

SOBRE LA PUBLICIDAD EN DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO. EL SUPUESTO DE LA *INSINUATIO DONATIONIS*

LUCÍA BERNAD SEGARRA

Profesora Titular Derecho Romano

Universidad de Valencia

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: La necesidad de proporcionar instrumentos de publicidad que doten al sistema jurídico de la seguridad necesaria para su desarrollo es una constante a lo largo de la evolución del derecho romano. El caso de la *insinuatio* en las donaciones es un claro ejemplo de ello, pues supone aplicar por una parte, el principio de la primacía documental ya totalmente vigente en época postclásica, y, por otra parte, articular un sistema de publicidad que permita controlar transmisiones de patrimonio de cierto importe a través de las donaciones; sistema que podemos calificar como acto de jurisdicción voluntaria.

PALABRAS CLAVE: Donación, *Insinuatio*, Publicidad, Jurisdicción voluntaria.

ABSTRACT: The need to provide advertising tools that equip the legal system of the necessary security for its development is a constant throughout the evolution of Roman law. The case of *insinuatio* in donations is a clear example of this, it means putting on the one hand, the principle of the primacy documentary and in full force in post-classical period, and, on the other, articulate an advertising system that allows control transmissions heritage of a certain amount through donations; system that can qualify as an act of voluntary jurisdiction.

KEY WORDS: Donation, *Insinuatio*, Publicity, Voluntary jurisdiction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REFORMA DE CONSTANTINO. III. MODIFICACIONES EN DERECHO JUSTINIANO. IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA *INSINUATIO*. V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo ponemos en relación dos temas cuya regulación jurídica siempre nos ha llamado la atención, por una parte los instrumentos que el derecho romano ha ido utilizando como medios de prueba de la realización de determinados negocios jurídicos para compensar la inexistencia de un sistema de publicidad ordenado y regulado jurídicamente, así como la especial configuración de las donaciones *inter vivos* y la necesidad de establecer algún medio que proteja al donatario ante una posterior reclamación.

La ausencia de un sistema de publicidad es un lastre que el ordenamiento jurídico romano ha intentado suplir a lo largo de su historia de diversos modos, pues era patente la necesidad de proporcionar algún instrumento dirigido a dar seguridad al tráfico jurídico¹ y en ese ámbito se sitúa la generalización del sistema de inscripción en los Archivos públicos típico del derecho romano postclásico.

Este es el ámbito en el que el ordenamiento jurídico romano articula un instrumento como la *insinuatio* como medio de prueba de la realización de una donación *inter vivos*, con la finalidad de que nadie, en un futuro pueda perturbar la posición del donatario, aunque como veremos es posible que el emperador tuviera en mente otros fines como pueden ser que los actos susceptibles de tributación no escapen a ella o incluso procurar la certeza de la titularidad dominical sobre todo de los bienes inmuebles.

La necesidad de articular una especie de sistema probatorio en el caso de las donaciones no es una casualidad, sino una muestra más de la especial naturaleza jurídica de las mismas. Muestra de este carácter es, por ejemplo, las constantes variaciones de emplazamiento sistemático que ha experimentado la donación a lo largo de la historia, tal y como señala Guzmán Brito², quien explica cómo la donación ha sido localizada en ocasiones en la parte de los modos de adquirir, otras en la parte dedicada al derecho sucesorio, entre los contratos o incluso en la llamada "parte general". Este vagar por el sistema jurídico no es sino consecuencia de cierta duda sobre la propia estructura de la donación, puesto que, en ocasiones, se entiende como una causa de ciertos negocios jurídicos, en otras se duda sobre si tiene carácter real u obligacional o incluso sobre si es un simple acuerdo o un contrato.

Esta constante incertidumbre sobre la ubicación de la donación en la organización sistemática del derecho tiene consecuencias de orden práctico, como es el de la necesidad de instrumentar un sistema probatorio que asegure la eficacia de las donaciones *inter vivos*.

1 Tal es el caso de los problemas que derivan de la ausencia de un sistema de publicidad registral en la transmisión de bienes inmuebles o la constitución de hipotecas sobre los mismos.

2 "La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXV (Valparaíso, Chile, 2004), p. 200.

Nosotros en el presente trabajo no nos vamos a ocupar de esta complicada cuestión, puesto que nos vamos a centrar en la investigación sobre la evolución de la función de la *insinuatio*, pues veremos como en origen es un medio de prueba que corrobora la existencia del *animus donandi* por parte del donante y que tiene a su favor el donatario ante una posterior reclamación, pero con el tiempo adquiere también una función de dar publicidad al acto, sobre todo a partir de las modificaciones introducidas por Constantino y la posterior regulación de Justiniano que convierte a la *insinuatio* en un instrumento público.

Parte fundamental de nuestra investigación la va a constituir el análisis de los efectos que tienen los cambios fundamentales introducidos primero por Constantino y, más tarde, por Justiniano. Es el emperador Constantino quien introduce, por primera vez la necesidad de cumplir los requisitos que establece para la *insinuatio*, aunque él no utiliza dicha expresión sino la de *allegatio*. Intentaremos analizar tanto los motivos que llevaron a su exigencia como los efectos que tienen sobre las donaciones. Será ya en época de Justiniano cuando se establezca una más completa regulación sobre la *insinuatio*, que pasa a ser una exigencia de carácter general para todas las donaciones que sobrepasen un límite legalmente establecido y se desarrolla con más detalle su función.

Vistas las regulaciones y modificaciones establecidas tanto por Constantino como por Justiniano, nos detendremos en hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la insinuación que nos lleva a encuadrarla en el ámbito de un sistema de publicidad típico del derecho romano postclásico, pero también si es posible calificarla como uno de los actos de jurisdicción voluntaria admitidos por el derecho romano.

II. LA REFORMA DE CONSTANTINO

Con anterioridad a la regulación establecida por Constantino sólo encontramos un único intento de regulación del régimen de las donaciones en la antigua Ley Cincia³ que precisamente deroga el propio Constantino. Dicha ley data de finales del s. III a. C. y bajo el título *lex Cincia de donis et muneribus* publica una doble prohibición: por un lado se prohibía cobrar a cambio de intervenir en un juicio, ya representando ya defendiendo a cualquiera, por otro lado se prohibían las donaciones que superaban un límite fijado por la propia ley y cuyo importe se desconoce, exceptuándose de dicha prohibición las donaciones entre ciertos parientes cognados. Es en esta segunda cláusula donde se contiene la disposición que a nosotros nos interesa.

Respecto a la Ley Cincia podemos señalar que se trata de un plebiscito cuyo tenor original no ha llegado hasta nuestros días, pero sí tenemos conocimiento al menos indirecto de parte de él⁴, en este sentido se toma como referencia al hablar del contenido de esta

3 Con carácter general puede verse: CASAVOLA, F. P., *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, (Napoli, 1960).

4 Ver la obra de RECODER DE CASSO, E., *La ley Cincia en sus circunstancias históricas*, (Madrid, 2005), donde en p. 101 y ss enumera los textos, tanto jurídicos como extrajurídicos, en los que se cita o se habla de la Ley Cincia, señalando que la gran mayoría de ellos proceden de fuentes extrajurídicas, así nos encontramos con textos de Cicerón, Livio, Tácito, Festo, Paulo, Ulpiano, Arnobio.

ley, la mención que a la misma se hace en una compilación de textos de Ulpiano que data, según admite la mayoría de la doctrina de principios del siglo IV d. C. son los llamados *Tituli ex corpore Ulpiani*⁵. En los dos primeros párrafos del primer título de dicha obra se expone la clasificación de las leyes en leyes *perfectae*, *imperfectae* y *minus quam perfectae*⁶, siendo el ejemplo de ley imperfecta la propia Ley Cincia. El criterio utilizado para dicha clasificación es la existencia o no de sanción jurídica para aquellos que actúan incumpliendo el contenido de la Ley, tal y como se deduce del texto de Ulpiano:

Ulp. 1, 1-2:

1.1 *Prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit.*

1.2 *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit*⁷.

