

IV

« P E R P E T U U S »

En el presente trabajo nos proponemos ofrecer una muestra de la importancia que en la investigación de las instituciones jurídicas romanas tiene el precisar debidamente el alcance de ciertos términos cuya traducción inexacta origina muchas veces interpretaciones erróneas y da lugar incluso a que toda una variada gama de hipótesis trate de explicar conceptos que no tienen otra oscuridad que la que deriva de la infundada e inadecuada estimación que de sus expresiones se hace.

El término *perpetuus* atrajo preferentemente nuestra atención, porque siempre, o casi siempre, que se encuentra en los textos jurídicos no satisface plenamente como expresión de perpetuidad en sentido absoluto, material y objetivo.

En la definición de Justicia que formula Ulpiano: *consans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (I. 1, 1, pr.)¹ encontramos el objetivo *perpetua* referido a la voluntad. Algunos intentan suprimir la palabra *perpetua* de la definición, argumentando que si determinados actos de una persona son justos, no cambian de condición porque los actos realizados con posterioridad por ella sean injustos, pero esta argumentación, que sería irrefutable si el texto tratase de definir el acto justo, cae por su base desde el momento en que lo que se quiere definir es el hombre justo para la calificación del cual no es bastante la realización de actos de justicia aislados o espaciados entre actos de injusticia, es preciso el hábito y la práctica constante de la justicia².

Cicerón en *De legibus* (I. 17) define la virtud como *consans et perpetua ratio vitae* y en *Paradoxa* (III, 1, 122) se lee: «*Una virtus est consentiens cum ratione et perpetua constantia.*» Para juzgar de la significación que haya de darse a estos pasajes ciceronianos es preciso examinar los textos de que forman parte. En *De legibus* Cicerón dice: «así como lo verdadero y lo falso, la consecuencia y la contradicción se juzgan en sí y no por una prueba exterior de ellas, así la constancia

1. Vid. D. I. 1, 10 pr.

2. C. ACCARIAS: *Précis de Droit romain*, Paris, 1886, I, pág. 4.

de la razón en la dirección de toda la vida que es en lo que consiste la virtud y la inconstancia opuesta que es en lo que consiste el vicio, tienen su fundamento en su propia naturaleza» y en Paradoxa pregunta: «¿Llamaríais honrado al hombre que hubiese devuelto diez libras de oro que podía retener impunemente porque el depósito fué hecho sin la presencia de testigos, si no hacía lo mismo tratándose de diez mil? ¿Llamaríais temperante a aquél que reprimió su pasión en cierta ocasión y en otra la dió rienda suelta?»

Se contraponen, pues, la constancia a la inconstancia y se rechaza la idea de que la realización de un acto justo sirva para considerar justa toda una vida.

No aparece *perpetuus* en la calificación de la vida recta y honesta, conforme a virtud de que habla Cicerón en *De finibus* V, 23, sino simplemente *constans*; y más aún: en el mismo pasaje, cuando trata de la función propia de cada virtud, señala como misión de la justicia el dar a cada uno lo suyo, rescindiendo de toda alusión a la perpetuidad.

Félix Senn³, bajo la consideración de un entronque filosófico, estima que el término continua no es suficiente para expresar el verdadero sentido de perpetua. *Perpetuus*—dice—significa muy frecuentemente lo que dura tanto como el ser o el objeto a que hace referencia. Así la virtud de la justicia en el hombre debe durar toda su vida⁴.

Juzgamos más exacto y ajustado a la realidad de las fuentes decir que *perpetuus* muchas veces puede traducirse por continuo, otras, por lo que es intencionalmente indefinido en el tiempo, y algunas por lo que tiene carácter general. Tales afirmaciones obligan a hacer un estudio exegético de algunos términos latinos de diversa procedencia, en los que pueden encontrarse puntos de apoyo suficientes para su defensa, sin pretender que este examen sea total o exhaustivo, sino simplemente demostrativo.

En el Digesto 23, 3, 1. (Paulo) se lee: *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit*. Este texto ha suscitado notables controversias no obstante ser uno de los que en el *Index* figuran como exentos de interpolaciones. De él se sirvió ampliamente Bechmann⁵ para defender su tesis de que la función económica de la dote (suministrar al marido una aportación para atender a los gastos de la vida conyugal) no era de esencia en la institución jurídica. Para este autor el sentido del texto no puede ser más que este: «la dote queda para siempre en el patrimonio del

3. *De la Justice et du Droit*, Paris, 1927, pág. 2, núm. 2.

