

V

LAS DECLARACIONES JURIDICAS EN DERECHO ROMANO *

Llamamos “actos jurídicos” a aquellas formas de conducta humana que tienen consecuencias para el derecho, es decir, que resultan de relevancia para la consideración judicial de lo que es justo o injusto. En efecto, tales actos jurídicos pueden ser conforme a la justicia o contrarios a esa virtud. Como de juicio moral se trata, tales actos pueden ser juzgados por cuanto implican una manifestación de libertad personal responsable, es decir, como manifestaciones de voluntad, ya que una voluntad no manifestada, que no se exterioriza, no puede ser tomada en consideración por los jueces humanos. Así, el derecho, como fundado en la moral, considera la voluntad, pero sólo aquella voluntad que se manifiesta en una conducta socialmente relevante, es decir, la voluntad socialmente objetivada.

Dentro del conjunto de actos jurídicos lícitos, hay algunos que no sólo manifiestan una voluntad personal socialmente relevante, sino que sirven especialmente para hacerla constar, y producir con tal constancia determinados efectos. Hablamos entonces de actos que no sólo “manifiestan”, sino que “declaran” la voluntad. A su vez, estas declaraciones de voluntad o pueden constituir tipos independientes de actos productores de efectos jurídicos o son meras declaraciones que presuponen otro acto al que sirven de complemento: los primeros suelen llamarse hoy “negocios jurídicos”, y los segundos pueden llamarse “declaraciones complementarias”. Estos segundos no sirven para crear una determinada posición jurídica, sino para modificarla.

Toda esta teoría general de los actos jurídicos es moderna. Como suele ocurrir con este tipo de teorías, está condicionada por una determinada mentalidad histórico-espiritual y no puede resultar válida para cualquier momento histórico; sólo de una manera muy convencional se puede aplicar tal doctrina para el estudio del derecho romano.

Ante todo, no pertenece a la genuina mentalidad romana la consideración de la “voluntad” como elemento principal de los actos jurídicos. Porque tal consideración es fruto de una actitud

* Se reproduce sin alteraciones la prelección de mi curso 1964-1965 en la Universidad de Navarra.

moral que sólo con el Cristianismo llega a prevalecer, y el derecho romano propiamente dicho, no como tradición europea encauzada en la Edad Media, sino como realidad histórica concretamente delimitada, es un derecho precristiano. La búsqueda de la *voluntas* aparece en un momento tardío, y como efecto precisamente de la actitud cristiana que se entroniza en la legislación imperial post-Constantiniana y en las especulaciones de las escuelas bizantinas.

En la verdadera jurisprudencia romana la consideración de la *voluntas* aparece muy circunscrita, casi exclusivamente, a las disposiciones para después de la muerte, es decir, las “últimas voluntades”. En los negocios convencionales, no es la *voluntas* personal lo que interesa, sino el acto que efectivamente se ha realizado, el *quid actum sit*, aunque se acuda al contraste con la voluntad cuando la forma declarada es ambigua, según los recursos de la Retórica.

Cuando se detecta una discrepancia entre el *actum* y el *dictum*, es decir, el error de una declaración, no es tanto el desajuste con la voluntad interna y subjetiva lo que se toma en consideración, cuanto el desajuste entre la declaración aberrante y el acto formalmente realizado. De ahí que el derecho romano no presente tampoco una verdadera teoría del error en los actos jurídicos. Este contraste entre el subjetivismo moderno y el objetivismo romano tiene como una de sus principales consecuencias que no resulta congruente para el estudio del derecho romano toda aquella teoría moderna de los actos jurídicos y las declaraciones de la voluntad. Con ello se produce cierto vacío: no tanto por el hecho de tener que prescindir de una teoría general, cuanto por el hecho de que carecemos de un estudio adecuado de las “formas de declaración” del mundo romano. Nuestra prelección de hoy intenta ser una mínima aportación para tal estudio. No se trata de sustituir una teoría general por otra, ya que toda teoría general resultaría extraña al espíritu del derecho romano, sino tan sólo de estudiar una terminología, y de individualizar la raíz de una serie de formas de declaraciones que producen efectos jurídicos principales. Para ello nos fijaremos especialmente en la expresión *dicere*, a propósito de la cual nos tendremos que referir a otras formas de declaración.

