio general de que "fraus non est in non adquirendo", no se aplica en perjuicio del fisco: "aliud in privato, ut ibi —sc. en D.48.2.6, G.F.M.—, aliud in fisco, ut hic";⁴¹ y si la *lex h.tit. 26* parece aplicar en perjuicio del Fisco la regla general que se aplica a acreedores privados, esta aparente contradicción se explica, como sugiere la Glosa, por el hecho de que en la *lex 26* el *paterfamilias* "non erat adhuc debitor fisci, quia nondum erat condemnatus",⁴² solución que ya hemos criticado.

En cuanto a Baldo, el famoso alumno de Bártolo, el caso que Ankum saca de sus obras⁴³ no nos aclara su actitud respecto de nuestro tema: la

³⁸ Para los ultramontani en general, véase MEYERS, E.M., *Etudes d'Histoire du Droit*, Leiden, 1959, tomo III, l'Université d'Orléans au XIII siècle, pp. 3-148. Sobre las aportaciones de los ultramontani a nuestro tema, véase Ankum, *op. cit.*, pp. 135-156.

³⁹ "Le mort saisit le vif", o sea "el muerto agarra al vivo", es un principio germánico, que corresponde al refrán jurídico alemán de que "el muerto abre los ojos al vivo", y sugiere la transmisión automática del de cuius al heredero, sin necesidad de algún acto positivo de éste. El heredero, en caso de repudiar, expulsa por lo tanto un conjunto de bienes y deudas que ya había entrado en su patrimonio.

⁴⁰ En su comentario a *De Iure Fisci*, *lex 26*, dice claramente: "fraus non censetur non quarendo".

⁴¹ "Un principio vale en el Derecho privado, como allí, y otro principio en el Derecho fiscal, como aquí".

⁴² "Todavía no era deudor del Fisco, ya que todavía no había sido condenado".

⁴³ ANKUM, *op. cit.*, p. 177.

renuncia del deudor común al *beneficium excussionis*, desde luego no cabe dentro del campo de la *actio pauliana*, pero no por tratarse de una omisión de enriquecerse, sino por tratarse de una renuncia que por fin de cuentas no modificará la cantidad que el deudor insolvente tendrá que pagar. De todos modos, no nos consta que la regla que estamos analizando hubiera ido en contra de la sensibilidad jurídica de Baldo.

Por lo tanto, parece que ni los glosadores —con Acursio—, ni tampoco los ultramontani, ni, finalmente, los postglosadores hayan protestado contra la mencionada regla.

Si los romanistas de la Edad Media se resignaron (parece que sin grandes remordimientos) ante la mencionada regla, no podemos decir lo mismo de la práctica forense. El viraje respectivo parece haber comenzado en el norte de Francia, donde los derechos locales, con influencia franco-germánica, contenían la norma de que “*le mort saisit le vif*”, que en materia de repudiación de herencias y legados quita la base a la artificial distinción entre un “empobrecerse” y un “dejar de enriquecerse”: la continuidad ininterrumpida entre el de cuius y el beneficiario sucesorio, convierte toda repudiación en un acto de empobrecimiento, convierte toda repudiación en un acto de empobrecimiento, y la práctica de los *pays de Droit coutumier* no adoptó del derecho romano la ficción de la retroactividad de tales repudiaciones. Así, un desarrollo, posiblemente con raíces medievales, culmina a fines del siglo XVI, cuando *les pays de Droit coutumier* ya aceptan en forma general el principio de que los acreedores, mediante una “*action oblique*”, pueden corregir estas repudiaciones por parte de un deudor insolvente.⁴⁴

5. *El renacimiento y la fase barroca.*⁴⁵

Hablemos primero del *Mos Gallicus*. En relación con nuestro tema hallamos primero soluciones de Zasius y de Alciato para la proposición Justiniana, de que el rechazo de un legado *per vindicationem* o de la herencia que recibe un *heres suus* sea un caso de omisión de enriquecimiento. Estos intentos de justificación parecen forzados, y totalmente superfluos al lado de la ficción de retroactividad, de D.38.5.6 (así, Zasius recurre a una propiedad “*in subtilitate iuris*”, que no es una “verdadera” propiedad del legatario *per vindicationem*; y Alciato alega que es la presunta voluntad del testador, la de ayudar al legatario mismo, y no a los acreedores de éste).