Nos encontramos pues con una ley que impone una prohibición cuyo incumplimiento no supone ni la nulidad del acto, "*et si plus donatum sit, non rescindit*", ni sanción alguna para aquel que la incumple, circunstancias ambas que sólo pueden entenderse, y en ellos seguimos la teoría formulada por Biondi⁸, si se parte de la premisa según la cual la donación en esta época histórica no constituía un negocio jurídico típico, sino una causa por la que se realiza una atribución de un derecho patrimonial del donante al donatario⁹. Por todo ello, en el caso de que se realice una donación contraviniendo la prohibición de la Ley Cincia, dicha donación no es nula, ni existe sanción alguna, pero ya en el ámbito del procedimiento formulario se le otorga al donante la *exceptio legis Cinciae*, con la que se rechaza la reclamación interpuesta por el donatario. Ahora bien este recurso procesal nos lleva a la distinción típicamente romana entre donación perfecta y donación imperfecta, ya que sólo en este último caso es admisible la utilización del mismo. La Ley Cincia procura un instrumento procesal, para revocar una donación imperfecta como es aquella que se hace contraviniendo la prohibición establecida por la misma. En el caso de las donaciones que, expresamente, quedan fuera de la prohibición, estaríamos ante donaciones perfectas y, por tanto, irrevocables. Este es el caso de las donaciones entre ciertos parientes cognados¹⁰ por debajo del *modus* fijado por la Ley

5 Sobre este texto puede verse la obra de MERCOGLIANO, F., *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, (Camerino, 1997).

6 Sobre esta clasificación de las leyes puede verse entre otros: SENN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, (París, 1902); ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, (1912, reimpr. Kisdeshheim, 1966); SERRAO, voz "Legge", en *Enciclopedia del Diritto*, XXIII; GUARINO, A., *L'Ordinamento giuridico romano*, 4ª ed. (Nápoles, 1980).

7 Huschke reconstruyó el texto añadiendo lo que podría haber sido el inicio del mismo según sigue: "<*Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, rescindit, qualis est lex (?). Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, nec rescindit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit, quails est lex Cincia, quae plus quam (?) donationis cusa capere*>

8 *Le donazioni*, (Torino, 1961), p. 23.

9 ARCHI, G., voz *donatio* en *Enciclopedia del diritto*, XIII, p. 932.

10 Son las llamadas *personae exceptae* que de manera exhaustiva aparecen citadas en *Frg.Vat.* 298-309.298. *Paulus libro LXXI ad edictum, ad Cinciam. Personae igitur cognatorum excipiuntur his uerbis: "sive quis cognatus cognata*

cuyo importe desconocemos¹¹. Esta excepción que la propia Ley cita puede darnos una idea sobre cuál sería la finalidad de la prohibición: proteger al donante de posibles coacciones sobre su voluntad de donar, pues se entiende que dicha coacción no puede darse dentro del seno de la familia. En todo caso es comúnmente admitido por la doctrina el hecho de tratarse de una ley largamente incumplida en la práctica, pero curiosamente encontramos menciones a ella varios siglos después de su promulgación.

Podemos decir que en realidad la Ley Cincia no establece una regulación de la donación sino simplemente una prohibición muy concreta, cuya contravención no acarrea sanción alguna ni provoca la nulidad del acto en cuestión, simplemente supone la posibilidad de la utilización de una excepción ante una posible reclamación. Por ello podemos suponer que la finalidad de la ley fuera dar solución a una situación concreta y

inter se, dum sobrinus sobrinae propiusue eo sit, siue quis in alteius potestate manu mancipiove erit, qui eos hac cognatione attinget quorumue is in potestate manu mancipiove erit, eis omnibus inter se donare capere liceto. 299. Item. Quinque igitur gradus pleni excepti sunt et ex sexto una persona, sobrinus et sobrina. 300. Item. Excipiuntur et ii, qui in potestate eorum uel manu mancipiove, item quorum in potestate manu mancipiove erunt. 301. Item. Itaque si is qui in eo gradu est in potestate habeat eum, qui mihi longiore gradu sit, dare ei potero. Sic et lex Furia scripta est, eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu exceptit sobrino natum. 302. Item. Excipiuntur et adfinium personae ut priuignus priuigna, nouerca uirtricus, socer socrus, gener nurus, uir et uxor, sponsus sponsa. 303. Item. Sed in hac adfines qui sunt tempore dontionis excipiuntur, idemque etiam diuus Pius rescripsit; leges enim, quae uoluissent etiam eos excipere qui fuissent, nominatim id cauisse. 304. Item. Excipit tutorem, qui tutelam gerit, si dare uolet, quia tutores quasi parentes proprii pupillorum sunt. <nam permisit eis in infinitum donare.> contra ut possit pupillus donare, non exceptit. 305. Item, Item excipit "si quis mulieri uirginiue cognatus dotem conferre uolet"; igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine donare potest. 306. Item. Quaesitum, an et cognata cognatae ultra exceptum gradum donare possit. Labeo scribit non posse; sed ratio aequitatis aequae in feminis est. 307. Item. Item excipit, "si quis a seruis quique pro seruis seruitutem seruierunt accipit issue dicit. His uerbis "si quis a seruis" seuis liberti continentur, ut patronis dare possint. Sequentibus uero excipitur, ut is qui bona fide seruiit, si postea liber pronuntiatum sit, possit dare ei cui seruiit. Sabinus utraque scriptura libertos putat contineri et bis idem dictum. 308. Item. Sed tantum patronum a liberto excipit. Quidam putant etiam liberos patroni exceptos, quoniam libertus continetur serui appellatione et sicut in XII tabulis patroni appellatione etiam liberi patroni continentur, ita et in hac lege. 309. Item. Contra autem liberti a patronis excepti sunt? Et hoc iure utimur, ne excepti uideantur, ut et dare et capere lex iis permittat. 310. Paulus libro XXIII ad edictum de breuibus. Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione uel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat neque in factum "si non donationis causa mancipauit uel promisi me daturum"; idque et diuus Pius rescripsit. 311. Item. Sed in persona non excepti sola mancipatio uel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus eiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est, siue mancipi mancipata sit siue nec mancipi tradita. 312. Diui Diocletianus et Constantius Aurelio Onesimo. Successoribus donatoris perfectam donationem reuocare non permittitur, cum imperfectam perseuerans uoluntas per doli mali replicationem confirmet. Unde aditus praeses prouinciae, si de possessione te pulsus animaduertit nec annus excessit, ex interdicto "unde uir" restitui te cum sua causa prouidebit, uel si hoc tempus finitum est, ad formulam promissam, quasi nullas uires donationem habuisse dicatur, quaestione facti examinata, iudicem praeses prouinciae sententiam ferre curabit. Proposita VIII Ka. Mart. Fiocletiano V et Maximiano IIII cons. Collectio librorum iuris Anteiustiniani II/III. Fragmenta Vaticana Mosaicarum et Romanarum legum collatio. Mommsen.

- 11 Encontramos referencias indirectas a la existencia de dicho limite en varios textos: *Pauli Sent.* 5,11; *D.* 39, 5, 11 (*Gai. Lib. III. De legatis ad Edictum Praetoris urbane*): *Quum de modo donationis quaeritur, neque partus nomine, neque fructuum, neque pensionum, neque mercedum ulla donatio facta esse uidetur*; *D.* 39, 5, 9, 1 (*Pomponius libro XXXIII ad Sabinum*): *Ex rebus donatis fructus perceptus in reationem donationis non computatur; si uero non fundum, sed fructus perceptionem tibi donem, fructus percepti uenient in computationem donationis*; *D.* 39, 5, 24 (*Iavolenus libro XIV ex Cassio*): *Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo, ne si forte reus solvendo non fuerit, pecuniam fideiussor amittat*.

problemática: las donaciones excesivas a personas ajenas al círculo familiar, que estarían contraviniendo lo establecido por el *mos maiorum*, que regulaba todo lo relativo al régimen de las donaciones.

Partimos pues del hecho que la Ley Cincia no instaura una nueva regulación sobre las donaciones sino que fija una prohibición. Será el emperador Constantino quien fijará una nueva regulación para las donaciones, reformando el régimen que hasta el momento se estaba aplicando en el ámbito de dicha institución. Para ello se deroga la antigua Ley Cincia¹², en nuestra opinión más que por la importancia de la misma, que ya hemos visto fue más bien escasa, por ser la única ley anterior a la reforma constantiniana.

Con Constantino se fija una nueva regulación para las donaciones que influirá incluso en su propia naturaleza jurídica como consecuencia, sobre todo, de la exigencia de una serie de requisitos formales que son precisamente los que constituyen el objeto principal del presente estudio, aunque en nuestra opinión ello es una consecuencia de esta nueva regulación y no la finalidad de la misma. Constantino pretende acabar con una serie de problemas que se repiten en el ámbito de las donaciones y que son consecuencia de la falta de seguridad y certeza que deriva del régimen de la misma por lo que promueve una nueva regulación que proporcione la necesaria seguridad jurídica en el ámbito de las donaciones que superan cierto importe.

