

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

BOLETÍN JURÍDICO PRÁCTICO

COLEGIO DE DERECHO ROMANO



ESCUELA LIBRE
DE DERECHO
1912

NÚM. 6, JULIO DE 2024

CONTENIDO



Mtro. Emilio González de Castilla del Valle
Presentación

01



Dr. Juan Cortiñas Barajas
Breves reflexiones sobre el estudio del Derecho Romano en los inicios del siglo XXI.
Un estudio sobre las obligaciones naturales y su explicación a la luz del Derecho Romano

05



Mtro. Rodrigo de la Peza López Figueroa
Compensación económica en el divorcio

31



Mtro. Miguel Ángel Fernández Delgado
Interacta, non solum verba: el Derecho Romano en el presente

49



Mtro. José Antonio García Luque
Función punitiva de la acción de daños: entre la experiencia romana y la doctrina de la Suprema Corte de Justicia

63



Dr. Yuri González Roldán
Enajenación de derecho hereditario. Aplicación de criterios jurisprudenciales romanos al derecho actual

73



Mtro. Jenaro Jorge Morales Martínez
Lic. Sergio Enrique López Pérez
La vigencia del Derecho Romano en la contratación bancaria

91

Presentación



 Mtro. Emilio González de Castilla del Valle
Rector de la Escuela Libre de Derecho

El ser humano ha transitado en un periodo de tiempo breve, de plasmar el conocimiento en textos e instrumentos que permiten su difusión y acceso a futuras generaciones, lo que inspiró el nacimiento de las grandes bibliotecas como centros de cultura y aprendizaje, a un sistema de control y regulación de ciertas tecnologías como fuentes del conocimiento para verificar su contenido, autenticidad, seguridad, entre otros problemas, lo que supone ahora desarrollar principios éticos en la era de la inteligencia artificial y de la ciberseguridad.

En ese tránsito vertiginoso, en el ámbito de la educación se utiliza la palabra escrita en libros, revistas, periódicos, compendios, tratados, con reglas muy elaboradas para garantizar no sólo la calidad sino, especialmente, la fuente de información. Estos instrumentos permiten transmitir el conocimiento y, lo más importante, las innovaciones en las diversas disciplinas de cada profesión. Es un apoyo invaluable en la enseñanza mediante el sistema de aulas presenciales y, ahora, a distancia.

Frente a estos esquemas tradicionales del conocimiento y la enseñanza, la sociedad enfrenta un reto: la dilución del hábito de lectura comprensiva. Se reduce el tiempo destinado al conocimiento por esos medios tradicionales, que se sustituyen ahora por nuevas tecnologías que, en ocasiones, entregan un producto terminado que no dan espacio para el proceso de análisis y reflexión. Lo vertiginoso de los cambios que experimenta el ser humano en la actualidad, aunado al desarrollo tecnológico ha provocado, quizá en forma imperceptible, la reducción del tiempo que requiere la lectura comprensiva.

Entre el reto y la solución requerida se tiene menos tiempo de estudio y reflexión.

Sin dejar de llevar a cabo esfuerzos para inculcar en los estudiosos y estudiantes de las diferentes disciplinas del derecho el hábito de la lectura comprensiva, quizá conviene también lograr un instrumento que permita tomar conocimiento de una problemática específica, práctica, actual, de vanguardia, y la crítica o solución posible, que proporcione una orientación dentro de las limitaciones actuales de tiempo.

Un análisis crítico que aporte elementos breves y concisos que auxilien en la comprensión de temas específicos, que quizá ayuden a la solución de un problema práctico con la inmediatez requerida, a reserva del estudio pausado y profundo posterior.

Es en ese contexto que se concibe y nace el *Boletín jurídico práctico*. El ánimo no puede ser alterar de ninguna forma el trabajo doctrinal, profundo, auténtico de los estudiosos del derecho que inspira a las nuevas generaciones de estudiantes. La intención, en cambio, es proporcionar ideas valiosas pragmáticas que pueden aportar a quienes ejercemos la profesión, la orientación en los temas de vanguardia dentro de los tiempos comprometidos en los cuales hoy día se ejerce la profesión.

Al mismo tiempo, con este *Boletín jurídico práctico* tendremos un vehículo ágil mediante el cual los mismos abogados que ejercemos la profesión podremos expresar nuestras experiencias y opiniones que, en ocasiones, quedan en la discusión interna de nuestros despachos, con las alegrías y frustraciones compartidas en la intimidad profesional y que no ven la luz dentro del foro educativo y colegial.

Este *Boletín jurídico práctico* es un espacio que pretende ser un vehículo para compartir ideas de vanguardia, producto del ejercicio diario de la profesión con fines pragmáticos, en

donde los estudiantes y abogados pueden encontrar un medio de expresión y opinión al mismo tiempo que es fuente de información, sin contemplar formalidades propias de un estudio doctrinal profundo el cual no se pretende sustituir sino complementar.

Hacemos votos porque este esfuerzo logre su cometido en beneficio de los estudiantes y practicantes del derecho y que sea fuente de un análisis crítico constructivo.

*Breves reflexiones
sobre el estudio del
Derecho Romano en los
inicios del siglo XXI.*

*Un estudio sobre las
obligaciones naturales y
su explicación a la luz
del Derecho Romano*

 Dr. Juan Cortiñas Barajas
Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana
Suma Cum Laude

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Mucho se ha escrito y se escribe, más se polemiza y discute en redes sociales o en foros a modo, sobre la conveniencia de estudiar Derecho Romano en los principios del siglo XXI. Pocas son, sin embargo, las voces fundadas al respecto y la mayor parte de ellas se basan en prejuicios o en pretensiones modernistas, que buscan eco en la cacofonía de la iconoclastia propia de la emoción inmediata de los recursos cibernéticos y las redes sociales. El análisis es escaso fundado al respecto.

Ciertamente, la mayor parte de las críticas se enfocan en argumentar que las instituciones jurídicas romanas no tiene cabida en nuestros días. Asumiendo erróneamente las particularidades del desarrollo social evidente en un sinnúmero de materias jurídicas, el discurso parece negar relevancia a un estudio que es ciertamente más que un mero precedente. Así, el avance de la dogmatización en materia de los derechos humanos, la abstracción conceptual en materia transaccional y el avance en figuras propias de la evolución conceptual originada con el Renacimiento son indirectamente, aunque normalmente considerados de forma prejuiciosa, pseudoargumentos para soslayar la importancia de este estudio y pretender reemplazarlo con análisis técnicos de disciplinas técnicas y tácticas de obvia utilización recurrente.

Lo anterior es materia fundamental de soporte para alzar la voz. En esta llamada es esencial entender la relevancia de este estudio en la formación intelectual de los futuros juristas, no como un mero antecedente sino como una materia

fundacional. Con relación a esto, se pretende ponderar la relevancia de la reflexión romanista en temas estructurales del análisis y el pensamiento del jurista contemporáneo. Se enfatizará especialmente en estas líneas que este estudio no debe pretenderse como un mero antecedente, sino como la finalidad de una disciplina de pretensión científica, siguiendo los parámetros de Zimmermann.¹ En ello, la mente y el criterio jurídico pueden abreviar en este contenido para entender las figuras modernas, en palabras de Paolo Grossi, tan impregnadas de consideraciones y contenidos “metajurídicos”.

Lo anterior con el fin de tratar de abrir un discurso reflexivo y constructivo respecto de las ventajas de dicho estudio y ponderar en el foro respectivo que por un lado la utilidad práctica no está ajena ni lejana de este estudio.

De esta manera, se pretende ponderar una institución fundamental del derecho civil contemporáneo, como es el concepto de las obligaciones naturales, para ponderarlo en el contexto de su concepción romanista y ver qué tan lejano pudiera estar como muchos lo pretenden, o qué tan íntimamente está el mismo imbuido de las consideraciones romanas para poder explicar su esencia y aplicabilidad.

2. PREMISAS DE ANÁLISIS: LA COMPLEJIDAD DEL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO

Más allá de lo anterior, puede ponderarse que las voces críticas respecto del estudio del Derecho Romano tienen a su favor ciertos elementos metodológicos que hacen no comprensible sino justificable su posicionamiento. La complejidad de las mismas opera sin duda, en nuestra opinión, como argumento primario en contra.

¹ Zimmermann Reinhardt, *Europa y el Derecho Romano*, Marcial Pons, Madrid, 2009; pp. 10-11, 13-14, 28 y 127.

No obstante, hacemos referencia a los mismos, ya que el análisis de las obligaciones naturales en el contexto romano y su relevancia científica y conceptual requieren entender conscientemente dichos elementos y diferencias metodológicas y con ello dar pauta a una discusión fundada y específica, respecto de la necesidad de mantener y robustecer el estudio del Derecho Romano en nuestros claustros universitarios. De lo anterior, se revela al estudio del Derecho Romano como un reto intelectual mayor a la simple *diferencia lingüística*, tradicionalmente argüida en primer lugar.

Ciertamente, las referencias usuales al latín que involucran su estudio parecen hacerlo complejo y distante y constituyen el primer argumento en la lista, aunque este es fácilmente soslayable, pues las referencias en latín terminan siendo para el estudioso constante, como las referencias al articulado legal en la parafernalia moderna. Esto es, el aprendizaje debe ser del contenido y no de la forma, idioma o número que sólo debe servir como método mnemotécnico y medio o mecanismo tendiente al fin. Cabe al efecto, y como dato no solamente anecdótico referir, que las citas en latín permiten igualmente hacer una precisión temporal y conceptual. Lo anterior, considerando especialmente que las instituciones de mérito no llegan solamente por tradición oral a través del *ius commune* y la transmisión secular del mismo en Europa. Adicionalmente, las transcripciones de las fuentes directas llegarán a través de una travesía cultural y lingüística en la que el griego —a partir de la experiencia justiniana y las influencias orientales— y las lenguas vernáculas en su traducción y transmisión a través de los siglos pueden plantear muchas digresiones conceptuales originales, razón por la cual, la referencia en latín permite en consecuencia una identidad transgeneracional y transsecular que no debe soslayarse.

En segundo lugar, la realidad social, cultural e histórica del Derecho Romano parece ajena en la visión simplista del

Estado moderno con sus *problemas aparentemente distintos y lejanos* de una civilización que se origina hace aproximadamente dos mil setecientos años. Obvia dicho argumento la estructura mental de esa civilización, por una serie de factores históricos y sociales, continúa rigiendo sobre tres cuartas partes de la población mundial, para la cual esa tradición jurídica y social no sólo no se ha interrumpido, sino que vive imbuida en ella. Es evidente que muchas instituciones han evolucionado o afortunadamente desaparecido desde entonces, como es el caso de la esclavitud, por mencionar solo una. Ciertamente esto no parece un argumento necesario para soslayar su estudio, cuando las mismas han sido utilizadas y argüidas jurídicamente en los últimos dos siglos y no parece que pretender, desconocer u olvidar las mismas pueda ser hoy un tema aceptable.

Por el otro lado, es importante entender como premisa fundamental del Derecho Romano, y elemento de mayor reto en su estudio, que el mismo compone *un sistema de carácter casuístico*² y por ende ajeno a la visión legalista propia del pensamiento moderno que nos ha imbuido de un sistema jurídico necesariamente legal, y por ende, de acuerdo con sus atributos, general abstracto e impersonal. El Derecho Romano en contra, en virtud de su esencia casuística es de carácter individualizado, concreto y deriva de sentencias y posicionamientos individuales, con lo cual la visión generalizadora —no necesariamente jurídica y propia de la pretensión moderna— se topa con un mosaico multicolor de supuestos individuales que impiden establecer premisas y reglas generales. Esto, sin embargo parece revelar una crisis profunda de las voces antirromanistas, cuando en virtud del avance de premisas juris-

² D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1989, p. 59; para quien: "la doctrina proviene por vía casuística y de progresiva extensión analógica; solo *excepcionalmente* gusta de formular principios en forma de reglas (*regulae*) o de hacer definiciones" [las cursivas son nuestras].

dicionales a nivel internacional, disciplinas como los derechos humanos, regresan cada vez con más fuerza a implementar una visión casuística, en la cual las generalizaciones modernas empiezan a presentar un declive que nos acerca cada vez más a una visión romanística y casuística del fenómeno jurídico.

Cabe añadir que la premisa básica y elemental de conocimiento consecuente con las previas tres radica en que el Derecho Romano, como todos los derechos de la Antigüedad, se basan en un *estatuto personal* y no territorial, al ser propios de un sistema preestatal en la más básica concepción del Estado moderno. Este estatuto personal, aunado a la esencia casuística, hace que los parámetros de estudio lleven al sujeto a un análisis granular de supuestos procesales e individuales, totalmente ajeno a las premisas y pretensiones de estudio originales del derecho moderno. Esta premisa presenta ciertamente un declive natural por las mismas razones que las argüidas en el párrafo inmediato precedente.

Al respecto, cabe añadir en adición y especialmente la *estructura dicotómica* del Derecho Romano, en la que la realidad civil de los ciudadanos regidos por el derecho de la “ciudad antigua” bajo un estatuto personal —*ius civile*— se ve acompañada de una regulación procesal casuística paralela generada por el pretor —*ius honorum*—³. La misma irá jurisprudencialmente atemperando y ajustando la realidad de dicha ciudad y estatuto a las necesidades de adaptación, con un mundo que va siendo paulatinamente incorporado a la civilización romana tras las conquistas continuas que se detonan a partir de las Guerras Púnicas, como, entre otros, lo expone claramente Zimmermann.⁴

³ Iglesias, Juan, *Derecho romano, Historia e Instituciones*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 100-101.

⁴ Zimmermann, Reinhardt, *The Law of Obligations, Roman foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Paperbacks Oxford University Press, Nueva York, 1990, p. 70.

Este fenómeno fascinante desde el punto de vista de la sociología y el derecho —como lo refiere, entre otros, Max Weber— es un factor fundamental de la trascendencia del Derecho Romano para llegar hasta nuestros días. Como expone este último, los imperios y sociedades que perduran son las que asimilan a las sociedades conquistadas, y este es el caso ciertamente de Roma y su derecho a través del derecho honorario. Sin embargo, esto revela un factor adicional de complejidad para el lego lector que tiene que vivir una realidad paralela entre el estudio de instituciones de derecho civil y de derecho honorario, lo cual parece (sin una explicación adecuada) por lo pronto complejo, más allá de ser *prima facie* distante de la realidad jurídica contemporánea.

Asimismo, el Derecho Romano es una disciplina que presenta y requiere un estudio de carácter histórico y evolutivo, ya que, en virtud de las consideraciones anteriores, su naturaleza presenta una *manifestación altamente dinámica* y contraria a la pretendida visión estática del “derecho moderno”. Ciertamente las instituciones jurídicas romanas de la época arcaica y clásica alta presentan divergencias importantes con la visión postclásica y ciertamente con la justiniana. Sin embargo, es en ello que el Derecho Romano presenta su mayor riqueza, puesto que la dificultad propia de su aparente carácter inasequible radicaliza las variables antes mencionadas, sacando lo mejor de cada una de ellas.

Por lo anterior, el Derecho Romano presenta: *una variedad de fuentes de estudio* que rompen el molde contemporáneo, ya que, más que fuentes formales, las mismas se presentan con una variedad material e histórica. Lo anterior, en voz de Álvaro D’Ors,⁵ conlleva a una concepción de fuentes de autoridad y no de fuentes de potestad, tan propias del lenguaje jurídico moderno, lo cual evidentemente resta la pretendida

⁵ D’Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 27 y en el mismo sentido Iglesias, Juan, *op. cit.*, pp. 47, 50, 52, 58.

seguridad y certeza de la pretensión de la ciencia jurídica moderna. No obstante lo anterior, vale la pena mencionar, como señala Álvaro D'Ors, como ello manifiesta el verdadero carácter científico del Derecho Romano en contraposición a un derecho acientífico de la modernidad, cuestión igualmente manifestada en su momento por Paolo Grossi, para el cual la pretendida posibilidad creadora del derecho racional en la modernidad es lo que más le aleja de su potencial esencia científica propia de la antigüedad.⁶

Finalmente, sin duda y no menos importante, en tanto reto intelectual el Derecho Romano se presenta en una visión centralizada en la *impartición de justicia*⁷ como paradigma fundamental que se manifiesta lingüísticamente, así como en todas las variables antes referidas.⁸ No pretende lo anterior disociarse esencialmente del derecho contemporáneo. Sin embargo, es fundamental entender que en la “visión moderna”, tan aparentemente ajena, el paradigma central radica en la seguridad jurídica que la formalidad legal, general abstracta e impersonal pretende garantizar, sin atender necesariamente a las consideraciones del caso concreto más allá de la ubicación en la hipótesis normativa de carácter legal.⁹

⁶ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 144, para quien: “si la esencia del poder político medieval, incluso del medioevo sapiencial, consisten en el *ius dicere*, en el decir el derecho; si se mantiene la relativa indiferencia de aquel poder hacia la producción del *ius*, es porque el derecho es una realidad pre existente que el poder no crea, no pretende crear, no estaría en condición de crear; que en su lugar solamente puede decir, declarar”.

⁷ Iglesias, Juan, *op. cit.*, p. 89. “El derecho tal y como lo entienden los romanos, no es ciencia anclada en el mundo de los valores ideales, sino justicia, y de la justicia se cierne sobre la realidad viva del proceso humano”.

⁸ Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France, París, 2003, p. 104. Para el cual es claro que: “les juristes romains [...] ont accepté que le droit dérive de la justice; que la jurisprudence est la science du juste et de l'injuste, et plus précisément que le droit est cela qui est juste”.

⁹ *Ibidem*, p. 105. Para quien: “la méthode d'interprétation ou plutôt d'élaboration du droit – des juriconsultes classiques, quant à l'essentiel, est conforme à l'enseignement d'Aristote: Recours aux textes, émanant soit de la tradition jurisprudentielle (jus civile), soit du preteur, des comices ou du Sénat; et cependant, s'il y a lieu, correction du texte au nom de l'équité,

Por todo lo anterior, el estudio del Derecho Romano se dificulta, ya que nada es más ajeno a la pretensión y material obtenido en su desempeño que partir de *definiciones y conceptos*.^{10, 11} Son los conceptos jurídicos propios de la modernidad, y por ende alejan al estudioso contemporáneo tan afín a la generalización y conceptualización abstracta, por lo complejo de visualizar este mosaico jurídico de casos, sujetos distintos, épocas, nociones evolutivas, parámetros extralegales y fuentes diversas.¹²

El regreso al Derecho Romano y la profundización del mismo, con miras y pretensión científica, como a la postre lo hace la pandectística alemana de finales del siglo XIX, permite una deconstrucción conceptual basada en las premisas de complejidad referidas en el presente apartado, que dan visibilidad y comprensión técnica a cada figura y concepto. Esto no debe verse como simple antecedente. Este proceso de deconstrucción tiene pretensión científica y con-

notion Aristotelicienne; libre recherche dialectique, confrontation des opinions des grands juristes et des écoles de jurisprudence; attention aux circonstances, usage de la casuistique (quaestiones, casus); recherche des règles qui manifestent la justice et la cohérence des solutions, *mais défiance des règles que n'atteignent le juste et ne doivent pas être prises pour le droit*" (las cursivas son nuestras).

¹⁰ D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 59. Para quien: "la doctrina proviene por vía casuística y de progresiva extensión analógica; solo *excepcionalmente* gusta de formular principios en forma de reglas (*regulae*) o de hacer definiciones" (las cursivas son nuestras).

¹¹ En el mismo sentido Villey Michel, *op. cit.*, p. 548. Para quien "les romains se méfiaient des règles; ils ne pensaient guère que les solutions dussent être déduites des règles: -no ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat- *le droit n'est pas tiré de la règle, mais du droit qui existe est tirée la règle*" (las cursivas son nuestras).

¹² En el mismo sentido, Zimmermann, Reinhard, *The law of obligations*, Oxford University Press, Cambridge, 1995, p. 9. En el que citando a Berman concluye que: "it would be wholly incorrect to say that there were no general concepts in the Roman law of the time of Justinian and before, on the contrary, Roman jurists eagerly discussed situations in which a contract would be void because of "mistake" situations in which the enforcement of an informal obligation was required by "good faith" and various other types of situations in which legal results involved a reference to concepts [...] *However*, these concepts were not treated philosophically. The concepts of Roman law like its numerous legal rules were tied to specific types of situations. Roman law consisted of an *intrinsic network of rules; yet these were not presented as an intellectual system but rather as an elaborate mosaic of practical solutions to specific legal questions. Thus one may say that, although there were concepts in Roman law, there was no concept of a concept*" (las cursivas son nuestras).

ceptual y permite alcanzar parámetros de pretensión epistemológica. No es casualidad en ello que la formación de los conceptos jurídicos contemporáneos se gestó en su mayoría en el esfuerzo de la jurisprudencia de conceptos alemana del siglo XIX, compuesta esencialmente por profesores de Derecho Romano.¹³

3. LAS OBLIGACIONES NATURALES

3.1. Referencia en la compilación justiniana

Partiendo de las consideraciones y complejidades manifestadas en el apartado precedente, centrándonos en nuestro tema seleccionado al ejemplo, el Digesto considera en los parámetros casuísticos propios del Derecho Romano y de su naturaleza original respecto de las obligaciones naturales la siguiente postura de Juliano:

D.46.1.16.4. (JULIANO) “Las obligaciones naturales no se juzgan solo si por ellas compete alguna acción, sino también *quando* (sic) no se puede repetir la cantidad que por ellas se pagó; pues aunque propiamente no se puede decir que deben los que están obligados por obligación natural, y por abuso se pueden entender que son deudores, con todo a los que por ella se les da alguna cantidad, reciben lo que se les debe”.

D.46.1.16.4. (JULIANO) “*Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum Eliam quum soluta pecunia repeti no potest. Nam lisset minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem*

¹³ Wiaecker, Franz, *A History of Private Law in Europe*. foreword by Reinhardt Zimmerman, translated by Tony Wier, Clarendon Press Oxford, 2003, p. 272 *infra*.

intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse”.

3.2. Problemática contemporánea resultante

Las referencias anteriores pueden sumir al lector lego en una confusión similar a la que la doctrina contemporánea mantiene al respecto. En consecuencia, de lo antes referido, se abre una disyuntiva primaria muy desafortunada. Puede, por un lado, considerarse a las obligaciones naturales como un concepto asimilable a la obligación civil, pero de menor jerarquía (por su carencia de acción), como lo hace buena parte de la doctrina, o bien si se le considera como una obligación de carácter metajurídico asimilable en palabras de muchos a una obligación de carácter moral o un mero convencionalismo social, como lo hace otra posición relevante de la doctrina contemporánea.

