



## *Unidad 5*

# *El Derecho en su Aspecto Subjetivo*

*"Estudiar la forma interna de los negocios jurídicos vale tanto como entrar en el contenido de los mismos analizando los elementos o requisitos de toda clase que los integran, esenciales unos, otros naturales, y, por último, los llamados accidentales..."*

## EL DERECHO EN SU ASPECTO SUBJETIVO

### NACIMIENTO Y EXISTENCIA DE LOS DERECHOS

#### 5.1. Generalidades

Es ya conocido que la palabra derecho es empleada en un sentido subjetivo, como sinónimo de atribución o facultad del sujeto para hacer o no hacer alguna cosa. Se han expuesto doctrinas varias para explicar la esencia de esta facultad o atribución en el Derecho, en su aspecto subjetivo, consiste; mas, a nuestro objeto, conviene destacar solamente dos de ellas, estimadas como más importantes. Una pretende que el Derecho, en sentido subjetivo, es la potestad del querer, denominación alemana<sup>31</sup> que supone que el individuo tiene una esfera de acción dentro de la cual operan su voluntad y libertad, y, por tanto, la potencia que tiene la persona de atribuirse algo es **el Derecho subjetivo**.

Esta doctrina, evidentemente procedente de Grecia, fue después adoptada por el filósofo panteísta alemán Hegel, y modernamente se halla representada por Puchta, Windscheid y Brinz. La segunda teoría que patrocinan Ihering y Dernburg, llamada del interés protegido, estima que el derecho subjetivo o es más que la protección de los intereses de cada persona en la vida social. La primera de dichas doctrinas ofrece la dificultad de no poder explicar fácilmente cómo las personas que carecen de voluntad pueden, no obstante, tener derechos; por ejemplo, el caso del niño o infante que, careciendo de voluntad, pueda, en concepto de acreedor, compeler a su deudor al cumplimiento de su obligación; lo cual puede explicarse con la segunda de las doctrinas señaladas, aunque sea, como es, menos espiritualista que la primera.

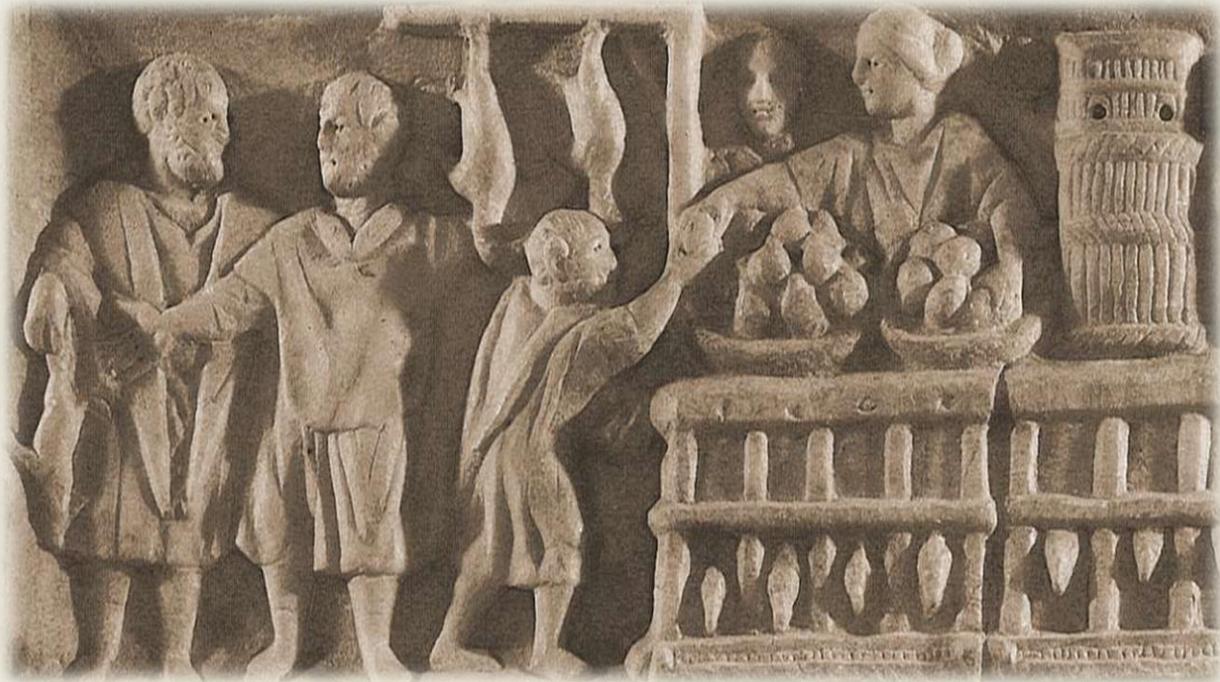
Ahora bien, al ocuparse los juristas del derecho como atribución o facultad, suscitan necesariamente el problema relativo al nacimiento y existencia de los derechos. Ello es obligado, porque para que el Derecho en sentido subjetivo exista, si es preciso que haya una regla en que aquél tenga su base y fundamento (*Derecho objetivo*) y también un sujeto o ser a quien aquella regla atribuye la facultad de que se trate (*activo*) y otro en quien radica la obligación (*pasivo*), no es menos necesaria la concurrencia de un *hecho jurídico*, que tiene consecuencias relacionadas con el Derecho. Al desarrollo y estudio de este elemento hemos de dedicar esta parte general, ya que en una *exposición moderna del Derecho Romano* no se puede prescindir del concepto del hecho o negocio jurídico ni de la evolución de las teorías generales acerca del mismo, ya que, eh definitiva, como dice *Jors Kunkel*, es posible su construcción a base de los datos casuísticos de las fuentes<sup>32</sup>.

El concepto del hecho o negocio jurídico no fue totalmente desconocido para los romanos; pero, dadas sus imprecisiones terminológicas, fue tal concepto más bien sentido que trabajado y preparado por ellos, nunca tuvo la significación de base y fundamento del pensamiento jurídico romano como lo es en la actualidad.

Pero este fenómeno es fácilmente explicable teniendo en cuenta que, como es sabido siempre faltó al Derecho Romano, aun en la época clásica, una teoría general de los principios del *sistema del Derecho privado*; para los romanos, la materia fundamental de estudio fueron, no los principios sino los hechos y caos concretos de la vida jurídica, y aún en la época posterior a la clásica-postclásica "justiniana", no obstante poseer una fuerza sistemática, se remontaron con mucha dificultad por encima de esta forma de consideración del Derecho, y tuvo que llegar la *ciencia pandectística de los siglos XVIII y XIX* para darse el paso definitivo hacia la formación de un *sistema del Derecho privado*.

## 5.2 HECHOS Y NEGOCIOS JURIDICOS

### 5.2.1. Hechos en General - Hechos Jurídicos



*Como antes queda indicado, constituyen los hechos o acontecimientos en general el tercer elemento indispensable de los derechos empleado por nuestra parte la locución acontecimientos para indicar que no se comprenden tan sólo en esta materia los hechos o actos que celebra el hombre con intención jurídica, sino también todo suceso que pueda ocurrir, ya sea de carácter positivo, ya de abstención u omisión, y hasta las negativas del hombre a hacer tal o cual cosa.*

No puede, en realidad, ser de otra manera, porque *el hecho es la causa del derecho, es su fuente originaria*. Y por ello cabe admitir *la distinción entre el hecho y el derecho*. Por tanto, *el nacimiento, la transformación y el fin de los derechos son consecuencia de hechos a los que el derecho ha atribuido tales efectos, y en tal sentido define exactamente los hechos Savigny*<sup>33</sup> como acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Por otra parte, todos los hechos jurídicos producen en el tiempo un cambio en las relaciones de derecho, razón por la que ha podido decirse de modo acertado que todos los hechos jurídicos tienen por efecto producir una modificación en la esfera jurídica de una persona determinada, como consecuencia, que los derechos nacen, se modifican y transmiten por los hechos jurídicos.

*Estos hechos jurídicos*, a semejanza de los meros acontecimientos o hechos, pueden ser positivos o negativos, según sea indispensable la realización u omisión de actos para que el derecho comience o termine. Ambos pueden tener efectos jurídicos, y aunque lo ordinario y corriente es que el efecto producido por el hecho jurídico sea futuro, cabe perfectamente que produzcan un efecto retroactivo, sin que en ello pueda haber contradicción, pues muchas relaciones jurídicas penden de la realización de ciertos hechos, y algún vínculo jurídico tiene su validez en suspenso hasta que se verifique determinado hecho, y entonces éste da vida a aquél desde el momento en que fue contraído.

Por otra parte, si el resultado propio de, un *hecho jurídico* es ser el principio el fin de *las relaciones jurídicas* hay muchos hechos, y muy importantes que no presentan exclusivamente uno u otro de tales caracteres, sino que son mixtos, cuyos resultados se hacen notar en la transformación o metamorfosis de aquellas relaciones al destruir la antigua relación y crear otra nueva.

### 5.2.2. DIFERENTES ESPECIES DE HECHOS O ACONTECIMIENTOS

***Los hechos o acontecimientos pueden producirse, ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre, ya con participación directa o indirecta de él, ya por efecto inmediato de su voluntad.***

*En efecto, hay hechos que son acontecimientos naturales o fenómenos naturales en que la voluntad del hombre no tiene participación, y hay otros que son acciones humanas en que la voluntad, más o menos directamente, ha intervenido en su realización.*

***En los primeros puede hablarse de acontecimientos naturales que no produzcan efectos jurídicos, que sean Indiferentes al derecho, y de acontecimientos naturales que produzcan aquellos efectos. (Aluvión, fuerza del río, mutación de cauce, nacimiento, enfermedades, muerte). Los mencionados en primer lugar deben llamarse simples hechos; los segundos entran de lleno en la categoría y condición de hechos jurídicos.***

*A su vez, los hechos o acontecimientos pueden recaer sobre el hombre mismo, como su nacimiento, o sobre las cosas, como el crecimiento o destrucción de ellas, o, en fin, sobre uno y otras, como la toma o la pérdida de la posesión de alguna cosa. Y en cuanto a los que acontecen en virtud de la voluntad del hombre, pueden ser lícitos o ilícitos.*

*Otros hechos jurídicos son producidos directamente por el sujeto, o, lo que es igual, la acción humana, colmo razón productiva del hecho jurídico en su relación con la ley, que es propiamente el acto jurídico.*

*Pero también las acciones humanas pueden producir los efectos jurídicos que el agente tuvo intención de producir, o pueden originar efectos jurídicos con independencia, de la voluntad del agente; tales son los casos del cambio de domicilio, de los actos ilícitos, de los responsabilidades nacidas de la culpa o negligencia, que no son efectos producidos de modo directo por la voluntad de las personas.*

*De manera que, atendiendo a lo expuesto, resulta que los actos jurídicos podrían calificarse de intencionales o voluntarios, según que procedan o no directamente de la voluntad del agente los efectos jurídicos que las acciones humanas producen.*

*Por otra parte, hay asimismo acciones de terceras personas que originan nacimiento y extinción de derechos y modificaciones en las relaciones jurídicas de los de los demás, y en las cuales éstos no han tenido Intervención; tal sería el caso de que uno edifique en terreno mío. Y, de igual modo puede producir derechos y terminar los mismos la ley, que por si tiene fuerza creadora de efectos jurídicos, de derechos y obligaciones, y que sirve para dar eficacia jurídica al querer del hombre, ya que la voluntad humana en sus declaraciones, como los contratos o*

testamentos, no es causa eficiente del efecto jurídico, sino tan sólo como condición o presuposición a las que da *eficacia jurídica la ley*.

*Es decir, que las declaraciones de la voluntad no producen efectos jurídicos por fuerza propia o propia potestad, por sí solas, mientras no se reconozca su eficacia por el Derecho positivo.<sup>34</sup> De aquí que, aún en las declaraciones de la voluntad, la ley tiene una capital importancia, y en aquellas acciones humanas en que el efecto jurídico producido es independiente de la voluntad del agente, la ley crea y es causa eficiente de los efectos jurídicos producidos por aquellas acciones.*

*Es posible, pues, en definitiva, comprender unos efectos jurídicos nacidos, creados u originados principalmente por la voluntad humana, en las cuales la ley no juega otro papel que reconocer su eficacia jurídica; pero hay otros nacidos, creados u originados por la misma ley unos nacen por la voluntad del hombre Y otros por la voluntad de la ley.*

Fácilmente puede comprenderse, según lo expuesto, que en *los indicados hechos de pura creación jurídica* caben no sólo los hechos que tienen una existencia real y positiva, sino que también las leyes a veces, en virtud de su poder de abstracción, establecen o crean hechos, lo mismo que crean cosas o personas; y disponen como si estos hechos, que suponen ocurridos, existieran real y efectivamente.

Estos *hechos de pura creación jurídica* están basados en el orden natural de los acontecimientos, y se llaman también presunciones, porque las leyes presumen que existieron, por deducciones lógicas sacadas de principios ciertos y generales. Guiadas por estos principios, dan a veces las presunciones tanto fuera, que no admiten pruebas en contrario, y otras veces permiten que las personas interesadas puedan probar la no existencia del hecho presumido. *Los jurisconsultos llaman a las primeras presunciones iuris et de iure, para distinguirlas de las segundas, que denominan iuris tantum o iuris, simplemente.*

*Por último, en ocasiones se producen crean derechos o nacen efectos jurídicos de las declaraciones judiciales u otros órganos del Estado, y de igual manera, ciertos derechos nacen del concurso de varios hechos jurídicos.*

### **5.2.3. INFLUENCIA DE LOS HECHOS O ACONTECIENTOS EN LOS DERECHOS**

*Los hechos o acontecimientos influyen en los derechos de tal modo, que si los derechos se adquieren, se conservan, se modifican, se transfieren o se extinguen, es siempre por consecuencia de algún acontecimiento o hecho, y precisamente de la variedad de éstos procede la variedad de aquellos, puesto que los derechos se originan; bien de aquellos hechos que no producen o causan por sí efectos jurídicos y son indiferentes ante el derecho, bien de hechos propiamente jurídicos que son acontecimientos naturales que producen efectos jurídicos también de actos humanos, declaradores de voluntad, encaminadas a producir directamente un efecto jurídico, asimismo de actos o acciones humanas cuyo efecto jurídico producido es independiente de la voluntad del agente, igualmente de la ley como causa creadora de relaciones y efectos jurídicos, y, por último, de declaraciones de la voluntad judicial o de otros órganos del Estado y de hechos y actos combinados que como resultantes de ellos se producen determinados efectos jurídicos.*

### **5.2.4 ACTOS O HECHOS JURÍDICOS**

Dentro de la gran variedad de hechos o acontecimientos que, según queda dicho, influyen en los derechos, hay algunos que, procediendo de la voluntad del hombre, tienen especialmente por objeto establecer entre las

personas relaciones jurídicas, *que se celebran precisamente para crear, modificar, transferir o extinguir derechos. Son éstos los actos voluntarios que forman la clase más numerosa e importante, que son, sin duda, la fuente más copiosa del nacimiento, modificación y extinción de los derechos*, y que se denominan actos o hechos jurídicos para distinguirlos de los demás, los cuales el Derecho los tiene arreglados va anticipadamente. De ellos nos vamos a ocupar, haciéndolos objeto de este estudio, advirtiéndole que muchas de las reglas y principios que examinaremos son también aplicables a *los actos o hechos no jurídicos o simples*.

**El hecho jurídico** es aquel acontecimiento previsto por la regla objetiva, por la ley, como generador de facultades, derechos y atribuciones. *Dicho hecho jurídico puede ser, o efecto de un concierto de voluntades, como en el caso de un contrato de compraventa, en que uno quiere comprar y otro vender, o puede ser también la consecuencia de un acto en que sólo intervenga una voluntad, como sucede cuando una persona fallece y deja sus bienes a otra, ya que únicamente actúa la voluntad del testador, o del mismo modo puede provenir de un hecho independiente de la voluntad, como la sucesión abintestato, porque el causante pudo no tener deseo de que sus bienes fuesen a parar al heredero que la ley llama, y, sin embargo; éste los posee, por ministerio de esa misma ley.*

Ahora bien, *los actos o hechos jurídicos* que nacen de un modo automático, como el caso de la herencia abintestato, e igual podría ser el de la adquisición de plenitud de derechos por haber llegado a la mayor edad, casos en los cuales no interviene la voluntad para nada, reciben el nombre de supuestos legales, mientras que los actos o hechos jurídicos que nacen como consecuencia de un acto de voluntad *se llaman negocios jurídicos*.

#### 5.2.5. - NEGOCIO JURÍDICO

*Con arreglo, pues, a la idea anteriormente expuesta, y aceptando en este punto la definición del negocio jurídico que expresa un ilustre profesor y publicista,<sup>35</sup> puede considerarse el negocio jurídico como el acto humano de manifestación de voluntad, el cual produce, dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, los efectos adquiridos por quien le realiza.*

**Acaso pueda parecer extraña a las fuentes leales romanas la frase de negocio jurídico.** En efecto, en el Derecho Romano de la época antigua y de la clásica, el negocio jurídico, en sentido estricto o moderno. Se designó con las mismas expresiones que *el negocio procesal, agere, aclus, aclió, y el derecho clásico no poseía ningún término técnico preciso para aludir al negocio jurídico en su concepto actual.* Era demasiado amplia *la palabra negotium*, porque ésta daba a entender algo que traspasaba *la esfera de acción del derecho privado*, ya que comprendía toda clase de ocupación, muy especialmente la actividad pública de un funcionario, y, por consiguiente, no llegó nunca a conseguir la precisión técnica necesaria.

Pero, en realidad, la frase *negocio jurídico* ha prevalecido sobre *la de acto jurídico*, ya que ésta tiene un alcance mayor que la de negocio, en atención a que abarca todos los actos humanos que producen efectos jurídicos, aunque no estén éstos determinados por la voluntad del que los ejecuta, mientras que *la palabra negocio comprende los actos de declaración de voluntad con intención de producir un efecto jurídico.*

*La frase negocio jurídico es adoptada hoy por los pandectistas civilistas más autorizados, y su significación científica y jurídica se presta a equívocos, como la de acto jurídico.* El acto, dentro de *la esfera del Derecho*, puede expresar *una operación jurídica*, o designar un escrito probatorio para hacer constar alguna cosa, mientras que la frase *negocio jurídico* no puede expresar otra cosa que lo que significaba en latín *la palabra negotium*, es decir, *una declaración de voluntad que tiene especialmente por fin crear, modificar o extinguir derechos.*

Se encuentra, por tanto, en *la frase negocio jurídico un hecho realizado con intención de producir un efecto jurídico, éste se halla ligado íntimamente a la voluntad humana, y esta voluntad, moviéndose dentro de la ley, determina el nacimiento, modificación y extinción de los derechos.*

**Así pudo expresar el ilustre pandectista Winscheid<sup>36</sup> su concepto del negocio jurídico, diciendo que:**

***"Es una declaración de la voluntad que mira a producir un efecto jurídico".***

*Y no es preciso que la declaración de voluntad sea privada o sea pública, porque lo esencial es que exista la declaración en una u otra forma, y que tal declaración tenga por fin producir un efecto de derecho, no un determinado efecto jurídico, pues basta que la voluntad se declare según el contenido legal de la relación jurídica, ya que muchos efectos jurídicos se producirán porque el Derecho así lo ordena, dada el supuesto del negocio jurídico, ya que no hay que olvidar que la voluntad manda y el derecho se apropia su mando. Y de igual modo no hace falta tampoco que se proponga la voluntad crear un efecto jurídico inmediatamente, puesto que no es de esencia que éste se produzca en seguida.*

### **5.2.6. FORMA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS**

Es de esencia, a la vez que una voluntad declarada con intención de producir efectos de derecho, que haya también en *el negocio jurídico* una forma, bien entendido que, de *Inomenta*, y en *el presente epígrafe*, aludimos en general a una forma tanto de contenido como exterior del negocio de derecho, ya que el estudio particular de cada uno de estos aspectos será tratado en párrafos posteriores.

El número y circunstancias de las personas que deben intervenir en cada uno de los negocios jurídicos, así como la capacidad que cada persona debe tener, el lugar, el tiempo en que deben celebrarse, las palabras, los actos, los escritos, etc., que deben acompañar a su celebración, constituyen la forma de los negocios jurídicos, y esta forma se dice interna o externa, según que aquellas circunstancias se refieren al contenido, *es decir, a la parte dispositiva del negocio mismo y a las personas interesadas y cosas que intervienen en él, o se refieren sólo a las formalidades extrínsecas con que debe revestirse su celebración.*

En este punto nos presenta *el Derecho Romano* primitivo las mismas distinciones que el carácter de aquel pueblo había establecido en todas *las instituciones legales*. *Los negocios jurídicos* previstos y arreglado para el derecho quirritario eran propios y exclusivos de los ciudadanos romanos.

Su forma externa consistía en formalidades materiales, que con el tiempo llegaron a tenerse como ridículas, en palabras solemnes y en otras varias circunstancias, que fueron desapareciendo poco a poco. *Se llamaban actos legítimos, no admitían condición, procurador ni día, y procedía toda su fuera de las formalidades exteriores, sin tener casi en cuenta mucho de lo que denominamos formalidades o requisitos internos.*

*Pero al lado de los llamados actos legítimos fueron admitidos otros, que si bien tenían el mismo objeto, podían ser celebrados igualmente por los extranjeros, ya entre sí, ya con los ciudadanos, estos actos que se introdujeron para las transacciones frecuentemente necesarias a la vida, y que se denominaron de derecho de gentes, no tenían ninguna forma externa especialmente señalada por las leyes, y su conocimiento era propio de la jurisdicción del pretor peregrino.*

En un principio también, *la persona del ciudadano romano no podía ser representada por otro en los actos o negocios de derecho*. Cada uno debía celebrarlos por sí mismo, o por medio de sus esclavos, de sus hijos o de otras personas sometidas a su poder, que, según *los principios del Derecho Romano*, formaban con él una misma y sola persona.

Pero con el tiempo se fue templando este rigor; se distinguió entre actos legítimos y de derecho de gentes, y en éstos se admitió que pudiesen celebrarse por medio del procurador, salvando con interpretaciones y procedimientos indirectos las consecuencias lógicas de los antiguos principios.