⁴⁴ ANKUM, *op. cit.*, p. 17, 297 y, sobre todo, 301-314.

⁴⁵ Dos autores renacentistas que han dedicado atención especial a esta contradicción, pero cuyas obras no tengo a mi disposición, han sido VALLAM (*De Rebus Dubiis Tract.* XII) y Gilberto REGIUS (*Enantofanon* I, c. 14).

Además, Alciato en su *Libri 3 Par. Iuris*, cap. 18, dedica un esfuerzo especial a la reconciliación de las mencionadas citas 26 y 45 del título D.49.14, pero sus contemporáneos no están tan contentos como él mismo, de su solución, que hace violencia a los textos y a su sentido. Otro intento al respecto se debe al Cardenal de Mantica,⁴⁶ el cual alega que el Fisco tiene una hipoteca tácita sobre los bienes de sus deudores, y que un deudor insolvente puede repudiar en perjuicio de acreedores *chirografarios*, pero no en perjuicio de los *hipotecarios*. Admitiendo un momento sin conceder, que la regla “*fraus non est in non adquirendo*” sólo vale frente a acreedores *chirografarios*, y no frente a acreedores *hipotecarios*, insuficientemente cubiertos por la hipoteca (de manera que todavía estén interesados en la situación patrimonial general de su deudor), esta interpretación explicaría la coexistencia de la mencionada regla con D.49.14.45, pero no la contradicción entre esta cita y D.49.14.26. Carlevalo propone otra solución: si se trata de acreedores onerosos, el deudor no puede repudiar herencias en perjuicio de ellos; en cambio, si los acreedores sin “*lucrativos*” (o sea, si su crédito no nació de una salida de valores de su patrimonio), se aplicará la regla de que “*fraus non est in non adquirendo*”. Este intento es loable, desde luego, por buscar una suavización de una antigua regla altamente artificial y contraria al sentido común, pero peca contra el principio de que el intérprete no debe introducir distinciones, ajenas al texto por interpretar. Además, como el Fisco precisamente suele ser un acreedor “*lucrativo*”, ¿cómo se explica D.49.14.45? No; con todo respeto por el enorme saber y la paciente busca del eminente jurista español-napolitano, su explicación no nos ayuda, y sólo subraya el descontento renacentista con la regla tradicional.⁴⁷ Otros intentos de liberarnos de la vieja regla, recurren a la distinción entre el *fuero externo*, y el *fuero de la conciencia*. Así, Molina, el brillante jurista-jesuita, cuya claridad todavía deleita al aislado investigador que se mete en sus frondosos tratados,⁴⁸ no quiere aprovechar las excepciones aisladas, que hallamos en el *Corpus Iuris*, para negar validez a una regla que parece tan firmemente anclada en varias citas claras del Digesto; admite la existencia de la regla general; pero limita su eficacia al *fuero exterior*, negando su validez para el *fuero de la conciencia*, y esta posición es aceptada por varios otros juristas culminantes del Renacimiento, como Olea,

⁴⁶ MANTICA, *Vaticanae Lucubrationes de Tacitis et Ambiguis Conventionibus*, dos vol., Roma, 1609; en el segundo volumen, 13.38.16, este autor deriva del mencionado privilegio del fisco (que siempre tiene una hipoteca tácita sobre los bienes de sus deudores) el principio general de que “*si debitor privatorum ius sibi delatum repudiat in fraudem creditorum, similiter illud possit revocari, si creditores expressam vel tacitam habeant hypothecam*”, pero reconoce que “*aliud esse, si nullam habeant hypothecam*”.

⁴⁷ *De Iudiciis*, Tit. 3, Disp. 25, número 16.

⁴⁸ *De Iustitia et de Iure Tract.* II, Disp. 435, 10 in fine.