En el discurso tradicional del derecho civil contemporáneo, lo anterior, al pretender ser generalizado y abstraído conceptualmente, genera conclusiones, discusiones y premisas adicionales de no menor relevancia. Si se considera, como lo hace mayoritariamente la doctrina civilista contemporánea (imbuida de nociones romanistas no plenamente fundamentadas), que las obligaciones se definen por su exigibilidad, dualidad subjetiva y contenido pecuniario,¹⁴ las obligaciones naturales al carecer de acción perderían su carácter civil. No obstante, al permitir la posibilidad de retención de lo pagado al respecto y preverlas expresamente como excepción contra

¹⁴ Laurent, F. *Principes de Droit Civil Français*, Bruylant-Christophe et Cie., Bruselas, 1878, Tomo XV, p. 477. En el mismo sentido, Baudry Lacantinerie, *Precis de Droit Civil*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, París, 1921, Tome II, p 3. En el mismo sentido, Planiol Marcel, *Traité élémentaire de Droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1926, Tomo II, p. 57. En el mismo sentido, Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 69.

la acción de pago indebido o enriquecimiento sin causa, las mismas no podrían lógica y conceptualmente caer en una categoría meramente moral.

Lo anterior conlleva a una posición conceptualmente insostenible en la perspectiva aristotélica del tercero excluido, que se explica en opinión del suscrito de forma poco sólida como obligaciones con un contenido jurídico de menor relevancia. Claramente este filtro aristotélico en su lógica conceptual, en palabras de Michel Villey, se ve trastocado culturalmente por el reemplazo que experimentó por múltiples escuelas filosóficas que durante siglos han hecho óbice de un parámetro de análisis lógico conceptual, con lo que la distancia se hace mayor y la complejidad de su estudio aumenta.¹⁵ Esto no sirve sino como argumento para reforzar la necesidad de estudiar el Derecho Romano y los parámetros lógico conceptuales que el mismo conlleva bajo la perspectiva del estagirita, como mecanismo científico necesario para entender la figura contemporánea trastocada por el paso del tiempo.

Al respecto, hoy nuestro Código Civil federal y de la Ciudad de México prevén al efecto en su idéntico numeral que:

Artículo 1894. El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir.

Idéntica redacción presentan al respecto distintos ordenamientos civiles en los Estados de la República como es el caso el correspondiente al Estado de México.

¹⁵ Villey, Michel, *op. cit.*, p. 105-106. “Si l'on compare [...] le droit romain aux autres grands systèmes juridiques, il paraît surgir dans l'histoire comme application de la doctrine aristotélicienne. C'est pourquoi le sort du droit romain lui-même s'est trouvé en jeu lorsque de nouvelles philosophies ont supplanté celle d'Aristote - neoplatonisme ou nouvelles philosophies du monde judéo-chrétiennes auxquelles adhérerait saint Augustin. Quant à la renaissance du droit romain dans l'Europe moderne, à partir du XIII^e siècle, elle sera liée à la renaissance d'Aristote”.

Artículo 7.130. El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir.

Es muy relevante mencionar en todo caso que la inclusión de estos numerales es específicamente disruptiva y atenta a este filtro romanístico y lógico conceptual. Ciertamente, pese a los esfuerzos de Borja Soriano para justificar que la figura está aceptada en el Código Civil de 1870, es claro que la inclusión sólo es a partir de 1928 y esto a merced de la influencia pandectística de la que es objeto la comisión redactora. Esto podría parecer meramente anecdótico en el contexto micro histórico mexicano de dos siglos, pero tiene una profunda carga romanística, como se explica por todos los historiadores serios en la materia.¹⁶

Si bien puede considerarse por algunos que esto es un tema meramente evolutivo¹⁷ de la situación planteada en el Derecho Romano clásico, lo mismo no parece satisfacer un análisis crítico y científico bajo los parámetros pandectísticos. Ciertamente esa visión evolutiva serviría para justificar en esta categoría a obligaciones de segundo nivel. La doctrina civilista contemporánea se divide al respecto en dos grandes grupos, dependiendo en opinión nuestra, de su filiación académica¹⁸. Por un lado, los autores de filiación germánica consideran que es una obligación desprovista de acción, pero una obligación civil, jurídicamente sólida y sostenible como lo es la civil *strictu-sensu*. Evidentemente la elaboración pandectística abona en ello con la segregación conceptual de la obligación en los apartados de débito y responsabilidad (*schuld* y *haftung*), que permite hacer ver la juridicidad como parte del

¹⁶ Cfr. Cortiñas Barajas, Juan, *op. cit.*

¹⁷ Zimmermann, Reinhardt, *op. cit.*, p. 8 *supra*.

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Tratado de derecho civil*, Tomo Quinto, Obligaciones, Antigua Librería Robredo, México, 1960, pp. 73-82.

débito e independiente de la responsabilidad o coacción. Por el otro, sin embargo, la carencia de acción vulnera el concepto visualizado en su bilateralidad, exigibilidad y pecuniariedad y por tanto hace considerar a la obligación natural como una obligación de contenido meramente moral o ético, como se vislumbra en la redacción de los artículos antes referidos.

Amén de la consecuente necesaria y compleja tarea resultante en acotar que haría que un deber moral diera lugar al pago de una deuda —carente de acción—, la discusión doctrinal contemporánea se centra en un problema conceptual abstracto para definir el fenómeno.

Adicionalmente podemos hacer aquí una breve referencia al segundo supuesto de los supuestos legales transcritos que puede abrir vetas conceptuales contemporáneas no menos interesantes. No desarrollaremos las mismas, para no desviarnos del objetivo consistente en la explicación de la figura sobre parámetros romanos, considerando asimismo al efecto la explicación de Zimmermann para el cual la pandectística excluye el tema de la prescripción como un tema que no corresponde originalmente al vocablo y sentido de la obligación natural.¹⁹ Cabe solamente anotar que la deuda prescrita en términos de los numerales citados, pudiera en el modelo de legislación de 1928 ser adicionalmente explicada en la perspectiva germanística del *schuld* y *haftung*, ya que la prescripción queda expresamente eliminada²⁰ de las formas de extinción de la obligación en los mismos, marcando así un cambio paradigmático con los códigos de inspiración decimonónica

¹⁹ Zimmermann, Reinhardt, *op. cit.*, p. 9 *supra*.

²⁰ Excepción hecha en este tema por el Código Civil del Estado de México que regresa al parámetro decimonónico en el año 2002 al considerar nuevamente en el capítulo Quinto del Título Décimo Segundo - Extinción de las Obligaciones - (artículos 7.465 al 7.488) a la prescripción negativa dentro de las formas de extinción de las obligaciones, cuestión que había quedado eliminada en Código Civil del Estado de México de 1956 que seguía el parámetro del Código Civil para el entonces Distrito Federal, actual Código Civil de la Ciudad de México y Código Civil Federal ambos del año 2000.

francesa, para los cuales la pérdida de la acción se considera acarrear la extinción de la obligación bajo los parámetros antes referidos. Ciertamente en el modelo de 1928 de inspiración pandectística en este tema, la pérdida de la acción no acarrea la extinción de la obligación por su inclinación natural del lado del *schuld*.²¹

Sin embargo, esta vertiente de la prescripción puede exponer argumentos respecto del concepto de obligación mismo, pero este es un desprendimiento del problema central de origen y explicación romanista que se pretende exponer en estas líneas.

La necesidad contemporánea de conceptualizar y partir de premisas abstractas generales e impersonales, impide pues, de llegar a un concepto homogéneo. En ese mismo tenor el desconocimiento de la estructura y razón de ser de las obligaciones naturales en el contexto del Derecho Romano clásico desvirtúa toda la discusión, misma que es fácilmente explicable si se atiende al mismo como se expondrá a continuación.

3.3. *Explicación bajo parámetros romanistas*

La figura de mérito es, no obstante lo anterior, fácilmente explicable si se atiende a la visión romanística. La deconstrucción basada en los parámetros y premisas referidos en el apartado 2 precedente, misma que da luz técnica y revela la importancia fundamental y fundacional del estudio del mismo.

3.3.1. *Perspectiva y evolución del estatuto personal*

Es necesario atender en primer lugar el estatuto personal del Derecho Romano. El derecho rige a los individuos no al

²¹ Cfr. Cortiñas Barajas, Juan, *La obligación, Un análisis del concepto de obligación. El doble cambio de paradigma cultural y conceptual en el Código Civil de 1928*, Tiran lo Blanch, Universidad Panamericana, México, 2022, 728 pp.

territorio y las consecuencias jurídicas se establecen en consecuencia, granularmente en relación con el sujeto de mérito. Así es importante entender que no existe concepto de persona o de sujeto de derecho. La graduación es totalmente individual en cuanto a las atribuciones que pueden llegar a considerarse aplicable a un sujeto de forma absolutamente individual, personal y casuística. Así hay sujetos con derechos y facultades individuales que le son aplicables solo en atención a ello. El análisis de los llamados estatus de la persona ayuda a aclarar este caleidoscopio de facultades que distingue *ad exemplum* entre libres y esclavos²² —*status libertatis*—, pero también entre libres, dependiendo del origen de su libertad, entre ingenuos y libertos. Entre libres, la distinción se replica ulteriormente entre ciudadanos y peregrinos²³ —*status civitatis*— y dentro de los peregrinos entre latinos y sus distintos tipos, todo ello dependiendo de las facultades individuales que el estatuto correspondiente les atribuye. Así, entre ciudadanos se distingue igualmente entre los que son cabeza de familia y los que son sujetos a una potestad familiar²⁴ —*status familiae*—. Claramente, las facultades de cada uno de ellos difieren en lo individual y genera abanicos de posibilidades y facultades jurídicas individuales no perceptibles bajo la perspectiva moderna.

En el parámetro anterior, el *sui iuris* no es el único sujeto de derecho ni el que puede ser considerado persona, bajo estándares modernos.²⁵ Es, sin embargo, el que tiene *etceteris paribus* y, en principio, la mayor suma de facultades en los ámbitos privado y público.²⁶ Esta cuestión podría adicional-

²² Iglesias, Juan, *op. cit.*, p. 111.

²³ *Ibidem*, p. 128.

²⁴ *Ibidem*, p. 135-137.

²⁵ *Ibidem*, p. 135.

²⁶ *Ibidem*, p. 113-114.

mente ponderarse y restringirse dependiendo de las características personales como podrían ser la edad, el género y la conducta social. Esta reminiscencia de deconstrucción de capacidades y facultades del Derecho Romano basado en el estatuto personal del mismo encuentra aún algunas reminiscencias en el derecho positivo, donde se mezcla la necesidad de un doble análisis —natural y legal—, misma que es ciertamente ilustrativa al respecto por mencionar solo una.²⁷

Sin embargo, esto no precluye que los sujetos materia de potestad familiar o dominical —*alieni iuris*— tuvieran capacidad de transigir comercialmente —*ius commercium*— con base en el tráfico, de los cuales es claro que el mayor volumen de transacciones comerciales en el día a día tenían lugar.²⁸ Esto por una mera consideración sociológica, estadística y económica, entendiendo que esto rompe por completo con categoría abstractas tan propias a nuestra sociedad moderna o postmoderna.

Ciertamente, el mosaico provisto para ambas cualidades personales en el ámbito familiar del ciudadano romano permite ese juego de opciones dentro de muchas otras combinaciones que no son perceptibles bajo un parámetro contemporáneo o moderno, si se ignora su contexto romano y los factores mencionados para su debida comprensión.

Si bien todo lo anterior empieza a desdibujarse de manera formal a partir del 212 de nuestra era, con el Edicto de Caracalla o *Constitutio Antoniana* que otorga la ciudadanía a todos los pobladores del imperio, la ulterior caída de Roma y Constantinopla extienden la aplicabilidad respectiva bajo parámetros personales durante varios siglos, notoriamente durante la Edad Media. La modernidad y la consolidación ulterior del

²⁷ Código Civil Federal y Código Civil de la Ciudad de México, Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal [...]”.

²⁸ D’Ors, Álvaro, *op. cit.*, p. 290.

Estado nación serán un punto de unificación territorial que transformará el parámetro del estatuto a un estatuto territorial. Son muchos siglos los que transcurrirán, sin embargo, con ello, las figuras jurídicas de aplicabilidad personal, como la que nos ocupa, presentarán múltiples digresiones en diversos campos, mismas que sólo pueden percibirse si se atiende a las premisas del estudio del Derecho Romano antes mencionadas. En estas líneas sólo hacemos referencia a la aplicable a las obligaciones naturales, pero consideramos que este discurso es claramente aplicable a una pléyade de instituciones por las mismas razones.

3.3.2. *Perspectiva y evolución procesal como casuística*

Lo anterior pudiera parecer meramente anecdótico y, según algunos, inútil conocerlo y entenderlo. Sin embargo, constituye una pieza fundamental de estudio para entender la problemática conceptual contemporánea de las llamadas obligaciones naturales. Ciertamente, si bien, dentro del mosaico antes referido el sujeto libre, ciudadano y que no tiene potestad familiar sobre él —identificado como el *liber, civis romanorum* y *sui iuris*— no debe ser considerado como el único sujeto de derecho, pero sí el que mayor suma de facultades individuales tiene bajo el parámetro de estatuto personal.²⁹ Sin embargo, respecto de las facultades que les son reconocidas, la capacidad procesal es fundamental, ya que *etceteris paribus* es el único que la tiene de forma plena. Esto implica que es el único sujeto capaz de excitar e iniciar el proceso jurisdiccional entre particulares.

Esto en una perspectiva sociológico-jurídica pudiera implicar una negación primaria de los demás sujetos que están bajo su potestad familiar —*patria potestas*— o —*manus potes-*

²⁹ Iglesias, Juan, *op. cit.*, p. 107.

tas— o bajo su potestad dominical —*domenica potestas*—. Sin embargo, esta negación es falsa y deriva de una evidente superficialidad en el análisis, ya que la participación de los *alieni iuris* y los esclavos en la vida jurídica y comercial era evidentemente necesaria, como quedó apuntado párrafos anteriores. Es fundamental entender igualmente en este mosaico de opciones individuales y casuísticas, que estos *alieni iuris* no actúan en nombre de ese *sui iuris*, al no ser propia del Derecho Romano la representación directa, como apunta con claridad Kaser, teoría del *Organshaft*, citado por Zimmermann.³⁰

En este orden de ideas, esa capacidad procesal denegada a los *alieni iuris* hace que las transacciones celebradas por ellos, sin que las mismas carezcan de valor en cuanto a su contenido —elemento objetivo—, no puedan tutelarse, protegerse y hacerse valer jurisdiccionalmente por ellos. La particularidad de esas obligaciones —a la postre llamadas obligaciones naturales— no estriba en una deficiencia o calidad extrajurídica, como equivocadamente se plantea en la mayoría de la doctrina civilista contemporánea, sino en las cualidades de los sujetos involucrados, mismos que se ven denegados de capacidad procesal como ha quedado expuesto. Lo anterior tampoco se explica, por lo expuesto líneas arriba, en una representación procesal del *sui iuris* respecto de las transacciones de dichos *alieni iuris*.

Ciertamente la capacidad procesal del *sui iuris* está íntimamente relacionada con la perspectiva del estatuto personal, debe referirse como una ponderación necesaria para entender el fenómeno de las obligaciones naturales, la característica casuística y procesal del Derecho Romano.

³⁰ Zimmermann, Reinhardt, *op. cit.*, p. 51.

3.3.3. *Perspectiva y evolución histórica*

No puede dissociarse lo anterior del parámetro evolutivo e histórico propio de la disciplina en comento. Ciertamente, como se anotó en la sección 2 precedente, específicamente el estudio del Derecho Romano (valga referir como la de todo fenómeno jurídico) requiere una visión de conjunto histórico y evolutiva.

Es ahí donde todo lo anterior viene a colación en las clarividentes palabras de Paul Jörs y Wolfgang Kunkel.³¹ Para ellos, la evolución natural del Derecho Romano es la que va a hacer transitar el concepto de la obligación natural que no adolece de característica alguna en el ámbito objetivo hacia una obligación de “segunda jerarquía” derivada del desarrollo del derecho postclásico (200 d. C. al 500 d. C), para el cual “la idea de la íntima unión del derecho material y el proceso en general y el especial enlace entre obligación y acción procesal no estaba tan arraigada como en el derecho clásico”.³²

Es así, “*el derecho postclásico [...] el que aplica el concepto de obligación natural a todos los casos en que aun no existiendo una necesidad procesal de realizar la prestación que constituye su contenido, una vez realizada esta no podría revocarse alegando inexistencia de causa [...] Con esta significación es como pasa el concepto de obligación natural al derecho común y en el lenguaje jurídico moderno se usa por ejemplo las ‘relaciones de obligación’ derivadas del juego y apuesta*”.³³

3.3.4. *Perspectiva y evolución lingüística*

Resulta particularmente interesante, desde una perspectiva lingüística y cultural, cómo lo anterior se relaciona y considera desde su origen en atención a los sujetos que celebran

³¹ Jörs, Paul *et al.*, *Derecho privado romano*, Editorial Labor, Barcelona, 1937, p. 239.

³² *Ibidem*, p. 240.

³³ *Idem*.

dichas transacciones y contraen derechos y obligaciones como obligaciones naturales. Llama la atención, en el ámbito de la historia de la teoría política, las referencias al estado de naturaleza que serán ulteriormente utilizadas por la filosofía ilustrada.

En ese estado de naturaleza o candidez natural de los sujetos que no han sido pervertidos o han sufrido o experimentado las consecuencias de la vida en sociedad, como los naturales o sujetos del estado natural en la visión volteriana o rousseauiana. La referencia parece obligada a las obligaciones contraídas por aquellos *alieni iuris* que evidentemente no son susceptibles de interponer acciones, lo cual explica claramente la utilización del vocablo, aunque no necesariamente desde tiempos clásicos romanos, para los cuales los conceptos abstractos son una cuestión innecesaria y ajena a sus procesos mentales “*omnis definitio in iure civili periculosa est: parus est enim, ut non subverti posset*”.³⁴

Cabe adicionalmente referir al respecto que según Paul Jörs³⁵ existen posicionamientos que consideran el vocablo no sólo extraño sino especialmente ajeno al derecho clásico, lo cual podría razonablemente vincularlo con esta visión ilustrada mucho posterior. La atribución como una segunda especie de obligaciones parece ciertamente con ello una digresión propia de la evolución lingüística y cultural occidental y de las modernas pretensiones epistemológicas del saber jurídico. Estas pretensiones atribuyen *ab-origine* conceptos a la estructura romanista que en muchos casos le son ajenos y derivan de interpolaciones y de digresiones lingüísticas culturales seculares.

Analizándolo en retrospectiva, nos parece en consecuencia, que la vinculación subjetiva del concepto de la hoy llamada

³⁴ Javoleno, D.50.17.202

³⁵ Jörs, Paul *et al.*, op. cit., p. 240 *supra* [pie de página 3].

obligación natural es evidente y su concepto no tiene nada que ver con la cualidad objetiva de la misma, como equivocadamente se asocia con frecuencia en las perspectivas contemporáneas, por obviar u olvidar su análisis romanístico según expuesto.

4. CONCLUSIONES

De todo lo anterior, parece importante plantear ciertas conclusiones para ulterior discusión:

- A. Las instituciones civiles y jurídicas contemporáneas tienen un indiscutible contenido romano.
- B. Las llamadas obligaciones naturales en el contexto contemporáneo son una muestra idónea de su filiación romanística.
- C. Pareciera en primera instancia que el conocimiento del Derecho Romano bastaría como un mero antecedente para entender la trayectoria de las instituciones civiles desde la época arcaica hasta nuestros días.
- D. Las contradicciones propias de las disposiciones contemporáneas con el origen y estructura de las instituciones propias del Derecho Romano son complejas.
- E. La complejidad de las contradicciones entre el Derecho Romano y las estructuras legales contemporáneas sólo son visualizables mediante el estudio del Derecho Romano.
- F. El estudio del Derecho Romano para efectos de todo lo anterior no puede entenderse como un mero antecedente, sino como una estructura conceptual y de perspectiva epistemológica que permite entender el alcance de estructuras contemporáneas y darles efectos jurídicos plenos.

- G. La distinción entre las obligaciones naturales de origen *vis a vis* las civiles deriva de una presentación causalística y basada en un estatuto personal;
- H. La presentación original de las obligaciones naturales permite segregar la parte procesal de la parte sustantiva, así como las obligaciones asumidas y contraídas por sujetos con capacidad procesal de los que no tienen dicha capacidad procesal.
- I. La segregación de obligaciones según el apartado anterior permite visualizar que las diferencias entre las obligaciones civiles y las naturales en el Derecho Romano solo es una diferencia *ad-personam* basada en parámetros procesales derivados de un estatuto personal.
- J. La diferencia entre las obligaciones civiles y las naturales sólo se soportaría basada en elementos procesales y no sustantivos.
- K. Si la diferencia se da entre las obligaciones civiles y las naturales por consideraciones procesales *ad-personam* y no sustantivos, luego entonces no se justifica una diferencia conceptual de carácter objetivo respecto del contenido de las obligaciones naturales vis a vis las civiles.
- L. Si todo lo anterior es adecuado y fundado, el análisis romanista de las instituciones no sirve como un mero antecedente sino como una metodología de perfil científico que deconstruye las figuras y permite una adecuada clasificación y ponderación conceptual y práctica.
- M. El estudio de las figuras del Derecho Romano con una pretensión epistemológica es necesario y justificado, por lo pronto en relación con el análisis de esta muy puntual institución.