Existen referencias a dicha nueva regulación en varias recopilaciones como los *Fragmenta Vaticana*¹³, el Código Teodosiano¹⁴ y sobre todo en el Código de Justiniano, donde encontramos la constitución de Constantino del año 316:

12 *Frag. Vat. 249. 10: ...Abolito igitur iur, quod quibusque rebus donandis Cincia lex imposuit neque amplius ea perfectione faciendā quam illa ordinauerat negamus certae formae uerborum deinde esse quicquam requirendum, quoniam iam lege commutata uerba et ipsa abolita sunt antea necessaria in donationibus faciendis. Neque ullam donationibus iam facte controuersiam uolumus conflare, cum futuris ius per hanc legem ponamus, quae, ut omnes cognoscant quae iustissimus...programmati, tuo praeferenda est.*

13 *Frag. Vat. 249,1: Multas saepe natas ex donatione causas cognouimus, in quibus uel adumbrate pro expressis uel inchoate pro perfectis uel plurima pro omnibus controuersiam faciant, cum agentium uisa pro ingenio ac facultate dicendi aut perfecta deformarent aut inchoate perficerent. Inde ius anceps ac pro dicentium impulsu uaccillanti sententia non parum decreta differebant, Masime karissime ac iucundissime nobis. Hinc enim nuper exceptis personis dicta lex est, in quibus summum ius et uoluntas omni libera sollemnitate, modo perfecta ortus suos praesenti munere opulentat.*

14 *CTh.8.12.1pr. [=brev.8.5.1pr.]: Imp. Constantinus a. ad Maximum pf. U. Donatio, sive directa sit, sive mortis causa instituta, sive condicionibus* faciendi ac non faciendi suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis, quantum ius sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut, quas leges indulgent, actiones, condiciones* pactionesque contineat, hisque penitus cognitis uel recipiantur, si complacitae sunt, uel reiiciantur, si sunt molestae; ita ut minorum defensores, si per eos donationum condicio* neglecta est, rei amissae periculum praesent.*

CTh.8.12.1.1 [=brev.8.5.1.1]In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut per imperitos aut privatim, sed aut tabula, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, uel ab ipso uel ab eo, quem sors ministraverit, scientibus plurimis perscribatur.*

CTh.8.12.1.2 [=brev.8.5.1.2]Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem advocata uicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur, donatam rem, si est mobilis, ex uoluntate traditam donatoris, uel, si immobilis, abscessu donantis nouo domino patefactam, actis etiam annectendis, quae apud iudicem uel magistratus conficienda sunt. Dat. III. non febr. Roma, Sabino et Rufino coss.

Interpretatio. Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur. Directa donatio est, ubi in praesenti res donata traditur. Mortis causa donatio est, ubi donator, dum aduuit, rem, quam donat, sibi reseruat, scribens: si

C. J. 8, 53(54), 25 pr.: Imp. Constantinus A. ad Maximum P. U.

Donatio, sive directa sit, sive mortis causa institute, sive conditione faciendi ac non faciendi suspense, sive ex aliquot notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis, quantum ius sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut, quas leges indulgent, actiones, conditions pactionesque contineat, hisque penitus cognitis vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiiciantur, si sunt molestae. 1.- In conscribendis autem donationibus, nomendonatoris, ius ac rem notary oportet, neque id occulte aut privatim, sed aut tabula, aut quodcunque aliud materiae tempus dabit, vela b ipso vela b eo, quem sors ministraverit, perscribatur; actis etiam annectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant. Dat. III. Non. Februar. Romae, Sabino et Rufino Cons. [316]

Constantino promulga en el año 316 una ley general por la que establece toda una nueva regulación sobre la institución de la donación, si bien hay que señalar que esta reforma tiene algunos antecedentes, puesto que no se trata de un acto improvisado¹⁵. Sobre

prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat, ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donatoris res donata perveniat. Quod si prius moriatur, cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris. Est et alia donatio, ubi donator obligat illum, cui donat, ut aliquid faciat aut non faciat, id est, si aliquid iubeat fieri, quod impossibile iudicetur, aut quod honestati contrarium videatur; aut si id ordinet fieri, quod honestum est et possit impleri: quia tunc infirmatur donatio, quando condiciones* honestatis possibilis impletae non fuerint. Nam si inhonestae et impossibiles condiciones* ponantur, remotis condicionibus* firma donatio est. Est item et alia, in qua sibi donator certum tempus possessionis reservat. Quae tamen omnes donationes superius comprehensae si modum excesserint lege conscriptum, unde possint certae personae de immodica donatione proponere, hoc est si quartam sibi facultatis suae donator non reservaverit, non valebunt. Sed praeterea illa donatio contra legem est, si quis rem in lite positam, quae repetitur, aut recto ordine donet aut condicionem* contra bonos mores, hoc est causam cuiuslibet criminis, donator in donatione conscribat. Minoribus vero si quid fuerit per donationem a quocumque* oblatum sive collatum, tutores vel curatores eorum debent studere, ne quid firmitati donationis desit. Quod si eorum negligentia donatio ad effectum perducta non fuerit, ad eorum dispendium pertinebit, ita ut quicquid minores de donatione perdidierint, curatores vel tutores illis de propria facultate restituant. In conscribendis autem donationibus hic ordo servandus est, ut donatio nomen prius contineat donatoris vel illius, cui donatur deinde res, quae donantur, sive in agris sive in mancipiis sive in quibuslibet rebus atque corporibus, nominatim in donatione conscribendae sunt, non occulte, sed publice, non privatim vel secrete, sed aut in tabulis aut in chartis aut ubicumque* legatur facta donatio. Quam tamen donationem, si literas novit, donator ipse subscribat: si vero ignorat, praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso subscribat: et hanc ipsam donationem gestorum solennitas et corporalis traditio subsequatur, ita ut, si mobilia donantur, praesentibus plurimis tradantur: si vero ager vel domus donatur, quod moveri non potest, ut inde donator abscedat et novo domino pateat res donata, si tamen sibi de his rebus usumfructum donator non reservaverit. Gesta vero donationum aut apud iudicem aut apud curiam alleganda sunt.

- 15 Encontramos algunos textos en los que se hace referencia a constituciones anteriores en el tiempo a la que nos ocupa y en las que ya se contienen algunas decisiones que parecen ir en la dirección de la nueva regulación que se promulga en el año 316. Así ocurre en:

Frag. Vat. 273: Dominus Constantinus et Caesares. Prisca legum aequitate praeclusa uariis ambagum uersutiis exquisita donatio, licet titulum emptionis uel debiti tenorem comprehendere uideatur, tamen claris testationibus probata debet in irritum deuocari, si quidem consultissima ratione uideatur esse prouisum matrimonio constante donationes inter uirum et uxorem altrinsecus agitatae nullam firmitatem habere. Nec sibi debent mulieres blandiri, si tamquam uenditores uel debitores ad eludendas legum sanctiones mariti earum se falso uideantur esse professi. Quare Vettium Rufinum clarissimum uirum praefectum urbi amicum nostrum, cuius notio est, adire non prohiberis, qui partium allegationibus examinatis petitioni ueae secundum iuris prouidebit iustitiam. Data XIII Kal. Nou. Mediolano Constantino et Licinio cons.

Frag. Vat. 274: Idem Aureliae Sabinae siue Gaudiosae. Licet in potestate filii degentes donationum effectum a patre sibi conlatarum mos consequi minime posse uideantur, tamen perseuerantia uoluntatis ad instar mortis causa donationis huiusmodi liberalitatem redigi oportere retro principum rescriptis cognoscitur esse concessum.

el contenido de dicha ley la idea más aproximada y más completa de cuál pudo ser su tenor original lo encontramos en *Fragmenta Vaticana* 249.

Elemento fundamental de esta reforma es la exigencia del cumplimiento de tres requisitos formales sin los que la donación no puede ser válida y la donación deviene nula: la redacción de un documento escrito, la entrega pública a través de una *traditio advocata vicinitate* y el registro en los archivos imperiales.