Dicere significa el hablar solemne (por ej., *causam dicere*) frente al hablar coloquial (Cic., or. 32), pero en el derecho tiene aplicación como término principal para designar las distintas formas de declaración. En congruencia con lo que hemos dicho, ese término no expresa propiamente una exteriorización de una voluntad interna, sino la determinación de un objeto: un acto, pues, no de exteriorización, sino de objetivación. Aunque resulte cómodo traducir *dicere* por “declarar”, *dicere* no es propiamente un aclarar, declarar o manifestar, que se entienden referidos a la exteriorización de algo

interno y oculto que es la voluntad, sino un señalar, un determinar mediante una forma oral ella misma determinada, pues lo decisivo para el derecho romano no es la voluntad, sino el negocio mismo que se ha actuado. En efecto, la raíz *dic-*, que es la misma del griego *deiknymi*, señalo, y *dike*, proceso, contiene el acto de señalar, de mostrar formalmente, y de ahí el sentido básico de pronunciar la fórmula prescrita para la producción de ciertos efectos.

El *index* es el que señala pronunciando la fórmula determinante, pero también, y aun por autonomasia, el dedo "índice", pues es el que sirve para señalar un objeto preciso. Este mismo sufijo *-dex* vuelve a encontrarse en términos tan fundamentales para el derecho como *iudex*, que es el que señala y afirma lo que es justo, el *ius*; término éste afín al *med-dix* osco, que es el nombre del magistrado juzgador, donde la raíz *med-* se refiere al cuidado de gobierno, como en *medella* y *medicina* es el cuidado de la salud. También se encuentra el sufijo *dex-* en *vindex*, que es el que señala y afirma un poder o *vis*, pues la *vis*, que se entiende como violencia antijurídica, sobre todo a partir de las crisis revolucionarias de los últimos siglos de la República, es en primer lugar el poder lícito por el que se realiza el *ius*, de suerte que quien afirma judicialmente su dominio sobre una cosa se dice que *vindicat*, es decir, que declara su poder sobre la misma.

No se me oculta que esta interpretación del término *vindex* y *vindicare* tropieza con las conclusiones recientemente alcanzadas por Wolfgang Kunkel en su muy importante estudio sobre el proceso criminal anterior a Sila, un libro que presenta nuevos problemas muy centrales para la historia del derecho romano. Según Kunkel, la formación de un juicio público para la persecución de crímenes como el homicidio sería relativamente reciente, y la acción correspondiente, en una primera época, no habría sido otra que la *legis actio sacramento* de carácter personal. En relación con esto, el término *vindicare*, que tiene el sentido más amplio de castigar o vengar, se explicaría partiendo de la hipótesis de que su objeto no sería una cosa cuyo dominio se reclama, como ocurre posteriormente, sino la persona del delincuente o el delito mismo. De este modo, la *vindicatio* habría empezado por ser simplemente la venganza, acepción que se conserva en el lenguaje no técnico, y sólo por una elaboración posterior habría llegado a especificar en el lenguaje técnico la acción real. Pero sin poder entrar en la teoría de Kunkel sobre el *sacramentum in personam*, para el que la base textual es insuficiente, su conclusión acerca del *vindicare* parece incompatible con la reducción, que es antiquísima, de la *vindicatio* a la acción real, con clara exclusión de la personal. Una forma aparentemente personal se presenta en el antiguo *vindex* de la *manus iniectio*. En este primitivo procedimiento ejecutivo, el conde-

nado al pago de una cantidad viene apresado por su acreedor, pero puede ser libertado por la intervención de otra persona, un *vindex*, que, saliendo en su defensa, se opone al acreedor y afirma la injusticia de su pretensión, con el riesgo, en caso de que el juez no reconozca lo fundado de su afirmación, de ser condenado al doble de la deuda negada. Este *vindex* no realiza en modo alguno un acto de venganza o castigo, sino de afirmación de un poder, que, en este caso no es un poder suyo, sino un poder del presunto deudor sobre sí mismo.