4. SENECA, Epístola XX.

5. *Das röm. Dotalrecht*, Erlangen, 1865-67.

marido; la *causa dotis* no es limitada en el tiempo, es una causa perpetua; lo que el marido ha recibido lo conserva siempre, como lo adquirido *donationis* o *solvendi causa*. Ahora bien, no sólo la atención a las cargas del matrimonio supone una limitación en el tiempo, que se contradice con la perpetuidad, que según la interpretación de Bechmann asigna el D., 23, 3, 1, al instituto dotal, sino que la obligación de devolver la dote al disolverse el matrimonio chocaría abiertamente con el supuesto dominio perpetuo del marido.

Maynz⁶ explica el pasaje sosteniendo que se trata de un vestigio del antiguo régimen en que el marido quedaba definitivamente propietario de la dote. Tesis ésta que no resuelve la dificultad de la presencia de los términos causa perpetua en un texto de fines de la época clásica.

Bonfante⁷, por su parte, cree que el texto tantas veces citado ha de interpretarse en el sentido de que la dote debe servir a las cargas matrimoniales, principio que encuentra su más señalada aplicación en el instituto de la *praeceptio* que mantiene íntegra la dote en poder del marido, incluso a la muerte del padre, cuando por motivos hereditarios debería ser atribuida en todo o en parte a otros.

Pacchioni⁸ al afirmar que la dote originariamente no era restituída cita el D., 23, 3, 1. Resulta poco feliz invocar un pasaje de Paulo conservado en una compilación justiniana, que enuncia una regla jurídica no alterada por los compiladores, para justificar un ordenamiento pretérito. Precisamente en la mismo nota cita Pacchioni los siguientes pasajes tomados de los *Tituli ex corpore Ulpiani*: «*Mortua in matrimonio muliere dos a patre projecta ad patrem revertitur, quintis in singulis liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet. Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is qui dedit ut sibi redderetur stipulatus fuerit, quae dos specialiter recepticia dicitur. Divortio facto si quidem sui iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est, dotis repetitionem. Quod si in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae: nec interest adventicia sit dos an projecticia* y de la confrontación de Paulo con Ulpiano su contemporáneo se deduce claramente que mal podía pensar el primero que la dote quedase para siempre en poder del marido.

El texto de Paulo sólo tiene una explicación posible a nuestro juicio: la causa es perpetua porque la voluntad del que

6. COURS, 3.^a ed., t. III, pág. 35.

7. CORSO, Roma, 1925 t. I, págs. 291-92, y SCRITTI, 1926, t. I, pág. 84.

8. CORSO, Turin, 1922, t. III, pág. 364, núm. 677.

9. VI. 4-6.

constituye la dote es que quede en poder del marido a fin de que atienda a los gastos del matrimonio, cumpliendo así una de las obligaciones que caracterizan su misión social. O dicho en otros términos, en época de Paulo y de Justiniano, el calificativo de perpetua se refiere no a una situación materialmente inmutable, sino a un fundamento jurídico (causa) que no encierra en sí el germen de destrucción futura del régimen que origina, es «una situación intencionalmente perpetua» siquiera esta intención sea apriorísticamente juzgada con un criterio objetivo, cual corresponde a la índole de la apreciación del Derecho.

Es algo parecido a lo que ocurre con la frase de Modestino «*consortium omnis vitae*» en su definición del matrimonio. La interpretación más antigua¹⁰ y aun hoy la dominante, traduce por *consortium* que sólo se disuelve con la muerte, lo que encerraría, naturalmente, una afirmación jurídica inexacta, pero el verdadero sentido de la frase, probablemente clásica, no es otro sino el de *consortium*, ideal e intencionalmente perpetuo.

Sin salirnos del Derecho de familia encontramos aún otras pruebas que corroboran nuestra opinión de que el término *perpetuus* no significaba una situación definitiva e invariable. En D., 24, 3, 22, 7, se lee: «*Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint quid faciendum sit tractamus; et illud quidem dubio procul observatur eam personam quae furore detenta est quia sensum non haber nuntium mittere non posse; un autem illam repudianda est considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est tamen ferendus his qui circa eam sunt tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium...*» Pudiera creerse que esta locura, el furor *perpetuus* de que habla el texto fuera una locura incurable, pero no es así y el mismo fragmento del Digesto viene a deshacer el posible error: «... *Sin autem tantus furor ets, ita ferrox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit.*» Solamente en el supuesto de que la locura sea tan feroz y perniciosa que no quede esperanza alguna de curación y concurren otra serie de circunstancias, la persona sana, el cónyuge que está normal, podrá enviar mensaje de repudio al loco, de suerte que se considere que el matrimonio se disolvió sin culpa de nadie. De aquí se deduce bien fácilmente que el *furor perpetuus* a que Ulpiano se refirió antes no podía ser la locura incurable, ya que en este caso no tendría sentido el comienzo de la oración: «*sin autem...*»