- N. Las obligaciones naturales corresponden a una interpretación doctrinal derivada de instituciones específicas del Derecho Romano.
- O. El Derecho Romano es adverso a categorizaciones y conceptualizaciones abstractas que no corresponden a su vocación y estructura natural.
- P. En virtud de lo anterior, parece evidente que toda explicación a la estructura y naturaleza de las obligaciones naturales sobre parámetros que ignoren las características del Derecho Romano serán insuficientes y quedarán probablemente cortas e insuficientes.
- Q. En lo particular, en el Derecho Romano las obligaciones naturales corresponden a derivaciones propias de la deconstrucción natural, al estatuto personal y a la naturaleza casuística y procesal del Derecho Romano.
- R. Las obligaciones naturales sólo pueden entenderse en el contexto de la falta de capacidades procesales de los *alieni iuris* combinada con la posibilidad comercial transaccional de los mismos *alieni iuris*.
- S. En virtud de lo anterior, las variaciones de la obligación natural respecto de la obligación civil plena en el derecho contemporáneo no puede estructurarse alrededor del objeto o calidad de la prestación, como erróneamente se ha desviado.
- T. En virtud de lo anterior, las variaciones de la obligación natural respecto de la obligación civil plena en el derecho contemporáneo deben estructurarse alrededor del sujeto de la prestación.
- U. Al no existir hoy distinciones en los sujetos en razón de los avances en materia de los derechos humanos, la distinción debe hacerse sólo en el ámbito procesal y no en el substantivo.
- V. Carentes de *facultas exigendi*, las obligaciones naturales deben de ser consideradas iguales en su esencia

respecto de las obligaciones civiles, y distinguirse solamente en cuanto a esa carencia, misma que puede ser atribuida o denegada por el legislador.

- W. El estudio del Derecho Romano y sus particularidades son, pues, indispensables para entender la institución de mérito, al igual que muchas otras.
- X. Es insoslayable e innegable el valor conceptual y epistemológico del Derecho Romano, no como un mero antecedente, sino como una estructura fundacional conceptual para la comprensión de instituciones jurídicas en juego el día de hoy.

BIBLIOGRAFÍA

- ▶ Lacantinerie, Baudry, *Precis de Droit Civil*, Librairie de la Societé du Recueil Sirey, París, 1921.
- ▶ Borja Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Porrúa México, 1985.
- ▶ Cortiñas Barajas, Juan, *La obligación. Un análisis del concepto de obligación. El doble cambio de paradigma cultural y conceptual en el Código Civil de 1928*, Tiran lo Blanch, Universidad Panamericana, México, 2022.
- ▶ Digesto del emperador Justiniano.
- ▶ D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1989.
- ▶ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ▶ Iglesias, Juan, *Derecho romano, Historia e instituciones*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.
- ▶ Jörs, Paul *et al.*, *Derecho privado romano*, Editorial Labor, Barcelona, 1937.
- ▶ Laurent, F., *Principes de Droit Civil Francais*, Bruylant-Christophe et Cie., Bruselas, 1878, Tomo XV.
- ▶ Planiol, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, París, 1926, Tomo II.
- ▶ Rojina Villegas, Rafael, *Tratado de derecho civil*, Tomo Quinto, Obligaciones, Antigua Librería Robredo, México, 1960.

- ▶ Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003.
- ▶ Wiaecker, Franz, *A history of private Law in Europe*; foreword by Reinhardt Zimmermann, translated by Tony Wier, Clarendon Press Oxford, 2003.
- ▶ Zimmermann, Reinhardt, *Europa y el Derecho Romano*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- ▶ Zimmermann, Reinhardt, *The Law of Obligations*, Roman foundations of the Civilian Tradition, Clarendon Paperbacks Oxford University Press, Nueva York, 1990, 1241 pp.

Compensación económica en el divorcio



Mtro. Rodrigo de la Peza López Figueroa
Profesor de Derecho Romano en la
Escuela Libre de Derecho

1. INTRODUCCIÓN

En este boletín del Colegio de Profesores de Derecho Romano, de nuestra querida Escuela, tengo el honor y la consigna de escribir brevemente acerca de la aplicabilidad actual del Derecho Romano, a través de un caso práctico que demuestre que, pese a la opinión de algunos, las soluciones romanísticas siguen siendo válidas y necesarias.

2. EL CASO

En esta Ciudad de México, Aula Ageria y Numerio Negidio¹ se casaron bajo el régimen de separación de bienes. La mujer se dedica a las labores del hogar y al cuidado de los hijos, y el marido tiene un empleo formal. Con el producto de ese empleo compran un departamento en el que habitan algunos años, pero después el marido recibe una lujosa casa como donación por parte de un tío lejano, y allí reside la familia varios años más. La mujer demanda el divorcio y, entre otras cosas, la compensación económica por hasta el 50% de todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, incluyendo la casa donada, en términos de la fracción VI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF).² El marido

¹ Estos pseudónimos se utilizan de manera irónica en las fórmulas procesales del sistema formulario (ca. 246 a. C. a 230 d. C.), para caricaturizar al “noble que exige” y al “que se niega a pagar”. Sin duda, una nemotécnica efectiva. Cfr. ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, (DRP) 9.^a ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 114, que traduce *Aulus Agerius* como “el rico exigente”, y *Numerius Negidius* como “el pobre insolvente”.

² Artículo 267. [...] (REFORMADA, G.O. 24 DE JUNIO DE 2011)

contesta que privarlo de parte del inmueble que recibió en donación constituiría una limitación o una intromisión indebida a su derecho de propiedad privada.

3. MÉTODO

Debido a la complejidad del asunto,³ debe resolverse mediante una argumentación jurídica adecuada, y representa una buena oportunidad para *poner en marcha el método argumentativo romano*, para revelar que el contenido de sus razonamientos, principios y reglas es actual, aplicable y sumamente útil para resolver cualquier caso.⁴

El método de la jurisprudencia clásica,⁵ argumentativo “asociativo”,⁶ consiste en *buscar una relación entre el caso que*

VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso. [...]

³ Sobra decir que un simple silogismo de subsunción es insuficiente para resolver este caso, pues con ello no se resolvería la cuestión efectivamente planteada, en relación con la vulneración al derecho de propiedad, para lo cual, como se verá, surgen complicaciones en cuanto a la naturaleza de la compensación, de los bienes que pueden ser su objeto y del propio derecho de propiedad, cuestiones que exigen una argumentación jurídica adecuada.

⁴ En la Antigua Roma no se resolvió un caso idéntico, pero la utilidad del Derecho Romano radica en su metodología, más que en identificar si las resoluciones de los casos antiguos coinciden o pueden aplicarse en la actualidad. Eso únicamente revelaría un antecedente histórico, que no ayudaría de mucho en la resolución del caso.

⁵ Aunque con cierta ambigüedad, podemos ubicar el mayor esplendor de la jurisprudencia entre el 18 a. C. y el 130 d. C., que no puede entenderse sin los eslabones evolutivos previos: (i) la jurisprudencia pontifical, con el método del precedente judicial (aproximadamente del 753 a. C. al 255 a. C.), (ii) la jurisprudencia cautelar y responsiva de los primeros juristas laicos, con su método de *interpretatio* (más o menos entre el 254 y el 198 a. C.), la jurisprudencia regular con su método de abstracción para la formulación de *regulae iuris* (aproximadamente del 197 al 118 a. C.), y la jurisprudencia preclásica, receptora contundente de la dialéctica griega y que perfecciona el método argumentativo —algunos dudan si tópico— (alrededor del 117 a. C. y hasta el 19 a. C.).

⁶ MAX KASER, *Römische Rechtsgeschichte* (RRG), 5ª. ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993, p. 172.

se tiene delante, y otros casos resueltos con base en *opiniones de juristas con autoridad*,⁷ para identificar si en ellos cobró relevancia alguna figura jurídica, algún elemento o algún hecho que sean iguales a los que *se ponderan* como relevantes en el caso a resolver, o al menos pertenecientes al mismo género, o a un género cercano,⁸ con el fin de verificar si puede hacerse un *uso conveniente*⁹ de los mismos *principios, reglas o argumentos*, al menos con cierta analogía, y así *construir la norma* que se empleará en la solución del caso, o bien para lograr lo contrario, marcar una *diferencia* entre los elementos del caso a resolver y los de otros casos, con el fin de derrotar una norma sugerida y construir la norma adecuada para solucionar el caso, todo ello mediante el empleo de una gran variedad de *recursos argumentativos*.¹⁰

⁷ La *auctoritas* es el saber socialmente reconocido; y tratándose de juristas, la *auctoritas* se va adquiriendo mediante la emisión de opiniones jurídicas que sirvan no solo para resolver casos, sino para enriquecer discusiones futuras. En este sentido, la metodología suele consistir en que el jurista sustente su argumento buscando opiniones dotadas de *auctoritas* de otro jurista reconocido, esto es, “argumentos ya utilizados por otros juristas y comúnmente admitidos (*ius receptum*)”. MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO, *Casuismo y jurisprudencia romana (responso)*, II. Acciones y casos, (CJR) 3.ª ed., Ediciones Académicas, S. A., Madrid, 2006, p. 29.

⁸ Para establecer la relación entre casos se emplean diversas técnicas, principalmente la distinción e identificación de una figura en *genera et species*, que es una habilidad que los juristas romanos desarrollaron y perfeccionaron desde la república, a partir de la recepción de la dialéctica y retórica griegas. “Según las noticias de Pomponio, Q[uinto] Mucio [Escévola] fue el primero en estudiar el derecho civil mediante la distinción en géneros (*genera*). Este jurista tuvo frecuente acceso a las fuentes de la dialéctica y retórica, y frecuentó el círculo de Escipión y de Panecio donde se discutían las doctrinas de los filósofos griegos”. MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano, I. Instituciones*, (DPR) 16.ª ed., Ediciones Académicas, Madrid, 2008, p. 107.

⁹ Los juristas romanos no buscan la verdad ni una respuesta absoluta, sino una solución que ponga fin al problema de la manera más conveniente según el caso concreto, lo cual puede obedecer a criterios de *iustitia, utilitas, bona fides, boni mores, restituere, interesse*, etc. Vid. KASER, RRG, cit., p. 173.

¹⁰ La explicación de todos esos recursos argumentativos excede el objeto de este artículo, pero se expondrán solamente los que se empleen en el presente caso, en notas al pie.

4. ARGUMENTACIÓN

A falta de un concepto legal preciso de la figura de la compensación económica procedente tras el divorcio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) *ha elaborado varias definiciones* en diversos precedentes a lo largo de una década, pero estas definiciones parecen contener *varios términos definitorios* que no necesariamente son compatibles entre sí, y en ocasiones parecen mostrar sólo una faceta de la compensación, con el fin de resolver el caso de que se trate.

Desde un punto de vista de la romanística, esto no es un inconveniente, pues la elaboración de *definiciones* no es una finalidad del derecho, sino sólo una *herramienta argumentativa* más, y en cualquier caso, si una definición no sirve en una discusión, debe prescindirse de ella o modificarse.¹¹ En este sentido, la definición que se ha ido elaborando a través de los precedentes de la Primera Sala puede apreciarse como una *definición compleja*, que contiene una enumeración de los

¹¹ Existe la idea generalizada de que los juristas no tienen una particular inclinación teórica, porque no persiguen el conocimiento por el conocimiento, e incluso algunos autores sostienen que los juriconsultos tenían una clara aversión por definir. Vid. i.a. REMO MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 1 ss.; 367 ss., FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, (PRR) Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (versión inalterada de la primera edición de 1954), pp. 30 s. KASER, *RRG* cit., pp. 165, 174 ss. Sin embargo, los juristas romanos elaboran y emplean una gran cantidad de *definitiones* (Vid. MARTINI, *op. cit.*, pp. 89 ss.); lo que sucede es que no se trata de definiciones científicas o sistemáticas, como las que se construyen conforme a una metodología científica actual, esto es, no siempre reflejan una esencia unitaria del concepto definido, ni establecen un axioma científico que haya sido comprobado científicamente y que haya de servir de fundamento absoluto para todas las investigaciones posteriores relativas al tema, sino que simplemente se atribuye a dicho concepto los predicados que resulten relevantes en el discurso del jurista en el caso concreto, para las finalidades prácticas cuya ponderación le parecen importantes.

Las definiciones de los juristas romanos son funcionales o problemáticas, aptas para un discurso práctico y adaptable. La advertencia de Javoleno, (D. 50.17.202 (IAVOLENUS, 11 *epist.*)), en el sentido de que toda definición es peligrosa (*“omnis definitio in iure civili periculosa est”*), se refiere a un peligro dialéctico, es decir, que aunque por su reiteración en distintos casos puede fijarse argumentativamente una definición como herramienta a la que puede acudirse, en ciertos casos dicha definición podrá ser derrumbada por no adecuarse correctamente a la naturaleza de la cuestión respectiva (*“parum est enim, ut non subverti posset”*).

elementos —o términos definitorios— de que se compone (*definitio ex partitio*), cada uno de los cuales parece ser la especie de una figura jurídica (*definitio ex genus ac species*).¹²

A continuación se “asocian” tres de los términos definitorios empleados en las definiciones de la SCJN, que considero relevantes para nuestro estudio, en busca de una solución.¹³

4.1. Primer término definitorio: acción de compensación conlleva una acción afirmativa en favor de la mujer¹⁴

En algunos precedentes, la Primera Sala señala que detrás de la *ratio legis* de la medida de compensación está el deber del Estado mexicano de erradicar la violencia de género, y que una de sus manifestaciones es que estadísticamente la *mujer se sigue situando en una clara desventaja* en comparación de la situación del hombre, porque *históricamente se ha desvalorado* el trabajo que realizan todas las mujeres en las funciones de administración del hogar y el cuidado de la familia, quedando especialmente en *situación vulnerable* aquellas mujeres que contraen nupcias bajo un régimen de *separación de bienes*.¹⁵

¹² Las DEFINICIONES romanas pueden consistir en una *explicatio*, en *notationes* etimológicas, o bien definiciones elaboradas mediante *divisio*, *partitio*, *genus* o *species* (ANTONIO CARCATERRA, *Le Definizioni dei Giuristi Romani; Metodo Mezzi e Fini*, E. Jovene, Napoli, 1966, pp. 77 ss.).

¹³ Existen muchos otros puntos de vista interesantes, derivados no solo de las sentencias de la Corte sino de otros órganos jurisdiccionales; pero para efectos de brevedad elegí en este estudio únicamente resoluciones de la Primera Sala, tomando como base el respectivo tomo de la colección de cuadernos de jurisprudencia de la Corte, consultable en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/>. Las ejecutorias pueden consultarse: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>. Cabe otra advertencia, derivada también de la extensión del presente estudio: las figuras se analizarán por su propia naturaleza y no desde el punto de vista de los derechos humanos, pues ello implicaría una argumentación mucho más extensa.

¹⁴ Se entiende aquí por “acciones afirmativas”, las medidas (legales, administrativas o judiciales), esencialmente temporales, implementadas para contrarrestar una asimetría existente en la realidad social, que genera una desigualdad indebida.

¹⁵ PRIMERA SALA DE LA SCJN (1A), Amparo Directo en Revisión (ADR) 7816/2017, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (AGOM) (nombre o iniciales del Ponente), 07/08/2019 (fecha de la sesión), párrafo (§) 51; y 1A ADR 2764/2013, AGOM., 06/11/2013, § 62.

Teniendo en cuenta esta definición, *podría preguntarse si* en nuestro caso, Aula Ageria *podría reclamar* un porcentaje de todos los bienes de Numerio Negidio, inclusive la casa que recibió a título de *donación*, a consecuencia de *una función de la figura* de la compensación como *acción afirmativa*.

Al respecto, considero de gran importancia atender con eficiencia el fenómeno histórico de *asimetría injusta* a que se refiere la Primera Sala, sobre todo tomando en cuenta que *ya no existen* en nuestro sistema jurídico y cultural **otras medidas** que, aunque con cierta condescendencia inaceptable en la actualidad, servían como mecanismos para la *protección de los intereses patrimoniales* de la mujer casada, como la *dote romana*,¹⁶ que precisamente tenía por objeto no sólo la contribución de la mujer¹⁷ al sostenimiento del hogar, sino también como garantía para su estabilidad patrimonial al término del matrimonio.¹⁸

¹⁶ La dote estuvo regulada los Códigos Civiles hasta que se emitió el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1928, en el que se basan los actuales códigos federal y de esta ciudad.

¹⁷ Incluso si se tratara de un conjunto de bienes aportado para los fines matrimoniales por un tercero distinto al *pater familias* de la *uxor* (*dos profectitia*), o por la propia mujer *sui iuris* (*dos adventitia*) (ULPIANUS, *Sab.*, D. 23, 3, 5 pr., 9 y 11), conforme a la jurisprudencia romana clásica, la dote sólo tendría que devolverse a quien la constituyó a la terminación del matrimonio, si expresamente se hubiera determinado así al constituirse (ULPIANUS, *Ep.*, 6, 5). Esta misma regla se establecía en el artículo 2184 del Código Civil de 1884. Esto se debe a que, sobre todo a través de la creación de la *actio rei uxoriae*, que servía para que la mujer recuperara los bienes dotales, previa deducción de ciertos montos por parte del marido, que en esencia obedecían a su deber de administrar y conservar el patrimonio dotal precisamente en beneficio de la mujer (ULPIANUS, 21 *Sab.*, D. 23, 3, 7; *Ep.*, 6, 9.); la jurisprudencia diseñó lo que parece ser un régimen especial de protección de la mujer sobre los bienes dotales, pues aunque dicha acción no es *in rem*, porque no supone la propiedad de la mujer sobre dichos bienes, la protege como si fuera titular de los mismos (*rei uxoriae*), otorgándole acceso a un *iudicium bona fides* (GAIUS, I, 4, 62). *Vid.* D'ORS, *cit.*, p. 404. Inclusive, en los artículos 2167 y 2172, en relación con la primera parte de la fracción VII del artículo 1875, del Código Civil de 1884, se definía la acción dotal como vindicatoria de dominio, tratándose de bienes inmuebles, y sobre ellos podía constituirse preferentemente la hipoteca necesaria que, en principio, podía versar sobre todo el patrimonio del marido.

¹⁸ La dote fue un mecanismo cultural de la antigua Roma, íntimamente unido a la figura del matrimonio, que sirvió de excusa de la jurisprudencia, para proteger a la mujer en una sociedad que era patriarcal a grado extremo, tanto que las mujeres jamás tuvieron derechos políticos, estaban bajo tutela perpetua —si es que eran *sui iuris*—, y sólo a finales de la República y

Sin embargo, la propia Primera Sala de nuestro más Alto Tribunal ha sostenido de manera contundente que la medida legislativa de la *compensación* tiene por objeto un *resarcimiento* para el cónyuge afectado, *y no un equilibrio entre las masas patrimoniales* de los cónyuges, por lo que *no se sustenta en una diferenciación basada en el género*, y que por lo tanto cobra aplicación con independencia de que el cónyuge que ejerce la acción sea o no del género femenino, con tal de que se demuestre que se dedicó a las funciones domésticas y al cuidado familiar, de manera preponderante o en mayor proporción que el cónyuge demandado.¹⁹ Comparto este criterio de la Corte, porque tratar la acción de compensación como una *acción afirmativa sería tanto como aceptar* que las prestaciones que tiene por objeto son *artificiales y sólo temporalmente necesarias*, mientras subsiste la disparidad histórica que se pretende combatir, cuando en realidad, dichas *prestaciones son constitucionales* a la asimetría en el reparto de las funciones domésticas, que requieren de un remedio procesal *permanente* para la consecución de una *justa resolución a los intereses patrimoniales* de ambos cónyuges casados por separación de bienes.

durante la época clásica, existió cierta libertad para que administraran su propio patrimonio. Vid. ALDO PETRUCCI, *Fondamenti romanistici di diritto privato* (Fundamenti.), Giappichelli, Torino, 2023, p. 38. Para una narración interesante sobre la evolución jurisprudencial de la institución de la dote, como protección del patrimonio de la mujer casada, vid. MANUEL GARCÍA GARRIDO, *Ivs Vxorivm, El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho Romano*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, delegación de Roma, número 9, Roma-Madrid, 1958, pp. 57 y ss.

¹⁹ Ver, por ejemplo, ADR 5677/2019, AGOM, 25/08/2021, §41. Aquí la propia Primera Sala emplea un argumento de conversión, muy recurrente en la jurisprudencia romana, derivado de la dialéctica, que sirve para verificar si una afirmación es correcta. Según ARISTÓTELES (*Topica*, 1,8), si una afirmación es convertible, puede hablarse de un elemento definitorio de la esencia de la cosa, y si no lo es, quizás sea una propiedad, pero no la esencia. En este caso, la convertibilidad consiste en poder afirmar las razones de procedencia de la acción compensatoria, también cuando sea ejercida por un hombre.

4.2. Segundo término definitivo: acción de compensación persigue la división de una copropiedad societaria

La Corte sostuvo que la compensación *es una repartición* de los bienes obtenidos durante el matrimonio por el cónyuge que pudo dedicarse a un trabajo remunerado que le permitió desarrollarse profesionalmente y acumular un patrimonio, porque *respecto de dichos bienes*, el cónyuge que sí se dedicó a las labores domésticas y al cuidado de los dependientes económicos, *tiene un derecho de propiedad*, porque ha realizado *trabajos históricamente infravalorados* en las funciones de administración del hogar y el cuidado de la familia, que constituyen *bienes intangibles* que se incorporan cotidianamente a su patrimonio personal, y que *deben revalorarse* económicamente como una *aportación que contribuyó a la adquisición de los bienes tangibles* durante el matrimonio, y por ende a la constitución del derecho de propiedad sobre los mismos.²⁰

Observo que desde esta perspectiva, la Primera Sala considera que ambos cónyuges realizan *aportaciones*, consistentes tanto en bienes *tangibles* como *intangibles*, que en su conjunto producen la adquisición del patrimonio que sirve a la familia, y de ahí parece derivarse el argumento de que con dichas aportaciones, *se genera una copropiedad* sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio, y que la resolución judicial que decreta la *compensación*, *conlleva una división* de esa copropiedad *y la adjudicación* de las porciones respectivas entre los excónyuges. Esto es, desde esta perspectiva la acción de compensación parece asociarse con una especie de la *acción divisoria de communi dividundo*,²¹ que presupone la exis-

²⁰ 1A, ADR 2764/2013, cit., §§ 46, 53, 62, i.a.

²¹ PAULUS, 23 ed. D. 10, 3. 1 y ss. GARCÍA GARRIDO, *Derecho... op. cit.*, p. 183.

tencia de una copropiedad, y que tiene por efecto la adjudicación de derechos individuales de propiedad.²²

Para esta asociación, podrían asimilarse las prestaciones de las partes, por analogía,²³ a las aportaciones en un contrato de sociedad, porque con ello podría tenerse acceso a la definición legal de sociedad,²⁴ conforme a la cual los socios combinan recursos y esfuerzos para alcanzar un fin común, que bien puede ser la constitución de un patrimonio;²⁵ así como el acceso a las reglas según las cuales las aportaciones de los socios pueden consistir tanto en dinero y bienes, como también en el desempeño de un trabajo,²⁶ y al momento de la liqui-

²² A diferencia del resto de las acciones, en cuyas fórmulas se ordena al juez a absolver o a condenar, en las acciones divisorias se le ordena llevar a cabo una *adiudicatio*, que implica la división de la cosa común (o de la herencia tratándose de la *actio familiae erciscundae*, o la constitución de límites entre predios en la *actio finium regundorum*), y la constitución de nuevos derechos de propiedad en favor de las partes. Vid. GARCÍA GARRIDO, *CJR cit.*, pp. 73, 80.