Este sentido especial del *vim-dicere* del antiguo *vindex* debe contraponerse al que las mismas palabras tienen en la forma de *vim-dicare*. En efecto, puede observarse una doble derivación *dicere* y *dicare*. *Dicare* (*dico, dicas, dicavi, dicatum, dicare*) significa igualmente proclamar solemnemente, pero, en especial, consagrar o dedicar algo a una divinidad. Esta doble derivación se presenta en los compuestos que acabamos de mencionar: *index, iudex* y *vindex*. Así, veremos *indicere* al lado de *indicare, ius dicere, o iurisdictio*, al lado de *iudicatio*, y el *vindicere* del *vindex* al lado de la *vindicatio* del propietario. Indudablemente, debe buscarse un matiz de diferencia. *Indicere* quiere decir declarar solemnemente algo, como la guerra (*indicere bellum*), o la imposición de un nuevo tributo (*indicere tributum*), de donde la *indictio* cronométrica; *indicare*, en cambio, se dice de la acción de delatar a alguien. La *iuris dictio* es la función del magistrado que declara el *ius* que debe ser observado: en tanto la *iudicatio* es la sentencia del juez privado que declara el derecho de alguien contra alguien. Finalmente, en tanto el *vindex* ejerce una función de público defensor, el *vindicans* defiende su particular derecho. Todavía puede seguirse esta contraposición en el compuesto *praedicere*, anunciar públicamente, y el más tardío *praedicare*, alabar a alguien. Si no me equivoco, la diferencia básica entre ambas derivaciones es ésta: *dicere* significa una declaración pública de efectos generales, en tanto *dicare*, una declaración privada de efectos personales.

Esto explica que las distintas formas de declaraciones públicas del magistrado sean de *dicere*; así, además de la *iuris dictio*, el *edicere*, publicar bandos; *interdicere*, dar una orden en términos generales, y, sobre todo, *addicere* o atribuir con efecto público. Este último término tiene especial importancia, pues es uno de los *tria verba* solemnes de la jurisdicción del pretor: *do, dico, addico*. Significando *addicere* una atribución a favor de una parte litigante, aquella diferencia que queremos ver entre *dicere* público y general y el *dicare* privado y personal parecería desdibujarse un poco, pero hemos de observar esto, que me parece de importancia para una recta valoración de los límites subjetivos de la cosa juzgada: que

parece hoy bastante probable que en un primer momento era el mismo magistrado quien daba la sentencia, y no un juez privado, como ocurre en el derecho romano desarrollado, de la época clásica. El antiguo fallo del magistrado adoptaba precisamente la forma de *addictio*, ya tuviera por objeto una persona deudora, ya una cosa vindicada. El juez privado, precisamente por ser privado y no un magistrado, *indicat* y *adiudicat*, pero no puede hacer una *addictio*. Ahora bien, la diferencia entre ambas formas de sentencia, la pública del magistrado, *addictio*, y la privada del juez, *iudicatio*, está precisamente en que la primera tiene efectos generales y absolutos, en tanto la segunda tiene un efecto relativo, inter partes. De ahí que, en derecho clásico, se puede decir que la titularidad dominical tiene un alcance relativo, ya que el hecho de prevalecer el propietario en un litigio contra un adversario no excluye que, sin mudar su posición jurídica, sea luego vencido por otro en un nuevo litigio, en tanto en el régimen de la *addictio* la titularidad pública excluye toda ulterior discusión privada, algo así como ocurre en el moderno derecho inmobiliario con la publicidad registral.

Así, pues, aquella diferencia entre *dicere* y *dicare* parece venir reforzada por la contraposición de los efectos públicos de la *addictio* frente a los únicamente personales de la *iudicatio*.