Además, aquellos actos legítimos de que estaba lleno *el Derecho Romano* primitivo fueron modificándose por las costumbres, por *los edictos de los pretores, por las leyes Aebutia y Julia, por otras Constituciones de algunos emperadores*, y, por último, *Justiniano* borró los últimos vestigios de aquellas formalidades y equiparó los llamados *actos legítimos con los denominados del derecho de gentes, dejándolos aducidos al mayor grado de sencillez*.

*Desde entonces ya no hubo en Derecho Romano la distinción de los actos o negocios jurídicos en legítimos y del derecho de gentes, quedando tan sólo las dos clases de unilaterales y bilaterales en que se dividían, ya por razón de las personas que intervenían en ellos como interesadas, ya por razón de las que de ellos resultaban obligadas.*

Por lo demás, *las formalidades exteriores se redujeron a la escritura del acto*, a la presencia de testigos, a la intervención de la autoridad y a algunas otras. *El Derecho nuevo no exigía, por regla general, formalidades extrínsecas para la validez de estos actos;*<sup>37</sup> pero cuando las exigía era preciso observarlas, *bajo pena de nulidad.*<sup>38</sup>

### 5.2.7. FORMA INTERNA DEL NEGOCIO JURIDICO

*Si, como ya se ha expresado; un negocio jurídico se constituye por una voluntad declarada, con el fin de producir efectos jurídicos, y esta voluntad ha de moverse dentro de la ley, no puede dudarse que entran en su contenido determinados requisitos que integran la forma interna del negocio de derecho, y que son denominados elementos del mismo.*

*Estos requisitos o elementos son unos esenciales, otros naturales y otros accidentales. Se decían esenciales aquellos que necesariamente habían de concurrir en el negocio para que éste subsista con su propia figura jurídica, y sin, ellos el acto sería nulo o se convertirla en otro de diferente naturaleza,*<sup>39</sup> *de donde provenía la división de ellos en comunes a todos los negocios jurídicos y propios de cada uno en particular.*

Se llamaban elementos o requisitos naturales las consecuencias que, suponiendo el negocio celebrado con arreglo a sus condiciones esenciales, producía naturalmente, y éstas, si, bien se producían siempre a no pactarse lo contrario, podían variarse por la voluntad expresada y común de las partes intervinientes en el acto.<sup>40</sup>

Y, por último, se llamaban *accidentales* o *accesorias* las cláusulas que no dimanaban de la misma naturaleza del acto, pero que las partes de éste podían añadirlas al tiempo de su celebración, en cuyo caso regían, y no en otro, de manera que no se presumían nunca, y al que las alegaba incumbía la obligación de probar que fueron puestas.

### 5.2.8. CLASES DE NEGOCIOS JURIDICOS

Destaca como importante entre *las diversas clases de negocios jurídicos* la de los llamados *unilaterales y bilaterales*.

En los *unilaterales* es necesaria para su existencia la declaración de voluntad de una pero persona; en los segundos se precisa la de dos o, más; la ocupación y el testamento son casos y especies de negocios unilaterales; en cambio, un contrato de compraventa es *bilateral*.

Pero es preciso advertir que en los negocios unilaterales la declaración de voluntad subsiste por sí mismo, puede hacerse colocándose frente a persona determinada; en el caso primero se encuentra un testamento, y en el segundo una protesta, un requerimiento o una notificación.

Y en cuanto a *los negocios bilaterales*, al lado del ejemplo típico de los contratos existen también otros actos de derecho en que se da igualmente concurrencia de, voluntades o mejor de declaraciones de voluntad, *como son los actos complejos o colectivos (Fundación, Asociación, Sociedad)*, en que las partes, en estos actos, ilimitadas en número, no están la una frente a la otra ni tienen, intereses opuestos, *sino que estos intereses son convergentes a un fin, existiendo en tales actos realmente una sola parte*.

*Otra clase de negocios jurídicos son los denominados onerosos, o a título oneroso, y los llamados lucrativos o gratuitos, o a título lucrativo o gratuito*. En los primeros se concede una utilidad con una contraprestación equivalente a aquélla, mientras que en los segundos no existe esta equivalencia, y, por consiguiente, en los onerosos, como la compraventa, se exige la reciprocidad de un equivalente, pero en los lucrativos o gratuitos, como la donación, no existe tal reciprocidad.

Asimismo, y habida cuenta del tiempo en que deben producir sus efectos los negocios de derecho, se clasifican estos en *inter vivos* y *mortis causa*. El negocio de esta última clase surte sus efectos después de la muerte de la persona que le establece; se supeditan y aplazan tales efectos al fallecimiento de la persona que los concluye, y, por el contrario, cuando esta supeditación no se da, *el negocio es inter vivos*. El caso de un legado es ejemplo de los primeros, y el de cualquier contrato el de los segundos.

Conviene señalar que *los negocios mortis causa* son de *ordinaria unilaterales*, y, además, que el negocio subsiste si no se modifica la declaración de la voluntad posteriormente a cuando, fue declarada, aunque siempre, claro es, antes de la muerte de la persona que hizo la declaración, siendo, por tanto, su característica la revocabilidad; y, por el contrario, los *inter vivos* son de naturaleza irrevocable.

Existen, por otra parte, *negocios jurídicos calificados de solemnes y no solemnes*. Los primeros han de llevarse a cabo precisamente en la forma que de modo previo tiene señalada la ley; en ellos la declaración de voluntad tiene que hacerse en la forma y modo que la ley tiene señalado, como el testamento, y es tal forma

imprescindible para la validez del negocio, por lo que los comentaristas dicen que la forma en tales actos es exigida *ad solemnitatem*; en cambio, en los segundos, la forma es adoptada libremente por los que declaran la voluntad; la ley los deja en libertad para determinar el modo de exteriorizar aquélla, por lo que dicha forma sólo tiene un valor de probar, la declaración de voluntad que se emitió, es decir, *la forma sólo tiene un valor ad probationem*.

Atendiendo al contenido de *los negocios jurídicos*, exponen los autores varias categorías de éstos que responden a *las distintas relaciones de derecho*, y por lo que *al derecho privado se refiere, se habla de negocios jurídicos de familia, reales, de obligaciones y de sucesiones*.

Y dentro del mismo concepto, es decir, *del contenido de los negocios jurídicos, algunos escritores, romanistas insignes; como Winscheid, Savigny, Unger y Wachter, afirman la existencia de negocios jurídicos que llaman de enajenación y de renuncia, o mejor de adquisición o de enajenación*, según que se dirijan a aumentar o disminuir el patrimonio del agente, aunque el aumento o disminución sean compensados con una indemnización.

***Por último, y por razón de sus efectos, pueden ser los negocios jurídicos de dos clases, a saber: fundamentales, o auxiliares, o mejor negocios de derecho, que la técnica jurídica denomina concretos o causales y abstractos.***

*Los negocios jurídicos concretos o causales son aquellos en los que existe lo que los tratadistas llaman causa del negocio o lo que es lo mismo, un primer y elemental motivo, común a todos los casos de un tipo de negocio, detrás del cual podrá haber toda la variedad que se quiera motivos particulares.*

*Y se dice primero y elemental motivo porque, aparte de los motivos distintos en cada caso, y dentro de un mismo tipo de negocio jurídico, hay uno inmediato, el más próximo que se da siempre en los negocios de igual clase.*

*Así, todos los vendedores de cosas desean y quieren el precio de la venta, pero unos venderán por razón de apuros económicos, otros por ampliación de su negocio o medio de vida para trasladarse a otro lugar, otros para transformar su capital en valores más asequibles o de más fácil circulación, y del mismo modo todos los compradores desean y quieren la cosa comprada; pero unos compran por necesidad de su oficio o profesión, otros por afección a la cosa que, se adquiere, otros por razón de lujo u ostentación, pero en todos los vendedores el motivo primero, elemental e inmediato es el precio, y en todos los compradores el motivo inmediato, primero y elemental es la adquisición de la cosa.*

***Pues bien, dicho motivo principal e inmediato es la causa, y en el negocio jurídico causal es precisa la existencia de dicha causa, aparte de otros requisitos, y si la causa no concurre, contra lo que la ley exige, no existe tampoco el negocio jurídico.***

Por el contrario, *el negocio jurídico abstracto* es aquel que, en relación al mismo, la ley no precisa otra cosa que la manifestación de la voluntad le, basta para su eficacia lo puramente externo o formal, sin que la norma objetiva requiera las intenciones de las partes, ya que bajo lo puramente formal caben contenidos diversos, importando poco que esa forma esté o no determinada por la ley.

*La técnica alemana cree ser suya la creación del acto jurídico abstracto, pero en realidad no hizo otra cosa que resucitar el Derecho Romano, que llevó hasta los últimos límites el acto abstracto de derecho, ya que toda institución jurídica era abstracta en Roma hasta que la Idea de causa fue introducida en las costumbres romanas y los jueces comenzaron a referirse a ella.*

No puede ni debe sostenerse que en los negocios abstractos haya obligaciones sin causa o desligados de la causa, pues aun siendo éste su carácter predominante, no se puede identificar este hecho con la abstracción, sino decir que *el acto jurídico abstracto produce sus efectos jurídicos*; hecha abstracción de la existencia de la causa, diferenciándose del concreto o causal en que no es mencionada en aquél la causa, o voluntad de las partes ha entendido no referirse a ella.

***Se afirma igualmente que en todo acto abstracto hecho con abstracción de la causa existen dos negocios superpuestos: uno, el causal, acto fundamental; otro, el abstracto o auxiliar, sin que por ello se signifique que la nulidad del acto causal suponga la del acto abstracto.***

*Tiene aplicación el negocio abstracto en la creación, transmisión y extensión de los actos jurídicos; en la primera, porque las partes pueden hacer abstracción de sus relaciones anteriores, no mencionando la causa del nuevo acto formado; en la segunda, cuando un tercero beneficiario adquiere el derecho del anterior purgando los vicios de ese tercer adquirente, y en la tercera; cuando, como en la remisión de la deuda, no se hace tampoco mención de la causa que a ello obliga.*

*En el Derecho Romano el acto abstracto no fue la cosa que una continuación lógica de su formalismo, pudiendo ser su fundamento la ley, porque no había dificultad en que un texto del Derecho positivo así lo estableciese, o la voluntad, siendo de más frecuente aplicación esta idea del acto abstracto en la materia de obligaciones, donde tales actos, sin perjuicio de la regla, que es lo primero, son además solemnes, formales estrictamente, como la estipulación, donde si los romanos emitían la pregunta y respuesta congruentes, el contrato existía; rescindiendo de las razones o motivos, incluso el más próximo o Inmediato causa, que para ello hubieran existido, lo cual no quería indicar que en tales negocios formales o abstractos la causa no existiera, ya que nadie promete o se obliga carente de toda clase de motivos para ello.*

***Los efectos del acto abstracto, por consecuencia de lo expuesto, son:***

- 1. A su favor existe una presunción de las partes de que la causa existe y es lícita, sin que el sujeto activo tenga que probarla***
- 2. Crear a favor de terceros un derecho mejor, por no poder ser atacado, que el de los interesados de modo directo***
- 3. Que habiendo en el negocio abstracto dos actos superpuestos, si el acto causal es nulo, no lo es en cambio el acto abstracto, como antes se ha consignado***
- 4. Que el acto abstracto, en caso de nulidad, da lugar al ejercicio de la acción de injusto enriquecimiento.***

### 5.3.2. ELEMENTOS ESENCIALES REFERENTES A LA PERSONA O CAPACIDAD DEL SUJETO

**El sujeto o persona que ha de llevar a efecto el negocio jurídico necesita una aptitud para tener derechos, pero precisa también una capacidad para ejercerlos.**

**No basta por lo tanto, poder ser sujeto de relaciones jurídicas, sino que es imprescindible tener poder de realizar actos con eficacia jurídica; en una palabra: además de poseer el sujeto la capacidad jurídica o de derecho, necesita al mismo tiempo la capacidad de hecho o de obrar.**

*El Derecho Romano*, en este punto, exigía que el sujeto o persona tuviese capacidad para alterar sus derechos; por consiguiente, no podían celebrar actos jurídicos los infantes,<sup>41</sup> los furiosos, excepto en sus intervalos lúcidos; los locos<sup>42</sup> y los que se encontraban en estado completo de embriaguez o de cólera, porque no gozaban de su razón y de su voluntad libre,<sup>43</sup> ni tampoco los sordomudos. Y tenían asimismo varias restricciones los que estaban bajo la patria potestad o tutela o curaduría y las mujeres casadas, porque las leyes, a todos ellos, no les reconocían como personas perfectas e independientes.

Así, por ejemplo, *el pupilo, maior infantia*, no podía obligarse sin la autorización de su tutor, pero si podía obligar a otros en su favor con sus actos jurídicos, ya que sólo les estaba prohibido todo lo que hacía peor su condición, y, por consiguiente, eran válidos los actos que celebraban aun sin aquella autorización en cuanto ellos no resultasen obligados.<sup>44</sup>

Por lo demás, bueno será advertir que en este punto fue distinto *el Derecho civil del derecho de gentes romano*; puesto que la capacidad, en el primero, se afirmaba sólo para los ciudadanos romanos, mas esta exclusiva limitación no se daba en los actos o negocios que regulaba y amparaba *el ius gentium*.

### 5.3.3. ELEMENTOS ESENCIALES REFERENTES AL OBJETO O MATERIA DEL NEGOCIO

**Con relación al objeto**, no podían realizarse actos jurídicos sobre cosas que no existían, ni se esperaba que existiesen por lo menos,<sup>45</sup> como tampoco sobre acciones imposibles, no sólo física, sino también moralmente, como son las anteriores a las leyes y buenas costumbres,<sup>46</sup> o que perjudican a terceros,<sup>47</sup> como asimismo era nulo el negocio cuya disposición fuese demasiado general e indeterminada, y aquel, cuya ejecución dependía sólo de la voluntad del deudor,<sup>48</sup> o cuya promesa no reportaba utilidad ninguna al adquirente.<sup>49</sup>

Por lo demás, *podían ser materia del negocio jurídico*, lo mismo las cosas corporales que las incorporales, y aun los hechos de los hombres, tanto los positivos como los negativos.

**Más concreta y específicamente: era preciso que las cosas que hubiesen de ser materia de un negocio de Derecho estuviesen en el comercio, esto es, que no fuesen incapaces de pertenecer al dominio de los particulares, como sucedía a las de derecho divino, las comunes, las públicas y las destinadas al uso público y común de los pueblos, entre las que no se contaban las muebles que pertenecían al patrimonio de los mismos o del fisco, porque ésas se encontraban en el comercio.**<sup>50</sup>

De igual modo hacía también nulo *el negocio jurídico el que la cosa objeto de él no pudiese pertenecer a la propiedad del que trataba de adquirirla, como si en tiempo de Gayo un peregrino hubiese estipulado un fundo itálico,*<sup>51</sup> o si en tiempos posteriores un judío o un pagano quisiese adquirir un esclavo cristiano.<sup>52</sup>

Pero con tal que el adquirente fuese capaz de tener ésta propiedad, aunque el promitente no tuviese la cosa prometida en su comercio, no quedaba por eso menos obligado por *el negocio jurídico*, y, por consiguiente, en este caso, *tendría que resarcir los daños y perjuicios que se siguiesen al acreedor de la no ejecución del acto por parte del prominente.*<sup>53</sup>

*Tampoco podían ser objeto de un acto jurídico las cosas que eran ya de aquel a, quien le prometían, pero podía serlo el precio o estimación de ellas, así como también las cosas mismas si se prometían para el caso en que dejasen de pertenecerle, o si se prometía su restitución, en caso de hallarse depositadas o fuera de su poder por cualquier causa.*<sup>54</sup>

*Para terminar este punto, y así como era nulo el negocio de derecho que se celebrase sobre una cosa que no podía ser objeto de él, aún cuando posteriormente adquiriese aquella capacidad, así, por el contrario, si la perdía con posterioridad, por hacerse sagrada o por otra causa semejante, se extinguían los efectos del negocio, desapareciendo la obligación,*<sup>55</sup> y se extinguían de tal modo, que *no podían restablecerse aunque después volviese la cosa a ser susceptible de propiedad particular.*<sup>56</sup>

Pero para esto era necesario que *la transformación* hubiere sucedido sin culpa ni participación del deudor, pues de lo contrario la obligación continuaba subsistiendo en cuanto al resarcimiento, de daños y perjuicios,<sup>57</sup> siendo preciso, además, observar que esta última regla no se aplicaba al caso en que la cosa debida se hiciese con posterioridad del adquirente, porque en este caso el deudor debía entregar su precio o estimación, y su obligación no se extinguía, a no ser que se reuniesen las dos circunstancias de que *el negocio jurídico* hubiese sido un acto de pura liberalidad y que la segunda adquisición se realizara también por título gratuito, único caso en que se aplicaba *la regla duae causae lucrative in eamdem rem emdemque personam cadere nom possunt.*<sup>58</sup>

Preciso era también distinguir si las cosas tenían esta incapacidad por su naturaleza o sólo por algún impedimento temporal relativo a la persona el adquirente, porque en este último caso *el negocio de derecho adicional* no era nulo desde el principio, sino que sería nulo o valido según que, al cumplirse la condición, continuase o hubiese desaparecido aquel impedimento.<sup>59, 60</sup>

#### **5.3.4. ELEMENTOS ESENCIALES REFERENTES AL CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD INTERNA DE LAS PARTES**

Hemos dicho repetidamente que todo negocio jurídico requiere que la voluntad exista, que es indispensable en él una declaración de voluntad, y, más aún, una voluntad efectiva de realizar el acto por parte del agente dotado de capacidad de hecho o de obrar.

*Este deseo consciente de realizar totalmente el negocio y producir sus efectos*, aludido en las fuentes con los términos a *animus, voluntas, consensus o affectus*, lleva a la necesidad de distinguir si en *el acto jurídico* hay

ausencia total de voluntad o un simple vicio de voluntad expresada, porque puede suceder en algún caso, como el del loco que expresa una voluntad, que el acto exista, pero que la voluntad declarada no sea voluntad, haya falta absoluta de voluntad, mientras que en otros casos, como los de dolo, error o violencia la voluntad exista, pero no haya sido clara y libre; y todo porque es evidentemente necesario que la voluntad sea real y efectiva.

***En el antiguo Derecho de Roma, verdaderamente no era o significaba tanto la intención, que venía considerada y protegida, cuanto la misma declaración en su objetivo significado; la ley de las XII tablas ya expresaba su precepto:***

***“Quum nexum faciet mancipiunque, uli lingua nuncupassit, ita ius esto”.***

*La voluntad efectiva de las partes eso debe ser el fundamento de la declaración; pero si alguna vez no coincide tal voluntad efectiva o real con la declaración misma, debe prevalecer la primera, según el Derecho clásico y más todavía en el justiniano.*

Verdaderamente, y como antes queda indicado, las fuentes hacen continua mención de las palabras *voluntas*, *animus*, *consensus*, *affectus* y si bien la palabra *voluntas* se suele referir a la declaración externa y *consensus* a la externa coincidencia con la declaración, no puede dudarse que la mayoría de los textos antiguos aluden a la voluntad efectiva y el mismo hecho de que la palabra *voluntas*, indica alguna vez la declaración externa, prueba que esta última se consideraba como indicio, señal o expresión de la primera.

*Justificación de tales afirmaciones son textos bastante expresivos de las fuentes romanas; así, el testamento<sup>61</sup> es definido voluntatis nostras iusta sententia de eo quod quis post mortem summa fieri velit; de igual modo se justifica la tradición con el precepto legal de que las cosas cuyo dominio adquirimos por la entrega, se hacen nuestras por derecho de gentes, en razón a que ninguna cosa es tan conforme a la equidad natural como voluntatem dominí volentis rem summa in alium transferre ratam haberi (la voluntad constante del señor que quiere transferir a otro lo que es suyo)<sup>62</sup>, donde ratum habere significa proveer de protección jurídica; y de la misma manera se enseña, al tratar de las obligaciones y acciones<sup>63</sup>, que concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive venditio sive donatio sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consensit, perducere ad effectum id quod inchoatur non potest (es necesario que se verifique la voluntad de los contrayentes, porque no se puede contraer venta, donación, conducción ni otro contrato alguno sin que se verifique la voluntad de que se perfecciona el contrato ya empezado).*

*Estos casos de diferentes negocios jurídicos demuestran con claridad la tendencia general del Derecho, que atiende a perducere ad effectum, a aquello que el consentimiento concurrente de las partes ha establecido, a ratum habere, la voluntad de enajenar del dueño o señor.*

No obstante esta tendencia, se contradice, sin embargo, en algunos casos particulares, se quebranta contra la regla de la forma, en cuanto no tiene valor la voluntad no declarada en la forma prescrita, y también en cuanto no es admisible un significado que se puede probar extrínsecamente, pero que resulta incompatible con la declaración.

***Pero fuera de tales supuestos, y algunos otros parecidos, el principio es el de que el acto jurídico no aparece si no se quiere declarar.***

Por tanto, si era preciso en este punto, no una consciencia y un propósito claros y detallados que alcancen a todos los efectos del negocio, ni tampoco que todas las consecuencias del mismo sean queridas por el sujeto, sino una voluntad real y efectiva que se proponga las consecuencias inmediatas del acto, dando preferente atención y eficacia a la intención de las partes, es conveniente manifestar cómo se manifestaba la voluntad.

Respecto a este extremo, el consentimiento o voluntad de las partes podía ser expreso, esto es, manifestado por medio de palabras o por escrito (35)<sup>64</sup>, y podía ser tácito o manifestado por medio de actos que no admitiesen otra explicación<sup>65</sup>, resultante de hechos que asegure una ilación cierta alrededor de la existencia de la voluntad, y constituye siempre una deducción, que a veces es como una consecuencia necesaria o supone una presunción, implicando siempre un juicio verdadero sobre un acto determinado, teniendo en cuenta las circunstancias accesorias.

***Pero es preciso tener en cuenta que toda declaración tácita se invalida ante una declaración expresa contraria, formulada en una protesta o en una reserva.***

Esto hace que, en general, el silencio no pueda ser considerado como una manifestación o declaración de voluntad, salvo casos excepcionales, como, por ejemplo, un contrato en que se diga se entiende prorrogado si ninguna de las partes le denuncia antes de su terminación, o enfrente de un tercero, cuando el silencio significa una renuncia de derechos o un abandono, o un consentimiento, o una renovación de voluntad, en cuyos supuestos el silencio denota la prórroga del negocio.