Cuando Gayo se ocupa en el libro I de sus Instituciones¹¹ de las garantías que los tutores y curadores deben prestar a

10. E. ALBERTARIO: *Studi di Diritto romano*, Milán, 1933, I, pág. 184.

11. I, 199 y 200.

fin de que queden a salvo los intereses de los pupilos y de los que están en curatela, escribe: «*Ne tamen et pupillarum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminuantur curat praetor ut et tutores et curatores eo nomine satisfaciant. Sed hoc non est perpetuum; nam et tutores testamento dati satisfacere non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores ad quos non a lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a pretore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisfacere, scilicet quia satis honesti electi sunt.*» La traducción correcta de *sed hoc non est perpetuum* no puede ser otra que la de que la regla enunciada no se aplica en todo caso, que no es general. En la traducción de las Instituciones de Gayo, llevada a cabo por el profesor d'Ors, y que forma parte de la Colección escolar de fuentes jurídicas romanas, publicada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, se traduce: «Pero esto presenta excepciones». Estamos, por lo tanto, en presencia del empleo del término *perpetuus* con el significado que apuntábamos en tercer lugar.

Si del Derecho de familia pasamos al Derecho de cosas, también nos es dado continuar el análisis.

Hay un texto de Ulpiano que transmite a su vez otro de Labeon, que no deja de tener interés para el estudio del término que nos ocupa; es el D., 19, 1, 17, 7: *Labeo generaliter scribit ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt aedificia esse; quae vero ad praesens non esse aedificia, ut puta fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium verumtamen si perpetuo fuerint positae aedium sunt.* A primera vista pudiera pensarse que el calificativo *perpetuus* se empleaba en este caso para denotar «lo que dura tanto como el ser o el objeto a que hace referencia», pero ha de observarse que se contraponen las cañerías que se colocan sólo provisionalmente a las que se colocan con ánimo de no quitarlas, esto es, intencionalmente perpetuas.

Sin embargo, quizás donde mayor interés ofrezca el análisis de *perpetuus* en relación con los problemas de la investigación romanista sea a propósito de la causa perpetua de las servidumbres.

Dejando aparte la debatida cuestión de que ha de entenderse por causa de las servidumbres (objeto, cualidad, forma, condición, etc.) y aceptando como más conforme con su auténtica acepción originaria la identificación de causa con finalidad de la servidumbre¹², tenemos en primer lugar el caso de

12. En materia de causa perpetua de las servidumbres: las interpolaciones no son escasas. PEROZZI. «Riv. It. per la Scienze Giuridiche», vol. XIV, y BESELER. «Revista holandesa de Historia del Derecho», 1930.

las servidumbres de extracción de materiales en las que aparece con toda claridad que el servicio no ha de ser continuo ni perdurable. Sin que suponga ninguna objeción el hecho de que algunos juristas romanos hablen de que a veces los materiales de las canteras se renuevan substituyéndose las extracciones por nuevos crecimientos; así, Javoleno, quien en D., 23, 5, 8, en relación con una cuestión surgida a propósito de unas canteras de mármol que el marido había abierto en el fundo dotal, afirma: «*Ego autem non tantum necessarias sed etiam utiles impensas praestandas a muliere existimo nec puto fundum deteriore[m] esse si tales sunt lapidicinas in quibus lapis crescere possit*», y Ulpiano, en D., 24, 3, 7, 13: «*Si vir infundo mulieris lapidicinas marmoreas invenerit et fundum fructuosorem fecerit, marmor quod caesum neque exportatum est marito et impensa non est et praestanda quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur quiales sunt in Gallia sunt et in Asia.*»¹³

El significado continuo se descubre también a propósito de las servidumbres y su causa: «*Hoc interdictum de cisterna non competit; nam cisterna non habet perpetuam causam nec vivam aquam; ex quo apparet in his omnibus exigendum ut viva aqua sit; cisternae autem imbribus concipiuntur. Dunque constant interdictum cessare, si lacus, piscina, puteus vivam aquam non habeat.* Resulta de este texto que a pesar de formarse las cisternas con agua de lluvia se niega que tengan causa perpetua. Ahora bien, como la lluvia es un fenómeno natural, que nunca puede decirse que en lo sucesivo ya no se producirá, la conclusión es clara: la característica que en el caso de la cisterna excluye la nota de causa perpetua es simplemente su falta de continuidad en el aprovechamiento o goce de la finalidad a que se le destina.