²³ Los jurisprudenciosos romanos acuden muy frecuentemente a argumentos derivados de la dialéctica, como la analogía, el argumento *contrario sensu*, el *argumentum minori ad maius, maiori ad minus, ad absurdum*, etcétera; “siempre y cuando la utilidad justa así lo exi[ja, incluso] en contra de la dialéctica lógica, pues la dialéctica jurídica es de carácter pragmático y no puramente especulativo”. D’ORS, *cit.*, pp. 59 s.; también vid. KASER, MAX. *RRG cit.*, p. 172, GARCÍA GARRIDO, *CJR cit.*, pp. 29, 32. La analogía consiste en comparar dos objetos que tienen elementos iguales y elementos distintos, ponderando más los elementos iguales.

²⁴ Artículo 2,688 (CCDF).

²⁵ ULPIANUS, *libro XXXI ad Edictum* [Ed.], D. 17,2,5 pr. En el mismo sentido GAIUS, I. 4,149.

²⁶ Artículo 2,689 (CCDF). También sería interesante explorar la asociación argumentativa entre las funciones de administración doméstica y cuidados familiares, con un servicio que podría ser remunerado, objeto de un contrato análogo al de *locatio conductio operis* del Derecho Romano, que puede versar sobre actividades muy variadas, desde la custodia, transporte, reparación o limpieza de bienes, hasta la instrucción, cuidado, y hospedaje de personas (Vid. D’ORS, *cit.*, p. 569.); pues dichas funciones domésticas, pueden implicar actividades que incluso requieran de conocimientos de economía y administración, habilidades educativas o hasta cuidados personales especializados. Vid. 1A, ADR 4909/2014, JRCD, 20/05/2015, del que derivó la TA 1a. CCLXX/2015 (10a.) (RD 2009932), GSJF, L. 22, T. I, p. 322. Mediante dicha analogía, Aula Ageria como *conductor* o prestadora de servicios, tendría acceso a la *actio conducti*, para reclamar el pago de la retribución (esto, aunque conforme a su naturalezaza este contrato versa sobre el resultado de la obra terminada, pues puede pactarse el pago por unidades de trabajo, así como que dichas unidades sean exigibles a cambio del desempeño del servicio, bajo instrucciones del *locator*, con independencia del resultado. IAVOLENUS, 6 *ep.*, D. 19, 2, 51, 1.). Sin embargo, la analogía no prospera, pues en el artículo 216 (CCDF), expresamente se prohíbe que los cónyuges se cobren retribuciones u honorarios por los servicios personales que se presten.

dación de la sociedad, el socio industrial y el socio capitalista deben *repartirse los bienes* como utilidades, por partes iguales.²⁷ Este símil podría consolidar la definición de la Corte, con relevancia para nuestro caso, porque refleja la idea de *reconocer un valor económico* a una aportación de carácter intangible, como el trabajo, que inclusive, según Ulpiano, muchas veces tiene *mayor valor que el capital*, como sucede en los casos del socio que navega o viaja él solo, o se expone él solo a los peligros;²⁸ y por eso además podría sostenerse que Aula Ageria no comparta los riesgos o las pérdidas del patrimonio social, pues su aportación como socia industrial implica por sí mismo un riesgo.²⁹

Ahora bien, para que funcione la analogía que aquí pretende construirse, no basta con asimilar el trabajo aportado por Aula Ageria con aportaciones sociales intangibles, sino que también deben considerarse los bienes obtenidos por Numerio Negidio durante el matrimonio, como aportaciones tangibles;³⁰ y la definición de la Corte no necesariamente tiene ese alcance, salvo que sobreentendamos que ambas aportaciones son tácitas. En la antigua Roma, esto sólo era posible en una sociedad constituida respecto de todo el patrimonio de los socios (*societas omnium bonorum*),³¹ donde todas las cosas que pertenezcan o que posteriormente sean adquiridas

²⁷ Artículos 2,728 (CCDF), y 2,732 (CCDF), fracción III.

²⁸ ULPIANUS, 30 Sab. D. 17, 2, 29.

²⁹ Artículo 2,735 (CCDF).

³⁰ En el contrato de sociedad de la época clásica de Roma, se enfrentaría el reto adicional de que, aunque un socio aporte un bien a la sociedad, debe transmitir la propiedad del mismo a los demás socios para que la cosa sea común, a diferencia de la presunción contraria, contenida en el artículo 2689 (CCDF). Vid. PAULUS, 62 ed., D. 17, 2, 74.

³¹ La comparación entre el matrimonio y la *societas omnium bonorum* es curiosamenteafortunada, además, pues esta última parece ser su antecedente en la sociedad *ercto non cito* (Gai. I. 3,154 a), que a su vez se constituía a imitación del arcaico *consortium familiae*, esto es, la comunidad entre hermanos (y demás sui heredes) resultante de la muerte del *pater familias*, donde cada miembro se entendía facultado para actuar respecto de todos y cada uno de los bienes comunes, sin anuencia de los demás (Vid. PAUL JÖRS, WOLFGANG KUNDEL Y LEOPOLD WENGER, *Römisches Recht* (RR), Springer-Verlag, 2a. Edición, Gießen, 1987, p. 331); y precisa-

por los socios se hacen inmediatamente comunes.³² Una comparación doctrinal con esta figura, junto con la opinión de Sabino y Quinto Mucio podría entonces sentar la base para argumentar que, en nuestro caso, Aula Ageria ostenta un derecho real de copropiedad sobre los bienes adquiridos por el demandado, incluso por donación.³³ Conforme a la legislación aplicable al caso, una sociedad universal con estas características es precisamente la sociedad conyugal, salvo por lo que se refiere a los bienes adquiridos por donación, que pertenecen enteramente al donatario, salvo capitulación en contrario.³⁴

Pues bien, a pesar de las posibles ventajas argumentativas de este ejercicio, encuentro un obstáculo importante para considerar que con la sola celebración del matrimonio se crea tácitamente una sociedad universal, pues conceptualmente para la constitución de cualquier sociedad debe haber un consentimiento en ese sentido.³⁵ Y específicamente, en la legislación aplicable, los cónyuges tienen la opción de constituir una sociedad conyugal, en la que podría acordarse que todos los bienes que se aporten formen parte del patrimonio social, incluso los provenientes de donación, de manera que *contrario sensu*, si en el presente caso Aula Ageria y Numerio Negidio eligieron un régimen patrimonial de separación de bienes, ello debe interpretarse en el sentido de que *acceptaron que no existe copropiedad* —de manera que no es válido admitir que

mente, Modestino define al matrimonio como un “consorcio para toda la vida” (MODESTINUS, *1 reg.*, D. 23, 2, 1: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae*).

³² PAULUS, 32 ed., D. 17, 2, 1.

³³ Ulpiano y Paulo nos reportan que, según Sabino y Quinto Mucio Scaevola, salvo pacto en contrario los socios tienen derecho a las ganancias de la *societas omnium bonorum*, entre ellas las recibidas por herencia, legado o donación. ULPIANUS, 30 *Sab.*, y PAULUS, 6 *Sab.*, D. 17, 2, 7 – 11. Vid. ALDO PETRUCCI, *Manuale di diritto privato romano* (MDPR), 2ª Ed. Giappichelli, Torino, 2022, p. 159.

³⁴ Artículos 182 ter, 182 quater, 182 quintus, fracción II y 183 (CCDF).

³⁵ ULPIANO enseña que la sociedad se contrae con el consentimiento, tan es así, que el socio admitido a la sociedad por otro socio, no es mi socio si yo no lo consentí. 30 *Sab.* D. 17, 2, 19 – 20.

sea titular de algún derecho real que le permita el acceso a una *actio in rem ni divisoria*; y que por tanto cada uno conserva la propiedad y la administración de todos sus bienes, incluyendo frutos y accesorios.³⁶ Parece existir, pues, una *diferencia*³⁷ *contundente*, basada en el principio de la autonomía de la voluntad,³⁸ *que impide analogar* el trabajo en funciones domésticas y cuidados familiares, en un régimen de separación de bienes, con una aportación intangible a una sociedad, que genere un derecho de copropiedad sobre los bienes sociales.

4.3. Tercer término definitivo: la acción de compensación persigue la indemnización de un lucro cesante derivado de un enriquecimiento injusto

La Primera Sala ha reiterado que la compensación es una medida legislativa para corregir una situación de *enriquecimiento injusto*, derivado de que uno de los cónyuges asuma las cargas domésticas y familiares en mayor medida que el otro, cuya importancia económica ha sido históricamente infravalorada, pues genera *costos de oportunidad* asociados a no haber podido desarrollarse en el mercado de trabajo convencional, y ello le da derecho a un *resarcimiento* por el desequilibrio patrimonial consistente en la *falta o desproporción de bienes* de dicho cónyuge, en relación con los que podría tener, y en relación con los bienes del otro cónyuge, que al no

³⁶ Artículos 178, 189 fracción IX y 212 (CCDF).

³⁷ Otra herramienta argumentativa de los juristas romanos es la *differentia*, esto es, la configuración y ordenación de conceptos a través de la búsqueda de diferencias entre las especies de cierto género. Se trata de una de las notas esenciales de la dialéctica, recibida por los juristas republicanos de la filosofía griega, y que caracteriza el pensamiento romano a través de la época clásica, desarrollándose también en forma de *distinciones* propias del derecho bizantino y posteriormente, del método de los glosadores. Vid. KASER, RRG, *op. cit.*, pp. 165, 239, 276.

³⁸ La propia Primera Sala ha sostenido que la medida legislativa de la compensación, no se justifica ni es compatible con el régimen patrimonial de sociedad conyugal, que libremente puede ser elegido por los cónyuges. 1A, ADR 139/2019, Juan Luis González Alcántara Carrancá (JLGAC), 22/05/2019; § 82.

asumir las cargas, logró desarrollarse profesionalmente, y adquirir bienes.³⁹

A primera vista, parece que la asociación que podría hacerse respecto de la figura del *enriquecimiento sin causa* permite considerar a la acción de compensación como una acción *in personam* para reclamar una *indemnización basada en una responsabilidad extracontractual*,⁴⁰ específicamente una *condictio indebitii*,⁴¹ pues con dicha analogía podría obtenerse el *acceso a la definición legal* de la figura, y con ello, a la *regla* según la cual quien sin causa jurídica obtiene un beneficio económico a costa del patrimonio de otro (lo cual debería incluir no solo el daño, sino también el *lucro cesante* o perjuicio⁴²) debe *indemnizarlo en la medida de dicho enriquecimiento*, pues la asimetría patrimonial que así se produce es *injusta*.⁴³ El mérito de esta asimilación radica en que puede servir para corregir una inequitativa distribución de las labores del hogar, derivada de su invisibilización histórica.⁴⁴

³⁹ 1A, ADR 2405/2015, José Ramón Cossío Díaz (JRCD), 10/02/2016; §§ 33, 35 y 36. Estas ideas se desarrollan y repiten en varios precedentes, i.a. 1A, ADR 4030/2017, AGOM, 02/05/2018, §87, donde además se robustece la definición, al señalarse que el hecho de que el cónyuge que se dedicó a los deberes domésticos, haya obtenido bienes por donación, no debe desvirtuar que reportó un costo de oportunidad que le causó un lucro cesante.

⁴⁰ El enriquecimiento sin causa es uno de los “cuasicontratos”, esto es, una de las fuentes de obligación que no encuadran en la *summa divisio* de contratos y delitos. GAIUS, I. 3, 88; GAIUS, *res. cott.* D. 44, 7, 5; I. 3, 27; 4, 5.

⁴¹ Debe precisarse que la actuación del *cónyuge actor*, consistente en llevar a cabo trabajos de administración doméstica y cuidados familiares, únicamente podría compararse con un pago de lo indebido, en la medida en que se haya desempeñado en desproporción respecto de la actividad del cónyuge demandado, pues ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento del hogar. Artículos 164 y 164 bis (CCDF). Así SCAEVOLA, 5 dig., D. 12, 6, 67, 1 (como el tutor que pagó una deuda del pupilo por un monto mayor, y olvidó registrarlo en la cuenta, que puede repetir contra el acreedor), y POMONIUS, 31 Sab., D. 46, 3, 25 pr. (como el coheredero que pago el total de una deuda, y cobra el *indebitum* a los demás).

⁴² Artículo 2109 (CCDF).

⁴³ Artículo 1882 (CCDF). POMONIUS nos habla incluso de una inequidad de derecho natural. 9 var. *lect.*, D. 50, 17, 206.

⁴⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado la Primera Sala en diversos precedentes. Vid., i.a., 1A, Contradicción de Criterios (CT) 39/2009, Juan N. Silva Meza (JSM), 07/10/2009, p. 39; 1A, ADR 139/2019, cit., § 101 s., 1A, ADR 3192/2017, JRCD, 07/02/2018, § 35.

Cabe advertir que para el ejercicio de la *condictio indebitii* es necesario que exista una *causalidad entre el lucro cesante* sufrido por uno de los cónyuges y *la ganancia indebida obtenida* por el otro, por lo que en nuestro caso dicha acción *no podría versar sobre los bienes* que obtuvo Numerio Negidio por donación, sino sólo los *productos de su empleo formal*, y eso bajo la premisa de que obtuvo del patrimonio de Aula Ageria la aportación intangible de los deberes domésticos, que se tradujo en un *costo de oportunidad* para ésta y una posibilidad en favor del demandado, de dedicar mayor tiempo y diligencia a dicho trabajo.

Pues bien, *opino* que esta asociación se basa en una falacia de *petitio principii*,⁴⁵ porque parece que da por sentado que siempre existe una *relación de causalidad necesaria* entre el *lucrum cessans* reportado por el cónyuge que se dedicó a las funciones domésticas, derivado de no haberse desarrollado profesionalmente, y la ganancia que obtuvo el otro cónyuge por sí haberse desarrollado; cuando *eso es precisamente lo que tendría que demostrarse*. Esto es, la *condictio indebitii* sólo procedería en el caso de que se demuestre una relación de causa a efecto entre ese *lucrum cessans* y el enriquecimiento del demandado, pues podría suceder que por la naturaleza de su profesión ciertas personas pueden dedicarse a las funciones domésticas y al mismo tiempo desarrollar su potencial profesional más que su cónyuge; así como que otras personas, a pesar de no tener que dedicarse al hogar, de todas maneras no puedan desarrollarse profesionalmente. Es por esta falacia, en mi concepto, que existen casos en los que es imposible

⁴⁵ La falacia de petición de principio, era uno de los sofismas que Aristóteles combatía, en cuya la premisa inicial se toma por sentada la conclusión a que se pretende llegar, por lo que normalmente se trata de una retórica circular.

o muy difícil justificar una cuantificación del monto de lo ganado en relación con lo perdido.⁴⁶

5. RESPUESTA:⁴⁷ ACCIÓN DE COMPENSACIÓN PERSIGUE UNA INDEMNIZACIÓN POR EROGACIONES Y DAÑOS POR GESTIÓN Y CUSTODIA

Respondo que por la naturaleza de las funciones domésticas y de cuidados familiares, quien se ocupa de las mismas debe tener acceso a la pretensión de indemnización por daños, perjuicios y erogaciones, propias de la *actio negotiorum gestio*, y de la *actio mandati* contraria,⁴⁸ que conforme a la práctica de los juristas romanos clásicos eran aplicables a todo aquel que se dedicara a la *administración* de un patrimonio y a la *custodia* de bienes y personas.⁴⁹ Ahora bien, en esta analogía, una diferencia esencial es que la gestión de negocios

⁴⁶ Incluso sin tomar en cuenta esta falacia, existe una imposibilidad material para calcular con precisión el costo de oportunidad del cónyuge actor, desde el punto de vista meramente económico, pues para ello sería necesario entre otras cosas, determinar “cuál hubiera sido el éxito profesional alcanzado por ese cónyuge”. Tampoco puede calcularse en virtud del éxito del cónyuge demandado, pues no puede calcularse propiamente una causalidad matemática. Vid. 1A, CT 490/2011, JRCD, 29/02/2012, § 69.

⁴⁷ La Respuesta (ponderación del caso) es el género literario más importante de la jurisprudencia clásica, y consiste en plasmar por escrito la opinión del jurista. Este escrito se entregaba al cliente del jurista, quien podía entregárselo al pretor y éste podía tomarlo en cuenta al momento de diseñar la fórmula conforme a la cual, el juez tendría que resolver.

⁴⁸ En esencia, dichas prestaciones consisten en el reembolso de los gastos necesarios y útiles efectuados, así como de los daños y perjuicios reportados, con motivo del ejercicio de las funciones de gestión. Ver Artículos 1903, 1904, 1905, 1906, 2577, 2578, et al., Código Civil para el Distrito Federal. La analogía con el mandato me parece justa, porque el legislador también la hace aunque respecto de la administración de bienes comunes en la sociedad conyugal. Artículo 215 (CCDF).

Cabe precisar que la acción compensatoria no podría perseguir una remuneración del valor de los servicios consistentes en la administración del hogar y cuidados familiares, pues además de la prohibición legal mencionada anteriormente, de que entre cónyuges se haga el cobro por la prestación de servicios, las funciones de que se trata son propias de la obligación alimentaria que tienen ambos cónyuges, de manera que no puede cobrar por su prestación, esto con independencia de que tiene derecho a demandar alimentos del otro cónyuge.

⁴⁹ GARCÍA GARRIDO, *DRP cit.*, p. 292; y JÖRS, KUNKEL Y WENGER, *RR cit.*, pp. 2323 ss.

y el mandato versan sobre bienes y negocios ajenos; y las funciones domésticas son negocio de ambos cónyuges por igual,⁵⁰ de manera que únicamente puede hablarse de prestaciones reclamables de un cónyuge a otro, por las funciones domésticas que se gestionen por arriba del 50%. Específicamente, en nuestro caso cobra interés la pretensión de Aula Ageria como mandataria o gestora, de reclamar el reembolso del perjuicio consistente en el *lucrum cessans* de que habla la Primera Sala.

Considero que esta solución *es la más justa*, porque la asociación que se propone con las funciones de gestión y custodia, permite no solamente que Aula Ageria reclame el reembolso a que tiene derecho, sino que también nos da acceso a diversos *principios romanos* bajo los cuales, por su naturaleza, *deberían regirse esas funciones*. Así, pueden establecerse parámetros para que Aula Ageria lleve a cabo esas funciones a través de un manejo eficiente de los recursos y un trato adecuado para las personas que componen el núcleo familiar (principio de *oficiosidad*⁵¹), de tal manera que el desempeño de dichas conductas no tengan como finalidad causarles un daño moral o patrimonial, sino que cada acto desempeñado conduzca a un fin adecuado y razonable en su beneficio (principio de *buena fe*⁵²), y de tal suerte que pueda medirse razo-

⁵⁰ Artículos 164 y 164 bis (CCDF).

⁵¹ El principio de *officium* romano ordena que las personas se conduzcan con responsabilidad, sin causar daño a los demás (*alter non laedere*), inclusive —o especialmente— en los aspectos en los que no existe propiamente un deber jurídico, lo cual implica entre otras cosas no abusar del propio derecho (GAIUS I, 1,53); y sobre todo en aquellas relaciones que más significado tienen para los romanos, que forman redes de relaciones sin las cuales un romano no podría vivir tranquilamente, como la familia, las relaciones de amistad y de vecindad, donde se sobreentiende que los involucrados se encuentran obligados moralmente a prestarse mutuamente consejo, ayuda, hospedaje, trámite de negocios, establecimiento de conexiones con otras personas, y hasta dinero. SCHULZ, PRR, *op. cit.*, pp. 14-16, 107, 108, 158.

⁵² Los pleitos derivados de las relaciones humanas que en el derecho arcaico estaban custodiadas por la diosa *Fides* (diosa de la salud humana (VALERIUS MAXIMUS, *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 6.6.in.it.), de la amistad, de los pactos y juramentos (CICERO, *De off.*, 3,104.) y de la fidelidad, que tenía su templo en donde se estrechan las manos de los hombres (TITO LIVIO, *Ab Vrbe Condita*, 1, 21.), y que si es traicionada puede traer enfermedad y guerra a la humanidad), no eran justiciables, sino expiables; pero en la época clásica el pretor crea las

nablemente el monto de los gastos y daños que deba pagar NUMERIO NEGIDIO, en función del **beneficio** ⁵³ que éste obtuvo con la gestión y custodia (principio de *utilidad*⁵⁴).

Por otro lado opino que no asiste razón a Numerio Negidio, pues las restricciones a la propiedad sí son admisibles cuando obedecen a la función social de dicho derecho, como lo es el sostenimiento del hogar.⁵⁵ Pero además, la compensación no establece una afectación o gravamen *sobre bienes determinados*, sino que parte de la existencia de un adeudo (por la gestión y custodia), y como tal está garantizada por la “garantía universal” que es el patrimonio total del deudor.⁵⁶ Por el contrario, el hecho de que la compensación verse únicamente sobre cierto porcentaje de los bienes adquiridos durante el matrimonio, en mi opinión, es una especie de *distractio bonorum*⁵⁷ establecida en favor del cónyuge demandado.

fórmulas de *bona fides* (inicialmente como *actiones in factum*), en cuya *condemnatio incerta* se ordenaba al juez, en caso de ser procedente la pretensión del actor, a condenar al demandado “a todo lo que la buena fe ordene”.

⁵³ No se trata aquí necesariamente de un beneficio económico, mucho menos de la posibilidad de adquirir bienes propios como consecuencia del perjuicio de la parte actora; sino del beneficio consistente en la adecuada administración y custodia, que interesa al cónyuge demandado tanto como a la actora.

⁵⁴ El principio de *utilitas* romano, implica tomar en cuenta o ponderar la ganancia que obtiene una persona, al momento de ejercer un derecho o exigir una responsabilidad, como precisamente en la gestión de negocios, donde el gestor responde de culpa, y no solo de dolo, cuando también tiene un interés en el asunto, pero ponderativamente, el dueño del negocio debe pagar los gastos erogados y los daños sufridos en función del beneficio que obtuvo con la gestión. GAIUS, 3 ed. prov., D. 3, 5, 2 y ULPIANUS, 10 ed., D. 3, 5, 9(10), 1.