El primer requisito es que la donación se haga constar por escrito:

Frag.Vat. 249. 5-6:

post in iisdem conscribendis praecipue nomen donatoris, ius ac rem notans proscribat. Tum utrumque iure compleatur neque id occulto aut per imperitos aut priuatim; his enim rebus saepe clandestina fraus, et quae facta sunt infecta et inducta quae scripta sunt simulans aliisque ac dehinc aliis largiendo atque donando ac saepe uenum dando, multos habendi spe allectos concurrere in expugnanda sibi proprietate impulit. 6- tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, uel ab ipso uel ab eo quem fors sumministrauerit scientibus plurimis perscribantur aequae ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint;

Hay que tener en cuenta que nos situamos en una época en la que la función y el valor del documento escrito supera al de las tradicionales declaraciones orales, por lo que se exige que la donación se haga constar por escrito en unas tablillas o cualquier otro material donde se escribirá sobre todo el nombre del donante y se hará constar el derecho y la cosa, siempre de forma pública, tal y como señala el texto, todo ello para evitar el fraude secreto y la simulación. En cuanto al tipo de documento¹⁶, podría utilizarse un documento de carácter exclusivamente privado como es el *chirographum*, o un documento de carácter intermedio entre el privado y el público como es el documento tabeliónico¹⁷.

Unde uirum clarissimum praefectum urbi amicum nostrum, cuius notio est, adire non prohiberis, qui omnibus rite consideratis, quae in precem tuam conferenda tu duxisti, pro experientia sua recte iudicari curabit. Data idibus Augustis Romae Constantino et Licinio Augg. Cons.

Frag. Vat. 287: *Constantinus et Caess....Donatione secundum iuris normam perfecta nec ea quae matres in filios contulerunt reuocari iura permittunt. Sane si generaliter tantummodo uel stipulatione interposita uel mancipatione totius patrimonii doantio celebrata est, id quod donatum est stare non potest, cum haec donatio ad id ut proprietates possit transferri non ualeat. Quare num hoc modo tibi consuli possit, rectorem prouinciae interpellare poteris....Licinio Vet Crispo cons.;*

CTh. 8,12, 4.Idem a. ad Bassum praefectum Urbi. Iuxta diui pii consultissimi principis instituta valere donationes placet inter liberos et parentes in quocumque solo et cuiuslibet rei liberalitas probabitur extitisse, licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat nec incertum, sed iudicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit irrepere et collata inter ceteras exceptas Cinciae legi personas obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fuerit sollemnitas vel certe res tradita doceatur. Quam legem ad lites uolumus pertinere, quaecumque tempore iussionis nostrae inueniuntur esse suspensae et quae post futurae sunt, ne transacta negotio refricentur. Dat. non. oct. Constantino a. v. et Licinio caes. cons. (319).

16 ORTUÑO, M^a E., "La publicidad en la donación: una reflexión sobre la regulación constantiniana", en *RIDROM, Revista internacional de Derecho Romano*, (Octubre 2010), p. 20.

17 Sobre los documentos puede verse entre otros: AMELOTI, A., "*Genesi del documento e prassi negoziale*" en *Atti conuengo Copanello*, (Copanello, 1988); ANKUM, H., "Les tabelliones romains ancetres directs des notaires modernes", en *Atlas du notariat. Le notariat dans le monde*. (Kluwer-Deuenter, 1989); DI SARLO, L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, (Firenze, 1935); DOMINGO, R., "A propósito del oficio de *tabellio* como jurista

Podemos decir que es este un claro supuesto de documento como elemento constitutivo y no meramente probatorio como venía siendo hasta el momento.

El segundo requisito es la *traditio advocata vicinitate*:

Frag. Vat. 249. 6:

ac tum corporalis traditio (in quam saepe multi talia simulando inrepentes aut ui corpora capientes sollemne illud ius ac uoluntarium inconcessa usurpatione praeripiunt)- ea igitur ipsa rereum traditio praesentium, aduocata uicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conuentu plurimorum celebretur.

Una vez cumplido el primer requisito, es decir, la redacción del documento escrito, se procederá a la entrega de la cosa, que habrá de hacerse "con la reunión del mayor número de personas presentes, después de convocar a la vecindad y a todos aquellos árbitros, con cuya garantía pueda contarse después¹⁸". Con la exigencia de la *traditio* se consigue una transmisión inmediata del objeto de la donación, contando con un elemento de publicidad más como es la presencia de los testigos, que además de estar presentes en el momento de la redacción del documento han de atestiguar que la tradición se ha hecho efectiva, confirman la titularidad dominical de la cosa y son garantes de los límites del fundo¹⁹. Señala Voci²⁰ al respecto como en el caso de la *traditio* mobiliaria sería necesaria la presencia de donante y donatario así como de la cosa donada, mientras que en el caso de la *traditio* inmobiliaria sería necesario que donante y donatario se dirigieran al fundo en cuestión donde deberían llevar a cabo la *inductio in vacuam possessionem fundi*.

El tercer requisito es el depósito del documento *apud acta*:

Frag. Vat. 249. 7-8:

non enim aliter uacua iure dantis res erit, quam ea uel eius uoluntate, si est mobilis, tradatur, uel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem nouo domino patefecerit. Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat. Quod si iudex aberit, cui summa prouinciae commissa est, mandetur istud magistratum actis, atque ut nullus sit subiciendi aut surripiendi locus, cum alterutri commodum sit, eorum exemplis idem magistratus adscribant. Sic enim conscientia multorum, monumentis iudiciorum ac populorum perscriptis aut litium causa peruulgatis omnibus fides abstrusior non erit.

Comienza el texto señalando la forma en la que el donatario se convertirá en propietario, en el caso de los bienes muebles con su simple entrega, y en el caso de los bienes inmuebles, dejando libre el bien inmueble para el nuevo dueño. Continúa señalando que todo ello ha de quedar consignado en las actas del juez, previa lectura del documento, y en

práctico en la experiencia jurídica romana", en *liber amicorum* Juan Miquel. (Barcelona, 2006); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Testigos y documento en la práctica negocial y judicial romana", en *IURA* 54(2003)

18 Seguimos la traducción de CASTRESANA, A.; *Fragmentos Vaticanos*. Estudio preliminar de Álvaro D'Ors. (Madrid, 1988).

19 ORTUÑO, M^o E., La publicidad...ob. cit., p. 30.

20 "Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano", en *IURA* 38 (1987), pp. 87 y ss.

el caso de que éste estuviera ausente se establece que se recurra a los magistrados, quienes lo harán constar en un acta que se añadirá a la del juez, volviendo a señalar al final del párrafo que todo ello se hace con la finalidad de que nada quede oculto, volviendo a poner de manifiesto con ello la voluntad de favorecer la publicidad y seguridad de tales actos. La finalidad formal de tal acto es la dotar de carácter público al documento, puesto que ya se hubiera utilizado un documento quirográfico ya un documento tabeliónico, en ninguno de los dos casos tienen dicho carácter público.

Una vez señalados y explicados estos tres requisitos se vuelve a insistir en que la finalidad es la publicidad de la donación, con la intención de evitar posibles reclamaciones que perjudiquen tanto al donante como al donatario:

Frag. Vat. 249. 9:

Talia enim esse oportet dominorum initia, quorum diuturna possessio saepe legitima proprietatum iura perfringit, talis liberalitatum honestas, quae locis clamata omnibus accipientium donantiumque familias liberalitatis et gratiae praedicatione compleat, simul ut, cum sit eximium cuiusque donum promerendo cepisse, eius iucunditas nulla litium tristitudine minuatur.

Se establece, por último, la nulidad de aquellas donaciones que no cumplan estos requisitos de publicidad.

Frag. Vat. 249. 10:

Quod si in spectanda causa dicendaque sententia orba publico testimonio liberalitas caecam gratiam obscurosque coetus prodiderit, quoniam sola fraus cognita est, eorum, quae donata dicuntur, temere non erit fides accipienda: sed ea alienatione, quae publice non sit testata, in donationibus uiuorum reiecta uel superhabita solam eam probamus, quae celebrata uniuersis studiis recte regulas supra propositas sequatur.

La exigencia del cumplimiento de estos requisitos formales produce un cambio esencial en la naturaleza de la donación, puesto que ahora ésta se configura como un negocio típico diferente de los demás, dejando de ser una causa de transmisión y se convierte en un negocio cuyo efecto es siempre la transmisión de la propiedad, por lo que a partir de este momento la donación comienza a aparecer en las fuentes como un medio de adquisición de la propiedad, y todo este nuevo régimen es consecuencia directa de la unificación de la forma que establece la constitución de Constantino.