La existencia en Derecho romano de acciones calificadas de perpetuas tampoco es obstáculo para nuestra interpretación.

En un principio, cuando todas las acciones eran acciones civiles, no existía la distinción entre acciones perpetuas y acciones temporales. La distinción surge al aparecer las acciones honorarias. En Gayo encontramos la contraposición anuales y perpetuas¹⁴: «*Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones quae ex lege senatusve consultis profisciscuntur, perpetuo solere praetorem accomodare, eas vero quae ex propria ipsius jurisdictione pendent perumque intra annum dare.*» Distinción que, por otra parte, no ha de entenderse como oposición radi-

13. El insigne E. Ferrini hubo de escribir: «E infatti quando si discorre de causa perpetua s'intende sempre in senso relativo e umano.» Archivio Giuridico, I. (1893), págs. 398-399

14. IV, 110

cal y caracterizadora de las acciones civiles y honorarias, como lo prueba, entre otros, el texto de Ulpiano conservado en D., 4, 9, 7, 6: «*Haec iudicia quamvis honoraria sunt tamen perpetua sunt*», y las frecuentes expresiones: *solere, plerumque*, etc.

Precisamente el valor relativo asignado por la terminología jurídica romana a *perpetuus*, permitió su utilización para designar las acciones que prescribían después de los treinta y considerar temporales a las demás. Más aún: en el Derecho clásico la calificación de perpetua referida a una acción no ha de entenderse en un sentido absoluto, sino únicamente en el de que el transcurso de tiempo no las extingue a plazo fijo; de otra suerte resultaría incomprensible hablar de acciones perpetuas tratándose de acciones que se extinguen con la muerte del deudor.

Por otra parte se revela el limitado alcance del término *perpetuus* desde el momento en que se hace preciso añadir que se trata de acciones que además de ser perpetuas pasan a favor y en contra de los herederos: «*Qui servum alienum vel ancillam sepevit, haber adversus dominum funerariam actionem. Haec actio non est annua sed perpetua, et heredi ceterisque successoribus, et in successoribus datur*» (D., 11, 7, 31, 1-2) y «*Haec autem actio, quae competit de effusis et deictis, perpetua est, et heredi competit; in heredem vero non datur.*» (D., 9, 3, 5, 5).

En D., 15, 2, 1, 1, encontramos la expresión *actio perpetua* en un sentido bien limitado: «*Quandiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est; post mortem autem eius, vel postquam emancipatus, manumissus alienatusve fuerit temporaria esse incipit, id est annualis*» y análogamente en D., 15, 2, 2, pr.: «*Quum post mortem filiusfamilias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esse perpetua vivo filio, ideo, si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensium erit post mortem filii. Idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus*».

Decir que la acción es perpetua mientras el esclavo o el hijo está bajo la potestad o mientras el hijo vive, es darle al calificativo un sentido muy relativo, porque la acción puede extinguirse transcurridos un año a contar desde la emancipación, manumisión o enajenación y estos actos jurídicos dependen de la voluntad de aquel contra el cual la acción podía ser intentada y en cuanto a la muerte del hijo, aunque según el orden natural resultase que su fallecimiento debía ser posterior al del padre, bien pudiera ocurrir que fuese a la inversa, y entonces tendríamos igualmente transformada la acción en temporal y extinguable, por consiguiente, por el transcurso de un plazo breve.

En resumen, puede decirse, por lo que se refiere a las ac-

ciones, que si bien es verdad que los textos dicen que la acción unas veces es perpetua y otras temporal, en realidad el término *perpetuus* se emplea en un sentido relativo y condicionado.

Por lo que se refiere a las excepciones perpetuas, es cierto que pueden oponerse en todo tiempo por el demandado, pero no de observarse que las excepciones son simplemente un medio de defensa y sólo pueden ejercitarse cuando se intenta la acción. Este carácter pasivo, esta subordinación, por así decirlo; de la excepción a la acción queda reflejado en un texto de Paulo al explicar por qué la acción de dolo es temporal y la *exceptio doli* perpetua: «*Non, sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit, quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utator suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.*» (D., 44, 4, 5, 6). La perpetuidad de la *exceptio* resulta limitada por el ejercicio de la acción. Intentada ésta la excepción ha de oponerse y una vez entablado el pleito y procesalmente planteado (*litis contestatio*) o fallado, según las épocas, se cpera la consunción de la *actio*.