Con este esclarecimiento se puede entender también el sentido de la expresión *vindicias dicere*, donde nuestro término aparece dos veces: en *vim-diciae* y en *dicere*. *Vindiciae*, en esto parece haber unanimidad entre los romanistas, son los objetos reclamados en una *vindicatio*. En el proceso arcaico, una vez que los litigantes han cruzado sus *sacramenta* para discutir acerca de la propiedad, vienen apartados momentáneamente de aquellos objetos que todavía no se sabe a quién pertenecen, los cuales quedan, por obra de la función de público pacificador que tiene el magistrado, en situación de objetos en litigio: *vindiciae*, donde la forma *-diciae* se debe a que tal situación no se produce inmediatamente por la misma *vindicatio*, sino por la intervención pública del pretor, que tiene efectos generales y absolutos. El pretor, sin embargo, puede atribuir provisionalmente aquellos objetos hasta ver el resultado del litigio, y esta atribución, siempre pública y de efectos generales, aparece repetida con la expresión *vindicias dicere*, es decir, la atribución provisional (y de ahí que no constituya un *addicere*, que tiene carácter definitivo) de los objetos en litigio, con el deber por parte del que los recibe de dar fiadores, los *praedes vindiciarum*.

Dicere es así la forma habitual de declaración imperativa del magistrado, por ejemplo, cuando impone una multa (*multam dicere*), pero ese sentido imperativo caracteriza también esa expresión cuando se aplica en la esfera privada. Común al magistrado y al privado puede ser la fijación imperativa de un plazo, el *diem dicere*.

Este acto de decidir una fecha aparece también como un *constituere*, término propio de los negocios privados, pero que se aplica después a las decisiones públicas del príncipe, y por eso la legislación imperial se vale del término de *constitutio*, que todavía a principios del siglo III d. C. se utilizaba en ese sentido sólo por licencia del lenguaje cotidiano, contra lo que era el rigor de la terminología propiamente jurídica. Una evolución parecida, del uso privado al público, se da también en una expresión que debemos considerar especialmente, a saber, *legem dicere*, que se puede traducir por “poner una cláusula”. Esta traducción, que me parece profundamente exacta, se explica mejor si tenemos en cuenta el sentido de la palabra *lex*, ley.

Una curiosa derivación explica que *legere*, que quiere decir “recoger”, “seleccionar”, “elegir”, quiera decir también “leer”. Este tránsito parece explicarse por el *legere litteras*, es decir, el acto de recoger con la vista las letras escritas, para traducirlas en voz articulada. Estos dos sentidos, en cierto modo independientes, aparecen también en la terminología jurídica, pero no sin ciertas interferencias. Tenemos así la palabra *lectio*, por ejemplo, la *lectio senatus*, que es la elección de senadores, pero al mismo tiempo la convocatoria, mediante la lectura pública de la lista de los designados. Esta palabra *lectio* se presenta también en las formas compuestas de *electio* y *adlectio*, es decir, “elección” y “elección para formar parte de una corporación”, de un *col-legium*. La elección presupone siempre la pluralidad, y en eso se diferencia la *electio* de la *optio*, pues *optare* significa “querer para sí”, y aunque ordinariamente la opción presupone una pluralidad electiva, también puede darse la opción sin elección, es decir, con aquella sola elección entre querer o no querer un solo objeto; distinción ésta entre opción y elección que me parece sumamente útil para la teoría de la libertad moral. En la terminología jurídica, la *optio* tiene un sentido concreto, que no debe confundirse con la *electio*: significa un tomar para sí con efecto adquisitivo; así, en primer lugar, la *optio* de un esclavo hereditario cualquiera dejada en un testamento a favor de un legatario: si éste opta el esclavo, adquiere por ello mismo su propiedad; así también la *adoptio* de un hijo por quien no es su padre genuino: lo incorpora como hijo civil; así la *cooptatio* por los miembros de un colegio, que se incorporan un nuevo miembro. También, *optio* sin más, en el lenguaje militar, se dice del lugarteniente que ha sido nombrado tal por su jefe. En todas estas acepciones puede verse una elección, pero el momento principal del acto no es el electivo, sino el adquisitivo. Es este resultado adquisitivo el decisivo, más que el de una posible pluralidad para la selección.