Giurba, Menochio y Salgado; y Antonio Fabre, en sus *Rationalia ad Pandectas* que, con su "non et sic", tanto se prestan todavía a la preparación de clases con participación estudiantil y argumentación contradictoria, analiza el caso, ya mencionado, de D.18.4.2.5, y, cuando defiende esta cita. después de presentar elocuentemente sus "rationes dubitandi", bajo b ("vel id egit dolo malo, ne hereditati acquireretur") propone extender este deber de adquirir a todas las relaciones contractuales y cuasi-contractuales ("idem est in aliis omnibus qui ex proprio contractu vel quasi contractu conveniuntur"),⁴⁹ con lo cual llega cerca de la idea de Juan Fabre, citado por Gregorio López en su glosa a P.5.10.12, de que "ubi contractus praecedit vel materia quae obliget ad quaerendum secundum bonam fidem, tunc est dolus si non acquirat et tenetur".⁵⁰

Otro intento de derrotar la antigua regla, es el de J.B. Larrea, el cual opina⁵¹ que "ubi praeiudicium tertii versatur, non est admittenda renunciatio",⁵² justificando su opinión mediante la teoría de que toda renuncia debe tener una causa lícita, y una renuncia en perjuicio de acreedores es a tal punto inmoral, que "deficit causa necessaria": "falta la causa necesaria".

En cuanto a la *Jurisprudencia Elegans*: ésta parece haberse inclinado ante la antigua regla, ilustrándola —uno diría, con cierta aprobación— mediante el no-ejercicio de la *querela non officiosi testamenti*, o la no-retención de la cuarta falcidia, actitudes omisivas no corregibles mediante una actio pauliana (y casos-límite entre un no-enriquecimiento y un empobrecimiento).⁵³ Esta actitud por parte de los autores de esta culta escuela, coincidía con la práctica local en Holanda, donde el principio de "*le mort saisit le vif*" (o de variantes en el derecho germánico al estilo de "el muerto abre los ojos a los vivos") no valía, de modo que la derogación del principio justiniano era allí más difícil que en el norte de Francia.

⁴⁹ "Lo mismo vale para todos los demás casos en los que las obligaciones hayan nacido de un contrato propiamente dicho o de un cuasicontrato". Rat. ad Pandectas, ed. 1626, Tom. 3, p. 364/5.

⁵⁰ "Cuando precede un contrato u otra fuente que obliga a adquirir, de acuerdo con la buena fe, entonces hay dolo si el deudor no adquiere, y procede acción contra él".

Esta frase presenta una duda de traducción. ¿Quiere decir el autor que cualquier contrato (sc. de buena fe) obliga a adquirir, o se refiere a contratos que específicamente obliguen a adquirir de buena fe? La diferencia entre "obligat" y "obliget" no nos ofrece una clave, en este caso, ya que este subjuntivo está inducido por lo indeterminado de "materia" ("cualquier situación jurídica que obligue...").

⁵¹ Nov. Dec. Granatensium, Lyon, 1658, Dec. 55, n. 24.

⁵² "donde interviene el perjuicio de un tercero, no debe permitirse una renuncia".

⁵³ ANKUM, *op. cit.* p. 225.