En D., 2, 1, 7, pr., se lee: «*Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod, prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum iudicium quod populare est.*»

Lenel rechaza de este texto, como no perteneciente al pasaje genuino: «*vel in charta, vel in alia materia*»¹⁵ y señala la inutilidad del inciso «*non quod prout res incidit*». Pringsheim¹⁶, mantenedor de la tesis de que la expresión *edictum perpetuum*, en la significación que ha prevalecido es de la época postclásica, considera también interpoladas las palabras *iurisdictionis perpetuae causa*. De Martino razona así: «En tiempo de Ulpiano una visión dinámica del edicto no era posible, puesto que ya había tenido lugar la codificación dispuesta por Adriano; por tanto, el jurista estaba inclinado a considerar el edicto como un conjunto de normas inmutables, esto es, en su aspecto estático»¹⁷.

La Glosa anotó este texto: «*perpetua id est generalis*», penetrando así en su verdadero sentido. *Edicta perpetua o iurisdictionis perpetuae causa proposita* se diferenciaban de los edicta dados para un caso particular *prout res incidit*, sencillamente en el carácter de generalidad de los primeros. Volve-

15. *L'Edit Perpétuel* (trad. franc.). Paris, 1901, I, pág. 64.

16. *Symbolae friburgenses in honorem O. Lenel*, Friburgo, 1934, pág. 21.

17. *La Giurisdizione nel Diritto romano*. Padua, 1937, pág. 156.

mos, pues, a encontrarnos con el tercer significado de *perpetuus*¹⁸. Esta acepción la encontramos confirmada de modo bien elocuente en un pasaje de Marciano: «*Qui exceptionem perpetuam habet, solum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solum repetere potest, ut accidit in Senatusconsulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutio non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuum pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit*¹⁹».

El significado de «*sed hoc non est perpetuum*» es exactamente el mismo que vimos en el pasaje de las Instituciones de Gayo que se ocupaba de la garantía que deben prestar los tutores. Mas tiene el particular interés en este caso, de que está escrito inmediatamente después de haber empleado *perpetuus* en otra acepción.

Para no alargar excesivamente la exposición de textos, nos fijaremos, por último, en otra institución donde también aparece el calificativo de *perpetuus*; nos referimos a las *Quaestiones perpetuae*. Nunca se traduce por «Tribunales perpetuos», sino por «Tribunales permanentes».

Cicerón, al darnos cuenta en «Brutus XXVII» de su creación, indica como causa el aumento de determinados crímenes que antes eran juzgados por los Comicios. No es preciso insistir en que la *questio comicial* no puede en modo alguno representarse como una institución limitada en el tiempo por oposición al nuevo tipo de tribunales, ya que mientras hubiese comicios (y en el siglo II a. de J. C. estaba lejana la fecha de su total desaparición) habría posibilidad de inquisición comicial. Lo que hay es que frente a la *questio* de los comicios surgen unos tribunales cuya actividad se va a desplegar en forma continuada y como misión ordinaria de sus componentes. El establecimiento de las *quaestiones perpetuae* no impidió que hubiese con posterioridad juicios atribuidos al pueblo o a comisiones extraordinarias nombradas al efecto, como en el caso de Rabirio, acusado de alta traición por haber dado muerte a Saturnino y en el de Milón, responsable de la muerte de Clodio.

FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO.

18. CICERÓN (*In Verrem*, II. 1. 42) califica al edicto del pretor de *lex annua*, pero ASCONIO (*In Ciceronem. Pro Cornelio*, 52) escribe: *Aliam deinde legem Cornelius etsi nemo repugnare ausus est multis tamen inanis tulit; ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent; quae res studium aut gratiam ambitiosis praetoribus qui varie ius dicere assueverant sustulit.* (Ed. A. C. Clark. *Scriptorum Classicorum Bibliotheca Oxoniensis*.) Véase también: DION CASSIO (lib. XXXVI), donde se contiene una vigorosa explicación de los motivos que determinaron la aparición de la ley Cornelia.

19. Vid. D. 36. 1. 36. Exento de interpolaciones.