Al lado de esta serie de derivados de *legere* que reflejan el sentido originario de elegir, hay otras palabras en las que se refleja el otro significado secundario de leer. Así ocurre con *legare* y *lex*.

Legare se relaciona evidentemente con la declaración del testador, que dicta una disposición para distribuir sus bienes después de su muerte, es decir, impone unos legados (*legata*). Para estas declaraciones en el acto solemne de la llamada *mancipatio*, que se hacen con intervención de testigos y una balanza, el derecho arcaico tenía el término de *nuncupatio*. *Nuncupare* es *nomen capere*, o sea, tomar y proferir la fórmula solemne que produce efectos en derecho. Esta producción de efectos estaba sancionada por un precepto de las XII Tablas que decía: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*: "Sea derecho conforme a la declaración oral". La disposición de legados constituye un tipo de *nuncupatio*, pero la palabra *legatum* indica, sobre todo, más que la misma declaración, la disposición imperativa que se lee ante los testigos. Este momento imperativo aparece, fuera del derecho testamentario, en palabras de carácter público, como *legatio*, es decir, la embajada mandada, o *relegatio*, es decir, la proscripción al exilio, o de carácter privado, como la *delegatio* o autorización representativa.

En todas estas acepciones de sentido imperativo late el término *lex*, que encontramos en aquella expresión de *dicere legem*. *Lex* es propiamente la declaración imperativa sobre la propia pertenencia, y puede ser *lex privata*, cuando el propietario dispone de lo suyo, o *lex publica*, cuando es el mismo pueblo quien aprueba la disposición propuesta por el magistrado presidente de la asamblea popular. [Lo que es conforme a esta ley pública se dice *legitimus*, pero este adjetivo redujo su significación a las leyes inmutables cuando la lengua creó el nuevo adjetivo *legalis*, para referirse a las contingentes leyes positivas.]

La *lex* presupone siempre una forma imperativa: es siempre ley positiva. El hecho de que se haya acudido a la palabra *ley* para designar aquellas reglas de justicia que pueden no haber sido objeto de forma impositiva constituye uno de los más graves percances de la filosofía jurídica europea. La *lex* privada, por su parte, es también una disposición impositiva, que el propietario puede dictar para el régimen de lo que le pertenece: la *lex rei suae dicta*. Como dijimos en relación con la *constitutio*, también a propósito de la *lex dicta* se observa el mismo tránsito de la esfera privada a la pública: la *lex dicta* privada llega a ser el reglamento para la administración del patrimonio imperial, pero este tránsito se explica por el hecho de que el progreso de la nueva forma política del "principado" lleva consigo la elevación de la administración privada del príncipe al rango de burocracia pública.

Con esta aclaración sobre *lex* creo que se puede entender mejor la interpretación de *legem dicere* como "poner o imponer una cláusula", pues esa *lex* es fundamentalmente una disposición adjunta a un negocio básico, normalmente escrito. Es siempre positiva, impositiva.

Hemos visto en la expresión *legem dicere* la más clara expresión de la declaración imperativa, que ya el verbo *dicere* tiene por sí solo, y de ahí que la palabra *dicio* sea el imperativo al que el vencido se somete, y de ahí también la intensificación de imperatividad que implica el frecuentativo *dictare*, y, en especial, el sustantivo *dictator*.

Aparentemente, *dicere* presenta un aspecto menos imperativo en la expresión *dicere sententiam*, pues la *sententia* es la opinión del juez y no el mandato ejecutivo; pero esto se explica por el hecho de que, como ya hemos dicho, la función de dar sentencia correspondía antiguamente al magistrado, y se revestía por ello de la natural imperatividad del que tiene el *imperium*. Cuando es un juez privado quien da sentencia, su opinión, considerada en sí misma, no es imperativa; sin embargo, conserva siempre aquella imperatividad de la antigua sentencia del magistrado, no sólo por la misma forma de expresión imperativa con que aparece redactada, sino por el hecho de que, en último término, el magistrado la sigue reforzando con su imperio para que tenga fuerza ejecutiva.