Pasemos de la teoría a la práctica. Ya mencionamos la derrota de la regla que estudiamos en la práctica forense de los *pays de Droit coutumier*, o sea en el norte de Francia. También en los Países Bajos españoles, varias costumbres flamencas, como las de Gand o Mechelen permiten, desde el siglo xvii o antes, que los acreedores corrijan repudiaciones por parte de sus deudores insolventes; pero también fuera de los territorios donde la regla que "*le mort saisit le vif*" ayudó a eliminar la regla que analizamos, ésta comienza a tambalear. Es verdad que la interpretación mencionada, de Carlevalo, fracasó en un caso concreto, ante el Senado de Nápoles,⁵⁴ pero el Consejo de Castilla decidió en el sentido moderno, contrariamente a la regla que estudiamos, en un caso cuyos detalles conocemos gracias a la segunda glosa de Gregorio López a P.5.10.12: allí, el demandado había causado un accidente, en virtud del cual la mano del actor había quedado inutilizable; fue condenado al pago de 2000 ducados de indemnización, pero resultó insolvente; además, se escondió. Luego se le abrió la herencia materna. La repudió, pero el Consejo de Castilla autorizó que la condena se hiciera eficaz en los bienes de esta herencia. Esta decisión provocó la indignación de Sánchez, en su famoso tratado sobre el Matrimonio.⁵⁵ Este prestigiado jurista opina que la tarea de los jueces monárquicos era la de "aplicar el derecho y no la de ir en contra del mismo", opinión quizás correcta *in abstracto*, pero apenas aplicable al caso concreto, ya que las VII Partidas no aceptan claramente la vieja regla (véase P.5.15.7 y P.7.33.10), y el derecho romano había dejado de tener aplicabilidad formal en Castilla desde 1499;⁵⁶ no sabemos de qué año fue esta sentencia, pero aun en el caso de que haya sido anterior a 1499, cuando el Derecho romano aún era Derecho supletorio, es discutible que en tal calidad haya podido imponer reglas excepcionales, y mal fundadas en la equidad. De todos modos, Gregorio López, el gran comentarista de las VII Partidas, aplaude la mencionada sentencia.

En cuanto a la corriente alemana del *Usus Modernus Pandectarum*, ésta nunca se espantó de desviaciones del derecho justinianeo, si éstas parecieron justificadas a la luz de la equidad. Aunque Leyser, Wesenbecius, Hilliger, Tuldenus y otros siguen respetando el inicuo principio justinianeo, Berlich (1586-1638) en su Decisio 114, y Carpzovius, en su Decisio Saxonica 161 —a mediados del siglo xvii— están en plena rebeldía contra el mencionado brocárdico. En 1647, los escabinos de Leipzig mejoran la defensa de los acreedores mediante el abandono de esta regla, y luego Brunemannus pone esta equitativa práctica en armonía aparente con el De-

⁵⁴ OLEA, *De Cessionibus Iuris*. Tit. 2. Quaestio 3. número 34.

⁵⁵ SÁNCHEZ, *De matrimonio*, 4.4.7, núm. 8.

⁵⁶ MARGADANT, G. F., *The hallowing and the holowwing of roman Law*, Festschrift Pan J. Zepos, Atenas/Friburgo/Colonia, 1973, III. 597/8 y ahora, sobre todo, PESET Reig, M. *Derecho romano y real en las Universidades del Siglo XVIII*, "Anuario de Historia del Derecho español". XLV (1975), pp. 274-339.

recho justiniano, introduciendo al lado del "lucrum delatum" (cuya repudiación es ahora atacable por una *actio pauliana*) y del "lucrum aditum" (cuya repudiación intentada después de la *aditio* siempre pudo corregirse mediante la *actio pauliana*), un "lucrum deferendum" (la expectativa de una herencia o un legado, durante la vida del futuro autor de la sucesión), considerando válida la repudiación de tales "lucra" (¡a pesar del principio de que tales beneficios sucesorios están fuera de comercio!), para crear así, muy artificialmente, todavía un terrenito dentro del cual el viejo brocárdico podría quedarse en vigor. Otros autores de esta corriente, empero, como J. Schilter, en sus *Exerc. ad Pand.* de fines del s. XVII, ya no recurren a tales sutilezas y proponen una generalización del principio equitativo de D.49.14.45 pr., aunque desaparezca la regla que estamos comentando, y el influyente Strykios, a cuya obra toda la escuela del *Usus Modernus Pandectarum* debe su nombre, está de acuerdo con esta actitud.⁵⁷

