

«ACERCA DEL FIN Y REGIMEN DEL SENADOCONSULTO MACEDONIANO»

Con ocasión del crimen cometido por un tal Macedón, el Senado acordó en el siglo I d. de C. un senadoconsulto que se haría famoso con el nombre del autor de aquel *scelus*: el *Senatusconsultum Macedonianum*, que contiene, como es sabido, la prohibición del mutuo de dinero con personas sujetas a la patria potestad, de modo que el pretor debía denegar la acción al prestamista o, en su caso de no poder determinarse en la fase *in iure* si el mutuo violaba la disposición del senadoconsulto, conceder una excepción perpetua al demandado, cuyos presupuestos debía examinar el juez, quedando en su caso paralizada la reclamación judicial¹.

1. La época concreta no es conocida. Por un lado tenemos el testimonio de Suetonio, *Vesp.* 11: *libido atque luxuria coercente nullo invaluerat. auctor senatui fuit decernendi, ut quae se alieno servo iunxisset ancilla haberetur; neve filiorum familiarum faeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem*. Por otra parte, señala Tácito, *ann.* 11,13: *Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filius familiarum faenori darent*, atribuyendo a primera vista nuestro Senadoconsulto a Claudio. Da la impresión de que ambos textos se refieren a la misma disposición. Suetonio puede haberse confundido en este caso, como a propósito del SC Claudiano, pero habría que pensar entonces que Tácito utiliza incorrectamente la expresión *lege lata*; HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn*, Nachdr. Amsterdam 1965, 151, advierte sin embargo que «dieser Schriftsteller wägt seine karge Worte». Quizá hubo una ley anterior con distinto contenido, oscurecida por el SC. Macedoniano. Una explicación ingeniosa que concilia ambos testimonios fue ideada por Fabro: el SC. podría haber sido propuesto por Vespasiano siendo cónsul bajo el principado de Claudio (hacia fines del 51), cfr. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIV-XV, trad. ital. de Bonfante, Milano 1907, 115; DAUBE, *Did Macedo Murder his Father?*, ZSS 65 (1947), 309 s. No obstante, es posible que Tácito haya utilizado de modo no técnico la expresión *lege lata*, impulsado precisamente por su afán de concisión. Una innovación como la del SC. Macedoniano, contra corriente de la evolución general del derecho, cuadra mejor con un personaje como

La regulación concreta de esta prohibición, que limitaba la capacidad negocial de los *filiis familias*, ha dado lugar a una literatura bastante amplia en el pasado², al pervivir en otra forma y con otro sentido a lo largo del Derecho común. Pero también la romanística moderna se ha ocupado del tema, en relación con la doctrina de la *naturalis obligatio*³, de ciertas características del tipo de ineficacia establecido⁴, contrastantes con otra disposición en cierto modo análoga contenida en el *Senatusconsultum Velleianum*⁵, y sobre todo a propósito de la *occasio* y de la *ratio legis* del Macedoniano⁶. Este último tema ha dado lugar a una serie de brillantes conjeturas sobre lo que podría denominarse «el asunto Macedón». Moviéndonos siempre en un terreno puramente conjetural, dado el estado de las fuentes, creo que es posible intentar una nueva explicación de la ocasión concreta que motivó la promulgación de nuestro senadoconsulto, lo cual puede contribuir a una mejor comprensión de los detalles de su regulación.

En este breve trabajo me propongo arriesgar una nueva inter-

Claudio que no tenía precisamente muchas inhibiciones ante el mundo del Derecho; cuenta Séneca, *apocol.* 12, que a la muerte de este emperador *iurisconsulti e tenebris procedebant, pallidi, graciles, vix animam habentes, tamquam qui tum maxime reviscerent*, cfr. SCHULZ, *Roman legal science*, Oxford 1946, 109. En cualquier caso no se puede pasar de suposiciones. En un restablecimiento por parte de Vespasiano de disposiciones anteriores de Claudio, piensa BAUMAN, *Legislation in Suetonius*, ZSS 99 (1982) 114 s.