No ocurre así con las *sententiae* que declaran, no los jueces, sino los juristas. Para esta forma privada de declaración del *ius* no se emplea el verbo *dicere*, sino *respondere*. El *responsum* del juriconsulto, prudente del derecho, no es solemnemente declarado, sino comunicado sin forma especial. No es allí la forma lo decisivo, sino el fondo del "asentimiento" prudencial, del *sentire* que es la *sententia*. Pero esta declaración informal no debe confundirse con una simple manifestación de opinión cualquiera, pues el *responsum* es la pieza principal de toda la vida jurídica romana. El *responsum* se da a aquel que lo pide con reconocimiento de la autoridad del que lo profiere. Requiere así como un previo acatamiento, no de la potestad, pues el jurista carece en absoluto de ella, pero sí de la autoridad; presupone un como compromiso previo por parte del que interroga, y de ahí que no sea como la *sponsio* una respuesta que obliga al que la profiere, sino una respuesta de autoridad reconocida, que vincula en cierto modo al que la pide. Esto explica que el *re-sponsum* presuponga como una *sponsio* previa: el compromiso del interrogante.

No podemos pretender aquí una revisión exhaustiva de todas las formas de declaración en el derecho romano. En especial, omitimos el análisis de términos tan importantes como *iubere*, auto-

rizar; *nuntiare*, transmitir una declaración, y algunos compuestos de *habere*, como *ratum habere*, ratificar; *perhibere*, deponer testimonio; *prohibere*, oponer un veto, etc.; luego, *pacisci*, pactar, etc.

Como conclusión, cabe afirmar, en primer lugar, que el verbo principal para expresar las declaraciones jurídicas, *dicere*, en todas sus formas derivadas y compuestas, revela una concepción objetivista y formalista, frente a la subjetivista y voluntarista que domina la teoría moderna sobre las declaraciones de la voluntad. Con esta primera conclusión es consecuente el reconocer la inadecuación a la realidad del derecho romano de aquella doctrina, aparentemente fundada en el derecho romano, pero creada por la ciencia jurídica individualista de la Edad Moderna que concibe el derecho como un conjunto de poderes de la voluntad individual.

En segundo lugar, cabe concluir también que en esta terminología relativa a las declaraciones jurídicas hay una gran fluidez, y casi diríamos indiferencia, entre las acepciones de ámbito público y las privadas, lo que es congruente con la negativa para aceptar como propia del derecho romano la distinción entre materias de derecho público y materias de derecho privado, que habiéndose insinuado en la época menos floreciente del derecho romano, se ha erigido en clave de la ciencia jurídica moderna.

Una vez más, habrá que advertir, estas observaciones críticas acerca del desajuste entre doctrina moderna y realidad del derecho romano no van inspiradas por un afán de destruir la dogmática moderna, sino por el más constructivo de procurar una aproximación más verídica al estudio del derecho propiamente romano. Pero todavía cabe esperar que de este esclarecimiento del objetivismo romano puede derivarse alguna cautela para el pensamiento jurídico moderno. Porque si es verdad que el voluntarismo jurídico parte, como hemos dicho, de una actitud cristiana, que pretende calar en las raíces morales de la conducta humana, no es menos cierto que la exaltación de la voluntad conduce a los excesos heréticos del idealismo que culmina en Schopenhauer, del que la concepción del derecho subjetivo en un honesto pandectista como Windscheid, al decir que es el "señorio de la voluntad", no está muy lejos.

Quizá sea una sana cautela para el jurista el no olvidar que el mundo del derecho es siempre un mundo de formas que la voluntad humana no crea, sino simplemente señala para producir ciertos efectos socialmente reconocidos. Lo que la voluntad busca son los efectos, pero el instrumento formal es una creación social que no depende de la voluntad, sino de la naturaleza de las cosas y de la particular y respetable tradición de cada grupo social.