Por ello la afirmación de que el que calla consiente, no puede ser exacta, creyendo por nuestra parte que para que el silencio absoluto pudiera ser interpretado como declaración de voluntad es menester que cualquiera fuente de Derecho, la ley, la voluntad, etc., así lo declare en determinados actos, y especialmente que el silencio haya obligación de articularle verbalmente, aunque parezca rara la afirmación para que pueda interpretarse como declaración de voluntad (37)<sup>66</sup>

Desde luego que la prestación del consentimiento o voluntad de las partes podía también hacerse con posterioridad a *la celebración del negocio Jurídico, en cuyo caso se llamaba ratificación*, la cual, por regla general, producía los mismos efectos<sup>67</sup>.

*Pero siempre era de necesidad absoluta que el consentimiento o voluntad fuese formal y libre.* No quiere esto significar que la voluntad tuviese que ser más o menos espontánea; ello era indiferente. Mas sí que dicha voluntad no estuviera afectada de vicios que hicieran suponer que tal voluntad era inexistente, que el acto no se había querido, por cuya causa hacia nulo el negocio todo consentimiento viciado por la fuerza o el miedo, por el engaño o dolo y por la simulación.

#### **A) Fuerza y miedo.**

***En general, la violencia es una coacción ejercida sobre un individuo para realizar un negocio jurídico. Pero tal coacción puede afectar dos formas: una física, fuerza absoluta, material, que ejercida sobre una persona priva a ésta por completo de la libertad y reduce a la víctima a un estado puramente pasivo, y la***

*otra moral, amenazas dirigidas a una persona, haciendo nacer en ésta la creencia de que ha de sobrevenirle un mal grave.*

La primera es propiamente la fuerza, absoluta, cumplida (*vis absoluta*) o la coacción llevada, metida dentro del cuerpo mismo, inferida al cuerpo (*illata corpori*); la segunda es el miedo, instigación, consejo, estímulo, que empuja, incita o induce a hacer (*vis impulsiva*) e inferida al ánimo (*illata animo*).

*Tanto una como otra, y en tesis general, no viciaban el consentimiento sino cuando eran injustas<sup>68</sup> y capaces de hacer impresión en una persona razonable o, como técnicamente suele decirse, cuando catan en varón constante.<sup>69</sup>*

Pero más concreta y específicamente, la fuerza anulaba por completo el acto jurídico porque anulaba también enteramente la voluntad; en el acto realizado por fuerza hay una apariencia de consentimiento, puesto, que éste realmente no existe, y siempre tuvo *el Derecho Romano* en cuenta esta forma de coacción.

Y además, si la fuerza provenía de aquél a cuyo favor uno se había obligado, anulaba en todo caso el negocio; pero si procedía de *un tercero*, ocasionaba de igual modo la nulación siempre que el otro agente del acto era sabedor de ella, teniendo que distinguir, caso negativo, si el negocio se había ejecutado o no, porque en *el primer* supuesto subsistía el acto en todo su vigor, y al que sufriera la coacción le quedaba expedito san derecho para reclamar contra el que se la causara, y en *el segundo* podía libarse del cumplimiento por la excepción *quod metus causa*.

***Respecto del miedo o violencia moral, tiene naturaleza distinta aunque sus efectos puedan ser idénticos, por lo que no sucedió siempre lo mismo que con la fuerza.***

*En efecto, una declaración de voluntad prestada por amenazas o por presión sobre el espíritu debe anular el negocio jurídico que nació de esta manera; pero el fundamento e tal nulidad no es la inexistencia de voluntad, sino el que la voluntad que existe ha sido alterada o viciada; no se destruye con el miedo la libertad de querer, y la libertad este, siendo por tanto cierto que el que quiere, aunque haya sido cohibido, quiere efectivamente; pero esa libertad, influida por el miedo, se encuentra alterada y la persona no tiene la independencia debida y necesaria en sus determinaciones.*

Por ello *el antiguo Derecho civil romano* consideró válidos tales negocios, pero *el Derecho pretoriano u honorario* modificó ese rigor, y, a tal efecto, al demandado que había operado en el acto de derecho influenciado por el miedo o amenazas *el pretor le exceptio quod metus causa*, rechazando por tal medio, hasta paralizarla, la acción del demandante, y de la misma manera podía este sujeto obligado accionar, utilizando *la acción penal quod metus causa* contra el autor del miedo o de las amenazas, o esa misma acción como *actio in rem scripta* contra todo tercero que se hubiere aprovechado de la coacción, causada, obteniendo y logrando o la devolución de lo entregado y debido o el cuádruplo de su valor, sin perjuicio de poder ejercitar, claro es, *la restitutio integrum*.

Sin embargo, y como puede deducirse de lo ya dicho, no basta existencia del miedo o amenazas para que se produzca la nulidad del acto, sino que se precisa la concurrencia de condiciones o requisitos determinados.

**Tales son:** que el mal con que se amenace haga impresión en una persona razonable, varón constante decíamos anteriormente, y, por tanto, el mal debía de ser grave y considerable, teniendo relación con la persona o bienes del que le sufre o de un tercero, como su cónyuge, ascendiente o descendiente; precisa también ser inminente, es decir, recaer sobre un hecho próximo, y la de ser igualmente injusto, o, lo que es igual, que el autor de la amenaza o miedo no ejercite un derecho, sino que proceda de una manera injusta e ilegítima e igualmente será nulo e ineficaz el acto si un tercero causa el miedo y produce la violencia moral; porque la razón de nulidad del acto está en la alteración, psíquica que causa en la víctima la violencia ejercida, siendo indiferente que uno intimide para aprovecharse por sí mismo del miedo como para que se aproveche otro.

## B) Dolo.

**Es el dolo otro vicio o defecto de la voluntad en el negocio jurídico,** que esencialmente consiste en el engaño, puesto que origina voluntariamente un error mediante artificios o maquinaciones dirigidas a inducir una declaración de voluntad constitutiva de un acto de derecho.

**El error causado por el dolo se origina por deliberación reflexiva e intencional,** utilizando una especie de artificio para engañar a otro, y, en su consecuencia, la voluntad declarada lo ha sido merced a las aludidas maquinaciones fraudulentas, sin que haya voluntad real, y este resultado vicioso no puede menos de producir sus efectos en el negocio Jurídico que se produzca por tal declaración viciosa.

**El Derecho romano distinguía el dolo malo del dolo bueno<sup>70</sup> a Labeón** definía el dolo malo como toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar, engañar o coger a otro, distinguiéndole del dolo bueno, al que consideraba como los artificios, especialmente la astucia y más concretamente, si se maquinase contra el enemigo o el ladrón, más o menos hábiles, de que uno se puede servir para llegar a un resultado lícito.

El dolo malo, único que nos interesa, consistía; por tanto, en cualquier alteración de la verdad hecha de intento para que otro ejecutase una acción que le era perjudicial, y que de otro modo no hubiera ejecutado. Y parece natural que, dado este concepto, el acto jurídico donde ha habido dolo sea nulo por falta de libertad en la voluntad, ya que una declaración de voluntad no puede ser válida si no ha sido libre.

Pero como al fin y al cabo **la causa que podría determinar la nulidad del acto donde existe dolo es una causa psicológica,** el negocio así concluido, al igual que en el miedo, era válido conforme al puro Derecho civil, pero también, de la misma manera que en el miedo, **la reforma pretoriana** concedió en el caso de dolo primeramente una acción, **actio dolí,** subsidiaria y de carácter penal, que no podía utilizarse contra terceros, sino solo contra el causante del engaño, ni podía tampoco la condena elevarse al cuádruplo, pero que era infamante, y en segundo lugar otorgó **la exceptio dolí,** y en tercero **la restitio in integrum,** en la misma forma y efectos que el caso del miedo.

De todos modos entendemos que lo más interesante en este punto del dolo y en la esfera de la doctrina que parece deducirse de los textos positivos es que el dolo implicaba siempre intención; la declaración de voluntad era preciso se originase intencionalmente, con la conciencia de hacer cosa lesiva para el derecho, estando, por tanto, la razón de la transformación pretoriana al otorgar la nulidad del acto en el vicio de la voluntad más que en el daño producido en los intereses y patrimonio de quien sufre el engaño.

Es preciso asimismo hacer constar que con *el Derecho Romano*, si las dos partes del negocio jurídico eran causantes del dolo, se compensaba el de la una con el de la otra, y en tal caso ninguna podía reclamar el cumplimiento del acto ni la indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios<sup>71</sup>; pero si sólo una de las partes fuera dolosa, había que distinguir el dolo principal, *dolus causa dans*, sin el que la persona que se obliga no se hubiera obligado, del dolo incidente, *dolus icidens*, que tenía lugar cuando el que obligara se hubiera obligado, aunque no fuese engañado, pero se obligarla bajo otras condiciones, pues primero constituía la razón o motivo determinante del acto, y el engarzo podía llevar a concluir un negocio jurídico que, de no mediar aquél, no se hubiera celebrado; mientras que el segundo interviene accidentalmente en el negocio de manera que el acto se realizaría sin él, y lleva a realizar éste, ya decidido, en determinadas circunstancias, que sin el dolo se hubieran evitado.

*En el caso primero, el engañado podía pedir la nulidad del negocio realizado;*<sup>72</sup> *en el segundo sólo se ocasionaba un derecho para intentar una acción de daños y perjuicios*<sup>73</sup> *que generalmente se estima que, la distinción señalada en las fuentes, a que acabamos de aludir, no se admitía en el Derecho clásico.*<sup>74</sup>

*Si como podía suceder; el dolo provenía sólo de un tercero, el engañado tenía la acción de dolo contra el engañador*<sup>75</sup> *y podía también pedir el resarcimiento de daños y perjuicios contra la otra parte, en cuanto ésta se enriqueciera por efecto del dolo.*<sup>76</sup>

Por lo demás, si bien es cierto que el dolo produce el resultado de inducir al error cometido por la persona a quien, se dirige, sus efectos no pueden confundirse con los que el error en sí produce, según más tarde veremos. *El error sin dolo no es una causa de nulidad* más que cuando recae sobre la substancia de una cosa o sobre la persona, sí ésta es la consideración principal del acto, mientras que el error originado por el dolo es siempre una causa de nulidad, por su influencia determinante sobre la voluntad.

*Finalmente, el dolo nunca se presumía;* tenía que ser probado, llevando la justificación de haberse incurrido en él por acción o por omisión, siendo exigible en toda clase de obligaciones, pero no pudiendo invocarse como causa de nulidad en los actos bilaterales si arribas partes procedieron dolosamente, pues en tal caso se produce el efecto compensatorio a que anteriormente aludimos.

### **5.3.5. ELEMENTOS ESENCIALES REFERENTES A LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD**

Hemos manifestado con anterioridad, y repetidamente, que *la voluntad es la razón directa del negocio jurídico* siempre que se determine según *el Derecho*, puesto que es necesario que la voluntad exista real y efectivamente si aquél ha de producir los efectos conforme a su naturaleza. Mas esa voluntad puede hallarse solamente en el propósito, pensamiento o intención del que hace la declaración, y que nadie más que él conoce como acto interno, o, puede encontrarse revelada; exteriorizada por actos, palabras, solemnidades, que dan eficacia jurídica a la declaración. Ahora bien, *carece de dicha eficacia el negocio jurídico en que la voluntad no se muestra al exterior, y de aquí que sea preciso en el mismo la emisión de la voluntad.*

*Esta emisión o exteriorización de la voluntad afecta formas muy variadas; que el Derecho, a la vista del medio empleado para hacerla, admitía pudiera ser efectuada por aptitudes del sujeto, estos actos del mismo, o utilizando para el mismo fin la palabra hablada o escrita.*

*En el primer caso se encuentra el nutus, seña, movimiento de cabeza, gesto (ad nutum praesto esse: estar presto a la menor seña); el caso de digito offendere, extender o mostrar el dedo (loqui digilis nutuque: hablar por señas, y hasta el mismo silentium), silencio (silentio praeterire: pasar por alto), cuando la propia ley le señala y atribuye tal valor, y en el segundo se hallan la stipulatio, estipulación, interrogación y respuesta afirmativa (verborum conceptio: cierta fórmula de palabras) y los actos litteris, menciones escritas (chirographa y syngraphae).*

En atención a distinto concepto, como es la manifestación imperativa de la ley, la declaración de voluntad habla de hacerse en la forma establecida previamente por la ley, surgiendo de este modo la declaración de la voluntad formal o el negocio de derecho solemne, sin cuya forma preestablecida o solemnidad determinada el acto era nulo, a cuya idea se ajustó casi siempre *el Derecho Romano antiguo*, valiéndose al efecto de manifestaciones inflexibles orales, *verba certa et solemnia*, o de actitudes o gestos simbólicos; *aprehensio, impossuit vindicta, festuca*, o, por fin, debido a la influencia griega, por actos escriturarios.

Pero también la declaración de voluntad podía quedar al arbitrio de las partes que realizaban *el negocio jurídico*, constituyendo así declaraciones no formales, amparadas, por regla general, por *el ius gentium* en los actos regulados por éste.

Todas las manifestaciones de voluntad formales y solemnes deben ser expresas, *es decir, hechas de modo que no admita duda ni equivocación posibles y en forma directa, y de tal suerte que vaya dirigida de modo claro cierto al fin del negocio de que se trate.*

Por el contrario declaraciones de voluntad no formales pueden o no ser expresas, puesto que cuando en ellas no aparece como finalidad inmediata la de hacer pública, clara y terminantemente la voluntad en relación al negocio de derecho son no expresas, llamadas también impropiaemente tácitas, constituyen estas manifestaciones de voluntad aquellos actos en que la declaración no se formula de modo directo; *pero que se induce de manera indirecta un hecho que sólo así se explica naturalmente, haciendo suponer en él una voluntad relacionada con determinado negocio jurídico*; tal sucedía, por ejemplo, en *la gestio pro herede*, en la que se ejecutaban actos de heredero, como administrar las cosas hereditarias, dar en arriendo los fundos, pagar deudas o cobrar créditos del causante, que indican la voluntad de ser heredero<sup>77</sup>.

***Mas en orden a esta materia de la declaración de voluntad***, la realidad demostraba que tales manifestaciones de voluntad podían hacerse, por el mismo interesado en el negocio de derecho o por medio de otra persona.

### ***Surge de aquí la doctrina o teoría de la representación.***

***En esta figura la realización plena del negocio jurídico se lleva a cabo por una persona llamada representante, que opera por otra denominada representado; el primero interviene en el acto, es parte en el negocio jurídico, hace él la declaración de voluntad, aunque en realidad no es su propia voluntad, sino la de su representado, y sobre éste recaen todos los efectos jurídicos del negocio. Supone, por tanto, esta concepción una ficción que prolonga o extiende la personalidad jurídica del hombre, y que le permite finalizar actos por el intermedio de terceras personas, obteniendo y logrando iguales efectos que si los realizara él personalmente.***

*En puridad de doctrina*, no puede admitirse la representación, pues si la voluntad es la causa eficiente de los actos de derecho, la voluntad, en el momento de ser expresada, debe manifestarse por el mismo interesado.

*Pero para justificar la doctrina representativa se ha acudido a distintos razonamientos*, y así se ha invocado en primer término la necesidad legal respecto de aquellas personas físicas o individuales que carecen de capacidad de obrar, como los infantes o los locos, a fin de que pueda ser administrado su patrimonio y desuelta su posible actividad jurídica, y también en orden a las personas sociales o jurídicas; en tales casos la representación toma la forma de necesaria o impuesta por la ley.

En otras ocasiones se alega como fundamento de la representación la vida de relación, la actividad económica o las necesidades sociales que imponen como indispensable esta institución, a fin de no paralizar esa vida de relación y evitar perjuicio de intereses dignos de toda clase de respetos.

Y, por último, se ha hablado de circunstancias de mera conveniencia o simple comodidad, que en casos como el de imposibilidad de hallarse presente en distintos lugares al mismo tiempo una persona, o una enfermedad, o la comodidad del actuante en el negocio de derecho, aconsejan se dé el caso de sustitución personal para máximos perjuicios; *en todos estos casos y otros parecidos se dice que la representación es puramente voluntaria*.

Ahora bien, *si la teoría de la representación es admitida hoy por todas las legislaciones modernas, no sucedía lo mismo con el Derecho Romano*. En efecto, *en realidad el Derecho Romano no conoció esta teoría, puesto que el tercero adquiría en su propio nombre y sobre él recalca las consecuencias del acto, y debía en seguida transmitir a los verdaderos interesados sus derechos, es decir, que en un principio la persona del ciudadano romano no podía ser representada por otro en los actos jurídicos, cada uno debía celebrarlos por sí mismo o, dada la especial concepción de la familia romana, por medio de sus esclavos, de sus hijos o de otras personas sometidas a su poder, que, según los principios de dicho Derecho, formaban con él una misma y sola persona*.

No era, por tanto, *admisible la forma directa y completa de la representación*, aquella en que la hecho por el representante, los efectos del acto realizado por el mismo, se producen para el representado; pero, en cambio, *se admitía la forma indirecta e incompleta de representación, en la que los efectos del negocio se dan por modo exclusivo a favor y en contra del representante, siendo necesarios nuevos hechos para que puedan ir a parar los efectos del negocio al representado; fue el resultado de aplicar a todo negocio jurídico la regla ya formulada por Gayo y Paulo<sup>78</sup>, pero procedente de la época de la República, nihil per extraneam personam adquiri posse*.

Para sostener tal principio se alegaba como fundamento bien *la concepción romana* de que la voluntad era irremplazable y que la actividad de una persona favoreciese a otra, bien el concepto estrecho de la obligación como lazo exclusivo entre los contratantes; por otros se aludía, para explicar el criterio, al formalismo impuesto por *el primitivo Derecho* respecto a los modos de constituir la obligación, Y no ha faltado quien ha visto la razón del principio en las circunstancias sociales, económicas y mercantiles primitivas y harto sencillas la utilización del mensajero, *nuntius*, como transmitente de la voluntad hecha por otro, o, por último, *la organización de la familia romana*, como antes decíamos.

Pero con el tiempo se fue templando este rigor, y se distinguió entre *los actos legítimos y los del derecho de gentes*, y en éstos se admitió que pudiesen celebrarse, por medio de procurador, salvando con interpretaciones y

procedimientos indirectos las consecuencias lógicas de los antiguos principios, y así se utilizaron medios para obviar la dificultad y hacer que los efectos del negocio fueran del representante al representado, y por otra parte se admitió en algunos casos la representación directa, con lo en *la bonorum possessio*, en la adquisición del derecho de prenda y en los actos realizados por *el procurator omnium rerum*.

Por lo demás, y ya en este último lo estado del Derecho, declarada la voluntad por el representante y hecha en nombre de otro, *el efecto jurídico del negocio recae sobre el representado, sin producir efecto alguno para el representante con tal que éste no sólo haga la declaración en nombre de otro, sino que obre dentro del límite de sus facultades*, bien conforme al mandato dado, o por razón de su oficio, o por la constitución de una persona colectiva o social, ya que por estos distintos motivos se puede tener el derecho de concluir un negocio jurídico terminado.

### **5.3.6 ELEMENTOS ESENCIALES REFERENTES A LA CONFORMIDAD O CORRESPONDENCIA ENTRE LA VOLUNTAD INTERNA Y LA MANIFESTADA O DECLARADA**

*En orden a la declaración de voluntad, lo más importante no es tratar del caso en que la voluntad interna coincida con la exteriorización de la misma, sino examinar y determinar aquel otro posible y frecuente, en que hay oposición o contradicción entre la voluntad real, interna, y la eterna o declarada, porque, si no son coincidentes, se hace preciso fijar cuál de ellas debe de prevalecer.*

*Se ha sostenido que debe predominar la voluntad interna o real, porque es la causa eficiente del negocio jurídico, mientras que la declarada no es otra cosa que la expresión de ella. Se afirma por otros juristas que no hay más remedio que atenerse a la voluntad exteriorizada, ya que no habría seguridad en las relaciones de Derecho si la voluntad expresada no fuera verdaderamente eficaz.*

Parece ser, en principio, que en tal caso de oposición entre ambas voluntades no puede decirse que la declaración y expresión sea voluntad, porque nada expresa ni declara ésta si lo exteriorizado o manifestado no fue lo querido por el autor de la declaración, ya que ello sería tanto como dar eficacia a una apariencia o simulación, a una voluntad que no lo es, sancionando actos que tienen, por origen un vicio de nulidad. En atención a ello se sostiene que la voluntad verdadera es la intención, el propósito, la voluntad interior, ya que la externa no es más que expresión o manifestación de aquélla, debiendo por tanto prevalecer la voluntad real.

Sin embargo, *en el terreno positivo, es lo cierto que el Derecho no presumía esas divergencias entre estos dos momentos de voluntad*, si se afirmaban debían probarse, puesto que, en defecto de justificación, se entendía como una sola y misma *la voluntad real y la declarada*. Mas si se probaba la divergencia, resultaba preferente la voluntad real sobre la declarada, pues el efecto jurídico que se produciría de no existir tal oposición, no se produce.