Del análisis de los textos que se refieren a estos tres requisitos podemos concluir que es inherente a todos ellos el elemento de la publicidad y que es ese elemento uno de los más importantes de su reforma y que enlaza con la cuestión planteada por la doctrina sobre cuál fue la finalidad de esta reforma²¹. En nuestra opinión el objetivo de esta regulación es doble, por una parte proporcionar la publicidad necesaria para la seguridad y la protección de los intereses tanto del donatario como del donante, y por otra parte procurar un sistema que

21 En este sentido se manifiesta, entre otros, PALMA, A., "Donazione e vendita *advocata vicinitate*", en *INDEX* 20 (1992), pp. 483 y ss.

asegure que las donaciones de cierto importe no escaparan al sistema de recaudación de impuestos²². No puede obviarse el momento histórico en el que se produce la promulgación de esta ley, con un Imperio que atraviesa graves problemas en prácticamente todos los órdenes, con una acuciante necesidad recaudatoria para hacer frente a ingentes gastos necesarios para mantener tanto el aparato militar como el administrativo.

También hemos de señalar que el llamado nuevo ordenamiento para las donaciones establecido por Constantino, no es tal, puesto que la ley se centra, casi de manera exclusiva, en dotar de una forma única para todas las donaciones y regula los requisitos formales para que la donación sea perfecta en el sentido de que sea irrevocable, nada se dice sobre los demás aspectos de la donación, por lo que podemos pensar que continúa aplicándose la regulación que se venía aplicando hasta el momento, pero que ahora hay que interpretar de acuerdo a la nueva concepción de la donación contenida en la ley del 316.

En cuanto a la efectividad en la práctica de la reforma constantiniana hay que señalar que algunos autores, como es el caso de Archi sostienen que es posible que, en la práctica, hubiera reacciones contrarias a la misma, señalando como argumento que en *Pauli sententiae*²³ no se haga referencia alguna a dicha reforma y algunos textos recogidos en el Código Teodosiano²⁴ en los que se hace referencia a supuestos en los que tales exigencias formales se flexibilizan.

La ley general de Constantino del año 316, tal y como ya hemos señalado, no establece una nueva regulación de toda la institución de la donación, pues se limita a fijar una serie de requisitos formales que toda donación ha de cumplir para ser válida. En el Código de Justiniano encontramos recogidas algunas constituciones posteriores a dicha regulación que nos dan a entender que en estos años tampoco se acomete la cuestión de dotar de una nueva regulación a la donación, pues se limitan a introducir algunas precisiones o limitaciones a lo regulado con anterioridad por Constantino. Algunas de estas leyes precisan algunas cuestiones sobre los requisitos formales, por lo que entendemos que puede ser interesante detenerse en su análisis.

Tal es el caso de una constitución promulgada por los emperadores Teodosio y Valentiniano en el año 428 donde se ocupan del caso de una donación sin escritura:

C. 8, 54, 29

Impp. Theodosius et Valeninianus AA. Hierio P.P.- In extraneos et saepe ignotis donationem collatam valere receptum est; et, si sine scripto donatum quid fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc, quod geritur, comprobetur.

22 En el mismo sentido se manifiesta ARCHI, ob. cit., p. 948: "qui la certezza non è vista in relazione all'interesse dei privati, ma è intesa come fondamento della nuova struttura costituzionale-amministrativa ed è essenziale in ordine a quel sistema di riscossione delle imposte, dal quale ora più che mai non si può prescindere.

23 P. Sent. 3,II,3; 5,2,4; 5,12,4; 5,12,5.

24 CTh. 8,12,9 y CTh 3, 5, 13.

En este caso se admite la posibilidad de que una donación hecha sin escritura pueda ser válida si se presentan documentos idóneos que acrediten la donación.

CTh. 3, 5, 13Ippp.

Theodosius et Valentinianus aa. Hierio pf. p. Post alia: si donationis instrumentum ante nuptias actorum solennitate firmatum sit, de traditione, utrum nuptias antecesserit an secuta sit vel penitus praetermissa, minime perquiratur: in illa donatione, quae in omnibus intra ducentorum solidorum est quantitatem, nec actorum confectione quaerenda. Haec enim commoda nec mariti fraude, nec successorum eius improbitate, nec scrupulositate iuris, si et imperite vel callide rerum offerendarum in dotem habeat donatio mentionem, denegari uxoribus deceptis patimur vel his, qui in earum iura succedunt, sed a marito vel ab heredibus eius exacta restitui; illa manente lege, quae minoribus aetate feminis etiam actorum testificatione omissa, si patris auxilio destitutae sint, iuste consuluit etc. Dat. x. kal. mart. Constantinopoli, Tauro et Felice coss.

En esta constitución los emperadores Teodosio y Valentiniano admiten una excepción a la obligatoriedad de la utilización de los requisitos formales para las donaciones *ante nuptias* que no superen un importe determinado, los doscientos sueldos.

Con posterioridad, en el año 459, el emperador León promulga una constitución en la que establece ante quién ha de hacerse la *insinuatio*:

C. 8, 54, 30

Imp. Leo A. Constantino P.P. In hac sacratissima urbe conscriptae donationes ubicunque positarum rerum apud magistrum census insinuentur. In aliis vero civitatibus, sive absens sive praesens rector provinciae sit, sive eadem civitas habeat magistratus sive non habeat et defensor tantummodo sit, donator habeat liberam facultatem, donationes rerum suarum ubicunque positarum sive apud modarotorem cuiuslibet provinciae, sive apud agistrus, sive apud defensorem cuiuscunque civitatis, prout maluerit, publicare; atque, ut ipsa donatio sita est in voluntate donantis, ita ei liceat donationem suam, apud quemcunque ex memoratis voluerit, intimare. Et hae donationes, quae in diversis provinciis et civitatibus apud quemlibet ex praedictis fuerint publicatae, obtineant inconscussam ac perpetuam firmitatem. Dat. V. Non. Mar. Constantinop. Patricio et ricimere Cons.

El emperador distingue para este tema entre las donaciones que se otorgan en Constantinopla, en cuyo caso se establece que la *insinuatio* habrá de hacerse ante el maestro del censo, y las que se otorgan en las demás ciudades, habiendo de insinuarse ante el gobernador de la provincia, los magistrados de la ciudad o el defensor de la ciudad.

De la necesidad o no de la atestiguación de la celebración de la *insinuatio* se ocupa el emperador Zenón en una constitución del año 478.

C. 8, 54, 31

Imp. Zeno A. Sebastiano P. P.- In hac sacratissima urbe conscriptae donationes ubicunque positarum rerum apud magistrum census insinuentur. In aliis vero civitatibus, sive absens sive praesens rector provinciae sit, sive eadem civitas habeat magistratus sive non habeat et defensor tantummodo sit, donator habeat liberam facultatem, donationes rerum suarum

ubicunque positarum sive apud moderatorem cuiuslibet provinciae, sive apud magistratus, sive apud defensorem cuiuscunque civitatis, prout maluerit, publicare; atque, ut ipsa donatio sita est in voluntate donantis, ita ei liceat donationem suam, apud quemcunque ex memoratis voluerit, intimare. Et hae donationes, quae in diversis provinciis et civitatibus apud quemlibet ex praedictis fuerint publicatae, obtineant inconcussam ac perpetuam firmitatem. Dat. V. Non. Mart. Constantinop. Patricio et Ricimere Conss.

Según el contenido de esta constitución la *insinuatio* exime de la necesidad de presentar testigos que atestigüen la celebración de la donación y establece la validez de las donaciones exentas de *insinuatio* aún si no consta la firma de testigos, siempre que fueran escritas por notario o por otro y acaba confirmando la vigencia de la constitución ya citada de Teodosio y de Valentiniano sobre las donaciones que se hacen sin escritura.

El contenido de la constitución promulgada por el emperador Zenón lo confirma en una constitución del año 478 el emperador Anastasio:

C. 8, 54, 32

Imp. Anastasius A. Euphemio P. P.- Secundum divi Leonis constitutionem donationes apud virum clarissimum magistrum census tantummodo insinuari praecipimus, huiusmodi forma in illis instrumentis observanda, quae in hac regia urbe confesta seu celebrata fuerint; nec concedi, quemquam vel apud defensores seu magistratus aliarum civitatum, vel in aliis quibuscunque locis praeter memoratum iudicium insinuare; scientibus tam his, qui ad huiusmodi insinuationem pervenerint, quam his, qui eam susceperint, nec non tabellionibus, quicumque testimonium suum non in competenti (ut dictum est) loco vel iudicio praebuerint, vicenarum librarum auri mulcta et alia gravissima indignatione se ferendos. Dat. Prid. Kal. Mai. Paulo. V. C. Cons.