⁵⁵ 1A, ADR 4030/2017, AGOM, 02/05/2018, § 78.

⁵⁶ Las personas no deben responder con su cuerpo por deudas de dinero, sino con su patrimonio, desde la *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), plasmada en el último párrafo del artículo 17 constitucional, en el Artículo 2964 (CCDF), y similares.

⁵⁷ Se trata de un beneficio establecido en favor de cierta calidad de deudores, que les permite evitar la ejecución de sus deudas sobre todo su patrimonio, sino únicamente de algunos de sus bienes hasta satisfacer a los acreedores. D’Ors, *op. cit.*, p. 167.

*Interacta, non
solum verba:* el
Derecho Romano
en el presente



 Mtro. Miguel Ángel Fernández Delgado
Investigador del Centro de Investigación e Informática
Jurídica de la Escuela Libre de Derecho

No percibimos cómo pueda compadecerse la aseveración de que el Derecho Romano es el producto puro de la aristocracia romana, con el hecho que nadie podrá negar: que una de las fuentes generadoras de ese cuerpo jurídico, fueron los plebiscitos, emanación genuina de la plebe, eterna contendiente de la clase patricia, todos los cuales tendieron a suavizar las asperezas del derecho primitivo fijado por las Doce Tablas que fueron el producto de las ansias de esa clase plebeya, los cuales plebiscitos siempre persiguieron una concepción más humana del derecho.

GILBERTO TRUJILLO, 1925¹

* * *

Me he tomado la libertad de interpolar una frase latina, *acta, non verba* (acciones, no palabras), para sugerir en la misma lengua y como título del presente documento una interacción —y no solamente palabras— con el propósito de desarrollar la enseñanza del Derecho Romano en nuestros días. Presentaré mis argumentos con una introducción general al tema, seguida de algunas recomendaciones.

No es reciente, sino centenaria —refiriéndonos solamente a la historia de la Escuela Libre de Derecho—, la discusión sobre la necesidad del estudio del Derecho Romano, materia que fue introducida, en los dos cursos anuales que subsisten

¹ “Comentarios a un discurso”, *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, t. III, nos. 1 a 6, ene.-jun., 1925, p. 79.

hasta nuestros días, en los planes de estudios desde 1917.² Aún recuerdo la anécdota referida por el Dr. Yuri González Roldán, uno de los romanistas más conspicuos que han surtido de nuestras aulas, al llegar a Madrid para iniciar los estudios de posgrado en esta materia, cuando le preguntaron lo que sabía sobre el derecho de la antigua Roma. Al mencionar que lo había estudiado por dos años en México, le contestaron, algo así como: “¡Jo...! pero ¿en dónde está esa institución donde todavía se estudian dos años de Derecho Romano?”.

No solamente el tiempo que ocupa en el plan de estudios, sino su misma existencia como asignatura obligatoria, han sido objeto de polémicas que van y vienen con las generaciones entre estudiantes, el personal docente y las autoridades escolares. En fecha tan temprana como febrero de 1925, en el discurso de inicio de cursos, el joven profesor de Economía Política y provisional de Legislación Social,³ Francisco Javier Gaxiola, Jr. (generación 1917-1921), aprovechó la tribuna para, entre otras cosas, criticar la enseñanza jurídica basada en modelos rígidos impuestos por los antiguos griegos y, en particular, por los romanos. El profesor de Derecho Romano, Gilberto Trujillo consiguió una copia del discurso y lo contestó en forma puntual y con amplitud, unos meses después, en la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, dedicándolo “con todo mi cariño, a cuantos se han sentado en los bancos de mi cátedra de Derecho Romano en la Escuela Libre de Derecho, desde 1919”,⁴ con argumentos como los que aparecen en el epígrafe de este trabajo.

Casi quince años después, el licenciado Salvador I. Reynoso, catedrático de Derecho Civil, Derecho Romano y Latín,

² PAMPILLO Baliño, Juan Pablo, “Breves notas sobre el nuevo plan de estudios de licenciatura de la Escuela Libre de Derecho”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 33, no. 33, 2009, p. 785.

³ VILLALPANDO, José Manuel, *Los colores lejanos del recuerdo. Crónica de la Escuela Libre de Derecho, 1912-1933*, Editorial Porrúa, México, 2018, p. 105.

⁴ TRUJILLO, Gilberto, *op. cit.*, pp. 65-88.

además de rector de la Escuela Libre de Derecho, entre 1937 y 1939, publicó un artículo, “En defensa del Derecho Romano”, en agosto de este último año, apuntando, entre muchas otras ideas, que su estudio “debe hacerse con un doble propósito: como instrumento científico de interpretación y como gran monumento histórico de evolución”.⁵

No hace falta recordar otras apologías similares en décadas posteriores de nuestra historia para ilustrar el tema. Los ejemplos mencionados pueden servir para ilustrar que es un debate que renace periódicamente, quizá con cada nueva generación. No obstante, tal vez ahora, bajo la férula de la posmodernidad y del desarrollo sin control de la tecnología, sea necesario abordarlo de otro modo y recomendar métodos complementarios y algunas herramientas para su enseñanza.

Desde la Edad Media se ha repetido que el Derecho Romano es la obra jurídica más acabada, la *ratio scripta* o razón reducida a letras, pero quizá sea necesario describirlo de otra forma en estos tiempos, cuando el pensamiento racional vive bajo continuo asedio y es cuestionado por políticos, empresarios, celebridades o hasta *influencers* que creen que su “experiencia” de vida, sus “buenas intenciones”, el dinero contante y sonante, el saber “práctico” y de efecto inmediato, la ideología o un pretendido amor patrio o a la humanidad es más importante para destacar en el mundo contemporáneo.

Por lo mismo subsiste la idea que supone que en esta época, en la que Google se considera omnisapiente, ya se conoce todo lo que sucedió en la Antigüedad, por lo que resulta ocioso o un ridículo *diletantismo* molestarse en estudiar el pasado en olvidadas bibliotecas, documentos llenos de moho y archivos que se conservan solamente por desidia. Pensar así sola-

⁵ REYNOSO, Salvador I., “En defensa del Derecho Romano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, no. 8, tomo I, 1984, p. 138. Aquí se reprodujo el artículo como apareció originalmente en *Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t, III, no. 13, 15 de agosto de 1939.

mente es reflejo y síntoma de un mundo impaciente en el que se nos ha acostumbrado a obtener resultados e información instantánea.

La investigación romanística, a lo largo de un milenio, y sobre todo en los dos siglos anteriores, ha mejorado progresivamente nuestra visión de los siglos pasados y ampliado el conocimiento sobre el régimen jurídico de los romanos.

Aquí tenemos un claro ejemplo. Desde mediados del siglo XX, el célebre romanista español Álvaro d'Ors explicó que la noción más conocida en nuestros días del contrato en la edad clásica de Roma es imprecisa. La mayoría de los códigos civiles que nos rigen recogieron la idea que explica el contrato como un acuerdo de voluntades con la finalidad de crear, modificar o extinguir obligaciones. No obstante, este principio, copiado de la obra de Gayo en el siglo II, no era lo que los juristas del pasado entendían, de acuerdo con la explicación del maestro español, sino la que expuso Labeón a finales de la época republicana, según la cual el contrato consiste, en esencia, en la obligación recíproca entre las partes. A partir de esta noción, Jorge Adame, otros de nuestros destacados romanistas, ha expuesto los principios de una nueva teoría contractual.⁶

Además de las aportaciones inagotables de la romanística, se ha repetido que el Derecho Romano es la mejor herramienta que existe para conocer la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, sobre todo los de tradición romano-canónica y, en cierta forma, también los del *common law*. La más atinada forma de ilustrarlo que conocemos se debe al historiador del derecho especializado en Derecho Romano y varios años profesor de la Universidad de Oxford, Adriaan Sirks, cuando responde a la pregunta de si el derecho de la Antigua

⁶ ADAME GODDARD, Jorge, "El concepto de contrato en el Derecho Romano clásico", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 26, no. 26, 2002, pp. 761-776.

Roma sigue teniendo validez en nuestros días, recurriendo a una analogía mecánica:

depende de cómo se quiere lidiar con el derecho. Si solamente se quieren aplicar las reglas como si fuera el manual para reparar un motor, lo único que se necesita es un texto claramente escrito y cerebro suficiente para seguir las instrucciones [...] Pero sucede a veces que el motor presenta dificultades que sobrepasan los casos que incluyen las instrucciones. El pensamiento es necesario, se debe imaginar cómo funcionan las cosas y extraer de las instrucciones una nueva instrucción, esta vez de factura propia, para arreglar el motor. Es exactamente lo mismo con el derecho. Como ocurre con el motor, no sucederá a menudo, pero va a suceder. En ese caso todas las instrucciones relevantes deben ser tomadas en cuenta, los principios que están detrás deben considerarse y estos principios se encuentran en las disposiciones previas también. Aunque no son directamente aplicables, resultan indispensables para comprender las instrucciones actuales. En pocas palabras, se requiere un pensamiento más a fondo.⁷

Pensemos en alguien que desea estudiar arquitectura porque su objetivo es construir rascacielos. No podrá ignorar los principios de construcción de los monumentos de la época clásica, ni las catedrales góticas, ni tampoco la arquitectura de la Edad Moderna. El Derecho Romano también fue considerado una especie de monumento en el pasado, pero de ningún modo por su rigidez o estatismo, sino todo lo contrario.

Gracias a Cicerón, en principio, la filosofía griega llegó a Roma para lograr que la razón se convirtiera en una especie

⁷ SIRKS, Adriaan J. B., "Roman law in the modern world", en Velázquez Arroyo, Laura M., y Jorge Adame Goddard (coords.), *Estudios de Derecho Romano y Derecho Civil desde una perspectiva histórica, comparativa y práctica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022, pp. 348-349. La traducción es nuestra.

de constitución del pueblo, que la *sophia* o sabiduría griega se adaptara y convirtiera en la *sapientia* de los latinos, al lograr transformar dichos principios en acción, y así, mientras los griegos heredaron al mundo la metafísica y la ética, los romanos hicieron lo propio con la moral y el derecho.⁸

El maestro de la Universidad de Siena, Alessandro Cassarino, recuerda que en las universidades italianas se introdujo el estudio del derecho público romano a finales del siglo XIX, en paralelo al estudio del derecho privado de roma, como subsiste hasta el presente entre los estudiantes de primer ingreso, por las razones que hemos anotado, pero también para ilustrar la forma en que logró desenvolverse un sistema constitucional flexible y no escrito en una ley suprema, adaptado a una sociedad en continuo cambio y crecimiento; a la existencia efectiva de las fuentes del derecho jamás limitadas a la ley escrita y al funcionamiento armonioso de diversos ordenamientos, *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*, y demás.⁹ Todo ello adicionado con la experiencia práctica y, sobre todo, la *sapientia* de los romanos, que lograron integrar un sistema jurídico donde coexistieron, sin grandes dificultades, la pluralidad dentro de la unidad, a través de la superposición de diversos ordenamientos.¹⁰

No se estudia en nuestras aulas el derecho público romano, pero una exposición de sus principios generales podría ilustrar las similitudes que ofrece con el desenvolvimiento general del derecho.

Otra forma de aproximar a las nuevas generaciones al estudio de la materia sería a través de un cuadro completo de lo

⁸ FERRO GAY, Federico y BENAVIDES LEE, Jorge, *De la sabiduría de los romanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, México, 1989, pp. 79-122.

⁹ CASSARINO, Alessandro, "El estudio del derecho público romano en las facultades de derecho italianas: Justificaciones históricas y actuales", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 37, no. 37, 2013, p. 97.

¹⁰ *Ibidem*, p. 106.

que fue la sociedad romana, con todas sus complejidades y más aproximada a su dinamismo, a las problemáticas y episodios no siempre edificantes de su existencia. La imagen del mundo romano ofrecida en los cursos se refiere casi siempre a la época fundacional, la república, los dos primeros siglos del imperio, y la época helenística de Justiniano, dando la idea de una sociedad estática, sumamente conservadora y libre de corrupción. Ya mencionaremos algunas lecturas auxiliares, pero hablar en el aula de las dificultades de lidiar con otras culturas y costumbres podría ayudar a comprender mejor que todas las sociedades del pasado, mientras más crecen y se desenvuelven, como nuestro mundo globalizado, deberán afrontar dilemas no solamente jurídicos, sino también morales, políticos, económicos y de otras especies que tendrán impacto en el derecho.

Por ejemplo, más allá de los consabidos matrimonios legítimos, entre los siglos II a. C. y III d. C., surgieron varias uniones distintas entre hombres y mujeres, cuando alguno de ellos era extranjero y, en particular, de origen no latino, como etruscos, griegos o de poblaciones célticas; posteriormente, debido al establecimiento de mayor número de relaciones comerciales y a la presencia de tropas en las provincias conquistadas, los cuales no eran considerados matrimonios para el Derecho Romano, antes de la *Constitutio Antoniniana* de 212 d. C. En otro sentido, la prohibición expresa de la *lex Iulia de adulteriis* (18 a. C.) para que los senadores o sus familiares se casaran con sus libertas (ex esclavas), o que los hombres de la nobleza, en general, hicieran lo mismo con mujeres que ejercían profesiones consideradas infamantes, lo que nunca fue obstáculo para nadie, aunque las uniones fueran conside-

radas concubinatos. Aldo Petrucci ofrece más detalles sobre los anteriores y otros casos.¹¹

Jorge Adame también preparó una obra con cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos, dividida en una introducción en la que explica su método, seguido de otros tres capítulos en donde aparecen, por separado, los casos, las respuestas y los recursos, complementados con un valioso índice de materias.¹²

* * *

Las anteriores solamente son ideas que podrían ayudar para que las clases de Derecho Romano se impartieran como algo más que el simple *magister dixit*. También sería recomendable buscar que el curso no asemeje un conjunto inconexo de historia antigua, instituciones y criterios jurisprudenciales, presentando a la civilización romana, aunque fuera a través de lecturas o exposiciones, además de modelo jurídico, como el paradigma urbano, militar, artístico y arquitectónico que fue.

Ayudaría en este sentido recurrir a las humanidades digitales. Muy recomendable, en especial para la generación de los *gamers* o jugadores de videojuegos, es el proyecto ORBIS de la Universidad de Stanford,¹³ proyecto que no hubiera sido posible sin la colaboración y sinergia entre especialistas en historia, arqueología, geografía, meteorología, urbanismo y otras, y la actual ciencia de datos, conocimientos que permi-

¹¹ PETRUCCI, Aldo, “Breves consideraciones sobre las uniones personales distintas del matrimonio legítimo en el Derecho Romano”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 39, no. 39, 2015, pp. 674-678.

¹² ADAME GODDARD, Jorge, *Cuatrocientos casos y respuestas de los juristas romanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

¹³ ORBIS: The Stanford Geospatial Network Model of the Roman World, <https://orbis.stanford.edu>. Consultado el 19-II-24.

tieron lo que algunos denominan el “Google Maps” del Imperio romano en el siglo III. Menos ambiciosa, pero también útil, es la página *Running Reality*,¹⁴ que ayuda a ubicar en el mapa cualquier episodio histórico desde el año 3000 de nuestra era hasta el presente.

Al introducirse el Derecho Romano en el plan de estudios reformado en 1917, según se mencionó, también se añadieron dos cursos de latín, en primero y segundo año, que subsistieron a lo largo de una década.¹⁵ Se pensaba que serviría para que los estudiantes conocieran el Derecho Romano en sus fuentes. Aunque ya no se imparte en el bachillerato el curso de etimologías grecolatinas, no parece necesario volver a estudiar la lengua de Cicerón. Sin embargo, las frases latinas todavía resultan atractivas, no sólo para presumir erudición, sino por su capacidad de transmitir sucintamente conceptos legales, científicos y filosóficos, estos últimos, porque fue la *lingua franca* del saber en el mundo occidental hasta bien entrado el siglo XIX. Tal vez, para allanar la dificultad que suele ofrecer a las nuevas generaciones de estudiantes, podrían enseñarse nociones a partir de ciertas frases relacionadas con el mundo jurídico¹⁶ y/o a través de conceptos, que ellos mismos podrían exponer en clase, siguiendo el ejemplo de Gilberto Trujillo, que explicó los preceptos fundamentales o tres máximas de Ulpiano,¹⁷ y de Juan Pablo Pampillo, que desarrolló la noción romana de *ius* del jurista Celso y el lema de la Escuela Libre de Derecho, *ius neque inflecti gratia, neque perfringi potentia, neque adulterari pecunia debet*.¹⁸

¹⁴ *Runningreality.org*. Consultado el 26-II-24.

¹⁵ VILLALPANDO, *op. cit.*, pp. 51 y 132.

¹⁶ LÓPEZ MEDINA, Manuel, “Los latines del jurista”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 3, no. 3, segunda parte, 1979, pp. 231-248.

¹⁷ TRUJILLO, *op. cit.*, pp. 84-86.

¹⁸ PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, “En torno al concepto romano de *ius* en Juvencio Celso Hijo, o brevísima vindicación de la importancia de los estudios romanísticos para el jurista actual”,

Desde que se introdujo la materia de Derecho Romano en la Escuela Libre de Derecho, las lecturas que suelen recomendarse con mayor frecuencia son *La ciudad antigua* (1864) de Fustel de Coulanges, en primer lugar, y algunas otras del pasado grecorromano, como *Las noches áticas* de Aulio Gelio. No podemos negar que todavía resultan útiles, pero quizá podrían complementarse con otras de la Roma imperial, que ofrecen un cuadro más acertado de su complejidad, como el *Satiricón* de Petronio o las *Sátiras* de Juvenal, sólo por mencionar un par de ejemplos.

Una de las dificultades que he escuchado con mayor frecuencia entre los estudiantes de Derecho Romano es la dificultad de su terminología y el fárrago de información que lo acompaña. La explicación más sencilla que viene a la mente apunta a la pérdida gradual de la costumbre de frecuentar la letra impresa entre las nuevas generaciones. No obstante, esta respuesta debe tomarse con un grano de sal, porque las personas del mismo grupo de edad, sobre todo los estudiantes de ciencias sociales y humanidades, tienen el hábito de la lectura, aunque no lean los mismos autores ni géneros literarios que acostumbra el personal docente. Es común verlos cargar bajo el brazo grandes volúmenes de autores como J. K. Rowling, J. R. R. Tolkien, Frank Herbert, George R. R. Martin, Leigh Bardugo, Rick Riordan, por mencionar unos cuantos nombres, creadores de mundos o universos casi siempre de gran complejidad, varios de ellos ambientados o entremezclados con versiones reales o imaginarias de la historia y de diversas culturas, a los que comúnmente se suman largos glosarios repletos de neologismos, como la saga de *Dunas*, o la descripción de escenarios intrincados y bien detallados, en los que resulta admirable, como en el caso de Tolkien, el uso

Estudios Jurídicos, nueva época, 2005, pp. 135-141; y del mismo, “El lema de la Escuela Libre de Derecho”, *idem*, pp. 143-146.

del lenguaje y la introducción de personajes mitológicos o legendarios. A estas generaciones se les pueden recomendar lecturas que pueden resultar más adecuadas.

Si no en las aulas, fuera de ellas pueden crearse círculos o clubes de lectura para leer y comentar novelas o relatos históricos como los escritos por el filólogo, lingüista y profesor de lengua y literatura Santiago Posteguillo, entre las que sobresalen *Yo, Julia* (2018), *Africanus, El hijo del cónsul* (2006) o *Los asesinos del emperador* (2011).

Desde la década de los noventa se ha hecho popular un subgénero que podría llamarse novela policiaca de temática romana clásica, cuyos principales autores son John Maddox Roberts, Steven Saylor, Danila Comastri Montanari y, en nuestra lengua, el abogado y notario valenciano Joaquín Borrrell. La forma en que se describe estos libros, un evidente dislate y anacronismo, al ser protagonizadas por “detectives” imaginarios en obras casi siempre concebidas por historiadores expertos en historia antigua, no son tan ridículos como parecen, según han explicado algunos estudios y tesis doctorales.¹⁹ También podrían servir como una más entre las herramientas para adentrar a las nuevas generaciones de estudiantes en la realidad sociopolítica, los cargos públicos, las relaciones con otros pueblos, el pensamiento mítico-religioso y la forma de expresarse de los antiguos romanos, al combinar lo útil con lo agradable, logrando instruir y deleitar al lector, cumpliendo la máxima de Horacio (*Ars poetica*, 24, 339-340).²⁰

En fin, si la romanística sigue haciendo aportaciones y el conocimiento del pasado mejora con el transcurso de los

¹⁹ VIGUERAS FERNÁNDEZ, Ricardo, *Breve introducción a la novela policiaca latina*, Ciudad Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2008.

²⁰ HORACIO, *Epístola Ad Pisones de Ars Poetica*. En línea: Biblioteca Digital Hispánica, <http://bdh-rd-bne.es/viewer.vm?id=0000094626&page=1>. Consultado el 28-II-24.

años, la enseñanza del Derecho Romano también debe adaptarse a un mundo en cambio continuo.

Sin duda, son consejos que pueden evitar no solamente que se cuestione la asignatura, sino las polémicas generacionales acerca de su duración y existencia, para evitar que se haga realidad el panorama desolador que apuntó, hace casi ochenta y cinco años, el exrector Reynoso: “Si se suprimiera el estudio del Derecho Romano, equivaldría a cerrar las ventanas a la luz del sol y los estudiantes sólo podrían encontrar fantasmas y quimeras en la oscuridad en que caería la ciencia jurídica”.²¹

²¹ REYNOSO, *op. cit.*, p. 143.

*Función punitiva
de la acción de
daños: entre
la experiencia
romana y la
doctrina de la
Suprema Corte
de Justicia*

Mtro. José Antonio García Luque
Profesor de Derecho Romano
en la Escuela Libre de Derecho

1. A DIEZ AÑOS DE LA INTRODUCCIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

El 26 de febrero de 2014 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) falló los amparos directos 30 y 31/2013, abriendo la posibilidad de sancionar al autor de un hecho ilícito civil con una *pena* pecuniaria.¹ El proceso argumentativo pasa por la figura del daño moral prevista en la legislación común, el derecho humano a la justa indemnización y su vigencia en las relaciones entre particulares, razonamiento en el cual, de forma un poco sorpresiva, el Alto Tribunal introdujo el concepto de los *punitive damages* del *common law*, en lo que propiamente fue una recepción de una institución foránea a nuestro ordenamiento jurídico, pero con importantes —y muy positivos— efectos prácticos. Pero que no quede duda, la SCJN buscó adicionar un componente sancionatorio a la función típicamente indemnizatoria que en el orden jurídico nacional se asignaba a la responsabilidad por daños,² para lo cual se basó, en gran medida, en la figura del daño moral y sus criterios de apreciación ya existentes en el artículo 1916 del Código Civil.³

¹ Registro digital: 2006959. Primera Sala. Décima Época. Tesis 1ª. CCLXXI/2014 (10ª) y CCLXXII/2014 (10ª).