***Tales son los dos puntos de vista, teoría de la voluntad y teoría de la declaración.***

*Que la doctrina moderna plantea sobre este punto. Para el primero, el querer efectivo interno es lo que la norma o precepto del Derecho protege, porque la exteriorización de la voluntad sólo tiene valor de mera probanza; en cambio, para el segundo no puede comprobarse de modo, seguro la voluntad verdadera, y*

*como la sociedad sólo conoce la declaración, a esta hay que atenerse, porque de ella nacen los derechos y deberes que, como formando parte de los intereses generales, con arreglo a ellos deben ser interpretados y regulados aquellos.*

*El Derecho Romano* no pudo hacer declaraciones concretas sobre este punto, dado que sus juristas nunca hicieron una teoría general sobre el negocio jurídico; pero, desde luego, parece ser lo más seguro se inclinaron a la voluntad interna, porque en la mayoría de sus instituciones buscaron siempre *el animus, affectus, o consensus, es decir, la verdadera voluntas.*

*Pero claro es que esta afirmación sólo puede hacerse respecto a la época del Derecho clásico y del justiniano, porque antes, en el Derecho primitivo antiguo, imperaba exclusivamente la forma, la declaración o manifestación de la voluntad; según, como al comienzo del número 12 dijimos, se desprendía del contenido de la tabla VI, fr. 1.º de la ley de las XII tablas, aunque, no obstante esto, no careció el Derecho de tal época de soluciones concretas para garantizar y respetar la voluntad. interna individual, a fin de hacer seguras las relaciones jurídicas y evitar la lesión de los intereses privados y públicos, predominando el criterio de la; voluntad interna para los negocios de adquisición, familiares y de última voluntad, y en cambio el de la voluntad declarada para los onerosos y mercantiles<sup>79</sup>.*

*Se distinguía evidentemente en los casos de divergencia entre la voluntad interior y la manifestada, si la oposición era querida por el sujeto de carácter intencional, como las hechas en chanza o broma, iocandi gratia, o como prueba o ejemplo, demonstrandi causa, que no daban lugar al negocio de derecho, pero que, sin embargo, concedían al tercero, que creía en la declaración un derecho a ser indemnizado, las restricciones o reservas mentales, en las que dominaba el propósito de no querer dar efectos a la manifestación de la voluntad, y que, careciendo de importancia en la esfera jurídica, prevalecía en ellas la voluntad declarada y, por último, la simulación. Esta divergencia intencional, llamada simulación, consiste en aparentar una cosa que no es, dar semejanza o apariencia a la no verdad, produciendo creencia de un estado no real.*

En la simulación de todo negocio de derecho tienen que concurrir *en primer término* una declaración de voluntad deliberadamente no conforme con la intención; *en segundo lugar*, que tal declaración sea convenida entre las partes de mutuo acuerdo, ya que el solo propósito de una sola es insuficiente, pues en tal caso resultaría no una simulación, sino una reserva mental o un caso de dolo, y es preciso, *en último término*, un manifiesto engaño a tercero para que el acto no sea puramente Irónico o didáctico, sino de verdadera simulación.

Como en definitiva en toda simulación hay un negocio aparente, porque aunque se celebre de modo perfecto existe sólo en apariencia, sin ánimo de que produzca efecto, suele distinguirse el caso de que las simulación ataque a la misma existencia del negocio de aquellos otros en que se refiere a la naturaleza del acto o a la persona que lo real.

*En el primer supuesto*, en que hay un acto inexistente, ficticio, en el que no se quiere en realidad concluir negocio alguno, se dice que la simulación es absoluta; *en el segundo*, que tiene lugar realizan o las partes un negocio real, pero diferente del que externamente aparece, ocultando el verdadero negocio, se afirma que la simulación es relativa, *finalmente*, si por las partes se lleva a efecto un acto de carácter también real, *pero solamente se simula la persona del verdadero interviniente, figurando un sujeto distinto del acto, un fingido titular, se produce la llamada interposición.*

*En todos los casos, tanto de simulación absoluta como relativa, el Derecho Romano declaraba nulo el negocio simulado.* Esto sucedía, desde luego, en el primer caso, de absoluta simulación, ningún traspaso ni cambio jurídico se producía, llevando incluso el sello de tal nulidad las garantías, prendas, fianzas e hipotecas que las partes hubieran convenido a fin de asegurar el negocio.

Con respecto a la simulación relativa, era válido, en cambio, el negocio que realmente se ha querido, si, además de su licitud, reunía los propósitos esenciales para existir. Este criterio influyó con posterioridad para considerar en la doctrina moderna que si bien es nulo el acto aparente, sin embargo, como en la simulación relativa se da el medio para ocultar el acto jurídico verdadero, la ineficacia de la forma externa no puede ser obstáculo para la validez del verdadero, si éste reúne las condiciones legales para su existencia y contiene cosas lícitas. *Por estas consideraciones también Roma declaró la nulidad de los actos celebrados en fraude de la ley*, que tenían lugar cuando se dirigían contra el espíritu consignado en la ley o norma los actos realmente queridos, sin embargo de no oponerse abiertamente a la letra de la ley.

*Por último, en el importante punto de los efectos que, con relación a terceros de buena fe, podía producir el negocio simulado, fue deficiente el Derecho Romano, limitándose a admitir para la seguridad de las relaciones jurídicas la tutela del Derecho sobre la buena fe del tercero.*

Por lo demás, *la simulación*, cuando la cometía una sola de las partes con ánimo de perjudicar a la otra, se convertía en *dolo*<sup>80</sup>; cuando las dos habían aparentado que realizaban el negocio, sin ser esto cierto, *no había acto jurídico*<sup>81</sup>, y si ocultaban un negocio bajo las apariencias de otro, este último era el válido, *no siendo contrario a las leyes*<sup>82</sup>.

*Al lado de la divergencia intencional entre la voluntad interna y la declarada del negocio jurídico, existe también la divergencia no intencional, no deliberada e involuntaria, que constituye el error.*

### C) Error.

*El error*, como vicio de la voluntad o de la declaración de ésta en los negocios de derecho, supone ausencia de, una idea verdadera, hace creer verdadero lo que es falso y, al contrario, envolviendo siempre un defecto de conocimiento del verdadero estado de las cosas.

*En el concepto jurídico comprende también la ignorancia*, aunque deba distinguirse de ésta y no pueda confundirse con la mima, si bien sus efectos jurídicos suelen ser idénticos, porque la ignorancia es carencia, absoluta de conocimiento, falta de toda noción sobre una cosa.

*No puede menos de influir el error en las declaraciones de voluntad*, puesto que cuando ésta se manifiesta en virtud de error, no hay voluntad verdadera, no se quiere con el discernimiento previo necesario para que se produzcan todos los efectos jurídicos que son consecuencia del acto, ya que ha existido un conocimiento equivocado acerca de los hechos particulares que han determinado un acto de voluntad.

*No cabe duda que el error supone una divergencia, una desarmonía entre la voluntad real, verdadera e interna y la voluntad declarada; pero esta discordancia producirá ante el Derecho efectos o consecuencias distintas, según que ese defecto de concordancia entre las dos voluntades se equipare a la ausencia de voluntad o se estime que existe voluntad declarada que debe ser por lo menos respetada.*

*En el primer caso la consecuencia jurídica es la de que el acto será nulo; en el segundo, será únicamente anulable, porque lleva en sí un vicio por el que puede pedirse la nulidad.*

Además, se afirma en la doctrina, con alguna generalidad, que el error que impide u obsta a los efectos normales del acto es productor de inexistencia del mismo, al paso que el que recae totalmente sobre los motivos, y en especiales circunstancias, causará únicamente la anulabilidad del negocio.

No es fácil determinarse en absoluto por una u otra de las tendencias indicadas, y mucho menos ante *el Derecho Romano*, quien, por obra de sus jurisconsultos, no se ajustaron en esta materia a criterios doctrinales de ninguna especie, ya que discurrían a base de los elementos del negocio sobre los que recalán la ignorancia o el error, y hasta trataban de distinguir entre el error que ocasiona divergencia entre la voluntad y la declaración, o entre la voluntad que se tiene y la que se hubiera tenido.

*Por lo que respecta a los negocios del puro Derecho civil, dado su carácter de solemnidad y formalidad, no tomaban en cuenta el error, ni siquiera el impediente o que obstaba al negocio jurídico. Pero más tarde, merced a la reforma pretoriana, y en la época del Derecho nuevo, se afirma el imperio de la voluntad interna y el criterio de que una voluntad viciada por el error no tiene valor alguno.*

Mas a pesar de tales afirmaciones, no todos los errores llegaban a producir dichos efectos, y era preciso distinguir distintas categorías en el error, pues este podía referirse a la expresión misma de la declaración o al contenido de ella.

*En el primer caso, el error es exclusivo de la voluntad, hay falta de voluntad, y el acto producido debe ser nulo; en el segundo, no hay ausencia de voluntad, puede no haber sido siquiera divergencia entre ambas voluntades, y el acto no debe ser nulo en absoluto, aunque pueda ser anulable.*

De aquí la necesidad de diferenciar, *el error denominado esencial del accidental* y sin que pueda afirmarse la existencia de principios constantes o fórmulas generales para que dentro de ellas se encuadrasen tales categorías de errores, se consideraban dentro del llamado *error esencial* distintos casos referentes al error que recalca sobre la naturaleza del acto, sobre el objeto principal de la declaración o algunas de sus cualidades esenciales, o sobre las cualidades de la persona, o también sobre la cantidad, la cualidad o los motivos; y, en cambio, dentro del llamado error accidental todo el que recalca sobre las cualidades secundarias del objeto o sobre los motivos del acto, cuando estos son causas determinantes de la declaración.

**Atentos a estas Ideas, romanos consideraban esencial el error en los casos siguientes:**

1. *Cuando el error versaba sobre la naturaleza del negocio, error in negotio*, el cual afectaba a la misma esencia jurídica de éste, como si se entregaba una cosa en depósito y se creía por el otro recibirla en préstamo, en cuyo caso no había ninguno de los dos contratos, porque no hay acuerdo ni para uno ni para otro, siendo el error esencial<sup>83</sup>.
2. *El error sobre el objeto del acto, error incorpore*, pues falta la inteligencia y acuerdo entre las personas que han querido realizar el negocio, y así, si uno creía comprar *el esclavo Pánfilo*, mientras que el vendedor cree vender a *Stico*, no podía existir el negocio, y era nulo por faltar la identidad real de la cosa, la individualidad concreta del objeto<sup>84</sup>.

3. *Error sobre la sustancia de la cosa, error in substantia*, que afecta a las cualidades esenciales que constituyen la naturaleza propia de una cosa y la distinguen de las cosas de especies diferentes. Es un error sobre una cualidad principal de la cosa, y, por tanto, se supone que las partes no hubieran hecho la declaración si no hubiera existido error sobre ella. De esta manera, quien toma un lingote de cobre por uno de oro, o vinagre por vino, *pero no si el oro se creía puro y tiene una aleación, o si el vino es de calidad inferior*<sup>85</sup>, este error es causa de la nulidad del acto porque aunque no impide que las partes estén de acuerdo y al parecer pudiera ser el acto válido, es exclusivo del consentimiento, y la operación sería nula<sup>86</sup>.
4. *Error sobre la persona, error in persona, recayente sobre la identidad de aquel a cuyo favor se realiza el negocio*. Por lo general, y por ello este error no era siempre esencial, no es causa de nulidad del acto jurídico, a no ser que la consideración de la persona sea la causa principal de la declaración de la voluntad, pues en este supuesto *el acto jurídico producido tiene el vicio de nulidad, sin que sea indispensable recaiga sobre la persona física, ya que basta afecte a una cualidad, que es motivo determinante del acto jurídico*.

Por último, es preciso, *en materia de error sobre la persona*, tener en cuenta las circunstancias y la naturaleza del acto en negocios puramente gratuitos, la consideración de la persona es, generalmente principal y determinante (*donación, mandato, depósito*); pero en los onerosos es indiferente al acto regularmente, aunque algunos motiva la declaración (*crédito, talento, reputación*), *en los que el error no puede ser indiferente*.

5. *Error en la cantidad, error in quantitate*, que dice relación a todo lo que es susceptible de medida o de aumento y disminución, origina las mismas reglas que el error in substantia; el negocio será nulo si uno cree vender por mil y el comprador está en la idea de que el precio, es quinientos; *pero, en cambio, será válido si el vendedor cree que el precio es quinientos y el comprador acepta en la inteligencia de que es mil, validez que se estimará hasta la menor cantidad*.
6. *Error sobre los motivos del acto, llamados por alguna falsa causa o falsa demonstratio*, se estima por regla general que no daña, y en su consecuencia no anula el negocio de derecho. Se aduce para ello como razón que el motivo no es ordinariamente conocido por la otra parte y puede variar hasta lo infinito; quién compra un caballo creyendo equivocadamente que ha muerto el suyo, no es un error que pueda anular el contrato.

**La regla formulada tenía una esfera de aplicación general respecto de los actos a título gratuito: todas si en ellos el motivo venía a constituir una condición esencial para el favorecido con el negocio, entonces la falsedad del motivo afectaba a la validez del acto tal sucedía en los actos de donación o de testamento**, por ejemplo, si el donante testador había hecho del motivo una condición de la liberalidad, o si resultara claramente de los términos de la declaración que el autor de la misma subordinaba la eficacia del negocio a la existencia del motivo, en cuyo caso el error sería causa de la nulidad del negocio. Por causa, quien nombrase heredero a una persona por creerla su nieto, resultando que no lo es, habrá un error, que ha sido la causa determinante de la voluntad.

7. *Error de hecho y de derecho*. El Derecho Romano distinguió también entre estas dos clases de errores, dando mayor gravedad, al primero que al segundo.

**Denominaba error de hecho al que recala sobre algún hecho o acontecimiento, y error de derecho al que se refería a lo que disponían las leyes o los principios legales.** Y aunque tales clases de error eran de diferente naturaleza, se seguían acerca de ellos unas mismas reglas. Había casos en los que nada influía el error, y entonces era como si no existiera para la validez de los negocios jurídicos<sup>87</sup>, lo mismo que cuando era de tal naturaleza que podía deshacerse<sup>88</sup>; mas en todos los demás habla que distinguir entre el error de hecho y el de derecho.

*El error de hecho no perjudicaba nunca, a no ser que proviniese de un descuido grosero e imperdonable<sup>89</sup>, y aún entonces el error sobre hecho propio debía ir acompañado de circunstancias que le agravasen<sup>90</sup>.*



Ade  
más  
habla  
que  
distin  
guir  
si el  
error  
era  
esen  
cial,

recayente sobre alguna de las circunstancias esenciales, como sobre la cosa o sus principales cualidades; la persona, si se había tenido en consideración para celebrar el acto; el precio, si el que debía pagarlo ofrecía menos de lo que la otra parte pensaba, etc., en cuyos casos anulaba el negocio, o si era accidental, o, lo que es lo mismo, recaía sobre las circunstancias accidentales, ya que entonces no anulaba el acto; pero el que lo había sufrido podía pedir la indemnización de daños y perjuicios.

*Por su parte, el error de derecho no perjudicaba nunca a los menores, ni a los militares, ni a los rústicos<sup>91</sup>, y a las mujeres sólo cuando les resultaba algún beneficio o cuando pagaban<sup>92</sup>. En cuanto a las demás personas, las perjudicaba siempre cuando era vencible, es decir, cuando pudiera evitarse consultando a un jurisconsulto<sup>93</sup>, y en el caso de ser invencible perjudicaba también al que lo padecía cuando le impedía disfrutar de un beneficio; mas cuando le exponía a sufrir alguna pérdida, si bien no podía repetir lo que había pagado ya, no estaba tampoco obligado a pagar lo que había prometido<sup>94</sup>.*

Para terminar, *y por lo que afecta al error llamado accidental, es decir, aquel error que no ha tenido una influencia determinante en la voluntad, puede afirmarse que, de ordinario, no ataca a la validez del negocio por recaer sobre cualidades no sustanciales del objeto, o sea sobre aquellas que no han sido tomadas en consideración como principales para la declaración de la voluntad.*

## 5.4. FORMA EXTERNA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

### 5.4.1 FORMA DE LOS NEGOCIOS DE DERECHO

*En apartados anteriores se ha expuesto la forma de declararse la voluntad en el negocio de derecho, ya que indicamos que tal declaración podía llevarse a efecto expresa o tácitamente. Pero dando por reproducidas aquellas consideraciones, pretendemos en este lugar tratar de la manera de revestir jurídicamente, de exteriorizar, las declaraciones de voluntad; y a tanto equivale este estudio, como a determinar las solemnidades que deben observarse a fin de que la voluntad declarada sea eficaz y produzca el acto los efectos más conformes a su propia naturaleza.*

*Es de trascendencia el problema de la forma de los negocios de derecho dentro de las instituciones privadas, y siquiera dichas formas hayan disfrutado de distinto valor jurídico, siempre han existido, sobreviviendo incluso a la libertad que tuvo el pueblo romano, correspondiendo al mayor desarrollo de esa libertad un mayor imperio del formalismo en los actos; y, por el contrario, cuando la libertad decae totalmente, desaparece también el formalismo y las fórmulas de Derecho antiguo<sup>95</sup>.*

**Mantener la soberanía de la forma en el Derecho equivale a pronunciarse contra la arbitrariedad y en favor de la libertad,** puesto que a merced a ella se mantienen la disciplina y el orden, se constituye una positiva defensa contra los exteriores ataques, y, por el valor que la forma entraña, se constituye esta en un elemento avanzado que vela por la libertad jurídica. En definitiva, pues, *la forma en el negocio jurídico es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y debe acompañar siempre al derecho.* No quiere significar lo anterior el sustentar un criterio absoluto en la materia que preconice la necesidad de un ritualismo exagerado o de un excesivo formalismo; este criterio impediría muchas veces, o al menos dificultaría o retardaría, actuando de verdadera traba, el desarrollo de múltiples negocios de derecho.

Pero si se trata de hacer resaltar la idea de que las formas son indispensables en la mayor parte de los negocios jurídicos, ya que de otro modo los intereses sociales y particulares, que en todo momento deben ser protegidos jurídicamente, quedarían abandonados a la suerte; al azar o a la mala fe de las personas.

**El derecho privado, y su expresión la ley positiva, no puede abstenerse en materia de forma externa de los actos, sin renunciar a su función social.** Sin embargo, ese mismo derecho ha sufrido una evolución en la materia, sustituyendo al formalismo y simbolismo romanos, y a su excesivo ritualismo, una mayor libertad o amplitud en la materia, sin olvidar que, si es verdad que en una declaración de voluntad lo importante y esencial es que se declare, en alguna de tales declaraciones de carácter trascendental, la ley debe exigir una determinada forma que las mismas deben ajustarse.

**El Derecho puede imponer una forma de carácter negativo, como la prohibición de la expresión de voluntad tácita; o de carácter positivo, determinando la forma del acto.** Crea el acto formal en ese último caso; en el primero establece una limitación en la forma; pero cuando el acto no requiere una forma determinada para que reduzca efectos, aparece el acto no formal o consensual, exento de toda clase de solemnidades.

Desde luego, *si la ley somete a un acto a formas determinadas, la nulidad del negocio se produce si las formas exigidas no existen. La forma es esencial al acto jurídico si el legislador la impone, y como es el único modo o medio de expresar la voluntad, si ésta se manifiesta de distinta manera no puede tener el negocio eficacia jurídica ni valor ante la ley. A base de la regla forma dat esse rei, desde el Derecho Romano hasta el actual y cuando la ley prescribe el empleo de formas, domina el principio antes expresado, es decir, es esencial en dicho caso el cumplimiento de las formas a la existencia del acto; y si no se observan, la nulidad se produce.*

**La única dificultad estará en determinar si la forma se exige por vía de solemnidad o por vía de justificación, ad solemnitatem o, ad probationem fantum; o de otro modo: si la forma es sustancial o meramente testimonial; porque en, el caso primero se producirá la nulidad de no observarse, pero no en el segundo. Y bueno será advertir cómo interesa a estos efectos que se distinguen entre la forma del acto y la forma de la obligación, puesto que la ley algunas veces exige en un documento ciertas solemnidades, y si faltan puede perder éste su eficacia; pero en cambio no la pierde el acto contenido en dicho instrumento documental.**

De la misma manera, si la obligación es nula por defecto formal del documento de la que, sea resultante, no puede confirmarse ni ratificarse tal obligación, ya que, atendiendo la ley no sólo al interés de las partes, sino también al de terceros o al, interés social al imponer como esencial la forma, la falta de ésta hace inexistente el acto, ocasionando la absoluta nulidad del mismo.

*El Derecho Romano, en este punto de la forma de los negocios jurídicos, hizo predominar la necesidad de la forma en los actos de derecho, especialmente la forma oral. No es obstáculo esto para que exigiese también, en algunos casos, que a las formalidades orales se añadieran ciertos actos, derivados a veces del contenido del negocio, formas reales, o que tenían con el mismo una simbólica relación, forma simbólica, aunque prefirió las primeras.*

*Pero en los primitivos tiempos la forma en nuestro Derecho no es creación artificiosa del legislador, sino expresión necesaria del negocio mismo; no era, posible la realización de actos de derecho más que mediante formas, y sólo éstas, bien fuera la palabra solemne o el acto ceremonial establecido, producían efectos jurídicos.*

Fue, por tanto, *el Derecho del pueblo romano de un absoluto rigor formalista en sus primeras etapas*, cuyo rigor duró largo tiempo por su carácter, conservador, lo cual explica que ya en la época clásica figuren al lado de negocios libres de forma, otros de tipo formalista antiguo, teniendo como justificación la existencia en la época dicha de negocios formales la tendencia de los mismos a representar un valor abstracto; porque fundando su eficacia en la forma, no en el contenido, amparaban de tal manera el hecho de admitir al amparo de la forma actos de un contenido variadísimo e infinito, de lo que es un vivo ejemplo *la stipulatio*, y en otras ocasiones ampliaban su eficacia originaria para ser empleados con fines diversos de aquellos para los que fueron establecidos, como *los negocios per aes et libram* y *la iure cessio*.

De todas suertes, *los negocios jurídicos formales del Derecho Romano*, que tienen una importancia general por su amplia esfera de aplicación, eran *los per aes et libram*, y dentro de éstos, *el de más interés la mancipatio*; al lado de ésta, *la in iure cessio*,<sup>66</sup> que se encuentra ya en *las XII tablas, y la stipulatio*, todos ellos tratados en el texto, en los respectivos lugares de las particulares instituciones a que se aplicaban.

Una manifestación de la forma externa de *los negocios jurídicos en Roma*, ya apuntada en el apartado anterior (n.º 6º), era la escrita y documental. La primera de ellas, y durante todas las épocas, como fórmula obligatoria de los actos, tuvo una importancia accesorias. Aparece en primer término en *el periodo de la República* aplicada al contrato literal también a las donaciones de gran valor, y en *V. Mitteis, Rom, Provatr., I., páginas 256 y siguientes y Jors Kunkel, ab. Cit., páginas 128 y siguientes.*

*El divorcio, libelo de repudio, en el Derecho posclásico.* No dejaron de seguir los romanos su habitual costumbre de emplear las formas orales o no exigir forma alguna en el acto, y todo lo más, como sucedía en los testamentos a partir del *Derecho clásico*, y en la estipulación de la última época se autorizaba a usar electivamente o la forma oral o la escrita; pero también es cierto que ya desde la época republicana se extendió la costumbre de redactar escritos, como en la estipulación, mancipación, préstamos y pagos, aunque se contrajesen sin formalidad alguna.