Además de dicha confirmación el emperador establece una multa de veinte libras de oro y otra gravísima pena para aquel que hubiese atestiguado la donación sin ser maestro del censo, gobernador de la provincia, magistrado o defensor de la ciudad.

III. MODIFICACIONES EN DERECHO JUSTINIANO

La reforma iniciada por Constantino, que sobre todo se refiere al ámbito formal, se mantiene en los siglos posteriores, con alguna precisión a la que ya hemos hecho referencia, hasta que en época de Justiniano se acomete una reforma más ambiciosa que aparece plasmada en el Código, en el que encontramos una minuciosa y detallada regulación de la institución de la donación y sobre todo, por lo que al objeto del presente estudio respecta, de las formalidades exigidas, sus efectos sobre la propia naturaleza de la institución así como las excepciones admitidas. Es por ello que pasamos a ocuparnos al análisis detallado de dicha legislación.

En la legislación justiniana ya aparece el término *insinuatio* para hacer referencia al conjunto de actuaciones que han de llevarse a cabo para que la donación produzca efectos y que, tal y como ocurría en la legislación constantiniana, continúa siendo elemento *ad*

substantiam de la donación. Así aparece en una constitución del año 529 en la que establece la obligatoriedad de la *insinuatio* en todas las donaciones que superen los trescientos sueldos, en lugar de la antigua tasa de los doscientos sueldos.

C. 8, 54, 34

Imp. Iustinianus A. Mennae P. P.- Sancimus, omnem doantionem, sive commune sive ante nuptias factam, usque ad trecentos solidos cumulatam, non indigere monumentis, sed commune fortunam habere, ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat, sed in huiusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias donationis...

En nuestra opinión existen dos elementos a los que Justiniano dedica gran atención y que, por ello, requieren de un detenido análisis por nuestra parte, como son los efectos de una donación que supera el importe de los trescientos sueldos sin cumplir con la insinuación y las excepciones a la obligatoriedad de la misma.

Una vez confirmada la obligatoriedad de la *insinuatio* y fijado el importe mínimo para ella se ocupa con detalle de cómo afecta esta obligación a las donaciones hechas excediendo tal límite y prescindiendo de la formalidad de la insinuación. Así, como principio general, se establece que si se hace una donación sin *insinuatio* superior a esa tasa la donación sea válida y produzca efectos sólo hasta el límite de los trescientos sueldos siendo no válida en el exceso a dicho límite.

C. 8, 54, 34 in fine

...Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis términos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto vel intellecto esse credatur;...

El exceso en el caso de las donaciones dinerarias es claro, pero no lo es tanto en el caso de donaciones no dinerarias, del que se ocupa en:

C. 8, 54, 34, 1

Sin autem non in auro res donationis fuerint datae, sed per res mobiles vel immobiles vel se moventes, quantitatem earum aestimari, et si quidem usque ad legitimam solidorum summam erigatur, validam eam esse, et sine monumentis conservari, sin autem amplioris summae inveniatur, et minime actis comprobata est, superfluum tantum vacuari.

En tal caso habrá de procederse a una estimación del valor de los bienes donados, de modo que, tal y como establece la regla general, sólo sea válida la donación sin insinuación hasta el límite de los trescientos sueldos.

El legislador se plantea además la posibilidad de que el donante haga varias donaciones al mismo tiempo y a favor de la misma persona sin que ninguna de ellas exceda el límite legal en otra constitución:

C. 8, 54, 34, 3

Si quis autem per diversa tempora in eadem personam multas faciat liberalitates, quarum singulae quidem legitimam quantitatem non excedunt, in unum autem compositae et praedicto

modo exaggeratae redundare videntur et maioris esse quantitatis, non videatur eas oportere in unum condunare, et introducere modos, per quos non valeant, et in irritum devocentur, sed e contrario et plures intelligantur, et singulae secundum sui naturam obtineant, et monumentorum observatione non indigeant. Auum enim a veteribus super hac re variatum est, aliis multas, aliis unam esse definientibus, nobis causa placuit humanior, ut et multae intelligantur, et omnes validate, et hi, qui liberalitates accipiunt, sciant, verso, non falsos suos esse donatores.

En este supuesto se plantea la cuestión de si hay que mantener la individualidad de cada una de estas donaciones en las que no se ha utilizado la *insinuatio* y, por lo tanto, su validez, o hay que entender que se han de unir todas de manera que constituyan una única donación que sólo sea válida hasta el límite de los trescientos sueldos. Justiniano hace referencia a la existencia de disparidad de opiniones entre los juristas antiguos sobre esta cuestión, señalando después que la solución por la que él se decanta es la de mantener la individualidad de cada una de estas donaciones, por entender que es ésta la solución más benigna, "*nobis causa placuit humanior*"²⁵ y la más beneficiosa tanto para el donante como para el donatario, en el primer caso porque se cumple su voluntad y en el segundo porque éste ve incrementado su patrimonio.

Se ocupa también del supuesto de la donación que consiste en la entrega de una cantidad anual sin que se exceda la tasa legal de la donación:

C. 8, 54, 34, 4

Si quis autem talem receperit donationem, in qua stipulatus fuerit annuam quandam sibi praestari quantitatem tantae summae, auae non excedit legitimum sonationis modum, ariabatur, utrum eum ex particulari donation multas fecisse donations existimandum est, et eas actis non indigere, an ex totius stipulationis fundamento et fonte eius, ex quo annuae donations profluxerunt, et unam esse eam donationem putandam, et procul dubio monumentorum observatione vallandam; quod veteres quidem sat abundeque variaverunt. Nos autem certa divisione concludimus, ut, si huiusmodi quidem fuerit donation, ut intra vitam personarum stetur veld antis vel accipientis, multae intelligantur donations et liberae a monumentorum observatione. Incertus etenim fortunae exitus hoc nobis suggestit, ut possibile sit, unius anni tantummodo vel brevioris vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem vel eum, qui donationem accepit, et ex hoc inveniri, totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem. Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel qui donationem accipiet, tunc, quasi perpetuate donation et continuation eius magnam et opulentioem eam efficiente, et una intelligatur, et quasi densioribus doantionibus cumulate excedere legitimum modum, et omnimodo acta resposcere, et aliter minime convallescere.

25 Encontramos aquí una de las muchas referencias a la *humanitas* como criterio a la hora de posicionarse en una u otra posición ante un conflicto y que en opinión de ARCHI, voz *donatio* cit., p. 952, estaría poniendo de relieve una política legislativa claramente favorable a las donaciones, por lo que se intenta salvar la validez de las mismas siempre que ello es posible.

Tan importante parece el cumplimiento del límite de los trescientos sueldos que se ocupa de forma detallada de algunos casos concretos de donaciones en las que el contenido de la donación no está lo suficientemente determinada

C. 8, 54, 35,

Sin autem donator, neque argentum neque servjos habens vel non tantum, quantum donavit, fecerit eorum donaitonem, aestimationem in his celebrari pro eo, quod deest, ita tamen, ut argenti quidem, secundum quod praediximus, aestimatio detur; in servis autem non amplius nec minus quindecim solidis quantitas pro singulis reddetur; in re ditibus autem in quindecim annos aestimationem praestet. Sed in his omnibus, si quidem intra legitimam summam donation fiat, nulla monumenta requirantur; sin autem amplioris summae, tunc ad acta publica decurratur, ita ut in his, quae amplioris sunt aestimationis, secundum nostrum legem non totum, sed solum superfluum evanescat.

En los casos en los que el donante no tenía todo lo que donó, por ejemplo la cantidad de plata donada o el número de esclavos donados, se establece que habrá de hacerse la estimación de lo que falta, de manera que si el importe de la donación no excede la cuantía legal y no se hizo *insinuatio*, la donación será válida, pero si excede de dicho límite la donación se invalidará por el exceso, siendo válida hasta el importe de trescientos sueldos.

Se ocupa incluso del supuesto de la donación de la totalidad de su patrimonio o de una parte del mismo

C. 8, 54, 35, 4

Sed et si quis universitatis faciat donationem, sive bessis, sive dimidiae partis suae substantiae, sive tertiae, sive quartae, sive quantaecunque, vel etiam totius, si non de inofficiosis doantionibus ratio a d hoc reclamaverit, coarctari donatorem legis nostrae auctoritate tantum, quantum donavit, praestare; observatione et hic monumentorum secundum quod iam sanximus, omnímodo requirenda.