² “Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño [...] el legislador [...] consideró necesario reparar no sólo el dolor sino sancionar al culpable...”. *Ibidem*, foja 90 de la ejecutoria.

³ “El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal”. Se lee en la citada Tesis 1ª. CCLXXI/2014 (10ª).

En los años subsecuentes la propia SCJN ha ido delimitando la aplicabilidad de los daños punitivos, aclarando que su procedencia no es automática o indefectible,⁴ o que no pueden fincarse en contra del Estado.⁵ Viva está la discusión, en cambio, entre los Tribunales Colegiados de Circuito, en el sentido de si la condena a esta clase de daños ejemplares debe relacionarse con una reclamación de daño moral o si puede ser autónoma.⁶ Pero con independencia de esto, lo cierto es que no ha variado el criterio que apoyó el traslado de los *punitive damages* a nuestro sistema, que los conceptualizó como una consecuencia posible de la reparación del daño moral.

2. EL CASO DEL CONTRATO DE SEGURO

En el primer número de este *Boletín*, el maestro Emilio González de Castilla⁷ trajo la atención sobre un criterio sentido por la SCJN en el cual se analizó el contrato de seguro de responsabilidad civil a la luz de las disposiciones constitucionales en materia de relaciones de consumo y justa indemnización, concluyendo que es obligación de la aseguradora proporcionar al beneficiario una reparación integral, lo cual abarca, dentro de la suma asegurada, no sólo el daño material, sino también el daño moral; y que en virtud de lo anterior las cláusulas que excluyen *ex ante* la indemnización por daño moral son inconstitucionales.⁸

⁴ Registro digital: 2025569. Primera Sala. Undécima Época. Tesis: 1ª./J. 136/2022 (11ª).

⁵ Registro digital: 2017134. Segunda Sala. Décima Época. Tesis: 2ª. LVI/2018 (10ª).

⁶ Véanse: Registro digital 2026881. Tesis: V.3o.C.T.9 C (11ª); y Registro digital: 2026625. Tesis: I. 15o.C.7 C (11ª).

⁷ “Reparación integral y el contrato de seguro de responsabilidad. Un dilema”, en *Boletín Jurídico Práctico*. México: Escuela Libre de Derecho, No. 1, 2023, 83-99.

⁸ Registro digital: 2025213. Primera Sala. Undécima Época. Tesis 1ª./J. Tesis 122/2022 (11ª).

Aunque no es propiamente el tema materia de su análisis, González de Castilla apunta implícitamente a una dirección que, por arriesgada, merece atención por separado: si las empresas aseguradoras ya están obligadas a reparar el daño moral como parte de la indemnización —topada— en seguros de responsabilidad civil, ¿es posible afirmar que esa justa indemnización abarca los daños punitivos que se deban al beneficiario del seguro? La extensión del argumento no parece muy complicada, pues si ya es criterio judicial que el daño moral, en casos especiales, puede aumentarse para incluir una sanción ejemplar, nada obsta para que esa obligación civil sea imputada al tercero que por contrato se obligó a reparar el daño, es decir, a la aseguradora. La creciente *constitucionalización* de las relaciones jurídico-privadas bien puede apuntar en esa peligrosa dirección, en la cual también se inscriben los criterios que consideran ineficaces las cláusulas de exclusión de reparación de daño moral, por qué no, en el futuro, las cláusulas que topan los montos de indemnización.

La experiencia jurídica romana puede aportar aquí algunas bases para reflexionar acerca de la delicada puerta abierta por la Primera Sala.

3. CARÁCTER EXPIATORIO DE LA ACCIÓN DE DAÑOS EX LEGIS AQUILIAE

La *Lex Aquilia de damnum iniuria datum* fue un plebiscito votado en Roma en el año 286 a. C. Si bien no fue el primer ordenamiento en sancionar el daño extracontractual al patrimonio ajeno —ya desde el siglo V a. C. las XII Tablas habían tipificado algunos supuestos específicos—, sí se trató de la primera vez en la historia del derecho occidental en que se sancionó de forma genérica la lesión injustificada de bienes

ajenos.⁹ Pero lo relevante no fue la pieza legislativa en sí, sino el desarrollo jurisprudencial posterior a cura de los juristas clásicos.

Los jurisprudentes trabajaron sobre un articulado grupo de delitos privados, en el que se encuentran, al lado del daño (*damnum*), el robo (*furtum*) y las injurias o lesiones al cuerpo o bienes inmateriales (*iniuriae*). Estas figuras encontraban su eficacia o fundamento en el derecho civil, y se fueron complementando con hipótesis tuteladas a partir del imperio jurisdiccional de los magistrados o delitos pretorios. El ordenamiento romano distingue al delito privado (*delictum*) de los ilícitos públicos (*crimina*), por el bien jurídico protegido —intereses privados o intereses de la *Res publica*—; por el tipo de acción, proceso y tribunal —acción privada, proceso civil ante un juez privado, frente a la denuncia y prosecución pública ante un tribunal estatal—; y por la sanción —penas públicas como la deportación o la muerte, frente a una *poena* pecuniaria a favor del demandante—. ¹⁰ Los crímenes públicos pertenecen al ámbito penal-público, ajenos a la labor de la ciencia jurídica que fundamentalmente se ocupa del derecho privado. ¹¹

La *Lex Aquilia* trataba del daño en sus capítulos I y III. En el primero disponía que el que ocasionara la muerte de un esclavo o ganado cuadrúpedo ajenos cubriría al propietario el precio más alto que hubiere tenido dicho bien en el año anterior. ¹² En el capítulo III esta *lex* sancionaba a quien quebrara, quemara o rompiera un bien ajeno, es decir, se tipificaba el daño genérico al patrimonio. Aquí la pena a cargo del agente

⁹ De hecho, la *Lex Aquilia* derogó a todas las *leges* que habían tratado de los daños, incluyendo a las XII Tablas: D, 9, 2, pr.

¹⁰ Cfr. D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano.*, 9ª ed., EUNSA, Pamplona, 1997, 424.

¹¹ Loc. cit.

¹² Gayo, III, 210.

consistía en el pago del valor más alto que el bien dañado hubiere tenido en todo el mes anterior.¹³ Partiendo de estos sencillos enunciados, los juristas clásicos construyeron un complejo andamiaje que, a fin de poder imponer la *poena* pecuniaria al ofensor, exigió la presencia de *i*) una conducta antijurídica, *ii*) un daño, *iii*) una relación de causa-efecto entre la conducta y la lesión, y *iv*) la actualización de una forma de culpabilidad, ya sea dolo o culpa en sentido estricto.

El Derecho Romano es un ordenamiento de configuración procesal: se manifiesta y opera a través de acciones, excepciones y otros remedios procesales. De ahí que el estudio de cualquiera de sus figuras deba partir de la correspondiente *actio*. En el caso de la acción de daños o *actio ex legis Aquiliae*, debe decirse en primer término que se trata de una acción de carácter penal. O sea que si bien pertenece al derecho civil, esto es, al derecho privado, porque no tutela un crimen, sino un *delictum*, se le considera por los clásicos como acción penal, y su fin es la imposición de una pena que, como ya se dijo, consiste en una *obligatio* cuyo objeto es una cantidad de dinero que se entrega a la víctima. Insisto, este delito es fuente de obligaciones civiles, como sucede con los contratos o los préstamos, sólo que la *obligatio* surge de una relación no contractual e ilícita. La *poena* se valoriza siguiendo los parámetros de los capítulos I y III de la *Lex Aquilia*, según el caso.

El carácter penal de esta *actio* se revela por dos vías.¹⁴ Primero, con los citados criterios de valuación, conforme a los cuales el propietario que sufrió la lesión puede obtener un precio superior al que tenía el bien dañado en la fecha del

¹³ Ulpiano, *Comentarios al Edicto, libro XVIII*, en D, 9, 2, 27, 5. Aunque la *Lex Aquilia* no aclaraba en su capítulo III que el valor que debería pagarse en este caso era, también, el más alto, se entendió que bastaba con que esa aclaración se hubiere introducido en el capítulo I para que se entienda aplicable al 3. Gayo, IV, 218.

¹⁴ Zimmerman, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, 973-974.

delito, si su valor retroactivo en el año o mes anterior fue superior en algún momento.¹⁵ En segundo lugar, con la denominada *litis crescencia*, una reminiscencia histórica que proviene de la época arcaica, de acuerdo con la cual quien enfrenta una reclamación con base en la Ley Aquilia, niega el hecho sin razón (*infitiatio*) y pierde debe sufragar el doble del valor de lo reclamado. Así, la víctima obtendrá una cantidad de dinero que no guarda relación con la reparación del daño y que bien puede ser superior al valor de éste.

Salta a la vista que en su concepción clásica, y por lo mismo, en la más técnica y sofisticada, la *actio ex legis Aquiliae* no pretende resarcir o indemnizar a la víctima, es decir, no tiene como referente el daño y no busca eliminar sus efectos, sino que gravita en torno de la pena y busca primordialmente castigar al ofensor. Tiene, pues, una función expiatoria o punitiva, al igual que las acciones de robo o por injurias.

Para los clásicos, las acciones penales, incluyendo la de daños, son intransmisibles desde el punto de vista pasivo. Esto quiere decir que no pueden ser materia de sucesión *mortis causa*, ni pueden cederse, por el demandado-ofensor. La responsabilidad es personalísima, porque es de carácter expiatorio, busca castigar al autor del delito, por lo que no se justifica que se traslade a terceros o recaiga en éstos. Esta concepción punitiva de los daños también sirve para explicar por qué razón la *actio* respectiva se acumula ante la existencia de pluralidad de agentes. En efecto, el daño causado por dos o más personas otorga a la víctima una acción en contra de cada uno de los responsables, y todos deberán pagar la pena. Aquí, lejos de mirar el lado del daño y acusar un supuesto lucro, se apunta a la sanción y se justifica la pluralidad de penas para que cada delincuente purgue su actuar.

¹⁵ Gayo, III, 214: "... lo que hace que a veces alguien consiga más que el perjuicio que se le ha producido".

La puerta a una concepción resarcitoria de la responsabilidad aquiliana o extracontractual la abrieron los compiladores de Justiniano a partir de una clasificación de Gayo,¹⁶ Aquellos, retomando la división gayana entre acciones reipersecutorias, que son las que buscan la protección del patrimonio en el sentido más amplio; acciones penales, que buscan la expiación o castigo del ofensor; y acciones *mixtas*, que pretenden obtener tanto la cosa como la pena,¹⁷ ubicaron a la *actio ex legis Aquiliae* en la tercera categoría, es decir, como una pretensión que en la pena ya comprendía la indemnización, dependiendo de si se presentaba o no la litisescencia y en función de la valuación que se obtenga del daño en el caso concreto, según se trate de hechos contemplados en el capítulo I o III.¹⁸ En la compilación justiniana, esta visión resarcitoria triunfó en definitiva, y produjo, por ejemplo, que la acumulación de acciones penales ante la existencia de pluralidad de sujetos activos, se transformara en una obligación solidaria, de tal suerte que con el pago de la pena por parte de uno de los agentes la obligación quedara extinguida.

Y así, dentro de la tradición romanista que partió del Digesto de Justiniano, llegó a nuestra codificación vigente una acción postclásica de daños de índole indemnizatoria.¹⁹

¹⁶ Gayo, IV, 6-9.

¹⁷ I, IV, 6, 16.

¹⁸ I, IV, 6, 19. Cfr. Zimmerman, *op. cit.*, 974-975.

¹⁹ Código Civil Federal: “Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Y “Artículo 1917. Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo”.

4. CONCLUSIONES

La tradición jurídica romanista en la que se inscribe nuestro derecho de obligaciones y contratos puede proporcionar herramientas al operador jurídico actual, desde una óptica comparatista. En específico, la noción sancionatoria de la acción de daños del derecho clásico, que no fue tomada en cuenta por la SCJN para sustentar el carácter punitivo de ciertos casos de responsabilidad extracontractual, arroja luz sobre la naturaleza de las *sanciones civiles, pero de carácter penal*, y puede servir como dique frente a futuros criterios que se antojan excesivos.²⁰

Si a la base de la acción penal privada, tanto la actual fundada en el artículo 1916 del Código Civil, como la *ex legis Aquiliae*, se encuentra la intención de sancionar al culpable del hecho ilícito, y de que éste purgue su conducta con el pago de una pena, no hace sentido que dicha pena se traslade a un tercero, es decir, a quien no intervino en el hecho ilícito que precisamente se busca sancionar. Por eso los romanos consideraban que la legitimación pasiva en la *actio* de daños era intransmisible, por ejemplo, a los herederos del delincuente: éstos nada tuvieron que ver en la conducta antijurídica del causante, y por ello no tienen el deber ético ni jurídico de purgar esa pena. Al mismo resultado, absurdo e ilógico, se llegaría en el caso del contrato de seguro, si una obligación de naturaleza punitiva, fundada en el grado de responsabilidad del asegurado —el causante del daño—, se busca imponer a la compañía aseguradora. Ésta es claramente responsable del daño patrimonial —e incluso del moral en su parte resarcitoria según el criterio jurisprudencial comentado al inicio de estas líneas—, pero no existe *ratio iuris* para imponerle la

²⁰ Lo mismo podría decirse de la acción por injurias del Derecho Romano (lesiones a la integridad física y al patrimonio moral), aunque ese tópico excedería el propósito de este breve trabajo.

obligación de cubrir al beneficiario daños punitivos o ejemplares, pues éstos, por un lado, se basan en el grado de responsabilidad del asegurado, es decir, en su dolo o culpa grave, y por el otro buscan el castigo y expiación, obligándolo a pagar una suma de dinero, condiciones éstas que no están presente en el caso de la empresa aseguradora, que es ajena a ambas.

Se puede llegar así a una desnaturalización del contrato de seguro. Primero, desde el punto de vista jurídico, al imponer a la aseguradora la carga de responder por una pena cuya satisfacción debe ser personalísima. Segundo, en el aspecto económico, al tener que incluir en el cálculo de la responsabilidad, y por ello, de la prima, a una contingencia punitiva ilimitada e imprevisible. En la actualidad, nuestros juzgadores deben ser altamente prudentes en el momento de extender los efectos protectores de los derechos humanos a las relaciones entre privados, porque los resultados pueden ir exactamente en el sentido opuesto —haciendo inaccesibles los seguros, por ejemplo.

Además, el riesgo en comento va en contra de los fines de la responsabilidad civil punitiva, en particular de la prevención general, pues lejos de desincentivar los daños al darse a conocer que pueden acarrear sanciones ejemplares, se manda el mensaje opuesto al darse a conocer que basta el pago de una prima para quedar exento de castigo —impunidad—. La medida justa puede ser que la aseguradora cubra hasta el monto asegurado el daño patrimonial y el moral-reparador, pero que se deje a salvo el derecho del beneficiario para exigir el pago de daños punitivos al ofensor.

Finalmente, habría que analizar si esa condena a la aseguradora a pagar la sanción que correspondería al autor del ilícito, pasaría un *test* de constitucionalidad al tratarse de una pena trascendental.

*Enajenación de
derecho hereditario.
Aplicación de
criterios
jurisprudenciales
romanos al
derecho actual*

 Dr. Yuri González Roldán
Profesor de Derecho Romano en la Universidad
de Bari, Italia. Abogado por la Escuela Libre de Derecho

Resumen: La finalidad de este estudio consiste en indicar a los abogados algunos aspectos que deben tomar en cuenta en el caso en que tuvieran que elaborar un contrato de enajenación de derecho hereditario utilizándose los criterios de la jurisprudencia romana.

Palabras clave: Venta, herencia, contrato, cláusulas, jurisperito.

Abstract: The purpose of this study is to indicate to lawyers some aspects that they must take into account in the case in which they have to prepare a contract for the transfer of hereditary rights using the criteria of Roman jurisprudence.

Keywords: Sale, inheritance, contract, clauses, jurist.

1. INTRODUCCIÓN

En 1997 publiqué mi trabajo de investigación sobre la venta de herencia en el Derecho Romano clásico en la revista de la Escuela Libre de Derecho. En aquella ocasión la finalidad de mi estudio era principalmente práctico, todavía no estaba seguro de querer dedicarme de tiempo completo a la disciplina por simple interés intelectual. En el año siguiente un importante romanista de la Universidad de Padua, el profesor Alberto Burdese realizó una reseña en la prestigiosa revista *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (vol. 65, 1999, pp. 418-425) sobre mi obra, indicando que mi estudio era:

un tipo di *usus modernus pandectarum* che mi pare metodologicamente corretto purché condotto con rigore scientifico sul piano della ricostruzione storica e suscettibile, al di là di una mera comparazione diacronica e pur

nel mutare del substrato socio-culturale nonché del quadro ordinamentale complessivo, di suggerimenti di pratica utilità all'interpretare attuale di ordinamenti di tradizione romanistica, secondo la via tracciata dall'A. sullo specifico argomento del suo lavoro, a conclusione di un'analisi seriamente condotta che merita attenzione.

En esta ocasión quisiera limitar las presentes páginas para hacer notar las dificultades que existen en la realización de una enajenación de derecho hereditario y como la jurisprudencia romana resolvió una serie de cuestiones sobre la materia. Tales soluciones podrían ser útiles para tomarse en consideración al efectuarse un contrato de este tipo en la actualidad. Antes que nada, transcribimos los artículos que encontramos en el actual Código Civil aplicable a la Ciudad de México sobre el argumento:

Artículo 1291. El heredero o legatario no puede enajenar su parte en la herencia sino después de la muerte de aquel a quien hereda.

Artículo 1292. El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el solo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, será nula.

Artículo 1293. Si dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, se preferirá al que represente

mayor porción en la herencia, y si las porciones son iguales, la suerte decidirá quién hace uso del derecho.

Artículo 1294. El derecho concedido en el artículo 1292 cesa si la enajenación se hace a un coheredero.

Después de leer los artículos anteriores, nos damos cuenta de que el heredero puede enajenar el patrimonio hereditario a otra persona recibiendo un precio al mismo modo que en el Derecho Romano (título IV del libro XVIII del Digesto). El artículo 1292 usa los términos “vender a un extraño su derecho hereditario”, identificando la herencia, al mismo modo que el jurista Gayo en sus Instituciones 2.14, como un *ius successionis*:

Incorporales son las cosas que no se pueden tocar, las que se refieren a un derecho, como la herencia [...] incorporal es el derecho de sucesión (*ius successionis*).

Además, el artículo 1291 no hace más que repetir los dos presupuestos esenciales para que tenga eficacia el contrato, ya indicados por Pomponio, *libro nono ad Sabinum* en D. 18.4.1:

Si se vendiera la herencia de aquel que vive o que no existe, no hay nada de hecho porque no existe en la naturaleza de las cosas lo que haya sido vendido.

Los artículos anteriores transcritos del Código Civil se limitan a tratar de una enajenación de herencia partiendo del presupuesto que existan varios herederos y que uno de ellos quisiera enajenar su parte, pero si se tratara de un único heredero que quisiera vender a un extraño el patrimonio hereditario tales normas nos dejan lagunas pudiéndose colmar, a nuestro parecer, con las opiniones jurisprudenciales clásicas que podrían dar solución a los actuales problemas jurídicos prácticos.

2. CLÁUSULAS CONTRACTUALES INSPIRADAS EN LA JURISPRUDENCIA ROMANA

a) El vendedor debe demostrar que efectivamente es heredero del *de cuius* y podrá indicar que no es responsable por la evicción de las cosas que se creyeran formasen parte del patrimonio hereditario.

Al efectuarse una enajenación de derecho hereditario resulta necesario que el vendedor demuestre que efectivamente el *de cuius* se encuentra muerto y que él sea heredero del mismo, como vimos en el artículo 1291, y en el texto de Pomponio transcrito anteriormente. Debemos hacer notar que, como el vendedor únicamente responde de su calidad de heredero, no es responsable de evicción de las cosas singulares que se encuentren en la herencia, como claramente es indicado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* en D. 18.4.2 pr:

El vendedor de la herencia no debe prometer la evicción, puesto que entre el comprador y el vendedor se hace, que el comprador no tenga ni mayor, ni menor derecho que tomaría el heredero: claramente debe el vendedor estar constreñido a prometer por el hecho suyo.

Por este motivo sería adecuado indicar en el contrato que el vendedor de la herencia no se hará responsable de la eventual evicción de alguna cosa que se considerase parte de la herencia, claro, a menos que el vendedor hubiera hecho un elenco taxativo de las cosas hereditarias que deberán ser entregadas al comprador y de las cuales se obligue expresamente a garantizar por su evicción.

b) El comprador se obliga a devolverle al vendedor (heredero) todo aquello que llegara a pagar porque condenado a título hereditario y a defenderlo en juicio si alguien ejercitase

una acción en contra de él por el mismo motivo. El vendedor se obliga a entregarle al comprador todos los beneficios económicos que obtuviera de la herencia y de cederle todas las acciones que tuviera en contra de los deudores hereditarios.

Como es notorio, la herencia es considerada en el Derecho Romano y en el actual una entidad jurídica abstracta distinta de los singulares elementos que la componen, una *universitas iuris* constituida de bienes corporales (*corpora*) y derechos (*iura*), además que el heredero se encuentra obligado a pagar las deudas del *de cuius*. Puede suceder que el mismo heredero desconozca el efectivo contenido de la herencia o que ignore la existencia de alguna deuda, por ello resulta necesario que en la enajenación de derecho hereditario las partes del contrato establezcan recíprocas obligaciones como las mencionadas en las Instituciones de Gayo (2.252):

El heredero (vendedor) obligaba al comprador mediante estipulación que de cualquier cosa él hubiese pagado por que condenado a título hereditario, o hubiese dado a otro en buena fe, debía ser reembolsado, y del mismo modo si alguien ejercitaba una acción contra él a título hereditario, correctamente debía ser defendido. El comprador, por el contrario, obligaba al vendedor mediante estipulación que, si algo que proviniera de la herencia llegara al heredero, debería entregársela, y que también le permitiese de ejercitar las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor*.