2. GLÜCK, *op. cit.* 110 ss.

3. SIBER, *Naturalis obligatio*, Gedenkschrift für L. Mitteis, Leipzig 1926, 52 ss.; BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino 1955, 114 ss.; LONGO, *Ricerche sull' «obligatio naturalis»*, Milano 1962, 240 ss.; CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, Genève 1964, 243 ss.

4. SIBER, *op. cit.* y DE VILLA, *Appunti sul Senatoconsulto Macedoniano*, en *Annali Sassari* 18 (1940) 255 ss.

5. Cfr. sobre el SC. *Velleianum* MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Köln-Graz 1957.

6. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV Heft, Tübingen 1920, 120; SOHM-MITTEIS, *Institutionen*, München 1928, 393; BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge 1932, 274; Id., *A textbook of Roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1932, 465 s.; SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 511 s.; DAUBE, *op. cit.*; BENEDEK, *Zweck und Entstehungsumstände des Senatusconsultum Macedonianum*, en *Essays in honour of Ben Beinart*, Cape Town 1978, 47 ss.

pretación de los relatos que las fuentes nos han transmitido sobre el crimen de Macedón y de su relación con la prohibición del mutuo de dinero a los *filii familias*, para abordar después, desde un nuevo punto de vista, los problemas fundamentales de la concreción de esta norma por los juristas y los príncipes.

1. Antes de examinar las distintas teorías en torno a las circunstancias concretas que rodearon el nacimiento de esta norma, consideremos los textos jurídicos en los que se habla expresamente de ellas:

I

ULP. 29 *ad ed.*, D. 14,6,1 pr.: *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: «Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri».*

Inst. 4,7,7: *.. quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentium insidiabantur.*

Paraphr. inst.:

Μακέδων τις οὕτω λεγόμενος γέγονεν ἐν τῇ Ῥώμῃ. ὑπεξούσιος ὢν τῷ οἰκείῳ πατρὶ ἐδανείσατο παρά τινος, ἐλπίζων ὅτι τελευτήσαντος αὐτοῦ τοῦ πατρὸς δυνήσεται τὸ χρέος ἀποδιδόναι. πολλοῦ χρόνου διαδραμόντος, ὁ δανειστής ἐπέκειτο τὸ χρέος ἀπαιτῶν. ὁ Μακέδων οὐκ ἔχων πόθεν ἀποδῶ (πῶς γὰρ ὑπεξούσιος ὢν;) ἀνεῖλε τὸν ἑαυτοῦ πατέρα. ἐγνώθη τοῦτο τῇ συγκλήτῳ καὶ κεῖνος μὲν δίκας δέδωκε πατροκτονίας, δόγμα δὲ λεγόμενον Μακεδωνιάνιον γέγονε.

(Vivía en Roma un sujeto llamado Macedón, estando todavía sometido a la patria potestad, tomó dinero prestado de cierta persona, esperando que podría devolver la deuda después de morir su padre. Habiendo transcurrido mucho tiempo, el acreedor presionaba reclamando la deuda. Macedón no teniendo de donde pagar (¿cómo, pues, estando *in potestate*?) asesinó a su padre. Fue llevado esto ante el Senado y

aquél pagó las penas de parricidio y fue emanado el senadoconsulto llamado Macedoniano).