En estos casos se aplica también la regla general de la exigencia del cumplimiento de la *insinuatio*.

En cuanto a las excepciones a la regla general de la exigencia del cumplimiento de las formalidades de la *insinuatio*, ya en una *constitución del año 529* Justiniano establece dos excepciones: Se trata de las donaciones imperiales y las donaciones para causas pías,

C. 8, 54, 34, pr

...Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam vero quantitatem, quae intra legis términos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto vel intellecto esse credatur; exceptis donationibus tam imperialibus quam his, quae in causas piissimas procedunt. Quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione monumentorum fieri, tam a retro principibus quam a nobis sancitum est, sed firmam habere propriam maiestatem.

Del tenor del texto podemos deducir que en el caso de las donaciones hechas por el emperador, la no sujeción a la obligatoriedad de la insinuación no es algo nuevo, sino una excepción ya admitida por los emperadores anteriores a Justiniano y cuyo fundamento lo sitúa el propio Justiniano en la majestad de los propios emperadores. Más tarde el mismo emperador, en una constitución del año 537 vuelve a referirse a esta excepción y, además la amplía, incluyendo también la excepcionalidad para las donaciones de los particulares a los emperadores

Nov. 51, 2

Illud quoque perspeximus huic adiicere legi, ut, sicut ab imperio in alios factae donationes non egent gestis monumentorum, sed ex hoc ipso habent virtutem, ita neque a privatis Imperatoribus factae, nisi tantummodo pro veritate fiant in publico a tabellionibus cometae, et subscriptionem habentes et eius, qui fecit, et testium, et aliam donationum observationem, non egebunt gestis monumentorum, cuiuscunque quantitatis sint; non enim consequens est, ut nec his fruatur imperium a privatis, quae ab eo praebentur illis. Haec autem inaequalitas facta est ex novitate, quam Zenonis pia memoriae introduxit constitutione, ut imperiales donationes non egeant monumentis. Quia igitur imperfectius causa prius apparuit, propterea nos perfectionem imponentes ei, ex utroque tenere hoc volumus, et in his donationibus, quae ab Imperatoribus in privatos fiunt, et quae a privatis in Imperatorem, ut ex aequalitate iustitia causae adiiciatur.

Podemos deducir que la excepción de las donaciones imperiales fue promulgada por una constitución del emperador Zenón, pero, en opinión de Justiniano dicha disposición estableció una desigualdad entre las donaciones imperiales y las donaciones de los particulares al emperador, puesto que estas últimas, en el caso de que excedieran de los 300 sueldos debían cumplir los requisitos de la *insinuatio*. Justiniano entiende que ambos tipos de donaciones han de tener un tratamiento más igualitario, por lo que establece que en este último caso no se exija la insinuación, sea cual sea la cantidad de la misma. Ahora bien dichas donaciones no quedan liberadas de toda formalidad, puesto que se les va a exigir que hayan sido perfeccionadas en público por notarios²⁶ y conste la firma del donante y de los testigos. Afirma que con tal disposición se acaba con el trato no igualitario entre ambos tipos de donaciones, en el primer caso en base al poder intrínseco del emperador y en el segundo en base a la idea de que aquellos que tienen los particulares lo disfrutaban por gracia del Imperio, por lo que hay que favorecer que el Imperio pueda recibir aquello que es donado por los particulares.

En el caso de las donaciones para causas muy pías, parece que su excepcionalidad sí es una novedad establecida por Justiniano, y en este caso no se da explicación alguna en la propia constitución y, al contrario que en la otra excepción aquí no hay exigencia de

26 En derecho romano las funciones de los notarios las desempeñan los tabeliones, a pesar de que estos son profesionales privados y no públicos, pero con competencias similares. Sobre el tema del notariado en derecho romano puede verse, entre otros: D'ORS, A., "Documentos y notarios en el Derecho Postclásico", en *Centenario de la Ley del Notariado*, 1, 89; AMELOTTI, C., "Alle origini del notariato italiano", en *Studi storici sul Notariato italiano*, nº 2, (Roma, 1975); TALAMANCA, *Documento e documentazione*, ED. 13 (1964); FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Documentación y notariado en Derecho Romano", en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, (Roma, 2007).

formalidad alguna en ningún caso. En nuestra opinión esta disposición es una más dentro del ámbito legislativo favorable a los intereses de la Iglesia cristiana típico de Justiniano.²⁷

Con posterioridad, en una nueva constitución Justiniano amplía las excepciones a otros supuestos que expone de forma detallada en:

C. 8, 54, 36

Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P. Si quis pro redemptione captivorum pecunias dederit sive per cautionem dare promiserit cuiuscunque quantitates, cognoscat, se neque repetitionem habere, neque exactionem cautionis posse declinare, utpote gestis, sicut in donationibus, non subsecutis super insinuatione eiusdem quantitates; eo videlicet, qui pecunias accepit vel prima vice vel post cautionem, necessitate habente piissimam administrationem adimplere, nulla ei molestia vel inquietudine inferenda velle a eo, qui pecunias praebuit, velle a aliis ex auctoritate legume permissis hoc requirere, sed tantummodo sacramentum praestare, quod revera omnem quantitatem sine dolo vel aliqua deminutione ad redemptionem dederit captivorum. 1. Simili etiam modo a gestorum absolvimus ordinatione donationum rerum mobilium vel semoventium, quas viri gloriosissimi magistri militum fortissimos praestant militibus tam ex sua substantia, quam ex spoliis hostium, sive in ipsa bellorum occupatione sive in quibuscunque locis deinde nascuntur. 2. Eandem liberalitatem nostrae legis indulgemus etiam his, quorum incendio vel ruina domus corruptae sunt, quibusdam forte pecunias cuiuscunque quantitates praebentibus vel cautionem conficientibus, ut et ipsi nec repetitionem timeant, verum etiam exactionem pecuniarum confessioni insertarum facere possint, licet gesta non fuerint subsecuta; nulla eis licentia danda pecunias ad alias causas, nisi ad refectionem domorum, erogare. Quodsi aliqua dubitatio orta fuerit, utrum tota quantitas, an pars eius in aedificiis expensa est, hoc domini domus sacramento dirimetur. 3. Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris. Hoc etenim tantummodo ad augendas huiusmodi donationes addendum esse ex presenti lege decernimus; anteriore tempore nostra lege praecedente moderando, qua usque ad trecentos solidos factae donationes et sine insinuatione firmitatem obtineri iussae sunt.

Dat. XV Kal. NOVemb. Constantinop. Post consulatum Lampadii et Orestis VV. CC. (531)

Se trata de: donaciones para la redención de cautivos, donaciones de bienes muebles o semovientes de los maestros militares a los soldados, donaciones a aquellos cuyas casas quedaron destruidas por incendio o ruina y donaciones hasta un importe de quinientos sueldos, quedando derogado a partir de ahora el antiguo límite de los trescientos sueldos.

IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSINUATIO EN DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO

Vista la regulación de la insinuación llevada a cabo por Justiniano podemos hacer un esbozo sobre la naturaleza de la propia institución, partiendo de la consideración de la

27 En este sentido puede verse entre otros: BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, (Milano, 1954), MURGA, J.L., "Los negocios *pietatis causa* en las constituciones imperiales postclásicas, en *AHDE*, 37, 1967, pp. 277-279; ARCHI, G., *Giustiniano legislatore*, (Bologna, 1970).

misma como un acto cuyo efecto principal es el de otorgar valor de documento público al mismo y, a la vez, la inscripción en los Archivos imperiales le confiere una publicidad fundamental para favorecer la seguridad del tráfico jurídico, que en este supuesto se traduce en otorgar una protección definitiva para los intereses del donatario.

En nuestra opinión es fundamental hacer alguna reflexión a propósito de los caracteres y la función de la insinuación en el caso que nos ocupa, el de las donaciones de mayor valor, y para explicar cuál es la naturaleza jurídica de la insinuación pensamos que merece la pena detenernos en algunos aspectos que son esenciales a la misma, como son su calificación como acto de jurisdicción voluntaria y su función como acto de publicidad registral.