Mas todo esto, *es decir, tal práctica escrituraria, los documentos resultantes de ella no tenían carácter fundamental de disposición*, de base precisa para las existencia del negocio, tornando sólo el aspecto de un mero documento de probanza; el negocio jurídico era, por tanto, extraño al documento; dicho negocio podía ser oral, formal o exento de forma, pero reducido a escritura para acreditarle. *Sólo en la última época admite Roma el documento, dispositivo, sustituyendo a la forma, oral.*

Copiado dicho habito del *pueblo griego*, a la costumbre de éste se adaptó *la romana* respecto a la estructura del documento. Se utilizaron las tablas de madera cubiertas de cera (*tabulae*), se ataban varias de éstas en número de tres (*triptichon*). Se escribía en las caras internas, y se ligaban y sellaban todas, formando en algunos casos una escritura doble, reproducida en el exterior para más fácil manejo. Más tarde, en la época del Imperio, se usó, adquiriendo luego carácter general, *el papiro (charta)*.

El documento primero y solemne describía objetivamente el negocio jurídico de que se tratase por *la llamada testatio*, intervenían los testigos poniendo su sello, y al lado de éste el nombre. Después, en época del Imperio, se utiliza el documento que, sin testigos, lleva en la misma escritura del que lo extendía la garantía de autenticidad, documento manuscrito (*chirographum*) hecho en forma subjetiva.

*Tal era la técnica, pero aplicable, solamente al documento que pudiéramos llamar privado*, pues no eran entonces conocidos los públicos, ya que los actos y resoluciones de autoridades no se notificaban en forma documental, sino por exposición pública en lugares públicos, siendo de cuenta del interesado adquirir por sí copia del acto de carácter privado. Sólo más tarde, y en *el siglo III de la Era cristiana* se empieza a utilizar en forma de declaraciones *apud* acta el sistema de documentos públicos; se avanza después, en *la última época del Imperio*, creando funcionarios especiales que autorizan escrituras de particulares, imponiendo su obligatoriedad en algunos negocios por medio de *la insinuatio*; mas, esto no obstante, sigue el documento privado siendo la norma general de la forma escrita, que en la época aludida se hace generalmente interviniendo testigos, pero extendiéndose por un escribano profesional, que es *el tabularius*.

## 5.5. ELEMENTOS O CLAUSULAS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO JURIDICO

### 5.5.1 MODALIDADES DEL NEGOCIO JURIDICO



Aunque en un negocio de derecho parece que la voluntad de las partes, una vez declarada, debiera ser firme y sin restricción, la realidad, no obstante, demuestra que tal voluntad se manifiesta y declara con limitaciones que hacen depender de la realización de ciertos actos la eficacia de dicha voluntad; Estas limitaciones, verdaderas modalidades o modificaciones, a virtud de las cuales los efectos jurídicos del negocio dependen del hecho o acontecimiento en qué consiste tal modificación, y que reciben también *el nombre de cláusulas accidentales o accesorias, son la condición, el término, el modo, la causa, el juramento, la cláusula penal y las arras. De todas ellas haremos un breve análisis, remitiéndonos, para su más amplio conocimiento, a la doctrina sobre ellas expuesta en el texto al tratar de las obligaciones en particular*<sup>96</sup>.

- A) Condición.-** *En esta modalidad o limitación, la voluntad declarada sólo puede tener efecto presuponiendo un acontecimiento futuro e incierto, y este sentido técnico y peculiar es base del sentido objetivo de tal modificación, entendiéndole los romanos como el acontecimiento mismo futuro e incierto del que depende la adquisición o pérdida de un derecho . Desde luego no depende de la condición la existencia de la voluntad, pero sí sus efectos, ya que la declaración condicionada de la voluntad no tiene fuerza como tal, sino tan sólo con el concurso de determinadas circunstancias.*

**Tal como se conceptuaba esta limitación, difería de otras afines llamadas condiciones impropias o aparentes; tales eran:**

Los requisitos impuestos por el derecho objetivo para la validez del negocio, condiciones iuris tácitas o legales, las que consistían en hechos no futuros, aunque sean inciertos para las partes; *in praeteritum vel in, praesens collatae* las que eran sucesos futuros no inciertos; *quae omni modo extiturae sunt*, los acontecimientos imposibles física o jurídicamente, y, por último, las condiciones que implicaban una actividad inmoral o delictiva, *conditio turpis*. Solamente las imposibles e ilícitas producían la nulidad del negocio, a excepción del caso de que se unieran a instituciones de heredero, legados, fideicomisos y manumisiones testamentarias, en que según el parecer de *los sabinianos*, tomado no por razones teóricas, sino por oportunistas decisiones de la jurisprudencia, la condición se tenía por no puesta y el negocio se reputaba válido.

Ahora bien, como las declaraciones de la voluntad condicionada son de un contenido muy variado, puesto que la limitación de la voluntad puede presentarse de maneras distintas, ello da lugar a diferentes clases de condiciones, productoras de distintos efectos en el Derecho.

*En primer lugar, y por razones del modo de influir en las relaciones de derecho a que afectan, son suspensivas y resolutorias, según que de ellas dependiera que principiase o concluyesen los efectos del acto jurídico<sup>98</sup>, puesto que la declaración condicional de la voluntad podía tender a constituir o modificar un negocio jurídico o a revocarle en tales supuestos los efectos del negocio de derecho no empiezan, las condiciones suspensivas hasta que la condición se verifican, en cambio, en las resolutorias, si se cumplen, determinan la extinción del derecho. Estas construcciones fueron debidas, no a los jurisconsultos, sino a los intérpretes, ya que los primeros vetan en el caso de dichas clase de condiciones, por una parte, un acto de Derecho puro, y por otra un acto accesorio de contrarios efectos, además de que la resolutoria se hallaba en contradicción con el Derecho antiguo, que no admitía ya transmisión de la propiedad ad tempus, ni la posibilidad de establecer servidumbres o también obligaciones de tal forma; únicamente cuando el pretor concedió eficacia a tales cláusulas, cuando se armonizaron el Derecho civil y el honorario, y cuando se pudo transmitir la propiedad a tiempo determinado, pudo tener cabida la distinción entre ambas clases de condiciones.*

*En segundo lugar, y por referirse a una acción o a una omisión, eran afirmativas o positivas y negativas, según que el acontecimiento en qué consistían sucediese o no. Consistían las primeras en hacer alguna cosa; las segundas, en omitir o no hacer. En las positivas o afirmativas, su cumplimiento se realiza cuando se hace o ejecuta el hecho en que la condición consiste en las negativas, si se trata de afectar a relaciones por causa de muerte, se admitía el cumplimiento legal o fingido, mientras que en las relaciones entre vivos se exige el cumplimiento real o la negación u omisión.*

*En tercer término, por razón de la causa de que depende su cumplimiento, eran las condiciones potestativas, casuales y mixtas, según que el acontecimiento dependía de la voluntad de aquel a quien se imponía, de la casualidad o causas independientes de la voluntad humana o de ambas cosas a la vez<sup>99</sup>. Las potestativas consisten en un acto de una de las partes; pero si tal acto es de un tercero, puede convertirse en casual o mixta; y ésta, como la misma palabra lo indica, su naturaleza es una mezcla de potestativa y casual.*

Realmente no puede hablarse de condiciones potestativas, puesto que no hay ninguna condición que dependa exclusivamente de la voluntad humana; por la razón de que a ésta la influyen circunstancias exteriores que, si limitan, no anulan la voluntad, y por ello se consideran cumplidas, de hecho cuando positivamente se cumple la condición, o legalmente, por ficción, cuando la ley la supone cumplida, habiendo hecho la persona todo cuanto le fue posible, todos los actos que de su voluntad dependían para que se realizara la condición.

En cambio, tratándose de condiciones casuales, no cabe más que el cumplimiento real, verdadero y efectivo, y en las mixtas se precisa distinguir si el cumplimiento depende de la voluntad de la persona a quien se impuso y de la de un tercero, o de la voluntad del interesado y de la suerte o acaso, ya que en el primer caso puede darse, el cumplimiento real, y en el segundo el finado o legal, por no ser necesario el cumplimiento efectivo.

*En cuarto lugar, por la naturaleza del acto o hecho que las constituya*, son las condiciones divisibles e indivisibles, sean que consistan en hechos cuyo cumplimiento puede hacerse por partes o porciones, o, por el contrario, no son susceptibles de ser cumplidas más que en un solo momento, en una sola prestación, una sola vez.

Y, como ya quedó afirmado antes, para fijar la naturaleza divisible e indivisible de una condición es preciso atender a la naturaleza del objeto en que aquella consiste o a la voluntad que la estableció, a fin de que, en definitiva, los efectos se traduzcan en que la divisible se cumpla por partes y la indivisible en su totalidad.

*En quinto término, y atendida la razón de ser o no ser factible realmente la condición*, podía ser ésta posible e imposible, aunque en verdad no son éstas propiamente condiciones. Las posibles recaen sobre un hecho o acto que puede realizarse o verificarse; las imposibles afectan a hechos o actos que no pueden verificarse, por impedirlo el orden físico, las leyes o las buenas costumbres, de donde se deduce que la posibilidad o imposibilidad podía serlo física o moralmente, y, de modo más especial, que la imposibilidad podía derivar de la naturaleza (*imposibilidad física*), dimanar del derecho o de las buenas costumbres (*imposibilidad de derecho o moral*), y hasta podía arrancar la imposibilidad de la duda o ambigüedad por no poderse comprender su verdadera significación, a causa de consistir la condición en un hecho inconciliable con la subsistencia del efecto jurídico querido; *desde luego que estas últimas condiciones no son imposibles, y por dicha razón se les llama perplejas.*

*Es preciso reconocer que los efectos jurídicos de las condiciones imposibles físicamente deben ser el considerar las declaraciones de la voluntad a que afectan con puramente hechas*, sin limitaciones de ningún género, y tenerlas, por tanto, como no puestas, porque en realidad no son acontecimientos futuros e inciertos, y, por tanto; tampoco verdaderas condiciones. Y si la condición imposible fuera parcial, se debe atender a la voluntad del declarante e intentar vencerla dificultad.

*Tratándose de condiciones jurídicamente imposibles*, comprendiendo dentro de ellas tanto a las contrarias al derecho, como las ilícitas, inmorales u opuestas a las buenas costumbres, dentro del *Derecho Romano* existió la controversia respecto a sus efectos, según se refiriesen a testamentos o contratos, y *Justiniano* aceptó la distinción, declarando que las condiciones jurídicamente imposibles anulaban los contratos y debían ser consideradas como no puestas en los testamentos.

*También, y en sexto lugar, por la necesidad de que se cumplan varias o una sola de las condiciones establecidas, eran conjuntas y alternativas. Son las primeras* las que afectando a una sola relación van unidas de tal modo que es preciso que se cumplan todas ellas para adquirir el derecho, y *las segundas* las que refiriéndose a una misma relación, basta cumplir alguna de ellas.

*Por último, en séptimo término, por constar explícita o implícitamente, se habla de condiciones expresas y tácitas.*

***Son las expresas las establecidas con palabras claras y terminantes por parte de quien hace la declaración, mientras que las tácitas no se han establecido clara y terminantemente, se suponen puestas por deducirse su existencia, de una manera lógica y racional y de la naturaleza del acto, de las cláusulas en donde se manifestó la declaración o de la misma ley:***

*Tanto unas como otras hay necesidad de cumplirlas para que se produzca la perfección del negocio jurídico, lo que en realidad más afecta a la forma de condición que a su esencia. También se distinguía la condición intrínseca, que se desprendía de la naturaleza del acto y no necesitaba expresarse.*

Veamos ahora los efectos de las condiciones, *según el Derecho de Roma*, estudiando los momentos en que pueden considerarse, y después las reglas, que debían tenerse presentes respecto de las más principales.

Primeramente existía un periodo de tiempo, *pendente conditione*, en que *el hecho de condición* no se ha realizado todavía, pero puede realizarse. Otro momento A tenía lugar, *existente condifione, es decir, cuando se ha cumplido o realizado la condición*. Y, por último, un tercer instante, *deficiente conditione, en el que falta la condición, puesto que es seguro que no se realizará*.

*Los efectos de estos tres períodos son claros. En el primero*, o sea pendiente la condición; había sólo una esperanza o probabilidad de adquirir el derecho, puesto que al no realizarse aquella no se adquiría el derecho y no se perfeccionaba el acto jurídico.

Tal esperanza era transmisible a los herederos y sucesores en actos entre vivos, pero no en los por causa de muerte. Y, especialmente, este periodo en *Roma*, referido a la condición resolutoria, en la que *los romanos* vieron, como antes se ha dicho, un segundo negocio de fin opuesto a otro anterior; obraba la condición como suspensiva, y *el primer negocio se consideraba como si fuere puro*.

*El momento o periodo segundo determina la perfección del negocio jurídico*, puesto que supone el cumplimiento de la condición; se convierte el acto en puro o celebrado puramente, retrotrayéndose al tiempo de la celebración de aquél en las condiciones suspensivas.

*Esta retroactividad la basamos, como después indicaremos*, en expresiones de las fuentes; sin embargo, algunos las estiman dudosas, creyendo que no produce efectos retroactivos la condición suspendida, a menos que así lo hayan expresamente convenido las partes.

También se ha discutido si la revocación de los efectos de la condición resolutoria cesaba absoluta y automáticamente, *ope legis*, o precisaban el ejercicio de tal facultad de revocación; la primera revocación de forma real parece denegada en *la época clásica* y admitida para algunos casos en *el Derecho, justiniano*.

*Cuando falta la condición, tercer período o momento*, o es imposible el cumplimiento de ella, el acto se retrotrae al momento de su celebración, y se tiene como no celebrado en lo que se halla afectado por la condición, ya que tal acto no pudo llegar a ser perfecto.

***En cuanto a las reglas que debían tenerse presentes en las principales condiciones:***

*Roma sentó, primero*, que cuando a la celebración del acto no se había añadido ninguna condición, la obligación resultante del acto existía y era exigible desde el momento en que aquél se había celebrado, o

*sea, técnicamente, cedía y venía el día inmediatamente<sup>100</sup>; la acción podía intentarse, desde luego, pero esto había de entenderse civilmente, es decir, el juez debía conceder siempre al deudor el tiempo materialmente necesario para que pudiese ejecutar lo que había prometido, o el que la misma naturaleza de la obligación pareciese exigir<sup>101</sup>.*

*En segundo término, la condición afirmativa, física o moralmente imposible, hacía nulos los actos jurídicos<sup>102</sup>, excepto el matrimonio y, las disposiciones testamentarias en que se tenía por no puesta, y sólo hacía nulo el matrimonio cuando era contraria a por naturaleza. La condición negativa físicamente imposible, se tenía por no puesta en todos los casos<sup>103</sup>, y la imposible moralmente anulaba el negocio cuando alguno estipulaba una cosa por no hacer una acción reprobada<sup>104</sup>, pero producía sus efectos cuando estipulaba una cosa para el caso en que por sus gestiones otro tercero se abstuviese de ejecutar una acción ilícita<sup>105</sup>.*

*Como tercera regla figuraba la de que en la condición negativa en materia de contratos suspendía ordinariamente la obligación hasta la muerte, como si prometan a uno cien escudos con tal que renegase de la religión que profesaba en cuyo caso el promitente no tendría obligación de entregarlos hasta que muriese el estipulante, porque hasta entonces no podía saberse si renegaría o no<sup>106</sup>. En las disposiciones testamentarias sucedía lo contrario, en virtud de la **caución Muciana**, por la que el adquirente garantizaba que devolvería lo que se le entregase si faltaba a la condición, pero que se habla establecido tan sólo para esta clase de disposiciones.*

*En cuarto lugar, y en materia de contratos, los actos jurídicos celebrados bajo condición producían, desde luego, algunos efectos, y la obligación nacida de ellos existía desde luego, aunque con el carácter de condicional y eventualmente<sup>107</sup>, y de ello resultaba que con el mismo carácter la transmitía a sus herederos<sup>108</sup>, lo que sucedía al contrario en las disposiciones testamentarias.*

*Por último, y en quinto término, de lo expuesto anteriormente procedía también la regla de que, en materia de contratos, los efectos de la condición se retrotraían al principio<sup>109</sup>, según expusimos anteriormente, y en su consecuencia, si al celebrarse el contrato condicional el adquirente era esclavo o hijo de familia, adquiría para su señor o para su padre, aun cuando al tiempo de cumplirse la condición el primero hubiese sido ya manumitido o el segundo hubiese salido de la patria potestad por cualquier causa.*

## **B) Término**

*Esta modalidad del término, **dies**, puede también referirse a relaciones jurídicas, a las que afecta de modo que por su existencia se produzcan distintos efectos jurídicos.*

*El término, sinónimo de plazo señalado en los actos jurídicos, se manifiesta: como un acontecimiento futuro, pero cierto e inevitable, a partir del cual deben empezar o cesar los efectos del negocio de derecho.*

Tiene de común con, la condición el ser acontecimientos futuros, pero se diferencian en que el acontecimiento futuro en la condición es incierto, y en el término es cierto e inevitable, y además se distinguen en que los

efectos nacidos de una condición pueden obrar retroactivamente, y en cambio en el término se producen sin retroactividad.

*Indudablemente el término en un negocio jurídico supone una restricción de la voluntad, causa la restricción temporal de los efectos de un acto y es un límite consistente en el tiempo impuesto a la eficacia de la relación de derecho<sup>110</sup>.*

*Como se desprende del concepto antes expuesto del término, éste puede retardar la eficacia del acto de derecho, o extinguir el derecho por ella creado; puede referirse al principio o al fin de la relación jurídica. En este sentido se habla de un término *in diem o ex die*, en el primer caso, llamado en las fuentes *dies a quo*, y en el segundo *ad diem*, denominado en las fuentes *dies ad quem*, o también, con otra terminología, se ha llamado al primer término *primordial, o inicial, o suspensivo*, y al segundo, *término final o resolutorio<sup>111</sup>*.*

Por otra parte, y además de los puntos comunes y diferencias entre la condición y el término señalados, es preciso hacer constar que, ordinariamente, los negocios jurídicos que no toleran una condición, no toleran tampoco un término, a excepción de aquellos casos en que la prestación sea de tal naturaleza que no pueda cumplirse en un momento determinado.

*Si bien el término inicial o suspensivo suspende el ejercicio*, no suspende la adquisición del derecho que se debe considerar existente en nuestro patrimonio, y por tal razón, en dicho caso, se pueden ejercer los actos de seguridad tendientes a afianzar el derecho, mientras que si es final o resolutorio, causa la caducidad de la relación que se creó, extinguiéndose todos los derechos que integran su contenido. *Es decir, que el plazo inicial suspende los efectos jurídicos*, pero no la existencia del derecho, y expirado el término, el acto debe realizarse sin tener aquél efecto retroactivo; mas cuando el término es resolutorio, al haber expirado o concluido, concluyen también o se extinguen sus efectos.

*La característica señalada al término*, consistente en su certeza o inevitabilidad, ofrece jurídicamente diversos tipos ó variedades que determinan otras clases de términos. Así, doctrinalmente, se habla del término cierto ó determinado, y del incierto o indeterminado, según que se haya establecido para un determinado mes, día o año, o bien fijado un lapso de tiempo, o cuando se fija en relación a un suceso futuro necesario. Más propiamente se decía días cierto, si se sabía que el plazo había de llegar, y cuándo, y día incierto si se ignoraba alguno de, estos extremos; y combinando después estas dos ideas, se formaron los grupos denominados día cierto del sí y cierto del cuándo, *dies certus an certus quando*, en el que se sabe llegará el día o momento y cuándo tendrá lugar esto; día cierto del sí, pero incierto del cuando, *dies certus an incertus quando*, en que sabiendo que el día llegará, no se sabe cuándo, día incierto del sí, pero cierto del cuándo, *dies incertus an certus quando*, en que se sabe la fecha precisamente, ignorando si llegará o no, y día incierto del sí y del cuándo, *dies incertus an et quando*, en que se desconoce si llegará el día y cuándo pueda tener lugar.

*A pesar de utilizar las fuentes la expresión *dies era*, sin embargo, más exacto reconocer que en los dos últimos grupos mencionado se trataba de casos de condición, significando la frase *die incertus*, por regla general, condición.*

Así, el término incierto se tenía por condición si se ignoraba el primero<sup>112</sup>, y lo mismo sucedía cuando se desconocía el segundo respecto de las disposiciones testamentarias, pero no en materia de obligaciones, en las que era un verdadero término<sup>113</sup>.

En cuanto al *dies a quo*, se decía que ceda el día cuando se adquiría un derecho, pero no se podía aún reclamar, y que venía el día cuando se podía reclamar el derecho adquirido<sup>114</sup>.

Ampliando más estas nociones, y como especiales efectos del término, puede decirse que en materia de obligaciones el término cierto no suspendía la existencia del derecho, sino su exigibilidad; la duda existía, desde luego, pero sólo podía exigirse su cumplimiento cuando el término se había cumplido<sup>115</sup> o ello y mientras tanto se decía que cedía el día, pero que no venía aun<sup>116</sup>, resultando que lo que se hubiese pagado por error antes de cumplirse el término no podía reclamarse como indebido<sup>117, 118</sup>; pero si el acreedor intentase su acción, incurría en las penas de a *la plus petitio*.

Cuando se había puesto un término, *adquem*, su efecto consistía en que por derecho estricto la obligación era perpetua, porque todo vínculo de derecho subsistía por su naturaleza hasta que interviniese algún acto o acontecimiento jurídicamente reconocido que lo hiciese cesar<sup>119</sup>.

Pero como esta consecuencia del derecho riguroso sería inicua, los pretores concedían en este caso una excepción para rechazar la acción del acreedor<sup>120</sup>, aparte, además, de que este principio de rigor fue modificado por el Derecho nuevo, según podrá observarse en materia de procedimiento y acciones al tratar de las acciones temporales.

Por lo demás, hay negocios que no toleran condición, pero tampoco término; según las fuentes, *actus legitimi non recipiunt diem vel conditionem*<sup>92</sup>, como son la *mancipatio*, la *acceptilatio*, la *aditio hereditatis* y la *datio cognitoris*.

Un factor interesante en la materia del término, como modalidad jurídica, es el tiempo. Y lo es, no sólo en cuanto por él se adquieren *derechos usucapio* y se extinguen las acciones que conceden las leyes por su falta de ejercicio en los plazos señalados, prescripción de acciones, sino también porque el tiempo es preciso determinarle señalando los períodos del mismo.