El anterior texto nos hace notar la necesidad que en el contrato las partes establezcan obligaciones recíprocas por las que el comprador de la herencia se obligara a pagar las deudas hereditarias, mientras que el heredero vendedor se obligue a entregar el contenido total de la herencia inclusive si con posterioridad tuviera conocimiento de la existencia de un bien hereditario que no había tenido en cuenta.

Claro está, las partes pueden establecer también que la venta de herencia se refiera únicamente a los activos hereditarios, señalándose que las deudas serán pagadas por el heredero sin responsabilidad solidaria del comprador.

c) La necesidad de la determinación del monto de la herencia.

En la actualidad, las partes en la determinación del monto de la herencia, conforme al principio de la libertad contractual, pueden tomar en consideración los momentos identificados por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* en D. 18.4.2.1, que son los siguientes: a) el de la muerte del *de cuius*; b) cuando se aceptó la herencia; c) cuando la herencia fue vendida:

En una herencia vendida deberá verse si es considerada la cantidad que hubo en el momento de la muerte, o aquella, que hubo cuando se acepta la herencia, o aquella que hubo cuando la herencia es vendida. Y es más verdadero que se observe lo que se ha hecho, pero generalmente resulta que se ha hecho esto, que lo que llegó de la herencia en el momento en que se celebra la venta, esto resulta vendido.

Si en el contrato no se señala nada al respecto, Ulpiano con base en la frecuente práctica opta por el tercer momento y entre los códigos modernos únicamente el B.G.B. alemán se ocupa expresamente de la cuestión, haciendo suya la postura del jurista tardo clásico.

d) La obligación de entregar del vendedor.

Con referencia al momento acordado, el vendedor tendrá que transmitir la herencia al comprador. El principio formulado por Ulpiano en D. 18.4.2.3, en que en dicha transmisión deben incluirse el complejo de los bienes hereditarios y el valor de los donados o enajenados a otros anteriormente

(empero una razón de equidad exige que se entreguen también los precios de las cosas hereditarias donadas por el vendedor antes de la venta), fue aceptado por el código civil francés y es seguido también por los demás códigos civiles (art. 1697 y 1698 c.c. francés; art. 1544 y 1545 c.c. italiano; art. 1556 c.c. venezolano; art. 1910 c.c. chileno), resultando interesante hacer notar que el B.G.B. § 2375 establece que la obligación de indemnización no tiene lugar si el comprador conoce, en el momento de la conclusión de la compraventa, el consumo o la disposición gratuita.

La entrega se extiende también a los frutos y productos que hubiese recibido el vendedor, según el principio de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* en D. 18.4.2.4, según el cual el vendedor de la herencia se encuentra obligado a transmitir todo lo que le hubiese llegado por motivo de esta en cualquier momento:

No sólo lo que llegó al vendedor de la herencia, sino también lo que llegó a su heredero de esta herencia, debe ser entregado al comprador; y no solamente lo que ya llegó a él, empero también lo que en cualquier tiempo habrá llegado, debe ser entregado.

Inspirándose al mismo principio y al de D. 18.4.2.3 podría también solucionarse la situación que en caso de que el vendedor se hubiese aprovechado de algún bien de la herencia debería entregar al comprador su valor. Por lo tanto, si el comprador con posterioridad al contrato se percatara de que el vendedor se hubiese aprovechado de algún bien de la herencia o cobrado algún crédito de esta sin entregárselo, se encontrará facultado a exigir dicho beneficio. La forma que tiene el comprador de saber la cuantía percibida o cobrada por el vendedor es mediante una rendición de cuentas, que se exige a la conclusión del contrato o con posterioridad al mismo; esta obligación es expresamente manifestada en el artículo 1698

del código civil francés, pudiendo ser deducida de los demás códigos civiles en la obligación del vendedor del reembolso de los frutos y créditos percibidos. La realización de un inventario como medio de limitación de la responsabilidad se expresa en el B.G.B §2383.

Cabe destacar que los beneficios de la herencia que deberá entregar el heredero al comprador son los efectivamente recibidos debido a la administración que realizase en su carácter de legítimo propietario, por lo que resultará irrelevante que no fuese la adecuada y que por lo tanto los beneficios fueren escasos o nulos.

La entrega de la herencia se realizará en el estado en que se encuentra al momento de la venta (art. 2288 C.C. de la Ciudad de México; art. 1494 C.C. Venezolano; art. 1408 C.C. Argentino; art. 1550 C.C. Peruano), por lo que, si algún bien se hubiese perdido, extraviado o dañado por la conducta voluntaria o negligente del heredero anterior a la venta, no responderá, así como tampoco por el caso fortuito o deterioro en razón del uso natural; sin embargo, en el caso de que el bien destruido se transformase en otra cosa, podríamos pensar que el vendedor se encontraría obligado a entregar la nueva, como lo estableció Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* en D. 18.4.21, que impone al vendedor la entrega del área en caso de incendio del edificio construido sobre ésta:

En efecto, el vendedor debe entregar también el aérea una vez incendiado el edificio.

La obligación de entrega del vendedor incluye también a los créditos recibidos; no obstante, si hubiera cobrado indebidamente un crédito pensando que pertenecía al haber hereditario, podríamos suponer que no se encontraría facultado el comprador a exigir dicha cantidad, valiendo el principio expresado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* en D. 18.4.2.7, ya que no tendría como causa la herencia:

[...] en efecto se debe observar que el heredero no preste al comprador aquello que haya exigido que no fuese debido, ni el comprador consiga del heredero lo que haya prestado que no era debido [...]

Respecto a los créditos todavía no pagados, rige el principio de que el heredero transmite el derecho de cobrarlos sin necesidad de solicitar autorización a los deudores; estos últimos, si recibieran la notificación respectiva sobre la compraventa, deberán pagar al comprador; si no hubiera notificación, se liberarán realizando el pago al heredero, que a su vez deberá entregar al comprador, sobre este punto el BGB § 2384 manifiesta la obligación del vendedor de notificar a los acreedores de la herencia la realización del contrato respectivo.

Si una cosa de la herencia se hubiera perdido por causa de un tercero, el vendedor se liberará transmitiendo al comprador el crédito respectivo por resarcimiento del daño, porque el vendedor se obligó a ceder, además de los bienes materiales, los derechos relativos a las acciones hereditarias, como ya vimos en Gayo 2.252. Por lo tanto, las indemnizaciones que hubiere recibido el heredero por daños a los bienes hereditarios por parte de un tercero corresponderán al comprador, incluyéndose en este concepto las indemnizaciones por expropiación forzosa, o el importe del seguro en caso de siniestro.

e) El vendedor no transmite su calidad de heredero al comprador.

El heredero vendedor transmite la sustancia patrimonial o contenido económico de la herencia, quedando el título de heredero adscrito permanentemente a su persona en cuanto presupuesto de validez de la venta. Los mismos principios permanecen en el derecho actual, en donde dicho título, una vez adquirido, no se puede enajenar ni perder en virtud del principio *semel heres semper heres*, haciendo jurídicamente

irrealizable el intento eventual de las partes de vender la vocación misma de la herencia, de modo que el vendedor permanezca extraño a la sucesión.

Conformemente en las legislaciones actuales se menciona que el vendedor sólo se encuentra obligado a responder de su calidad de heredero (art. 1696 c.c. francés; art. 1531 c.c. español; art. 1542 c.c. italiano; art. 1556 c.c. venezolano; art. 1209 c.c. peruano; art. 1909 c.c. chileno; art. 1967 c.c. colombiano), derivándose como consecuencia que en la mayoría de éstas se considera implícita la exclusión de la responsabilidad por evicción sin necesidad de una norma expresa como ya vimos en Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* en D. 18.4.2 pr. Haciendo excepción el artículo 15532 del código civil español, que declara que el vendedor es responsable en caso de evicción del todo o de la mayor parte de la herencia.

f) En cuanto a las obligaciones del comprador.

Siendo la compraventa de herencia un tipo de la compraventa en general, la obligación principal del comprador radica en el pago del precio. Además de esta, como vimos en Gayo 2.252, el comprador está obligado a rembolsarle al vendedor lo que éste hubiera pagado por las deudas y cargas de la herencia, principio romanístico aceptado por las legislaciones modernas (art. 1698 c.c. francés; 1534 c.c. español; art. 1545 c.c. italiano; §§ 2378 y 2381 del B.G.B; art. 1556 c.c. venezolano; art. 1910 c.c. chileno). La razón de la mencionada obligación consiste en que el comprador asume la posición patrimonial correspondiente a la del heredero. El vendedor, a pesar de que conserve su calidad de heredero, se transforma en un tercero ajeno a los beneficios económicos de la herencia, asumiendo el carácter de acreedor de los gastos pagados en virtud del patrimonio que ya no le pertenece. El criterio básico para fundamentar dicha obligación del comprador consiste en que los gastos hayan sido hechos por motivo de la herencia

vendida. En la especulación jurídica moderna, así como en la romana se distinguen a tal propósito los diversos tipos de gastos. Los gastos necesarios de conservación, reparación o seguridad, que hubiere realizado el vendedor podrá reclamarlos al comprador; así como el pago de legados, fideicomisos o cualquier disposición testamentaria que le hubiere ocasionado un desembolso económico. Los gastos de lujo ornato o comodidad no ocasionarán reembolso alguno por parte del comprador, puesto que las cosas se venden en el estado en que se encuentran; sin embargo, el vendedor podrá retirar dichas mejoras, a no ser que el retiro produzca destrucción, daño o deterioro a los objetos de los que consta la herencia.

En el concepto de gastos que tienen que ser reembolsados están incluidos también los efectuados para la obtención de frutos de los bienes hereditarios; piénsese en el alquiler de maquinaria, pago a trabajadores o compra de materia prima; todas estas erogaciones deberán ser asumidas por el comprador, a no ser que se hubiere pactado lo contrario. Del mismo modo, si el vendedor hubiere adquirido la maquinaria pagándola con el dinero de la herencia, ésta corresponderá al comprador de esta; sin embargo, en caso de que no hubiese sido pagada con dicho dinero, y hubiese sido transferida al comprador con el haber hereditario, el mismo obtiene un beneficio por su utilización. En este caso, podríamos considerar que el vendedor tiene la posibilidad de exigirle una remuneración por el uso de ésta, o la posibilidad de hacer una deducción de los frutos que reembolsará al comprador.

El problema del pago de las deudas hereditarias por parte del comprador se hace patente respecto a los gastos funerarios del *de cuius*, debido al silencio de nuestro código sería aconsejable indicar que si el heredero los realizó no podrá exigirlos al comprador porque en caso contrario, considerándose deudas hereditarias, le podrían ser exigidos a este último.

Otro punto en donde en la actualidad podría seguirse el criterio de los juristas clásicos concierne a los impuestos de la herencia pagados por el heredero, que podrán demandarse al comprador, en virtud de tener el carácter de cargas hereditarias como indica Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* en D. 18.4.2.16:

Si el vendedor de la herencia haya pagado algo en concepto de vectigal público, será consecuente decir que el comprador reconoce de deber también esto; en efecto, también estos son gravámenes hereditarios. También si el vendedor pague algo en concepto de impuesto, lo mismo deberá decirse.

Esta es en efecto la posición del BGB alemán en su § 2379, siendo el único código que regula expresamente la cuestión.

El comprador de la herencia con fundamento en el contrato se obliga con el vendedor a realizar los pagos de las deudas en caso de que todavía no hubieren sido satisfechas, o que con posterioridad se conociere la existencia de ellas. Dicho acuerdo tiene efectos internos y no afecta a los acreedores, que seguirán conservando la garantía de la responsabilidad del heredero, ocasionando que, si este último realizara el pago, podrá exigir el monto al comprador, con tal que no se hubiera pactado lo contrario.

Del principio que el comprador llega a encontrarse en la misma situación económica del heredero, el § 2383 del B.G.B. hace derivar la consecuencia que el mismo adquiere también la limitación de la responsabilidad frente a terceros, de que gozaba el vendedor, como en el caso de aceptación de la herencia con beneficio de inventario, aunque debemos subrayar que en edad clásica el beneficio de inventario no existía, siendo introducido en la época justiniana.

Otra consecuencia que resulta del mismo principio radica en que el comprador está obligado frente a los deudores a

respetar las condiciones y términos de los convenios celebrados entre el *de cuius* y estos últimos. Si el heredero hubiera otorgado a los deudores un plazo mayor o condiciones más ventajosas para el pago, el comprador no podrá modificar estos convenios a no ser que exista un acuerdo con los deudores.

3. CONCLUSIONES

Después de haber hecho notar que los artículos 1291-1293 del Código Civil aplicable a la Ciudad de México no dan una solución a la infinidad de problemas que se presentarían en la práctica en la realización de un contrato de enajenación de derecho hereditario, no vemos por qué no tomar en consideración las respuestas que los juristas romanos dieron sobre la materia.

Los abogados en la actualidad, leyendo las fuentes romanas, pueden prevenir con anticipación los eventuales problemas a los que se harían frente asesorando a los clientes en la redacción de las cláusulas contractuales para especificar claramente las obligaciones de ambas partes.

A la luz de la disciplina jurídica de la institución en el Derecho Romano, podemos determinar los puntos que las partes en la actualidad deben tomar en consideración al celebrar el contrato:

- a) La herencia que se vende. El objeto podrá ser la totalidad o una parte de la herencia. Si existen coherederos, las partes deben tomar en consideración los derechos preferenciales de los demás coherederos, realizándose el procedimiento que establezcan las disposiciones que sobre la materia existan en las legislaciones nacionales correspondientes.

- b) Que la herencia objeto del contrato sea de una persona fallecida, La falta de este requisito ocasionará la inexistencia del acto, debiendo el comprador percatarse de la muerte del *de cuius* mediante el acta de defunción correspondiente o con la sentencia de declaración de muerte presunta.
- c) La determinación del alcance del concepto *hereditas*. Será conveniente la manifestación referente a si se realiza la venta de activos hereditarios únicamente, o si las deudas serán pagadas por el comprador. Así también, la realización de un inventario en el que las partes determinen si constituya *numerus clausus* o abierto, con la finalidad de saber a quién le corresponderán los activos y pago de las deudas que con posterioridad se conocieren.
- d) El momento de la determinación del monto de la herencia.
- e) La correspondencia de los frutos.
- f) Si existieran bienes vendidos o donados por el vendedor antes de la venta, determinar si el precio o el valor de los bienes será pagado por éste.
- g) La responsabilidad por evicción.
- h) Determinar quién pagará los impuestos de la herencia.
- i) Determinar si el comprador tendrá derecho al acrecimiento de la parte de un coheredero del cedente que ha renunciado a ésta.
- j) Establecer si el comprador estará obligado al reembolso de los pagos realizados por el vendedor en virtud de la herencia y si tendrá que pagar los gastos funerarios del *de cuius*.

El silencio de alguno de los puntos en el contrato ocasionará, de acuerdo con la interpretación de la disciplina por la jurisprudencia romana las siguientes consecuencias:

1. Si no se señaló la porción de la herencia que se vende, deberá entenderse la totalidad de ella en caso de que el vendedor sea el único heredero, y si tuviese una porción deberá entenderse la totalidad de ella. Si se hubiese hecho caso omiso a las disposiciones que en materia de derechos preferenciales existen, se corre el riesgo de que los coherederos afectados soliciten la nulidad del acto.
2. La ausencia del inventario de los bienes de la herencia no es obstáculo para la validez del contrato. Si no se mencionó a quién le corresponderán los activos que con posterioridad se conocieren, se entenderá que corresponden al comprador. Si no se mencionó quién pagará las deudas hereditarias, se entenderá que corresponden al comprador.
3. Si no se menciona el momento de la determinación del monto de la herencia, deberá entenderse el momento de la venta, y si no se hizo mención del estado en que se entregarán los bienes, deberá entenderse el estado en que se encontraban al momento de la celebración del contrato.
4. Si no se señaló a quién corresponden los frutos, deberá entenderse que le corresponden al comprador.
5. Si el vendedor hubiere realizado donaciones o ventas de bienes comprendidos dentro del haber hereditario antes de la venta de herencia y en el contrato no se dijo nada, se entenderá que el vendedor deberá rembolsar el precio o el valor de las cosas hereditarias.
6. Si no se hizo mención expresa de la responsabilidad por evicción por parte del vendedor de los bienes que sean considerados como comprendidos en el haber hereditario, deberá entenderse su irresponsabilidad.
7. Si no se dijo nada en lo referente a las obligaciones o servidumbres extintas por confusión, se entenderá

que tales obligaciones o servidumbres podrán ser de nuevo exigidas.

8. Si no se consideró el problema del acrecimiento, se entenderá que será beneficiado el comprador, siempre y cuando no se hubiera escrito en el contrato el porcentaje de herencia que se vende.
9. Si no se mencionó que el comprador estará obligado al reembolso de los pagos realizados por el vendedor, se deberá entender en sentido afirmativo. Si tampoco se indicó nada sobre los gastos funerarios, deberá entenderse que estos deberán ser reembolsados por el comprador.

4. BIBLIOGRAFÍA COMENTADA

El libro que publiqué en materia se llama *Propuesta sobre la venta de herencia en el Derecho Romano clásico*, México, D. F., 1997, pp. 7-292, y las reseñas que se hicieron sobre el mismo fueron de A. Burdese en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 65, 1999, pp. 418 a 425. y de D. Johnston en *Revue d'Histoire du Droit*, 68, 2000, pp. 122 a 123; anteriormente ya se encontraba escrita la monografía de A. Torrent, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Salamanca, 1966, pp. 15-263, pero como el autor partía del falso supuesto que el contenido de los textos de los juristas romanos se encontraba sustancialmente alterado en edad justinianea, esta visión no le permite apreciar los importantes resultados de las opiniones jurisprudenciales.

Los artículos 1291-1293 del Código Civil aplicable a la Ciudad de México fueron estudiados por nuestro estimado profesor de Derecho Civil M. Alessio Robles, "Derechos preferenciales en derecho mexicano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 11, 1987, pp. 43 a 81. Quisiera recordar que en

1996, mientras elaboraba mi libro en Roma, me acordé de que el maestro en su cátedra (cuando yo era estudiante en 1987) hizo una vez mención del así llamado “derecho del tanto”. Antes del siglo XXI no usaba Internet y por ello le escribí una carta al profesor Alessio Robles para solicitarle su investigación, en pocos días recibí su amable respuesta.

Después de mi libro, fue publicado el de E. Marelli, *La compravendita dell'eredità in diritto romano*, Torino, 2020, 193 pp. La autora sigue más o menos el mismo esquema que utilicé en mi investigación, pero la obra no me convenció como detalladamente expliqué en la reseña que publiqué sobre la misma en los *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, vol. 34, 2021, pp. 498-504, que pueden consultar *on line* en *Academia.edu*.

Últimamente salió un breve libro de una joven investigadora de la Universidad de Verona, M. F. Merotto, *L'emptio venditio di eredità futura nella giurisprudenza romana*, Napoli, 2022, pp. 1-154, limitado su estudio a un aspecto parcial de la venta de herencia.

*La vigencia del
Derecho Romano
en la contratación
bancaria*



Mtro. Jenaro Jorge Morales Martínez
Profesor de Derecho Romano en la Escuela Libre de Derecho
Lic. Sergio Enrique López Pérez

Dentro de la enseñanza del Derecho en México, surgió hace décadas, en escuelas y universidades, el cuestionamiento de la continuación de la enseñanza de Derecho Romano y su inclusión dentro de sus planes de estudios. Algunas inclusive, tanto públicas como privadas, ya las han excluido de sus programas o han reducido considerablemente el número de semestres en las que se imparte, situación que, en nuestra opinión, genera la consideración que exponremos a continuación y que da la pauta de poder analizar brevemente la vigencia del Derecho Romano en el Derecho Positivo mexicano, específicamente en algunas operaciones relacionadas con la contratación bancaria actual.

Cabe señalar que la trascendencia del Derecho Romano para el sistema jurídico mexicano actual no se limita en ser la fuente histórica por antonomasia ni sólo una referencia de la evolución de la institución que se pretende estudiar, sino consideramos que el Derecho Romano debe ser parte de la formación integral de todos los *juristas tanto en proceso como consumados*, pues aunque es correcta la afirmación de que no hay una aplicación estrictamente práctica en nuestra labor jurídica diaria, el entendimiento del mismo permite desarrollar una mejor comprensión y análisis de las instituciones jurídicas, lo cual permite generar por parte de los aprendices del derecho y posteriormente juristas una habilidad crítica a las mismas, transformando y fortaleciendo su pensamiento jurídico y sobre todo su conocimiento de la equidad en cada una de las situaciones jurídicas, en las cuales el jurista se ve involucrado y su prudente y equitativa solución.

En ese sentido, y conceptualizando el Derecho Romano en palabras de Álvaro D'Ors:

Se entiende por Derecho Romano una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*); especialmente la colección antológica de esos escritos hecha (*sic*) por el emperador Justiniano (s. VI d. C.).¹

Dicha colección antológica conocida como el *Corpus Iuris Civilis* nos permite concebir al Derecho Romano como un sistema jurídico principalmente casuístico y jurisprudencial y no como un sistema arbitrario, no razonado e impuesto.

Sin embargo, a la luz de la transición generacional y de la evolución de nuestro sistema jurídico a una era digital, ya no es suficiente con argumentar la trascendencia e importancia del Derecho Romano por medio de argumentos retóricos y abstractos que sostengan que el Derecho Romano es el origen de nuestro sistema jurídico, pues respetando al mismo como una fuente histórica de nuestro derecho positivo es el Derecho Romano eso, una fuente histórica.

Por lo anterior, es insoslayable que aquellos juristas con una educación jurídica romanística transmitan que la utilidad del Derecho Romano radica en la generación de un criterio jurídico que le permita al jurista resolver de una manera práctica y equitativa aquellos problemas que representen inclusive gran nivel de complejidad. En síntesis, si bien es cierto que la enseñanza de las instituciones del Derecho Romano, como fuente histórica del derecho, es coadyuvante en el aprendizaje de muchas de las instituciones actuales de nuestro sistema jurídico, principalmente de derecho privado, es el método casuístico, equitativo y jurisprudencial del Derecho Romano, lo cual permitirá a los juristas aprender a resolver los problemas que ante ellos sean presentados, desapegándose de una óptica

¹ D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Reino de España, Editorial EUNSA, 1986, parág.1.

legalista que muchas veces ya no se ajusta completamente a la realidad social.