Con esta libertad frente al *Corpus Iuris* contrasta la actitud de la Pandectística, que insiste en la no-aplicabilidad de la *actio pauliana* a la negativa de enriquecerse. Windscheid sólo añade a su prestigioso libro de texto una tesis del OAG de Lübeck, de 1865, que extiende el efecto de la *actio pauliana* a la negativa del deudor insolvente de recurrir al *beneficium competentiae*, cuyo recurso hubiera aprovechado a la generalidad de los acreedores, pero dicha negativa constituye un caso-límite entre un empobrecimiento (pagar más de lo que hubiera sido necesario) y una negativa de enriquecerse (negarse a utilizar un argumento que hubiera disminuido una deuda desde su valor nominal hasta una cantidad menor, equitativamente determinada).⁵⁸

6. *Desaparición de la regla en las codificaciones modernas.*

Así, a veces aplicada, a veces relegada a ineficacia, la regla entra en la fase de las codificaciones ya con una reputación desprestigiada, y los códigos modernos la han tratado rudamente. El discurso 52 para la preparación del Código Civil de Napoleón no sólo invoca la buena fe, que obliga al deudor a hacer todo lo posible para que el perjuicio de los acreedores quede reducido a un mínimo, sino además llama la atención sobre el evidente peligro de negocios ocultos, poco limpios, entre el heredero insolvente que repudie, y la persona favorecida por tal repudiación ("des renonciations dont il aurait peut-être touché secrètement le

⁵⁷ El amplio comentario de Strykios a D.42.8, en su párr. 3 ofrece un panorama del estado de la discusión al comienzo del siglo XVIII; véase p. 930 del tomo XV de la edición florentina (1841).

⁵⁸ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1870, II. párr. 463, nota 34.

prix...":⁵⁹ el art. 788 del mencionado código extiende la *actio pauliana* a la repudiación de la herencia,⁶⁰ y los grandes autores de la escuela exegética inclusive parecen inclinarse a favor del principio de que los acreedores de un deudor insolvente puedan protestar contra su repudiación de una *donación*, salvo que la aceptación implicara graves consecuencias morales (véase Aubry & Rau, Demolombe, Duranton, Toullier, Proudhon, Larombière etcétera): un deudor insolvente tiene el deber de aceptar cualquier posibilidad lícita de mejorar su situación patrimonial, salvo que tal posibilidad tuviera consecuencias personales, morales, claramente gravosas. Y el Derecho francés no se quedó solo en esta actitud de rechazar la vieja regla romano-justiniana: los artículos 1107 del código civil holandés, 705 del napolitano, 1003 de sardo, 1014 del de Luisiana, 730 del de Vaud, 831 del influyente proyecto de García Goyena, etcétera: todos siguen la pauta del discours 52, ya mencionado. En cuanto a México: el primer código civil mexicano, el de Oaxaca, de 1827/8, también sigue la tendencia napoleónica en su artículo 647, y lo mismo puede decirse del artículo 611 del código civil de Zacatecas, de 1829. Y luego, los primeros códigos civiles distritales, de 1870 y 1884, en sus artículos 3961/3 y 3694/6 siguen la nueva corriente, que desde entonces se ha conservado en el Derecho mexicano.

7. Conclusión.

Este tema ilustra una tendencia frecuente: el *Corpus Iuris* nos ofrece en relación con muchos temas, citas contradictorias; o reglas generales con excepciones difíciles de explicar; o reglas que ya no corresponden a la sensibilidad jurídica del mundo occidental posterior. Durante la segunda vida del derecho romano, se aprovechan las contradicciones para ofrecer a la práctica una reinterpretación del *Corpus Iuris*, más concordante con las necesidades económicas o la sensibilidad de la Edad Media, del Renacimiento y de los siglos posteriores. Y si es difícil aprovechar contradicciones (como en el caso del tema aquí tratado), se recurre a artificios como la introducción del fuero externo y del fuero de la conciencia, etcétera, y sobre esta base, los codificadores finalmente deciden cuáles reglas del derecho romano-bizantino entrarán en su obra, y con cuáles reinterpretaciones. Así, este tema ilustra de nuevo que en vez de considerar como plataforma común para gran parte del Derecho civil y procesal-civil de los países neo-romanistas, al *Corpus Iuris*, es más realista considerar como tal plataforma la rica, polifacética discusión jurídica que surgió durante la *segunda vida del Derecho romano*, y que los romanistas

⁵⁹ "Renuncias de las cuales quizás, clandestinamente, habrá cobrado el precio".