Para contar los mencionados periodos de tiempo, y con relación a la conclusión de los mismos, hablaba el Derecho Romano de una computación natural, *computatio naturalis*, en la que, apreciando el momento de iniciación y el último o final con exacta precisión, se computaba el tiempo de momento a momento, a momento *ad momentum*<sup>93</sup>, y otra computación civil, *computatio civilis*, en la que se contaba por días, por ser el día la unidad indivisible e ínfima, *ad dies numerare*<sup>94</sup>, y a veces, según las fuentes, el tiempo civil se tenía por completo desde el momento en que había principiado el último día del plazo, *dies coeptus pro iam completo habetur*, y que por tal causa se denominaba en nuestro Derecho *día novissimus, postremus, o supremus*<sup>121, 122, 123, 124</sup>.

Así se contaron y computaban la edad para el testamento, para las manumisiones de la ley *Aelia Sentia* y los plazos para adquirir por *usucapio*.

Asimismo el tiempo, en cuanto se refería a la época en que principiaban a correr los plazos o términos señalados con una finalidad jurídica, podía ser continuo y útil, y dar lugar a una computación continua o útil, *tempus continuum, tempus utile*.

En el tiempo continuo se contaba desde el momento en que sucediera un acontecimiento, aunque la persona interesada no tuviese conocimiento de él; en el útil no se principiaba a contar hasta que aquella tuviese este conocimiento, y en cuanto a la duración, se decía tiempo continuo, el que, una vez principiado, corría sin interrupción, entraban todos los días; sin distinguir *los faustos o nefastos*, y tiempo útil era aquel en que sólo se contaban los días aptos para las actuaciones judiciales, y, por tanto, no figuraban en el mismo los días prohibidos, para realizar el acto a que el plazo se refiere, llamados días inhábiles<sup>126</sup>.

De ordinario juega papel principal en las relaciones de derecho el tiempo continuo y sólo en plazos cortos, no menores de un año tienen aplicación el tiempo útil.

También se tuvo en cuenta la imposibilidad de determinarse el tiempo de duración de una situación jurídica determinada, y en orden a los efectos de la misma se admitía el proteger tales situaciones como si de manera legítima hubiesen surgido. En estos precedentes está apoyada la llamada hoy prescripción inmemorial del Derecho moderno.

### C) Modo

***Es también esta figura una determinación accesoria del negocio jurídico, pero modalidad o carga accesoria unida a la adquisición de un derecho.***

Va unida, por tanto, a la disposición o declaración de voluntad y por ella se fija el destino o uso que ha de darse a la cosa, o bien establece una prestación cuyo cumplimiento es impuesto a la persona beneficiada, no ya en su interés, sino en el del declarante o de un tercero. *Las fuentes de nuestro Derecho indican que el modo es la expresión que los autores del negocio hacían del fin para que se concediera algún derecho, o cualquiera disposición onerosa con que el concedente gravaba el concesionario*<sup>127</sup>.

Presupone el modo una limitación de la voluntad, con la condición, pero, no obstante, se diferencia de ésta en primer lugar, el modo no impide la adquisición del derecho, no obra suspensivamente, sino tan sólo de una manera coactiva, y no ataca al *dies cedit*, no exponiéndose así al peligro de una pérdida total; en cambio, la condición es suspensiva y nunca activa en segundo término, el modo aparte de ser mucho más ventajoso para el que debe obrar, puede producir la obtención del goce del derecho, dando caución y sin ejecutar el acto, y por último, si el acto se hace imposible, no entraña esta imposibilidad ningún perjuicio.

Es de alta conveniencia tener presente si el fin impuesto quieren las partes concurrentes en el negocio que sea cumplido para que se perfeccione el acto de derecho, porque en tal caso no existe el modo, sino una condición, puesto que el primero no influye ni afecta para nada a la perfección del acto, siendo muy útil, tanto en este caso como en todos los dudosos sobre si se trata de modo o de condición, se interprete debidamente la voluntad de los otorgantes en cada caso y si se encuentran dificultades para ello, presumir se trata de modo y no de condición, porque aquél deroga manos los efectos ordinarios del acto que ésta<sup>128</sup>.

Se ha insinuado por algunos tratadistas que esta carga del todo se da sólo en los negocios jurídicos que implican una liberalidad, como las donaciones entre vivos o las disposiciones de última voluntad; pero entendemos, atentos a las fuentes, que en *el Derecho Romano* podía tener lugar el modo no sólo en los actos gratuitos, sino también en los que no lo eran<sup>129</sup>; pero habla una diferencia, y es que en los primeros, si el concesionario no cumplía el modo, tenía el concedente derecho para pedir que lo cumpliera, o que se rescindiese el acto, y en los segundos sólo podía exigir que se cumpliera el modo<sup>130</sup>. Cuando sólo el que lo había de ejecutar tenía interés en hacerlo, nada le obligaba a su cumplimiento<sup>131</sup>, y en fin, el modo físicamente imposible se tenía por no puesto<sup>132</sup>.

Para dar efectividad a las cláusulas modales adoptó el Derecho Romano distintos medios, tales como las cauciones, el apremio extraordinario administrativo por autoridades de este orden en beneficio de los intereses públicos, la negativa pretoriana para él, para utilizar acciones en caso de no cumplirse el modo o el ejercicio de *una actio praescriptis verbis* otorgada a los terceros. Todas las anteriores, medidas o garantías, no tenían aplicación al llamado *modus simplex* o ruego de eficacia puramente moral.

#### D) Causa

Hemos expuesto anteriormente, *al tratar de las clases de negocios jurídicos, el alcance de los llamados negocios causales, llamando causa de los mismos al motivo primero y elemental común todos los casos de una clase de negocios determinada.*

*Ampliando ahora aquellas manifestaciones diremos que una de las acciones en que los Jurisconsultos romanos tomaron la palabra causa era el de motivo jurídico que expresaba la voluntad del concurrente en el acto de derecho<sup>133</sup>. De manera que en todo acto jurídico podían las partes expresar la causa o motivo que les impelía para celebrarlo<sup>134</sup>, y si bien, por regla general, no perjudicaba a la validez del acto la falsedad de la causa, sucedía lo contrario si diera lugar a ella un error o si se había expresado por vía de condición<sup>136</sup>.*

*La causa, en el sentido antes expresado, afectaba a los negocios jurídicos de tal modo que si ella faltaba, el acto sería nulo, especialmente para aquellos negocios que llevan su causa en sí mismos, son los bilaterales perfectos, los contratos reales, el mandato o los contratos innominados; pero no sucede lo propio tratándose, de negocios en que la causa reside en relaciones anteriores o posteriores porque entonces la validez del acto se impone, aunque exista la voluntad sin causa<sup>137</sup>.*

#### E) Juramento

***Es la invocación que se hace a la divinidad como testigo de la verdad y vengadora de la mentira y de la mala fe para dar más fuerza a una promesa o para corroborar algún hecho alegado.***

*En el primer caso se decía juramento promisorio; en el segundo, asertorio, y en el Derecho Romano el promisorio no producía por sí solo una obligación particular, de modo que sólo sería para fortalecer más la obligación contraída, si era válida porque, si era nula, lo era también el juramento<sup>138</sup>.*

*Aparte del juramento denominado necesario, existía también el voluntario, que es al que en este lugar nos referimos, manifestación de partes de un negocio, a fin de remitirse, a la afirmación solemne de una*

de ellas, cuando entre las mismas hay duda sobre la existencia de un derecho. Tal convención juratoria podía intervenir en toda clase de derechos, tanto de obligaciones como reales, pudiendo tener por objeto incluso las cuestiones de Estado<sup>139</sup>.

El pretor obligaba a respetar la convención; si era prestado por una de las partes, o la otra le hace dejación, concediendo o denegando la acción *in factum*, según se afirme o niegue la existencia del derecho, y en caso de duda sobre el juramento, otorgando al deudor una excepción.

## F) Cláusula Penal

**La cláusula penal *stipulatio poenae*, consiste en cualquiera prestación que se imponían las partes del negocio para el caso de que no cumpliesen en todo o en parte lo que se habla convenido en el plazo señalado<sup>140</sup>.**

Es precisa para su eficacia la existencia previa de una obligación principal, y puede adoptar la forma de una estipulación, de un simple acto o intervenir también en la obligación del heredero de pagar *el legado per damnationem*.

**La cláusula penal puede desempeñar una función acumulativa si va unida a la obligación principal, pudiendo el acreedor utilizar la acción de la obligación principal que no se ha cumplido, y de la que resulta de la cláusula penal, no se excluye en la una a la otra y pueden pedirse las dos, cosas a la vez si así se ha estipulado expresamente<sup>141</sup>:**

Pero en otros casos cumple una finalidad electiva, porque sustituye la cláusula penal a la obligación principal dejada de cumplir, en cuyo caso el acreedor tenía la elección de pedir que la ejecución de lo que se pactara o la pena impuesta<sup>142</sup>, y ya en *la época justineana* se autorizaba al acreedor que hubiera utilizado uno de los dos medios, poder ejercitar el otro para obtener la diferencia de lo que obtuvo por un medio y lo pudiera haber obtenido de emplear el otro.

## G) Arras

**Los romanos llamaban arras a una cierta cantidad y aún a veces a cualquier otro objeto, que una de las partes daba a la otra en señal de quedar concluida una convención<sup>143</sup>.** Esta dación, que se hacía más frecuentemente en el contrato de compraventa, podía tener distintos objetos, a que unas veces desempeñaba una función probatoria a fin de justificar con más evidencia la conclusión de un contrato<sup>144</sup> otras daba al acreedor una compensación cuando la otra parte no cumplía lo convenido, prefiriendo perder *las arras*, y en otras ocasiones aumentaba las consecuencias gravosas para el deudor que no cumplía, ya que perdía *las arras* y era además posible exigirle la prestación.

También *las arras* eran como pago de parte de la deuda contraída, de modo que el deudor, sólo tenía que pagar lo restante<sup>145</sup>; mas aparte de que los interesados se conviniesen en darles otro carácter<sup>146</sup>, desempeñaban tan sólo la función probatoria a que antes hemos aludido.

**Los textos de las fuentes romanas sobre la materia de arras no son lo suficientemente explícitos para determinar si, además del valor de las arras como prueba, era posible la pérdida de las mismas y la subsistencia de la exigibilidad de la prestación.**

**A nuestro juicio, como se ha expuesto anteriormente, era compatible el ejercicio de ambas funciones de las arras; pero, no obstante, no se encuentra un texto terminante en el Derecho antijustiniano que lo demuestre. Pero posteriormente Justiniano modificó el Derecho anterior, y desde entonces había que distinguir si se daban las arras antes o después de perfeccionado el acto; en el primer caso, esto es, cuando se daban para el caso en que alguna de las partes quisiese retractarse; o se dieran sin pactar nada, podían arrepentirse los contratantes, y el que diera las arras las perdía en beneficio del otro, y si quien se retractaba era el que las recibiera, tenía que devolverlas dobladas<sup>147</sup>.**

En otro caso, es decir, cuando se daban después de perfeccionado el acto, no había lugar al arrepentimiento si se daban como parte del precio convenido y como señal de estar concluido y perfecto el acto<sup>148</sup>; pero si cabía la posibilidad del arrepentimiento si se daban para el caso de retractación, observándose entonces lo que dejarnos consignado<sup>149</sup>.

## 5.6. INTERPRETACION DEL NEGOCIO JURIDICO

Cuando en la declaración de la voluntad en un negocio de derecho el sentido de las palabras empleadas estaba oscuro, era preciso recurrir a la interpretación. **La voluntad hay que entenderla como viene declarada en el negocio jurídico**, y debe entenderse también en relación al fin jurídico del acto, y para ello, caso de oscuridad, como antes se decía, o caso de insuficiencia en las reglas normativas, se da la interpretatio, que no debe sustituir a la voluntad, sino tan sólo determinar el verdadero sentido del negocio.

Todo lo que la doctrina en general consigna acerca de la interpretación del derecho objetivo, debe tenerse en cuenta en la materia de interpretación de un negocio jurídico; los principios generales de aquélla son aplicables a éste, al igual que los elementos de interpretación; ya que en el punto de este capítulo, se trata de averiguar el sentido, extensión y alcance de una voluntad, que en el presente caso es la privada, declarado en un negocio de derecho y en aquél es la pública de un legislador.

**Ya en nuestro Derecho Romano, y por voz de Celso, se consignaba<sup>150</sup> que el saber las leyes, diríamos aquí los negocios jurídicos, no es entender sus palabras, sino penetrar el sentido y la mente de ellas.**

Cabía distinguir asimismo entre los tipos o clases de interpretación. Unos por razón de las personas encargadas de hacerla, bajo cuyo concepto se comprendían las interpretaciones auténticas usual o judicial a la doctrinal, según que se hiciera por los autores mismos del acto con arreglo a las decisiones tomadas ya por los tribunales en casos análogos o por la actividad libre de los jurisconsultos, conforme a las reglas de la hermenéutica. Tenían las dos primeras una naturaleza obligatoria en sus resultados, mientras que la última es meramente inductiva en cuanto mueve u obliga a creer con razones y con la autoridad de quien la hace.

Otra especie de interpretación, en atención a los medios utilizados para llevarla a cabo, es la gramatical, valor de las palabras y expresiones en su acepción técnica; la lógica, que atiende a la trabazón y enlace de las diversas cláusulas del acto, y la histórica, que mira a los orígenes y antecedentes anteriores de actos semejantes en pasados tiempos.

Igualmente la doctrina sobre la interpretación general alude a la propiamente dicha, que establece con precisión el contenido de, la norma, fijando, con función aclaratoria, la extensión y eficacia que el legislador quiere darla, distinguiendo esta clase de interpretación de la denominada analógica, que mira a completar los vacíos legislativos, buscando la aplicación del precepto a casos no previstos, *pero similares a los tenidos en cuenta por el legislador*.

En la interpretación propiamente dicha caben asimismo una forma extensiva y otra restrictiva; en la primera se comprenden casos no contenidos en realidad en el lenguaje deficiente de la norma, mientras que en la segunda, deficiente también la norma en sus expresiones, se fija por la labor del intérprete en alcance menor del que, al parecer, se derivaba de las palabras.

No debe olvidarse que en general, y tratándose de actos que las declaraciones de la voluntad crear, la ley nada tiene que hacer. Esta tiene que orientar a la voluntad y dar dirección jurídica en el sentido más conforme a las necesidades y usos sociales y a la equidad, y proclamar que si se trata de negocios comprendidos en leyes imperativas nada puede la voluntad contra ellas, al paso que si las normas son supletivas de dicha voluntad, la ley se aplicará, en la regla que fije cuando ella la imponga en caso de duda, y lo mismo cuando prevea que no se ha pactado nada en contrario.

*En materia de interpretación de los negocios jurídicos*, viene dominando la idea de que, más bien que dirigirse el intérprete a descubrir la voluntad del legislador, debe encaminarse a aplicarla conforme a las necesidades y ambientes sociales.

***Para entender la voluntad declarada hay que tener en cuenta todas las circunstancias, al amparo de la buena fe mejor que al del estricto derecho, ya que la voluntad declarada en el negocio jurídico hace la misma función entre las partes que la que tiene la ley en los intereses generales, lo cual explica que tengan en esta materia especial importancia la equidad, los usos locales, las reglas de utilidad social; en una palabra: todo el medio y circunstancias sociales en que la voluntad vive y se desarrolla.***

Bastan estas consideraciones para orientarse en materia de interpretación de los negocios de derecho y comprender mediante ellas el alcance y contenido de las declaraciones de voluntad. Ello no obstante, *pueden exponerse algunas reglas tradicionales en este punto, como relación, claro es, al Derecho Romano.*

*Carecen las fuentes romanas de doctrina expresa, sobre la interpretación, y únicamente se recogieron las máximas y reglas de los jurisconsultos y comentaristas, con las que posteriormente se elaboraron los conceptos antes expresados. Así figuran en el Digesto, libro 50, título 17, la exposición hasta de 211 reglas de Derecho, que más tarde sirvieron para formular los conceptos y clasificaciones que los tratadistas consignaron.*

***Destaca, por una parte, en esta materia, la gran importancia de la interpretación de los jurisprudentes, interpretatio Prudentium, debida, en las primeras épocas del Derecho de Roma, a los Pontífices y primeros***

*jurisconsultos, y por otra, que, al menos en el periodo clásico, no se separan la interpretación debida a la actividad libre de los juristas y la del legislador, puesto que la facultad concedida del *públice ius respondendi*, a los más eminentes jurisconsultos, hace que la Interpretación de éstos cree la norma, como igualmente lo hace el *ius honorarium* en los edictos pretorianos. Surge únicamente la distinción entre la interpretación auténtica y la doctrinal en el Derecho bizantino, por recabar para sí el emperador la interpretación de carácter obligatorio, limitándose a la meramente doctrinal los jurisconsultos.*

***Pueden, no obstante, recogerse de las fuentes algunos principios relacionados con la interpretación de los negocios jurídicos.***

Así, y cuando la interpretación se hacía por los mismos autores del negocio, auténtica, se decía que habían de entenderse las palabras dudosas en el sentido que quisieran darle todos sus autores; de modo que si éstos habían sido dos o más, la declaración de unos no podía perjudicar los derechos de los demás. De análoga manera, y cuando interpretación era usual, era preciso ver si en *los Tribunales* se había presentado ya, y se habla resuelto la duda a que daban margen *las palabras oscuras del acto jurídico*.<sup>152</sup>

***Y respecto al caso de una interpretación puramente doctrinal, se debían observar las reglas siguientes:***

- ***Primera. Para interpretar cualquiera expresión oscura o dudosa se debía buscar la verdadera intención del autor por medio de otras palabras del mismo acto, del tono, del lenguaje, de las circunstancias y de las relaciones mutuas de los Interesados***<sup>153</sup>.
- ***Segunda. Cuando la verdadera intención no podía alcanzarse por este medio, se debían explicar las frases oscuras, de modo que se apartasen lo menos posible a la naturaleza del acto***<sup>154</sup>.
- ***Tercera. En caso de duda, se resolvía siempre en favor del deudor***<sup>155</sup>;
- ***Cuarta. Si las palabras eran de tal modo dudoso u oscuro que había imposibilidad absoluta de saber la intención de sus autores, la disposición era nula***<sup>156</sup>, pero debía dejársela subsistente mientras admitiese alguna interpretación<sup>157</sup>.
- 

## **5.7 INVALIDEZ, CONVERSIÓN Y CONVALIDACION DEL NEGOCIO JURIDICO**

### **5.7.1 INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO**

***Comprende este estudio la invalidez del negocio jurídico considerado en sí misma en sus generales aplicaciones al Derecho. Un negocio de derecho en tanto es válido, en cuanto el mismo reúne todas las condiciones, todos los elementos esenciales, sin los cuales no puede producir efectos ante el Derecho.***

**La Invalidez, por tanto, del negocio significa que éste no tiene todos los requisitos y condiciones precisas, y que no reúne los elementos necesarios para que se produzcan todos los efectos jurídicos<sup>158</sup>.**

La aludida invalidez del negocio de Derecho puede referirse al negocio todo o a una parte de él; se habla en tales supuestos de invalidez total o parcial. Puede también existir la causa o razón que motiva la invalidez en el momento de constitución del negocio o hacer dicha razón o causa después que el negocio se constituyó, la que da lugar a una invalidez originaria o consecutiva, según los respectivos casos. *Y por fin, atendiendo a que pueda o no restaurarse la validez del negocio jurídico, se afirma la existencia de una Invalidez sanable o subsanable o insubsanable.*

Estas dos últimas clases de invalidez del negocio jurídico determinan los modos o maneras de manifestarse la invalidez, puesto que ésta o *es absoluta e insubsanable*, y no es posible restaurar su validez considerándose como si el negocio no hubiera existido, o, por el contrario, la declaración de la voluntad existe, también existe *el negocio jurídico; pero en la voluntad hay un vicio formativo, por el que puede ser anulado el acto.*

Tiene lugar, en el primer supuesto, la, inexistencia del negocio o nulidad llamada absoluta, que puede proceder, o del defecto absoluto y natural del querer, o del objeto y de la causa de los actos, o de la naturaleza especial de los motivos cuando son contrarios al orden público y buenas costumbres, o de la inobservancia de la forma que impone la ley para la existencia misma de la voluntad, y en el supuesto segundo existe *la anulabilidad o impugnabilidad o nulidad relativa*, que arranca de los vicios de la voluntad propiamente dichos, de la falta de capacidad en las personas para constituir el acto, o de la falta para poder disponer de la cosa objeto del negocio por una condición o causa de índole patrimonial.

*Toda la anterior doctrina es el punto capital de discusión entre los tratadistas, ya que unos admiten nulidades que se producen ipso iure, de pleno derecho y sin juicio alguno, y otros, en cambio, exigen siempre una sentencia judicial para que el acto, una vez hecho, quede sin eficacia jurídica; para los primeros, si la nulidad opera de pleno derecho, el acto es inexistente; pero, en cambio, para los segundos, la nulidad no entraña nunca la inexistencia inicial del acto; el acto no puede ser nunca anulado cuando no ha existido, y por ello requiere siempre el ejercicio de una acción.*

En realidad, cabe sostener que no existe acto en el inexistente, y si sólo una apariencia de tal, por cuya causa legalmente no tiene vida, y en tales condiciones no puede producir efecto jurídico alguno. En cambio, en el llamado anulable tiene el acto los diversos elementos para su existencia, pero lleva en sí un vicio que otorga a determinadas personas el derecho de pedir su anulación a base de principios de justicia, de equidad o de razones que implican protección de intereses privados lesionados.

Esto sentado, un acto inexistente no tiene valor ante la ley: es un mero hecho; no produce ningún efecto; su nulidad tiene efectos retroactivos, puesto que abarca no sólo el momento de la declaración judicial de inexistencia, sino desde que el acto se formó; afecta al orden público; no puede servir de justo título para adquirir derechos a base de prescripción; no puede sujetarse a ésta, y tampoco es susceptible de confirmación. Por el contrario, el acto anulable es provisionalmente válido, aunque, puede ser anulado, produce sus efectos normales desde que constituye hasta que se declara judicialmente la nulidad; esta declaración de nulidad hace desaparecer el acto desde que se formó; la anulabilidad debe ser declarada a instancia de parte; el acto anulable puede servir de justo título para la prescripción, acción de nulidad pierde su eficacia por la prescripción pasando el tiempo para ejercitar aquella, y los actos anulables pueden ser objeto de confirmación.