En cuanto a su calificación como acto de jurisdicción voluntaria²⁸, se trata de una teoría defendida por Fernández de Buján²⁹, quien para ello se basa en dos notas esenciales a la *insinuatio donationis* y que son propios de los actos de jurisdicción voluntaria: el hecho de que se lleva a cabo casi como un proceso y, por otra, el hecho de que no existen un demandante y un demandado.

En cuanto al primer elemento, es de señalar que la insinuación ha de realizarse por un magistrado que había de contar con el auxilio de un escribano y tres miembros de la curia³⁰ lo que lleva a algunos autores a afirmar que la insinuación se sustancia ante un verdadero tribunal³¹, es decir, no consiste en un simple depósito documental sin más.

En cuanto al segundo elemento, no puede decirse que la *insinuatio* sea un verdadero proceso, pues aunque el propio Justiniano afirma que la insinuación tenía lugar *quasi in iudicii figura*³², no existen un demandante y un demandado, puesto que no se trata de un acto contencioso, que sería aquel que se desarrolla en el marco de un proceso civil en el que el magistrado desarrolla su actividad, por lo que el propio Fernández de Buján no duda en calificar la insinuación como un acto de jurisdicción voluntaria³³.

28 Expresión que aparece por primera vez en las fuentes en un texto atribuido a Marciano en D. 1, 16,2 pr-1: *Omnes procónsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adptiones fieri. Apud Legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem,*"

A su vez dicha expresión el ser recogida en la compilación de Justiniano forma parte de la tradición jurídico medieval que pasa al Derecho común y a través de la influencia de éste aparece en nuestros códigos modernos.

29 *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, (Madrid, 1986), p. 90.

30 Cod.Th. 151: "*Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialim praesentia, excepto magistratu et exceptore publico.*"

31 Tal es el caso de ROGIER, *Etude sur les tabellions. La forcé probante de leurs actes en Droit Romain*. (Paris, 1883), p. 63, citado por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción...*cit., p. 90.

32 C. 7, 6, 1, 10: *Simileque modo, si dominus inter acta quendam servum filium suum nominaverit, voci eius, quantum ad liberam conditionem, credendum est. Si enim ipse tali affectione fuerit accensus, ut etiam filium suum servum nominare non dedignetur, et hoc non secreto neque inter solos amicos, sed etiam actis intervenientibus et quasi in iudicii figura nominaverit, quomodo potest eum servum iterum saltem morientem habere? Sed perducatur et ipse in vicitatem Romanam, vera libertate, et non falso sermone domini sui sustentatus.*

33 *La jurisdicción cit.*, p. 111, donde el autor cita en este sentido C. 7, 6, 10: "*Similique modo, si dominus inter acta quendam servum filium suum nominaverit, voci eius, quantum ad liberam conditionem, credendum est. Si enim ipse tali affectione fuerit accensus, ut etiam filium suum servum nominare non dedignetur et hoc non secreto neque*

Por lo que se refiere a la insinuación como acto de publicidad, como sabemos, con carácter general, la utilización de este instrumento es voluntaria y su finalidad, en estos casos, sería favorecer la seguridad del tráfico jurídico, puesto que la insinuación de estos documentos los convierte en documentos públicos. Pero existen algunos supuestos en los que la insinuación es obligatoria³⁴, tal es el caso que nos ocupa, el de las donaciones cuyo importe supera cierta cantidad y en estos casos la insinuación alcanza otra dimensión pues se convierte en un requisito formal esencial sin cuya constancia el acto deviene nulo y abre la puerta a la revocación de la misma, constituyendo la ausencia de insinuación una justa causa para solicitar la misma. La siguiente cuestión será, por tanto, de qué manera se ha de proceder a dicha revocación en la práctica. Señala Murillo³⁵ que en estos casos se procedería al igual que en los casos de nulidad de la donación entre esposos, en los que la revocación puede llevarse a cabo bien por medio de una *reivindicatio*, en el caso de que la cosa aún exista, bien por medio de una *condictio* si la cosa ya no existiera o hubiese sido consumida³⁶.

CONCLUSIONES

Tradicionalmente se ha considerado la Ley Cincia como el primer intento de regular el régimen jurídico de las donaciones. Por el contrario, del análisis de las fuentes podemos concluir que no existen elementos suficientes que justifiquen dicha afirmación. En realidad podemos afirmar que la Ley Cincia únicamente se limita a establecer una prohibición de carácter general sobre las donaciones que superen cierta cantidad, con la excepción de las donaciones entre ciertos parientes. Esta prohibición nos permite pensar que la finalidad de dicha prohibición fuera, con toda probabilidad, proteger al donante en el caso de actuar bajo

inter solos amicos, sed etiam actis intervenientibus et quasi in iudicii figura nominaverit, quomodo potest eum servum iterum saltem morientem habere?..., texto en el que se pone de manifiesto precisamente el hecho de que la insinuatio es un supuesto en el que no existe contradicción entre partes, por eso se le califica como *quasi in iudicii figura*.

- 34 El caso de los testamentos solemnes después de la muerte del testador, *Pauli Sententiae*, IV, 6, 1: *Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel vaxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum, ita ut agnitis signis, rupto lino aperiatur atque describendi di exwmplici fiat potestas, ac deinde signo publico obsignatum in archivum redigatur, ut, si quando exemplum eius interciderit, si tunde peti possit*. También en el caso de las donaciones entre cónyuges, C. 5, 16, 25 *"Donationes, quas parentes in liberos cuiuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel ipsae aliae personae in eam, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam, vele am excedentes actis fuerint intimatae...*
- 35 *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*. (Burgos, 2007), p. 29-30.
- 36 D. 24, 1, 5, 18 (Ulp. 32 ad Sab): *In donationibus autem iure civil impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut, si quidem extet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est*. D. 24, 1, 6 (Gai. 11 ad ed. Provinc.): *Quia quod ex non concessa donation retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet*. C. 5, 13, 1, 5a: *Vel ex qua causa ob res donatas retentio introducat, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo iuri mederi?*

coacción, puesto que se supone que en el caso de parientes de cierto grado dicha coacción es impensable.

El emperador Constantino, en su pretensión de acabar con importantes problemas que en la práctica derivaban de la ausencia de un control y una regulación de las donaciones, promueve una nueva regulación por la que fija la exigencia del cumplimiento de tres requisitos formales para el caso de las donaciones que superen cierto importe: la redacción de un documento escrito en el que se haga constar la donación, la entrega de la cosa en presencia de testigos y el depósito del documento en los Archivos públicos. La importancia de estos requisitos es capital, puesto que se establece que el incumplimiento de los mismos determina la nulidad de tal donación, por lo que podemos afirmar que dichas formalidades no tienen un simple efecto probatorio sino constitutivo de la propia donación, con ello se produce un cambio fundamental en la propia naturaleza de la institución de la donación, puesto que ahora se configura como un negocio típico y deja de ser considerada como una simple causa de transmisión.

Esta reforma iniciada por Constantino se mantiene prácticamente intacta en los siglos posteriores, hasta que en época de Justiniano se acometen algunas modificaciones de importancia que aparecen recogidas en algunas de las constituciones del Código.

Justiniano modifica la cuantía que supone la obligatoriedad de la insinuación hasta en dos ocasiones, en un primer momento la sitúa en los trescientos sueldos y en una constitución posterior en los quinientos sueldos. El mismo emperador fija, en principio, dos excepciones a la exigencia de la insinuación, una basada en razones de política imperial, como es el caso de las donaciones imperiales, y otra basada en razones de política religiosa, como es el caso de las donaciones para causas pías. Sin embargo el tratamiento para estas dos excepciones no es igualitario, puesto que en el primer caso, si no se supera el límite fijado, no se exime del todo del cumplimiento de, al menos, cierta formalidad, puesto que exige que dichas donaciones hayan sido perfeccionadas en público por notarios y que consten las firmas del donante y de los testigos. Más tarde ampliará la lista de donaciones exentas del cumplimiento de la formalidad de la insinuación la mayoría de las cuales podrían englobarse en el grupo de las ya mencionadas donaciones a causas pías.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la insinuación obligatoria en las donaciones superiores a determinada cantidad fijada por la ley se puede calificar como uno de los actos de jurisdicción voluntaria admitidos por la legislación romana, pero sin que debamos perder de vista el carácter de requisito formal e ineludible que la legislación postclásica confiere a la institución en estas donaciones de mayor valor que, a la vez, actúa como un instrumento de publicidad de indudable valor en la práctica, puesto que con el se favorece la seguridad del tráfico jurídico.