La interpretación y valoración de estos textos ha dado lugar a discusiones y dudas en la antigua doctrina romanística⁷, que sin embargo llegaron a superarse en el siglo pasado, aceptándose una correspondencia fundamental entre los textos referidos⁸. Pero el acuerdo sobre los fines y la ocasión del SC. Macedoniano se rompen por obra de Beseler⁹. Para él el relato de Teófilo constituye «eine alberne byzantinische Legende»; en su argumentación señala que Macedón, siendo un *filius familias*, no pudo haber sido presionado por sus acreedores, ya que en virtud del mutuo que hubiese contraído podía ser demandado y condenado, pero no cabía ejecución contra él, ni patrimonial, pues no tenía patrimonio propio, ni personal, excluida por la *potestas* del padre. El *filius familias* se encontraba más bien al abrigo de las reclamaciones de sus acreedores mientras estaba *in potestate*, por lo que no podía tener interés desde este punto de vista en el asesinato del *paterfamilias*. Más aún, si fuera verdad que Macedón fue impulsado al *parricidium* por la necesidad de disponer de medios de fortuna, el SC. habría sido una norma contraproducente, pues impedía al hijo el recurrir al préstamo de dinero, lo cual podía incrementar sus motivos para desear la muerte del padre. Este razonamiento lleva a Beseler a considerar que no fue un parricidio la falta de Macedón, sino únicamente la conclusión de un negocio cuya aceptación por la otra parte se fundaba en la esperada muerte del padre (*in mortem parentis*): una simple falta contra la *pietas*. Para el Senado, sin embargo, no era esto lo más importante. Según este autor, el SC. tenía la finalidad fundamental de proteger a los hijos *in potestate* de su propia ligereza, de modo que no dilapidaran su herencia aún antes de recibirla; por eso la norma se dirige contra los *faeneratores*, responsables de esta conducta.

Tampoco Mitteis¹⁰ cree que Macedón asesinara a su *paterfami-*

7. GLÜCK, *op. cit.* 113 n. 75.

8. GLÜCK, *ibid.*; HUSCHKE, *op. cit.* 149 ss.

9. BESELER, *op. cit.* 130.

10. SOHM-MITTEIS, *op. cit.* 393.

lias, aunque advierte que su falta no pudo consistir simplemente en la ausencia de sentimientos piadosos: la palabra *scelus* alude inequívocamente a un crimen. Macedón habría asesinado a un hombre rico no pudiendo pagar sus deudas o, incluso, al mismo usurero.

Pero de acuerdo con una tercera opinión defendida por Buckland¹¹, Macedón no habría sido un *filius familias*, sino el mismo usurero y el SC. se dirigía contra los jóvenes despilfarradores que tenían buenas expectativas hereditarias y contra los prestamistas que sacaban provecho de esta situación.

También Schulz¹² discutió la credibilidad del relato de Teófilo sobre la *occasio SCti.*, considerando que la finalidad del Senado fue la de prohibir a los prestamistas el mutuo de dinero a los hijos *in potestate*, ya que tales préstamos eran contrarios a los *bonos mores*, y no por el interés excesivo que en estos negocios estipularía el prestamista, sino porque desde el momento en que el pago se esperaba muy frecuentemente sólo después de la muerte del *paterfamilias*, «the lender might attempt to murder him». Por la misma razón, añade Schulz, la *substitutio pupillaris* se hacía en tablillas separadas, para no amenazar la vida del *pupillus*. Por otra parte, el préstamo proporcionaba al hijo medios para una vida disipada, pero el propósito del SC. no era proteger al hijo contra las consecuencias de sus locuras, hubiera sido absurdo, ya que podía ser una persona mayor, incluso un cónsul¹³; si del Sc. resul-

11. BUCKLAND, *op. y loc. cit.*, en la 2.ª obra indica sin embargo que la finalidad del SC. fue la de evitar la *actio de peculio* contra el padre.

12. *Op. y loc. cit.*

13. Cfr. Ulp. 29 ad ed. D. 14,6,1,3: *In filio familias nihil dignitas facit, quo minus senatus consultum Macedonianum locum habeat: nam etiam si consul sit vel catusvis dignitatis, senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit.* La exclusión del SC. en caso de que el *filius familias* tenga un peculio castrense con la frase *nisi* rell. debe ser un añadido justiniano. También debe estar sacado de su contexto el fragmento siguiente: *usque ad quantitatem castrensis peculii*. (Ulp. 64 ad ed.). Estas alteraciones se han llevado a cabo después que Justiniano permitió el mutuo de dinero al *filius familias miles* (C. 4,28,7,1,a. 530). La referencia a la existencia de peculio castrense y también la limitación al montante del mismo es un absurdo, considerado desde el punto de vista de la capacidad negocial, que se relaciona con el estatuto personal y no con el concreto estado patrimonial. Se explica de todas