**Si hoy puede estimarse complicada y oscura en el Derecho la teoría de la nulidad de los actos**, en cambio debe reputarse relativamente sencilla en el Derecho Romano. En efecto; el principio general era que el acto nulo, no producía efectos; las fuentes terminantemente establecen que todo acto jurídico en que no se habían observado las formalidades esenciales, ya en cuanto a la forma interna, ya en cuanto a la externa, era ipso iure nulo<sup>159</sup>, y, como antes se dijo, no producía ninguno de sus efectos, de modo, que el deudor no debía ni la cosa prometida ni su precio o estimación, ni aún lo que se hubiera prometido por cláusula penal<sup>160</sup>.

Y para conocer la nulidad o validez de los actos jurídicos, se había de atender al momento de su celebración<sup>161</sup>, de tal manera que el acto que había sido nulo al principio, no se hacía válido ya por regla general, aunque desapareciesen las causas que habían producido la nulidad<sup>162</sup>, así como tampoco lo anulaban las circunstancias que sobreviniesen después, con tal que fuese válido al tiempo de su celebración. Por último, la nulidad parcial de un acto no perjudicaba en nada a la parte válida del mismo, que podía existir independientemente de aquella<sup>163</sup>.

A esta primera facilidad en la materia sustituyó una mayor complicación en la época imperial, pues aparte de la falta de una teoría general sobre el negocio jurídico, de que no todas las leyes prohibitivas de ciertos negocios de derecho declaraban al mismo tiempo la nulidad de los celebrados con tal prohibición, como *las leyes imperfectas o leges minus quam perfectae o imperfectae*, y la poco precisa terminología de las frases para indicar la materia, *inutilis, irritus, vltiosus, inanis, nullius momenti, nihil agit, nihil agitur*, etc.

**Aparte de todo esto, decimos: si el pretor no podía anular un acto que el Derecho civil declaraba válido, podía acordar, por medio de la *resstitutio in integrum* o por la *exceptio doli*, una especie de reparación, y ello fue un medio de que el magistrado se valió en su lucha contra el Derecho civil.**

Se originó desde entonces *la nulidad civil*, producida de pleno derecho, y *la nulidad pretoriana*, que precisaba el ejercicio de la acción, y no tenía lugar sino por virtud de una sentencia. Resultado de esto era que *la invalidez del Derecho civil* equivalía a la nulidad absoluta, y *la de nulidad pretoriana a la anulabilidad*, salvo algunas excepciones, como *la querella de inoficioso testamento*, que siendo caso de invalidez civil, lo es más propiamente de impugnación, o la invalidez de *la ley Cicereia* respecto a la falta de declaración por el acreedor del número de fiadores que garantizaban la deuda, o la del *senadoconsulto Veleyano*, que regulando la intercesión de las mujeres, aparecía como nulidad pretoriana, siendo realmente de nulidad absoluta.

Algunas veces un negocio jurídico no estaba afectado desde su origen de nulidad, puesto que ésta surgía después por falta de circunstancias extrínsecas, como sucedía en *el testamento romano*, cuyo otorgante, después de su factura, perdía el carácter de ciudadano romano.

Por último, y al lado de la acción de nulidad para pedir la declaración judicial de nulidad de los actos constituidos con vicio de la voluntad o hechos con falta de capacidad, hay una anulabilidad, especial, cual es la rescisión. Los actos válidos en riguroso derecho podían, no obstante, rescindirse en algunos casos particulares, como sucedía en virtud de *las exceptionis doli y quod rnetus* causa, y en *la restitutio in inlegrum*.

Era, a nuestro juicio, una anulabilidad por causa de lesión del perjuicio que se causa a una persona por la celebración de ciertos actos jurídicos. *Estos actos pueden ser enajenaciones, renunciaciones de derechos, donaciones y liberalidades, y todos aquellos que puedan utilizarse por un deudor con el propósito antes indicado.*

En tales casos la lesión es considerada como un vicio de la voluntad, y rescindido el acto, sus efectos desaparecen, ya que, como imperfecto que era, no tenía más que una existencia provisional, y la rescisión o nulidad produce efectos retroactivos. *Los romanos* comprendieron, dentro de la rescisión, la enajenación en fraude de acreedores, acto en el que notoriamente existe una evidente mala fe, puesto que existe el ánimo deliberado de perjudicar a otro, y si la buena fe desaparece, es necesario que intervenga el derecho con un remedio para asegurar el pago a los acreedores; ese derecho fue *la actio Pauliana*, revocatoria rescisoria del negocio, que disminuía, con mala fe, el patrimonio del deudor en perjuicio de otro.

### 5.7.2. CONVERSION DEL NEGOCIO JURIDICO

**Se produce esta figura jurídica por, la transformación de un acto nulo que rectifica la calificación del negocio.**

*Doctrinalmente*<sup>164</sup>, tiene lugar la conversión cuando la ley impone una forma al agito de derecho con el carácter de necesaria, y si forma falta, el acto, es nulo; pero sí tal negocio o acto admite la posibilidad de varias formas, y una de éstas se cumple, aunque no se cumpliera la que las partes se propusieron adoptar, tolera la misma ley la sustitución de un negocio nulo por otro válido, constituyendo esto la transformación o conversión del acto mismo. Pudiera decirse también que por medio de la conversión, y puesto que el negocio querido por las partes no era válido, se conseguían, sin embargo, efectos equivalentes, atribuyéndoselos a otro tipo de negocio, en que la falta del primero carecía de importancia.

*Si la ley encuentra en el acto el minimum de su forma, le da validez, ya que el Derecho, siempre que sea posible, aspira a negar la nulidad y a no decretar la ineficacia de los actos.* Quiere respetar las declaraciones de voluntad, convencido de que, si la forma es elemento importante, lo es más el fondo, ya que al fin y al cabo lo sustancial del acto es la declaración, permitiendo, por tanto, y mediante la conversión, que el acto sea válido y produzca efectos. Con razón, pues, se ha dicho que *la conversión no afecta a la sustancia del negocio jurídico; el acto, aunque convertido, es el mismo, ya que la voluntad es también la misma; únicamente cambia la forma, y esta transformación no produce la invalidez, sino una mayor o menor eficacia jurídica.*

*La conversión*, sin embargo, no podrá tener lugar si la ley impone necesariamente una forma determinada, bajo pena de nulidad, o si las partes prohíben la transformación o conversión, a que en tales casos la forma sería tan esencial como el fondo mismo el acto. Si, por tanto, la legislación es respetuosa con la forma de los actos, no deberá tolerar la conversión que en casos especiales, cuando, cumplida una forma establecida por ella, no haya inconveniente en respetar la declaración de voluntad, y nunca resumiendo la autorización de la conversión, sino permitirla sólo en los casos en que la misma ley determine.

*Esta figura jurídica se conoce en el Derecho Romano*<sup>165</sup>, teniendo lugar cuando, habiéndose cumplido las solemnidades comunes todos los actos jurídicos, faltaba sólo alguna de las peculiares del acto que quisiera celebrarse, y así, si *una solemne acceptilatio* para extinguir una deuda era nula por defecto de forma, podía conseguirse la misma extinción por un simple convenio de no pedir de *pactum no petendo*, el que e cualquier forma podía celebrarse.

### 5.7.2. CONVALIDACION DEL NEGOCIO JURIDICO

Es una forma especial de conversión del negocio jurídico, que tenía lugar por una declaración hecha expresamente por el autor del acto. Producía un efecto confirmatorio del negocio, haciendo desaparecer *el vicio anulable*; y decimos anulable, porque sólo este fenómeno cabe tratándose de actos de esta clase, pero no respecto a los negocios nulos absolutos o inexistentes. A virtud de *la convalidación confirmatoria*, el acto queda tan perfecto, que es considerado como si no hubiera tenido nunca Imperfección o defecto.

*La convalidación y confirmación podía hacerse expresa o tácitamente*, admitiéndose esta última si por medio de hechos o actos se indujese la voluntad de purificar el acto del vicio que lleva en su constitución. De todas suertes, tanto en una como en otra, para que produzca efectos es preciso cese el motivo de la invalidez del acto y que se haga con exacto conocimiento del vicio que el negocio tenía, prohibiéndose solamente la convalidación en el caso de que ésta perjudique a terceros.

*Las fuentes romanas señalan algunos casos de convalidación. Tal es, por ejemplo, la de la cláusula codicilar<sup>166</sup>*, a virtud de la que un testamento rulo por vicios de forma valía como codicilo si el testador habla manifestado su voluntad expresamente. Otro caso es el de la donación entre cónyuges, senadoconsulto de *Septimio Severo y Antonino Caracalla, Oratio Antonini*, que decide que si el donante habla perseverado hasta su muerte en la voluntad de mantener la donación, y si moría durando el matrimonio, se haría válida de pleno derecho en el momento del fallecimiento<sup>167</sup>. Y lo expresado con anterioridad en orden a la distinción del *Derecho civil* y el de gentes respecto a la invalidez de los actos, sirve también de aplicación a esta materia. Por último, *el Derecho de la época justiniana* acusa también la tendencia a facilitar las convalidaciones y confirmaciones pie los actos nulos, haciéndolos figurar como incompletos y pendientes de una condición tácita que, al cumplirse, origina la validez,

## 5.8. EJERCICIO Y PROTECCION DE LOS DERECHOS NACIDOS DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS

### 5.8.1 PRINCIPIOS GENERALES

*Cuando ha nacido un derecho, parece lo natural pensar en la manera de ejercitarlo y protegerlo.* Es indudable que si el derecho sirve para algo es para gozar o disfrutar de las ventajas que la tenencia del mismo puede proporcionar a su titular; es para ejercitarlo, y tal ejercicio, que en definitiva es un hecho, nos da las ventajas o utilidades que los derechos contienen, haciendo lar las prerrogativas de estos y el poder de uso que contienen, y que contra las demás personas nos da su posesión. Nadie piensa sobre esto cuando los derechos se ejercitan normalmente, por el contrario, si surge algún obstáculo para hacerlos efectivos, se piensa en protegerlos y ejercitarlos<sup>168</sup>.

Algunos tratadistas pretenden que la doctrina del derecho nace de la coacción, *es decir, para que exista el derecho es necesario que se obligue a su cumplimiento*; este criterio no puede reputarse exacto; ya que hay muchas ocasiones en que las relaciones jurídicas se llevan a efecto de un modo normal y espontáneo, y no por eso deja de existir tal derecho. Este nace, como lógica consecuencia, de la vida social, *ubi societas ibi ius*, y es una regla dirigida a la voluntad; pero como deja un margen a dicha humana voluntad, puede cumplirse voluntariamente o no cumplirse.

Ahora bien, cuando no se cumple de un modo espontáneo, aparece el procedimiento, la serie de reglas encaminadas a proteger al que ostenta un derecho, cuando el que tiene la obligación correlativa no cumple voluntariamente.

*El ejercicio de un derecho puede manifestarse en un único acto o en varios sucesivos, realizados por la persona o representante de ella a quien corresponde, o por varias personas, cuando todas ellas tienen concurso o concurrencia sobre el mismo derecho en cuestión, y puede manifestarse tal ejercicio, o como consecuencia de un derecho existente, o de que, sin que el derecho efectivamente exista, se da el caso del simple hecho del ejercicio.*

Todos y cada uno pueden ejercitar sus derechos como les parezca, y haciendo el uso que más les convenga, dentro del ámbito que les corresponde; *el orden jurídico debe garantizar y proteger tal ejercicio en dichas condiciones. Roma ya consignó en sus fuentes este principio general, afirmando *nullus videtur dolo facere, qui suo iure ulitur, y también *nemo damnum facit, nisi qui id facit, quo facere non habet.***

Sin embargo, esta regla no es absoluta, porque la ley impone limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos, por causas de interés general u orden público, o por los derechos de los demás, y también en otras ocasiones por la concurrencia de derechos de varios titulares sobre la misma cosa, de tal modo que los derechos de unos al ser ejercitados contrastan con los deberes de otros, produciendo una verdadera colisión.

Ahora bien, los derechos de que puede hacer ostentación el título de los mismos, en algunas ocasiones son contradichos, negados o violados, y es lógico en tales supuestos que exija que las consecuencias, de dichas violaciones sean anuladas y destruidas, y que para ello, puesto que es necesario que su facultad sea protegida, se le den y faciliten medios para garantía y defensa de sus derechos.

*Tales medios pueden conducir a prevenirse contra posibles perturbaciones futuras en el ejercicio de los derechos, evitando los obstáculos en el uso de las facultades jurídicas, como es la caución, que, bien real o personal, asegura, independientemente de su violación, el ejercicio de los derechos; van dirigidos a reaccionar contra las ofensas de derechos, defendiendo a éstos en las ilícitas contradicciones, como es la defensa, que concede la seguridad de los derechos contra un injusto ataque a los mismos.*

Tal defensa corresponde al Estado, puesto que representa a la sociedad, y es órgano que tiene por misión realizar el derecho y hacerlo cumplir, sin que la persona pueda hacerse la justicia por sí misma, a menos de realizar un acto ilícito, lo cual no es obstáculo para que, cuando *la defensa pública sea ineficaz, se encuentre el titular del derecho habilitado para proteger, aquél, ya que de igual manera que tiene facultad para gozar del derecho, la tiene para defenderlo contra terceros, de la manera y bajó los límites que permita la autoridad del Estado; tal criterio fue reconocido por los romanos, y Gayo afirmaba<sup>169</sup> *nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*, y por su parte Ulpiano consignaba<sup>169, 170</sup> también<sup>142</sup> *vim vi repeliere licere... idque ius natura comparatur* admitiendo, por tanto la defensa privada lícita, siempre que el acto sea contrario al derecho, y además actual e injusto, y que no haya facilidad de prevenir la agresión y de invocar de la autoridad pública el oportuno socorro.*

Se ve, pues, que la modalidad más antigua en la defensa de los derechos es la propia fuerza material de los particulares, y que a la misma fue ajeno *el primitivo Derecho civil romano*, pero que más tarde se prohibió semejante sistema, imponiendo incluso sanciones a los infractores de tal prohibición, sustituyéndole *por la protección ejercida por el Estado.*

Así, en *los comienzos del Imperio, y en la época de Augusto, la ley Julia* de vi organizó contra el culpable de ocupación violenta de un Inmueble perteneciente a otro, *un iudicium publicum*, y después se quiso impedir que una persona, aún de buena fe, no pudiera hacerse justicia a sí misma apoderándose por violencia de una cosa que creía pertenecerle; y asimismo *Marco Aurelio, en la época clásica*, había

decidido que el acreedor que se apoderaba violentamente de los bienes del deudor, en lugar de dirigirse al magistrado, había decaído de su crédito y quedaba bajo la aplicación de *la ley Julia*<sup>143</sup>, y posteriormente *Valentiniano, Teodosio y Arcadio* se inspiraron en esta disposición, ordenando que el que se cree propietario de inspiraron cosa y la ocupa por violencia, pierde su derecho, si es realmente propietario, y si no lo es, debe devolver la cosa y además pagar su valor al que ha sido víctima de la violencia<sup>171</sup>.

No obstante tales disposiciones, también *el Derecho de Roma de las últimas épocas propugna la defensa individual en las condiciones antes señaladas*, y hasta llegó, cuando un deudor apelaba a la fuga, y aunque no realizara acto alguno contra su acreedor, a que éste acudiera a la defensa privada con utilización de la fuerza.

### 5.8.2. ACCION

Aparte de los casos antes expresados, *el titular de los derechos*, si quiere defenderlos, precisa acudir a la protección del Estado y utilizar los medios jurídicos indispensables para obtener la reparación. Necesita emplear las acciones, o sea los Modos por los cuales el derecho perturbado se restaura.

***Es la acción el poder constitutivo del derecho, la fuerza, determinante de éste y, desde luego, gana facultad que reemplaza a la de emplear la fuerza individual.***

*En estos aspectos señalados la acción aparece como algo puramente formal, como un remedio de derecho; pero al propio tiempo puede también destacarse como una fuerza con que el derecho se afirma contra la violación o desconocimiento del derecho de otro.*

*En el sentido primero, sobradamente amplio, resulta la acción como facultad pública para exigir del Estado amparo y protección jurídicos en el segundo aparece como facultad privada contra otro particular, y dentro de ella como acto procesal de demandar ante el magistrado o como derecho a reclamar algo, obteniendo del adverso una activa prestación o gana omisión.*

*En realidad, no es la acción una cualidad inherente al derecho, o un accesorio del mismo, sino una facultad para, hacer valer dicho derecho en juicio; es el mismo derecho ejercitándose, y, por consecuencia, derecho y acción son términos inseparables; no es esta última una noción distinta del derecho, sino un nuevo aspecto o nueva fase del primero.*

*Es esta idea, propia del Derecho Romano, en que aparece la acción como algo abstracto y unido al derecho subjetivo, no era estricta concepción Romana.*

***En Roma, cada interés o derecho subjetivo tiene el amparo del Estado, en tanto se le haya dado y señalado una acción: no basta decir tengo un medio general de hacer valer mis facultades o pretensiones judicialmente; es preciso que exista una acción concedida respecto del derecho subjetivo que se trate de ejercitar, y por ello la acción tiene un carácter individual, concreto, autónomo y el jurista tiene que investigar ante un negocio jurídico que se quiera ejercitar no si se tiene o no derecho para ello; sino si la pretensión del sujeto tiene señalada una acción para ser utilizada, y fijar cuál o de qué clase sea dicha acción.***

*Por ello, los medios de ejercicio de los derechos por virtud de las acciones eran fijados por la ley, o por los antiguos usos o demás fuentes, y sobre todo por los magistrados con jurisdicción para ello. De todas suertes, no creemos exista inconveniente para afirmar que existía en Roma una acepción extensa y vulgar de la acción, a la par que etimológica, *actio de agere*, obrar, y que designaba la manera de poner en acción al derecho, es decir, un acto o serie de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para hacer que se preste fuerza autoridad al derecho, ya defendiéndose, ya procediendo contra si otro.*

*Y asimismo, en un sentido figurado, significaba el mismo derecho de ejercer este recurso ante la autoridad, y aunque, en un tercer sentido, puede tornarse como el medio o forma prescriptos para ejercitarlo. Sin, embargo, en una acepción especial y técnica en el Derecho Romano, no puede darse a la acción un solo sentido, puesto que el concepto de la acción ha variado en cada uno de los sistemas de procedimiento judicial que históricamente se sucedieron en Roma.*

Así, en el primitivo sistema de *las legis actiones*, acción es una expresión genérica, una forma de proceder, un procedimiento considerado en su totalidad, en la serie de los actos y las palabras que deben constituirlos; estas formas tienen una aplicación más o menos general y no se hallan especialmente determinadas para cada derecho distinto.

***Bajo el segundo de los sistemas procesales romanos, o sea el procedimiento formulario, la acción significa el derecho conferido por el magistrado de reclamar ante un juez lo que se nos debe; tal era la definición de Celso<sup>145</sup>, nihil aliud est actio, quaimn ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi: o también se designaba con la palabra acción, la fórmula que se expedía, y por la que era conferido este derecho, y, por último, otras veces se aplicaba a la acción el nombre de iudicium, o sea de la instancia, judicial que ella organizaba.***

***En el tercero de los sistemas procesales, procedimiento extraordinario o extraordinaria cognitio, la acción no es otra cosa que el derecho, que resulta de la legislación misma, de dirigirse directamente a la autoridad judicial competente en reclamación de lo que se nos debe, o de lo que es nuestro, o bien el acto mismo de esta reclamación.***

*Por lo demás, en Roma, las acciones reciben diferentes nombres, que unas veces procedís del negocio jurídico del cual se derivan, como de *emptio venditio*, compraventa, se derivan *la actio empti* y *la actio venditi*; otras veces el nombre, de la acción obedece al contenido de lo que se pide, como *la actio redhibitoria*, encaminada, a pedir la rescisión, de la compraventa, y *la quantimoris* la rebaja del precio, y en diversos casos el nombre de la acción es recuerdo del pretor que la crea, con *las actio Pubitiana* y *la Serviana*, no faltando también acciones cuya denominación se deriva de la ley que las produce, con *la actio leges Aquiliae*, procedente en caso de daños.*

Para concluir, debe ser manifestado que *el Derecho de Roma* también concedió a las personas medios que servían para neutralizar la acción ejercitada, en el modo y forma correspondientes a la ley. Era una manera de defender los derechos, puesto que si indebidamente se utilizaba una acción, se perturbaba y lesionaba el derecho de otro, y era lógico se pudiera negar, contradecir y oponerse a la acción. Este efecto se conseguía con *la exceptio, excepción*, que quitaba en todo o en parte, cada a la acción, o mejor, al pretendido derecho de la misma, y que su ejercicio podía dirigirse a suspender el desarrollo de la acción, dilatoria o a destruir o neutralizar la misma, perentoria.

### 5.8.3. CONSERVACION DE LOS DERECHOS

*Siendo el negocio jurídico una declaración de voluntad que mira a producir un efecto jurídico, aparte de su finalidad de adquirir, de ejercitar o de extinguir derechos, puede su objeto dirigirse a conservarlos. Esta conservación se obtenía por la protesta, la reserva y el reconocimiento, implícitamente contenidos en la práctica jurídica, aunque no explícitamente referidos en las fuentes.*

*La protesta era una manifestación o declaración, de voluntad hecha en forma legal, tendente a conseguir la evitación de perjuicios que nos pueda cansar la realización de un acto de otro.*

*La reserva tenía por fin evitar el que pueda suponerse renunciado o perdido un derecho, de no hacer aquella.*

*El reconocimiento de derecho, que se obtiene a virtud de la interpelación o requerimiento judicial o extra judicial.*

*Pero al mismo tiempo existían otros medios de conservar los derechos adquiridos, a los que ya las fuentes de manera clara aluden.*

Figuraba entre ellos la retención, que tenía lugar cuando poseyendo una cosa ajena que nos ha entregado su dueño en garantía de un crédito o, satisfaciéndonos éste, la retengamos, sin embargo, en nuestro poder para garantizar otro crédito del mismo deudor. *En el Digesto, 6, 1, 23, § 4, se vislumbra este modo conservatorio.*

*Igualmente era otro el arresto o embargo, que es la restricción puesta por el juez a la persona o a los bienes del deudor, cuando de otro modo se haría ilusorio el crédito.*

*También se conservaba el derecho por la caución o garantía que se nos da para seguridad de un derecho, y que puede consistir en una promesa jurada o simple, como la de la Instituta, 4, 11, § 2, o en una prenda o hipoteca, o en un fiador, como se señala en el Digesto, 37, 6, 1, § 9, y en el Código, 6, 33, 3.*

Y, por fin, se obtiene igual conservación de los derechos por la posesión - judicial de todos o parte de los bienes que decretaba el pretor para asegurar ciertos derechos, como consta en el Digesto, 36, 4, que ha de ser objeto de estudio posterior especial.