Por lo anterior, el objeto de este artículo es precisamente entender la aplicación del razonamiento derivado de instituciones del Derecho Romano, y que no son precisamente un antecedente directo de algunos contratos bancarios actuales como los depósitos irregulares de dinero y los contratos de crédito y algunas de sus garantías.

1. LA ACTIVIDAD BANCARIA

a) *Las operaciones pasivas.* La actividad bancaria es en nuestro sistema jurídico una de las actividades con mayor carga de regulación administrativa, siendo a su vez dentro de las múltiples actividades que puede realizar una institución de crédito, la captación de dinero del público inversionista, como la principal operación pasiva, siendo las instituciones de crédito, dentro de las pocas autorizadas para poder captar dinero de dicha forma. En este orden de ideas, otras instituciones como las de la banca de desarrollo, sociedades financieras populares, las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, las instituciones de tecnología financiera y las uniones de crédito también cuentan con esta facultad, por lo que la necesidad de una relación equitativa entre la captación de los recursos y su administración se convierten en una base fundamental del sistema monetario mexicano de captación de recursos.

En Roma, los “banqueros” (*argentarii*) no practicaban una actividad regulada propiamente, sin embargo, los banqueros en el ejercicio de su práctica les llegaron a conceder acciones propias para ellos y sus clientes.

Si bien es cierto que en estricto sentido los *argentarii* eran considerados como una especie de comerciantes en Roma que

se dedicaban a la intermediación del dinero, es la banca de Venecia² para el año 1171 d. C. un importante precedente para el concepto moderno de la misma, toda vez que para aquella época y bajo la influencia y prohibición de la Iglesia católica se había impuesto la prohibición del cobro de intereses sobre los préstamos, siendo dicha banca de Venecia la que otorgó créditos en los que era posible la capitalización de intereses, para financiar la guerra entre Venecia y Bizancio, ocultando el cobro de intereses mediante la capitalización de los mismos a la suerte principal.³

b) *Las operaciones activas*. El préstamo de dinero ha sido una actividad que existió en Roma, y no era una actividad que pudieran realizar directamente los *argentarii*, podría celebrarse con cualquier ciudadano romano. Sin embargo, era una actividad que preponderantemente realizaban los *argentarii*⁴, entendidos como banqueros. No obstante, también se habla de que en Roma existieron otros intermediarios conocidos como banqueros intermediarios (*pararii*), que se encargaban de relacionar a quien prestaba el dinero y quien lo pedía prestado, inclusive quien se encargaba de relacionar a varios prestamistas a la vez, facilitando al efecto la intermediación.⁵

En México, las instituciones de crédito pueden intermediar y prestar el dinero que captan del público. Sin embargo, la prestación de dinero no es una operación que puedan celebrar únicamente dichas instituciones, podría hacerlo cualquier persona. No obstante, son las instituciones de crédito y algunas otras facultadas para captar dinero del público inver-

² La banca de Venecia junto con la de Florencia con la Familia Medici va a ser el referente de los negocios bancarios a nivel mundial y lo que dará como resultado varias de las actividades de captación y colocación bancaria en el viejo continente y posteriormente en todo el mundo.

³ Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, *Lecciones de derecho bancario*, Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa y Universidad Panamericana, 4.ª ed., 2016, p. 16.

⁴ El término *Argentarii* deriva de la palabra *Argentum* que significa “plata”.

⁵ Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado romano*, República Argentina, Editorial Depalma, 1999, Parág. 405.

sionista y que, como mencionamos anteriormente, son las únicas que pueden prestar el dinero captado.

2. LOS CONTRATOS DE DEPÓSITO IRREGULARES Y LA CAPTACIÓN DE RECURSOS

En Roma, el contrato de depósito fue considerado como un contrato real de buena fe, no traslativo de dominio, mediante el cual una persona llamada “depositante” entregaba a otra persona llamada “depositario” una cosa confiándole su guardia, quedando el depositario a obligar a otra a devolver esa misma cosa cuando el depositante la reclamase. Era un contrato esencialmente gratuito, pues de lo contrario podíamos estar bajo otra institución llamada *locatio et conductio*. En el Derecho Romano justineano se admitió que fuera naturalmente gratuito, pudiendo las partes admitir en el depósito se otorgara al depositario una módica merced.⁶

El depósito definido de esa forma es un contrato que en nuestro sistema jurídico se regula de manera similar en los Códigos Civiles de las entidades federativas de la República Mexicana y Federal. Sin embargo, tratándose de la actividad bancaria, podría existir, bajo la modalidad del depósito en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y cualquier documento mercantil, de conformidad con la Ley de Instituciones de Crédito:

Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: [...]

[...] XVI. Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles.

⁶ *Loc. cit.*, parág. 367.

El Derecho Romano contempló además del depósito regular, definido en los párrafos anteriores, el depósito irregular, mismo que se entendía como aquel que se podía hacer en una bolsa o en un cofre cerrado o sellado y que el depositario se obligaba a restituir. En nuestro derecho positivo actual, dicho contrato es una excepción al contrato de depósito bancario de dinero, el cual sí es traslativo de dominio, es decir, cuando se deposite el dinero en alguna caja, saco o sobre cerrado, no transferirán la propiedad al depositario, de conformidad con el artículo 268 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

Artículo 268. Los depósitos que se constituyan en caja, saco o sobre cerrados, no transfieren la propiedad al depositario, y su retiro quedará sujeto a los términos y condiciones que en el contrato mismo se señalen.

En ese sentido dicho depósito irregular romano, puede ser entendido en nuestro derecho como el depósito bancario hecho en caja, saco o sobre cerrado. Sin embargo, también podría otorgar principios generales para el entendimiento de una operación que no es exclusiva de las instituciones de crédito y que se clasifica como una operación de servicios, que es el servicio de cajas de seguridad, mismo que se encuentra regulado en la fracción XIII del artículo 46 y el artículo 78 de la Ley de Instituciones de Crédito:

Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: [...]

[...] XIII. Prestar servicio de cajas de seguridad [...]

[...] Artículo 78. El servicio de cajas de seguridad obliga a la institución que lo presta, a responder de la integridad de las cajas y mediante el pago de la contraprestación correspondiente, mantener el libre acceso a ellas en los días y horas hábiles. El tomador de la caja es

responsable por todos los gastos, daños y perjuicios que origine a la institución con motivo de su uso.

Cabe señalar que el presente artículo no pretende analizar los antecedentes de las instituciones del derecho positivo actual, pero consideramos que al entender el depósito irregular romano podemos entender y establecer los principios generales aplicables a una especie del depósito bancario de dinero y al servicio de cajas de seguridad que se encuentran regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito.

El depósito irregular romano no sólo se acotó a aquel hecho en bolsas y sacos, si fueron las prácticas heredadas por parte de los derechos helenísticos⁷ los que lo llevaron a evolucionar y a contemplar el depósito de dinero como un depósito irregular, de tal modo que había una traslación de dominio al depositario, mismo que se obligaba a devolver una suma equivalente.

En nuestro derecho positivo actual, la regla general es que el depósito no es traslativo de dominio. Excepcionalmente está el depósito bancario, el cual transmite al depositante, que en este caso deberá ser un banco, la propiedad de dicha suma de dinero, la cual hace posible la intermediación bancaria. Asimismo, de manera excepcional la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que el depósito bancario de dinero recibido en caja, saco o sobre cerrado no transmite la propiedad al banco.

El estudio del depósito romano consideramos que otorga los principios generales que pueden llegar a resolver cualquier problemática presentada en algún depósito bancario o inclusive de una operación de servicios, como es el de cajas de seguridad, al cual podrían surgir diversas interrogantes, en

⁷ *Loc. cit.*, parág. 369.

caso de depósitos incorrectos, el robo a las cajas de seguridad, como podría determinarse el monto de lo robado, si podría alguna de las partes mentir, o inclusive el papel de la buena fe bajo el cual era gobernado el depósito romano y las obligaciones que cada una de las partes contrae en esta clase de depósito, ya que sigue los principios generales de cualquier depósito inclusive el romano, que es la guardia y custodia de un bien para su devolución una vez que lo solicite el depositante.

3. EL CONTRATO DE MUTUO ROMANO SOBRE DINERO, LOS CONTRATOS DE CRÉDITO Y EL CRÉDITO SINDICADO

El mutuo romano fue un préstamo de dinero o de otras cosas fungibles y consumibles mediante el cual una persona transmitía la propiedad de dichos bienes a otra, quien los recibía y a su vez se obligaba a restituir una cantidad igual a éstas y no las mismas. A dicho contrato le denominaron como un préstamo de consumo.⁸

Fue un contrato real, naturalmente gratuito. El mutuante no cobraba intereses. Podía cobrarlos, pero no en virtud del mutuo, sino por una *stipulatio usurae* que se celebraba de manera conjunta con el mutuo.

Independientemente de la denominación en Roma o en nuestro derecho actual, debemos entender los orígenes de esta institución y el concepto general, toda vez que derivado de la misma, se han hecho múltiples interpretaciones por la onerosidad o no del mismo.

Consideramos que el mutuo o préstamo nació como un acto de generosidad, por el que una persona con excedente de cosas o bienes prestaba algunos de ellos a quienes lo requiriese.

⁸ *Loc. cit.*, parág. 359.

ran, siendo que en la actualidad es de los actos más celebrados a nivel macroeconómico y microeconómico, pues la evolución histórica del mismo, que no es objeto del presente artículo, nos ha permitido desarrollar la institución en contratos de préstamo o contratos de crédito, cuyas denominaciones y modalidades varían conforme a la legislación de cada país. Sin embargo, también es una operación realizada entre países u organismos internacionales. Como sabemos, el interés de un mutuo es el costo del dinero, lo que pierdo al no tenerlo disponible se considera el costo de quien lo presta; de ahí que los mutuantes, pensando económicamente y con todo derecho, tratarán de asegurar su patrimonio.

La evolución de la institución a través del *Corpus Iuris Civilis*, el Código francés de 1804, el Código Civil italiano de 1942, los usos mercantiles, la doctrina y la jurisprudencia, entre otros, han creado instituciones como el contrato de apertura de crédito, implementado en la práctica bancaria en varios países del mundo, en los cuales no está reglamentado propiamente, pues inclusive en la práctica bancaria norteamericana se le ha denominado como línea de crédito (*line of credit*).⁹

La relevancia del estudio y comprensión del mutuo romano, aunado con principios generales del derecho, como la buena fe, el *pacta sunt servanda*, la *aequitas*, entre otros, consideramos que sentaron las bases de las instituciones que en nuestro Derecho actual son los contratos de apertura de crédito, ya sean refaccionarios, en cuenta corriente o los créditos sindicados que brevemente analizaremos a continuación.

a) *Del contrato de apertura de crédito simple y el mutuo romano sobre dinero*. Dentro del sistema jurídico mexicano, existe el contrato de apertura de crédito simple, que en la

⁹ Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, 19.ª ed., 2013, p. 291.

práctica bancaria también lo denominan como crédito a plazo, mediante el cual el acreditante pone a disposición una determinada suma de dinero durante determinado plazo, dentro del cual el acreditado podrá disponer de los fondos, ya sea en una sola exhibición o mediante diversas disposiciones, hasta por el límite pactado, pero no podrá volver a disponer de las cantidades dispuestas y pagadas. Asimismo, el acreditante está facultado para cobrar al acreditante, el importe del crédito dispuesto, así como los intereses, comisiones y gastos generados.

El contrato de apertura de crédito simple tiene en esencia los elementos del contrato de mutuo sobre dinero romano, el cual, como diferencia específica, es que dentro del mismo contrato de apertura de crédito pueden pactarse los intereses y comisiones.

En la práctica bancaria mexicana, los bancos con recursos captados del público pueden realizar la intermediación bancaria, con fundamento entre otros, en los artículos 2.º y 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito y la Circular 3/2012 del Banco de México:

Artículo 2.º El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:

- I. Instituciones de banca múltiple, y
- II. Instituciones de banca de desarrollo.

Para efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados [...]

[...] Para efectos de este artículo y del artículo 103 se entenderá que existe captación de recursos del público cuando: a) se solicite, ofrezca o promueva la obtención

de fondos o recursos de persona indeterminada o mediante medios masivos de comunicación, o b) se obtengan o soliciten fondos o recursos de forma habitual o profesional [...]

[...] Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: [...]

[...] VI. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos [...].

El contrato de apertura de crédito simple dista conceptualmente de lo que se entendió como el mutuo romano sobre dinero, pues fue la mercantilidad lo que permitió el desarrollo del primero mencionado, ya que, como se mencionó anteriormente, el mutuo romano sobre dinero tuvo un origen inicial como acto de generosidad, pero evolucionó y admitió la posibilidad de que pueda ser oneroso. Posteriormente, la influencia del cristianismo en el Derecho Romano justineano permeó de principios morales la institución y llevó a que evolucionara mediante la posibilidad de capitalización de intereses.

El mutuo romano sobre dinero era desde luego un contrato real a diferencia del contrato de apertura de crédito, que es un contrato obligacional, es decir, no requiere la entrega de las cosas para su perfeccionamiento. Sin embargo, consideramos que el entendimiento conceptual de la institución romana en general podría facilitar la comprensión de instituciones actuales como la modalidad del contrato de apertura de crédito no comprometido o inclusive la denuncia y restricción de los créditos, que si bien no le otorgan el carácter de real, sí podrían analizarse como excepciones al principio general del derecho *pacta sunt servanda*.

b) Del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, las tarjetas de crédito y la *nomina transcripticia*. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 296 dispone la posibilidad de celebrar el contrato de apertura

de crédito en cuenta corriente, en la práctica bancaria también conocido como crédito revolvente. Entiéndase por apertura de crédito en cuenta corriente aquel mediante el cual el acreditado tiene la facultad de disponer del importe de crédito, durante el periodo de disposición y tiene la facultad de volver a disponer de las cantidades dispuestas y pagadas. A dicho contrato le son aplicables los fundamentos de la Ley de Instituciones de Crédito y la Circular 3/2012 relacionados en el inciso anterior.

Mediante la instrumentación del contrato de crédito en cuenta corriente, los bancos mexicanos tienen la posibilidad de ofrecer tarjetas de crédito, de conformidad con el artículo 46, fracción VII, de la Ley de Instituciones de Crédito y la Circular 34/2010 del Banco de México.

El concepto de tarjeta de crédito resulta ser imprescindible en la actualidad, la posibilidad de que además otro tipo de instituciones financieras puedan emitirlos ha hecho que en el ideario colectivo mundial sea conocido.

Artículo 46. Las instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes: [...]

[...] VII. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente [...]

Es evidente que en todo el periodo que comprende el Derecho Romano no se concibió la idea de pagar en *cualquier* establecimiento o disponer de efectivo mediante el uso de un plástico o artefacto equivalente. Sin embargo, tanto al contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y a la tarjeta de crédito le resultan aplicables los principios básicos de la *nomina transcripticia* romana, pues al entenderla permite comprender la lógica jurídica básica del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y la tarjeta de crédito.

La *nomina transcripticia* tiene sus principios en las inscripciones que realizaba el *paterfamilias* en su libro de cuentas

(*codex accepti et expensi*) que llevaban, y en el cual se anotaban los ingresos y egresos de los negocios contraídos con otras personas y en el cual se realizaba el *acceptum* y el *expensum*.¹⁰

Entre un par de clases de la *nomina transcripticia*, podemos entender que únicamente era posible anotar sumas de dinero, por lo que se supone que ambas partes debían anotar tanto el crédito como la deuda. Sin embargo, era inevitable que se hiciera la anotación en el libro del acreedor en el cual debía probar la anotación y el consentimiento del deudor.

Como principios elementales, la revolvencia de la *nomina transcripticia* le es aplicable al contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y en lo que respecta al consentimiento que el deudor debía manifestar en el libro de cuentas le es aplicable a la tarjeta de crédito al autorizar cualquier compra o disposición de dinero.

El consentimiento en la *nomina transcripticia* se plasmaba mediante la impresión del sello sobre lacre en el libro de cuentas, concepto que ha evolucionado y continúa evolucionando en el derecho positivo mexicano mediante la digitalización de los documentos. Sin embargo, fue la práctica bancaria punta de lanza en estos temas, al implementar el Número de Identificación Personal (NIP) como una forma de manifestación del consentimiento.

En Roma figuró una acción para los banqueros, en la cual exhibían la cuenta *nomina transcripticia* con expresión de día y año, y la posibilidad de reclamar la suma resultante de los cargos y abonos, quedando obligado a compensar los mismos.

Es en este momento que se cuestiona: ¿existe alguna disposición dentro del sector bancario mexicano al que le sea aplicable una acción semejante a la referida en el párrafo

¹⁰ Iglesias, Juan, *Derecho romano*, Reino de España, Editorial Ariel Derecho, 15.^a ed., 2007, p. 276.

anterior? La respuesta, en nuestra opinión, es sí, pues son los mismos principios que otorgan la acción ejecutiva a los bancos, cuando en virtud de los créditos otorgados exhiben el contrato respectivo y un estado de cuenta certificado por un contador, como lo dispone el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Artículo 68. *Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.*

Por lo anterior, consideramos que la *nomina transcripticia* permite sentar los elementos y mecánica operativa bajo los cuales actualmente opera el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y la tarjeta de crédito, pues ha sido de gran utilidad para los comerciantes, específicamente para los banqueros, pues las tarjetas de crédito son productos importantes para dichas instituciones.

Cabe señalar que ciertos principios como la manifestación del consentimiento que se hacía en Roma son un precedente considerable en nuestro derecho actual.

c) *De los créditos sindicados.* En Roma era posible que una pluralidad de personas pudiesen otorgar en mutuo cierta suma de dinero, pues como mencionamos al inicio del artículo, existían los *pararii*, que eran los banqueros intermediarios entre los mutuantes y mutuarios, mismos que generaban que la operación se facilitaba cuando el que necesitaba dinero no lo disponía o en su caso era necesario recurrir al préstamo de varios mutuantes a la vez.¹¹

¹¹ Di Pietro, *op. cit.*, parág. 405

Semejante a lo anterior, la práctica bancaria ha generado dentro de sus operaciones activas los denominados créditos sindicados, los cuales se caracterizan por tener una pluralidad de operadores bancarios en un único contrato de crédito, los que por su cuantía y características exceden de las posibilidades de atención por parte de un solo banco.

Los créditos sindicados no están expresamente regulados por las disposiciones legales, sin embargo, la práctica bancaria nos llega a conceptualizar, dentro de un abanico de posibilidades que se pueden ajustar a las necesidades de cada caso concreto, como un contrato de crédito mediante el cual un sindicato de bancos se compromete, dentro de los límites pactados a poner a disposición de un acreditado o varios, sumas de dinero (cada banco se compromete a poner una parte de la suma total).

Los créditos sindicados tienen como nota distintiva la agencia, es decir, una entidad o banco que será el encargado de la administración del crédito y podría inclusive administrar las garantías, papel similar al que desempeñaban los *pararii* en Roma.

Dentro de las múltiples funciones que podría tener el banco agente, también podría tener a su cargo la sindicación de los bancos, es decir, el encargado de reunir a los bancos para poder otorgar el crédito. Sin embargo, ante flexibilidad que pueden tener los créditos sindicados, podrían delegar funciones, teniendo inclusive dos o más agentes dentro de un solo crédito, por ejemplo, podríamos tener un agente de sindicación, un agente de administración, un agente de garantías y un agente de monitoreo, es decir, la posibilidades oscilan dependiendo de las necesidades tanto de los acreditantes como del acreditado o acreditados.

Finalmente, por lo que respecta a los créditos sindicados, se reafirma que las estructuras que se podrían plantear en el Derecho Romano son estructuras que actualmente son

implementadas tanto a nivel nacional como a nivel internacional. No omito mencionar que hay instituciones del Derecho Romano que era posible aplicar en Roma como garantía de éstos préstamos de dinero y que son aplicados en los créditos actuales, incluyendo los créditos sindicados, como lo son la prenda, la hipoteca y la fianza, lo cual nos permite considerar la vigencia y aplicabilidad del Derecho Romano en la estructuración de financiamientos complejos actuales.

A manera de conclusión, podríamos afirmar que, si bien es cierto que muchas de las instituciones de nuestro sistema jurídico podrían no tener un antecedente directo en el Derecho Romano, el ser un estudioso del mismo presupone un criterio jurídico tan amplio que podría facilitar el análisis de las instituciones modernas bajo una óptica romanística y una visión de la equidad que se tiene que verificar en todos los contratos que se celebran, esto más los principios generales del derecho inspirados o muchas veces descubiertos por el Derecho Romano, nos llevarán a una solución prudente de temas tan diversos como lo son los bancarios.

Boletín jurídico práctico, núm. 6, julio del 2024

ISBN: 978-607-59689-3-3

Editado por

Escuela Libre de Derecho

Dr. Vértiz 12 esq. Arcos de Belén,

Col. Doctores, Cuauhtémoc, Ciudad de México,

CP. 06720,

Tel. +52 (55) 5588 0211 conmutador

Editor responsable: José Manuel Villalpando

Supervisión editorial: Manuel Alexandro Munive Páez

Disponible en acceso abierto en la página:

<https://www.eld.edu.mx/>

LOS TEXTOS AQUÍ PUBLICADOS SON

RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE CADA AUTOR

Diseño e impresión: Procesos Editoriales don José S. A. de C. V.

Ganaderos 149, Granjas Esmeralda, 09810, Iztapalapa,

Ciudad de México, 8 de julio del 2024

Tiraje: 400 ejemplares.

**ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BOLETÍN JURÍDICO PRÁCTICO**

RECTOR

Emilio González de Castilla del Valle

JUNTA DIRECTIVA

José Luis Izunza Espinosa
Fernando Cataño Muro Sandoval
Juan Pablo Estrada Michel
Gabriela de la Mora Galván
Mario Héctor Blancas Vargas

SECRETARIOS

José Manuel Villalpando
Secretario Académico

Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

Cecilia Lizardi Tort
Secretaria de Posgrado

Arturo Ramos Sobarzo
Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

Manuel Alejandro Munive Páez
Director del Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Juan Pablo Estrada Michel
Director

Francisco de Icaza Dufour †
Director Honorario

Lizbeth América Cedillo Valderrama
Rodolfo Gómez Alcalá
Rafael Estrada Michel
Pablo Francisco Muñoz Díaz
Arturo Ramos Sobarzo
José Manuel Villalpando

9 786075 968933