⁶⁰ Véase también artículo 2225 del Código Civil de Napoleón, en relación con la prescripción.

latinoamericanos debemos seguir el ejemplo de tantos romanistas europeos, y dedicar más atención a los autores, si no medievales —de difícil acceso para muchos de nosotros—, cuando menos renacentistas, cuyas obras generalmente abundan en nuestras bibliotecas nacionales y universitarias. Allí encontramos el puente entre los textos del *Corpus Iuris*, y la actitud de los primeros codificadores frente a estos textos, como hemos esbozado en relación con la regla de que “*fraus non est in non adquirendo*”, y como hubiéramos podido esbozar en relación con centenares de otros temas del derecho civil y, en menor grado, procesal-civil. Desde luego, esta investigación en la segunda vida del Derecho romano, nos obliga a orientarnos respecto del laberinto de la literatura respectiva, pero, afortunadamente, una creciente corriente de estudios, también bibliográficos, procedentes de Europa, viene a ayudarnos, y, desde luego sin la intención de ofrecer una lista aproximadamente “completa” de publicaciones relevantes pertenecientes a esta creciente rama de la investigación iusromanista y jurídico-histórica, creo que las obras citadas en la última nota de este ensayo podrán ser útiles al estudioso interesado.⁶¹

⁶¹ De la literatura ya algo anticuada todavía valen la pena: la *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, de SAVIGNY, que recientemente recibió una nueva edición (Darmstadt, 1956; reimpresión de la segunda edición, Heidelberg, 1834-1851); la conocida obra de VINOGRADOFF, P., *Roman Law in medieval Europe*, 2a. ed. (Zulueta; Oxford, 1929), reeditada en 1961 (Oxford-Hildesheim) y en 1967 (Cambridge-New-York), la última vez con añadiduras por P. STEIN; *Studies in the glossators of the roman Law*, de Kantorowicz y Buckland, Cambridge, 1938 (reedición Aalen, 1969, con anotaciones y correcciones de P. Weimar); la obra, tan popular en nuestro medio gracias a la traducción de Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, *Europa y el Derecho romano*, de P. KOSCHAKER, en muchos puntos ya superada, pero todavía amena y estimulante (las nuevas ediciones alemanas —de las cuales la 4a. de 1966 es la última— son simples reimpresiones de la primera edición de 1947); el artículo de SASS, S.L., *Medieval roman Law*, A Guide to the Sources and Literature, publicado en el “*Law Library Journal*”, 58 (1965), pp. 130-159; los diversos fascículos de la serie *Ius Romanum Medii Aevi* que paulatinamente está formándose, desde hace unos veinte años; el utilísimo *Index Abbreviationum* que R. FEENSTRA y G. ROSSI prepararon para dicha serie (Milano, 1961) en realidad una buena bibliografía para nuestro tema, hasta 1960; el artículo de FEENSTRA, R., sobre *Romeins Recht en Europese Rechts wetenschap*, publicado —desgraciadamente en holandés— en las *Inleidende Opstellen over Romeins Recht*, ed. J.E. Spruit, Zwolle, 1974; y “last, but by no means least”, los dos primeros tomos del *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, en cuyo primer tomo, Francfurto (Inst. Max Planck para Historia del Derecho Privado), 1973, P. WEIMAR analiza a los glosadores, y N. HORN a los postglosadores, mientras que el editor, H. COING, estudia allí el impacto de la vida universitaria medieval sobre la evolución del Derecho.

Tratados más generales, como la excelente *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, de Franz WIEACKER (trad., Madrid, 1957; 2a. ed. alemana, Gotinga, 1967) o la *Neuere Deutsche Privat-rechtsgeschichte* de WESENBERG G. (2a. ed., Wesenberg-Wesener, Lahr, 1969), a menudo también tienen buenas páginas sobre la “segunda vida del Derecho romano”.