Roma admitió, como se observa en el estudio particular de sus instituciones de Derecho privado, distintos modos de conservación de los derechos, que al propio tiempo servían para su aseguramiento; todas las instituciones de garantía son ejemplo palmario de esto, y, por tanto, las fianzas personal y real dentro de ésta, la prenda y la hipoteca; y también el juramento y las arras, anteriormente estos últimos estudiados.

#### 5.8.4. - PRUEBA DEL NEGOCIO JURIDICO

La materia relativa al **negocio jurídico** se completa determinando los principios que sirven para la justificación de los hechos que originan los derechos, ya que no basta la existencia de los primeros para que el derecho se produzca; y aún más: si surge el caso de disputa o negación por las partes interesadas, es preciso se haga la prueba, es decir, **establecer la exactitud de un hecho del cual dependa la existencia de un derecho.**

**Consecuencia inexcusable de estos principios es la de que, en rigor, la prueba sólo puede afectar a los hechos no al derecho, salvo el caso de la costumbre jurídica, la que es preciso justificar, o salvo el caso del derecho extranjero, que también es necesario justificarlo.**

Y lo es de igual manera que **el capítulo de la prueba es de absoluta necesidad cuando se reclama la intervención judicial para que el juzgador**, que no puede creernos solamente bajo nuestra palabra, adquiera la convicción de la existencia de los hechos alegados, cuya prueba precisa ser admisible o no prohibida por la ley pertinente, o sea relacionada con los hechos alegados, concluyente para que el juzgador resuelva con acierto, e incumbir al que alega el hecho del cual se origina el derecho, especialmente al demandante en todos los casos, cualquiera que sea la naturaleza de los hechos, positivos o negativos; al demandado, cuando pretende hacer valer un medio de defensa encaminado a paralizar la acción, pero estando exento de probar su negativa si sólo se limita a negar los hechos que el actor aduce.

**Los expuestos principios quedaron reconocidos por la jurisprudencia romana.** Paulo ya consignaba<sup>146</sup> *ei incum bit probatio, qui dicjt, non qui negat, actori, incumbit probatio*, y aunque los glosadores pretendieron imponer la máxima de que el que invoca un hecho negativo no está obligado a probarle, el sentido del Digesto, citado en defensa de su opinión, no debe interpretarse de ese modo, sino en el sentido de que el demandado o defensor de un derecho, que niega el derecho invocado contra él, no está obligado a probar, sentido distinto al que querían darle los glosadores.

Ahora bien, *el Derecho Romano*, y aparte de las declaraciones de testigos, testes, conoció diversos medios probatorios. *Figuran como tales los monumenta, de monere, advertir, los escritos, las marcas, señales o vestigios, las confesiones, confessio, el iusiurandum o juramento, etc.*, eran otros tantos medios de justificación más o menos concluyentes, que *el Derecho Romano* designaba con *la expresión general de instrumenta, instrumentos, y que se dividían en públicos, instrumenta pública, o privados, instrumenta privata, o domésticos, domestica, según su respectiva naturaleza*<sup>147</sup>.

En un sentido más limitado, la palabra instrumento designaba tan sólo a los escritos, y éstos tomaban diversos nombres, según su objeto y según su forma, y también según la materia sobre que estaban redactados; tales eran los de *scripta, scriptura, sacados de la misma escritura; tabullae, codex, codicillus cerae, tablas de cera, y membranae, pergamino; chartae, papel; chirographum, de mano y escribir, para el escrito dimanado de la persona comprometida*<sup>148</sup>; *syngraphae, de con y escribir*; para los escritos firmados por ambas partes y hecho constar en ejemplares diferentes para cada una de ellas; *apocha, de recibir, carta de pago; antapocha, de en cambio y recibir, declaración de que se ha recibido la carta de pago*<sup>149</sup>, y algunas veces *cautio; nombre general de cavere, tornar o dar seguridad, porque el escrito que da una prueba es una seguridad*<sup>150</sup>.

Todos los anteriores escritos solían intervenir en los actos jurídicos, y como ya se dijo en el momento oportuno, unas veces por vía de solemnidad y otras tan sólo como medios de prueba, y esto era preciso distinguirlo con cuidado, porque, en el primer caso pertenecían a la validez del negocio, de modo que éste era nulo si faltaba aquél, y, en, el segundo en nada influía su falta; salvo la dificultad de probar la existencia del acto jurídico. Todos ellos, a excepción del *chirographum y syngraphae*, eran simplemente medios de prueba, salvo los casos, eh que se exigían expresamente por vía de solemnidad<sup>173, 174, 175, 176</sup>, y los dos primeros tuvieron en su tiempo por objeto principal constituir el contrato literal.

**Desde luego conviene señalar que las reglas expuestas hasta aquí respecto a la prueba no pueden aplicarse al caso, en que, la parte que alega un hecho puede invocar en su favor una presunción legal.**

Ya expusimos en su lugar oportuno la razón de las llamadas presunciones. Si la prueba es operación de razonamiento e integra una lógica deducción de ciertos hechos conocidos para deducir otros desconocidos, esta operación, razonamiento y deducción la hace por sí mismo el derecho, es decir, la misma ley, la jurisprudencia o la ciencia jurídica. Toman, deducen antes, *prae numere*, y de ahí *praesumptio*, presunción, de hechos generales; según lo que siempre o más comúnmente se verifica para hacer una generalización.

Unas veces la generalización se lleva a efecto sin permitir se la opongan pormenores particulares de cada hecho, tales son los casos de la máxima *res iudicata pro veritate accipitur*, lo que se determinó por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se tiene por verdad<sup>177</sup> la disposición por la cual se arroja de la familia, como no correspondiente al marido, al hijo nacido diez meses después de la muerte de éste, *prodecem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem*<sup>153</sup>, y otros varios casos, como los de *la excepción non numeratae Pecuniae*<sup>154</sup>.

Estas presunciones son las llamadas por los comentaristas *iuris et de iure*, mas en otras ocasiones se admite que la generalización y las partes puedan oponerse a la deducción realizada por detalles propios de cada hecho particular, permitiendo la prueba en contrario, denominándose *iuris tantum* las presunciones de esta clase.

Toda la materia de probanza o justificación de los hechos se trató esmeradamente por *los jurisconsultos romanos, y además del Digesto, libro 22, títulos 3, 5 del libro 42, título 2, del libro 12, título 2, y de los correspondientes del Código Justiniano*, se ocuparon especialmente de las últimas, de las presunciones *iuris tantum*, fijando, por ejemplo, la relativa a la filiación, *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*, pero el padre es aquel que las nupcias demuestran<sup>155</sup>, *et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis séptimo mense natus est, iustum filium esse*, y por eso se ha de creer que aquel que a los siete meses nace de legítimo matrimonio es hijo legítimo<sup>156</sup>, *qui centesimo octogesimo secundo die natus est... iusto tempore videri natus, nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogimum secundum diem esset manumisa: el que nació después de los ciento ochenta y dos días...* parece nació en tiempo y que no fue concebido en servidumbre, sí a su madre se le dio la libertad antes de los ciento ochenta dos días<sup>157</sup>, y para el caso de ausencia del marido, *sed si fingamus abjuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua... hunc non case mariti filium: supongamos que el marido estuvo ausente, verbi gratia, por diez años, y después que volvió encontró en su casa un niño de un año...*, éste no es hijo del marido, que estuvo ausente<sup>158</sup>; también es presunción de esta clase la establecida para perdonar una deuda, *si debitori meo reddiderim cautionem., videtur inler nos convenisse, ne peterem; profuturamenque ei conventionis exceptionem placuit: si a un deudor mío le*

*devolviese la caución, parece que nos hemos convenido en no le tengo que pedir, y agrada que le aproveche la del excepción pacto*<sup>159</sup>; igualmente lo es la del título cancelado, *si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumptione debetur liberatus esse videtur: si estuviere cancelado el recibo, se presume que está libre el deudor...*<sup>160</sup> y de la misma manera, por último, y para no citar más, es de igual naturaleza la presunción fijada para la intención presunta de comprender sus herederos en los actos que se hacen, *si pactum factum sit, in quo heredis mentio non fiat... attamen de ipso duntaxat, ac non de herede eius quoque conrenisse, petitor, non qui exepit*<sup>178, 179, 780, 181, 182,183,184,185</sup> *probare debet...*: si en el pacto no se hiciese mención del heredero..., el que pone la excepción debe probar que en el pacto no se comprende su heredero<sup>161, 162</sup>.

**Es regla también ese materia de prueba que el juez debe juzgar *secundum allegata et probata*, según lo aleado y probado.**

Doctrinalmente se ha discutido mucho sobre la facultad de aprender la prueba por parte de los juzgadores. Mas limitándonos al *Derecho de Roma contra el sistema de la libre*; apreciación de la prueba, propio del sistema por fórmulas, posteriormente se destaca el sistema de la prueba sujeta a normas, a las que el juez tiene necesaria y obligatoriamente que atenerse, estimando de modo imperativo el mayor valor de unas probanzas sobre otras, según lo declare la ley, no obstante el juicio particular del llamado a juzgar.

Prevalece en este punto la mayor preferencia que se da a la prueba documental o escrita, cuya importancia máxima aparece en *el periodo romanobizantino*, estimándose, como de gran valor y utilidad los documentos privados o públicos; los primeros, si estaban avalados por testigos, y los segundos, por el juramento de los que los redactaban, *los tabelliones*, o por los funcionarios públicos cuando obraban en el ejercicio de sus facultades. Esta importancia de la prueba documental contrastaba con la, desconfianza sentida respecto a la prueba testifical.

Por otra parte, no estaba limitada la prueba a los medios que las partes ofrecieran, ya que también de oficio, *es decir, a Iniciativa del juez, ex officio iudicis* podían aportarse al proceso medios probatorios, tales como los dictámenes periciales, las confesiones de las partes y el juramento decisorio y supletorio, limitando siempre la facultad de aducir y valorar la prueba las presunciones, y especialmente *las iuris et de iure* antes estudiadas.

Para concluir, es preciso tener presente la posibilidad de distinguir entre la prueba que ofrece una demostración tan clara y evidente de los hechos a que se refiere, de aquella otra, que, sin dejar de producir algún convencimiento, no es éste bastante para una total convicción, pues la primera no deja motivo alguno de duda en el ánimo del juez, mientras que la segunda no es bastante para inclinar el ánimo del mismo de una manera decidida.

*Algunos negocios jurídicos no pueden ser justificados por los medios generales de prueba, sino que requieren medios especiales de justificación, y otros, por su parte, no consienten demostración en el sentido de mera prueba.*

## **5.9. EXTINCION DE LOS DERECHOS NACIDOS DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS**

### **5.9.1 ENUMERACION:**

*La extinción de los derechos se opera por diversos modos, teniendo lugar principalmente por la enajenación, la renuncia, la pérdida del objeto y la prescripción extintiva.*

### 5.9.2. ENAJENACION

***Este modo de extinción, en un amplio sentido, equivale a transmitir a otro la propiedad de alguna cosa o un derecho determinado, bien a título lucrativo o bien a título oneroso.***

*En este concepto genérico, y para el Derecho romano, se comprende la renta, la permuta, la donación, la disposición de última voluntad, es decir, en general, todas las formas de cesión o traspaso de los bienes, cosas o derechos.*

***La enajenación así entendida era un acto de verdadera importancia jurídica,*** acató que, a la vez que extinguía, creaba o modificaba derechos, razón por la cual exigía, tanto en el enajenante como en el adquirente, las condiciones de capacidad legal necesarias para consentir en el acto originario de la misma, y así, en un orden general, no podían enajenar ni aceptar enajenaciones los impúberos, los sujetos a la patria potestad, los esclavos, los furiosos o dementes, sordomudos, las mujeres, sin perjuicio de las Incapacidades especiales para determinados negocios jurídicos establecidos en las leyes.

***Sólo el titular de la cosa o derecho podía enajenar,*** a menos de una prohibición de la ley, del contrato o de la voluntad del causante, debidamente manifestada, y, más tarde, del primitivo derecho Romano, pudo enajenarse en nombre de otro, cuando estaba facultado en forma para ello, mandatario, y asimismo, a pesar de la voluntad del titular, puede haber, lugar a la enajenación cuando los jueces o autoridades decretan el secuestro de los bienes, y también cuando los acreedores de las cosas dadas en prenda o hipoteca hacen uso de las facultades que para ello el derecho les concede.

Claro es que desenvolver en este momento toda *la doctrina concerniente a las enajenaciones sería invadir la materia relativa a multitud de negocios jurídicos que han de ser estudiados al detalle en cada una de las instituciones privadas de nuestro Derecho,* por ello nos limitaremos a dar a conocer algunas disposiciones, las más importantes, de las fuentes, bien respecto a la facultad de enajenar o bien en relación a las formalidades necesarias para ello.

Así, se alude a la idea de *la enajenación en el Digesto*<sup>163</sup>, comprendiendo dentro de ella a la usucapión, al no uso de las servidumbres, que ocasiona la pérdida de las mismas; se fijan asimismo, aparte de los requisitos especiales que deben mediar para la legitimidad del título por el cual se verifique, la capacidad del enajenante y del adquirente, tal aptitud de la cosa y la traición de la misma con título justo<sup>164</sup>. Se declaran válidas, no obstante no ser dueño de las cosas, las enajenaciones de la prenda por el acreedor<sup>165</sup>, las que por falta de metálico hace la autoridad de cosas de una herencia no adida, para pagar entierro y funerales del difunto, procediendo siempre en primer lugar respecto a las cosas que no pueden conservarse<sup>166</sup> y las que la propia autoridad hace para la custodia y conservación de bienes vacantes cuyo propietario fuere ignorado<sup>167</sup>.

Del mismo modo se afirma, respecto a la capacidad, que todos los que legalmente pueden enajenar pueden adquirir, y si tienen impedimento en sus facultades intelectuales, ha de entenderse válida la adquisición si les ha sido ventajosa<sup>168</sup>.

En relación a las cosas objeto de las enajenaciones, se declara con aptitud a todas las susceptibles de dominio por estar en el comercio de los hombres, corporales o incorporales, presentes o futuras<sup>169</sup>, exceptuando las cosas sagradas<sup>170</sup> las cosas litigiosas y la herencia del, que aun vive por el que espera adquirirla<sup>171</sup>.

*Y para terminar, no existiendo título de enajenación, la entrega de la cosa no producía por si sola transmisión de dominio<sup>172</sup>.*

También el Derecho Romano reguló casos especiales de enajenación de las cosas legadas y de los bienes pertenecientes a los pupilos y Menores, que son estudiados en el texto en las respectivas instituciones.

### 5.9.3. - RENUNCIA

*Es indiscutible que los derechos se dan para las personas y que éstas pueden ejercitarlos en su favor. Si así es, no puede existir inconveniente alguno en admitir la renuncia de lo que a dichas personas pueda serles útil. Sin embargo, el principio no puede ser absoluto, ya que si una renuncia supone perjuicio para otro, o el derecho y el deber de una persona se encuentran tan íntimamente relacionados que al renunciar aquél y no cumplir éste se originaría una perturbación jurídica que hiciera resentirse los fundamentos del orden social.*

*Por ella la renuncia nunca puede ir contra las leyes que afectan a la existencia y organización del Estado, como, por ejemplo, las referentes al estado y capacidad de las personas, las relativas a la organización de la propiedad territorial, las del puro derecho de familia y las pertenecientes a la sucesión que fijan las legítimas, las causas de desheredación y solemnidades de los testamentos y demás disposiciones de última voluntad.*

*La renuncia, como abandono que es de una facultad que corresponde al individuo, se rige por sus fueros propios y no puede ser traslativa de derechos, porque, caso contrario, se confundiría con la enajenación, y además porque no es necesaria la aceptación de la renuncia o cumplir formas determinadas para su validez, teniendo el carácter, por tanto, de un verdadero negocio unilateral. Esto no es obstáculo para que, si se tratase de derechos reales, sea preciso, además del animus derelinquendi, el material abandono de la cosa.*

*Por último, objeto de una renuncia puede ser no sólo los derechos actualmente existentes, sino también los eventuales y los futuros.*

*A base de estos principios, Roma reguló la repudiación de la herencia<sup>186</sup>, la renuncia del usufructuario en beneficio del propietario<sup>187</sup> y la renuncia a las servidumbres prediales por parte del propietario del fundo dominante<sup>188</sup>, cuyos detalles se hallan expuestos en el texto y lugar oportunos de dichas instituciones.*

#### 5.9.4. PÉRDIDA DEL OBJETO

*No se comprende un negocio jurídico, ni, por tanto, un derecho del mismo resultante, si falta o desaparece el objeto de aquellos, que es un elemento esencial. Pero es desde luego incuestionable que, según sea la relación jurídica, originará distinto efecto la pérdida de la cosa.*

Sentando, de momento, una regla general, puede indicarse que extingue el derecho la pérdida de la cosa sobre que recae un derecho real; unas si se trata de un derecho de obligaciones, se extingue el vínculo jurídico si falta la cosa específica y pereció aquella por culpa del deudor, puesto que en otro caso puede haber un cumplimiento supletorio de obligación mediante la indemnización de daños y perjuicios.

Pueden darse casos de dificultad para saber si la cosa se ha perdido total o parcialmente, como los hay también cuando, no siendo tan claro un hecho como el de la falta material del objeto, debe entenderse, sin embargo, la cosa perdida: por ejemplo, si pierde sus cualidades esenciales o su valor económico o se confunde con otra. En tales, supuestos, originarios de efectos diversos, será preciso atenerse a las reglas propias de cada negocio jurídico en particular, teniendo en cuenta si la extinción o pérdida del objeto lo fue por un caso fortuito o causa mayor, sin voluntad para ello, o por culpa de las partes del negocio de derecho.

***Roma, a este efecto, construyó las teorías de la falta y la de la mora creditoris, como también la del caso fortuito, la del dolo, la culpa y la de la mora debitoris, estudiadas al detalle en los respectivos lugares del texto.***

#### 5.9.5. - PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

***Este modo de extinción de los derechos es llamada también prescripción liberatoria, y se produce cuando se ha dejado transcurrir por el titular del derecho o acreedor el tiempo dentro del cual podía utilizarse, para exigirla, la correspondiente acción.*** Es una fuerza extintiva de las acciones y de todos los recursos de defensa del derecho, siendo de aplicación general a todos, sean de la clase que quieran, Se ha tenido a la prescripción liberatoria como una regla de paz, orden y armonía social, a fin de dar seguridad y certeza a las relaciones de derecho, ya que no podemos permanecer inactivos si hemos de conservar nuestros derechos, puesto que un derecho que no se ejerce perece, y dejando de utilizar la correspondiente acción si el derecho se desconoce o viola, la protección de la ley no puede ser indefinida.

*Pero el simple hecho del transcurso del tiempo no puede extinguir el derecho, sino que es preciso que, además de lo dicho, concurra otro elemento esencial, que es un acto o abstención por parte de una persona.* Lo que caracterizó, pues, la pérdida del derecho es el no uso de los medios de defensa del mismo; la inercia de los procedimientos defensivos, que suponen un abandono o renuncia del derecho que existe a nuestro favor. La prescripción extintiva; por tanto, tiene que requerir con elementos esenciales la negligencia del titular del derecho y el lapso de tiempo señalado por la ley durante el cual el derecho no ha sido ejercitado.

***En Derecho Romano obraba la prescripción de esta clase, sean antes se dijo, a modo de excepción, paralizando y haciendo inútil la acción.***

**El derecho no se extinguía en realidad; pero prácticamente era lo mismo, puesto que al titular ya no le producía beneficio alguno. Paulo consignaba tal efecto<sup>189</sup>, diciendo: nihil interesf, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.**

Se precisaba, en consecuencia, prevalecer de la excepción delate del magistrado o del juez, y aún así, el derecho existe todavía, puesto que tan sólo se halla paralizado, y si la causa de la excepción llega a desaparecer, el derecho recobra todo su poder<sup>190</sup> aparte de que, operando cono excepción; sólo puede ser opuesta a determinadas personas.

**Por lo demás, la prescripción extintiva tiene que tener un comienzo legal, que se da cuando el derecho del titular es un acto positivo del sujeto pasivo de la relación, desde el momento en que tal hecho no se cumpla; si consiste en hacer, cuando el sujeto pasivo practica un acto contrario a la abstención a que está obligado, y si se trata de derechos reales, el momento de iniciación será aquel en que el titular del derecho pueda ejercitar su acción y no lo haya verificado.**

**Sí la prescripción ha comenzado, no debe interrumpirse, ya que si tal cosa sucediese se inutilizaría aquella, bien se produzca por un hecho natural o por la intervención de la autoridad pública, y bien la produce el propio titular del derecho, un representante suyo o un tercero con interés en que la prescripción no se produzca.**

**Téngase presente, para concluir, que, aunque la prescripción es renunciable, siempre que esté ya consumada, no lo es, en cambio, el derecho a prescribir o renuncia anticipada de aquella, pues en tal caso la institución sería inútil e ineficaz y se producirían los trastornos y perturbaciones sociales que la prescripción trata de evitar. Y que esta prescripción estudiada produce los efectos señalados siempre que los derechos o acciones de que éstos se hallan dotados sean prescriptibles, ya que algunos derechos privados, como los relativos al estado y capacidad de las personas, o algunas acciones, como las de división, al igual que los derechos públicos que derivan del poder del Estado, son totalmente imprescriptibles.**

### 5.9.6 OTROS MEDIOS DE EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS

Aparte de los antes expuestos, y no tan importantes como los que se acaban de consignar, podían perderse o extinguirse los derechos por perder el estado, status, la personalidad o la consideración a que estaban ajenos.

Asimismo tenía lugar dicha extinción por cumplirse la condición resolutoria o el tiempo de que dependía su duración<sup>191</sup>.

De modo idéntico, por no tener interés en conservarlos aquel a quien corresponden, y, por último, cuando se le retiran a alguno sus derechos por mal uso que hace de ellos o en pena de algún delito<sup>192</sup>.

## Bibliografías

***Las citas en los párrafos algunas no coinciden con la nota al pie de página.***