taba una protección para el hijo, esto era una consecuencia inevitable de la finalidad auténtica de castigar al prestamista. Esta finalidad se corresponde poco según Schulz con la concreta ocasión del Sc.: probablemente Macedón asesinó a su padre, quizá necesitaba más dinero para proseguir su vida disipada y encontraba cerrado el crédito por la cuantía de sus deudas. Pero en cualquier caso los juristas no mencionan la causa porque no era importante para la interpretación del SC. Siguiendo la misma idea de Beseler, indica que el propósito del Senado no fue proteger a los *patresfamilias* de hijos asesinos, hubiera sido una medida completamente inadecuada, y que no es razonable pensar que el crimen se cometiera por la presión de los acreedores sobre Macedón, pues la situación jurídica de éste era segura mientras viviera el padre.

Frente a estas opiniones críticas se opone enérgicamente Daube en un extenso artículo en el que examina minuciosamente los problemas en juego. Daube acepta plenamente la explicación de Teófilo y llega a decir que «his account is so probable that s'il n'existait pas, il faudrait l'inventer»¹⁴. Hay que señalar en primer lugar que mientras tanto los estudios de Derecho romano comenzaban a experimentar un cambio importante en la valoración de las fuentes, superándose la corriente hipercrítica que había llevado a exageraciones y arbitrariedades sobre el carácter de lo clásico¹⁵; es en esta nueva tendencia de nuestros estudios en la que hay que situar a Daube. De acuerdo con esta actitud, presenta una explicación que pretende salvar y armonizar el contenido de los textos relevantes incluso en sus detalles, aunque, como veremos, el necesario equilibrio hermenéutico se rompe al tomar como punto de partida indiscutible uno solo de ellos, precisamente el de la *Paraphrasis* griega a las Inst. de Teófilo.

Resumidamente, Macedón, según Daube, era un *filius familias* de vida ímproba, *oneratus magnitudine aeris alieni*, y habría sido

formas, en el nivel histórico de la Compilación, porque después de la reforma de Justiniano, los compiladores del Digesto aspiran a extender lo más posible la aplicación del SC. en los casos en que esta aplicación viene excluida. Cfr. *infra* a propósito de D. 14,6,7,16; 9 pr. y n. 68.

14. DAUBE, *op. cit.* 273.

15. El estado actual de la cuestión puede verse, entre otros, en KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972, y WIEACKER, *Textkritik und Sachforschung*, ZSS 91 (1974), 1 ss.

presionado por sus acreedores para acelerar la muerte de su padre, de modo que pudiera heredarle y satisfacer sus deudas. Conmovida la opinión pública ante tamaño crimen, el Príncipe y el Senado deciden prohibir el mutuo de dinero a los *fili in potestate*, lo cual evitaría esta ocasión de peligro para la vida de los *patresfamilias*. La protección de la vida del padre habría sido la finalidad principal del SC.

La aportación más importante de Daube consiste en situar el préstamo de dinero a los *filiis familias* en el marco de unas máximas sociales de experiencia sobre su peligrosidad para los titulares de la *patria potestas*. La manifestación de tal actitud social la encuentra en un texto del Pro Roscio de Cicerón:

39. *Patrem occidit Sex. Roscius. Qui homo? adolescentulus corruptus et ab hominibus nequam inductus? Annos natus maior quadraginta. Vetus videlicet sicarius, homo audax et saepe in caede versatus. At hoc ab accusatore ne dici quidem audistis. Luxuries igitur hominem nimirum et aeris alieni magnitudo et indomitae animi cupiditates ad hoc scelus impulerunt... Nihil autem umquam debuit.*

Roscio ha sido acusado del asesinato de su padre y cuando el gran orador formula su pregunta retórica, cuya respuesta es negativa, está indicando que faltan los motivos para la comisión del crimen, falta el móvil. Y *a contrario sensu* puede advertirse que el hecho del endeudamiento es generalmente considerado como una circunstancia favorecedora del parricidio¹⁶.

Daube señala además que, contra lo que pudiera opinar Beseler, los prestamistas no se encontraban sin medios para forzar al hijo al parricidio. El prestamista puede conocer determinadas aventuras innobles de su deudor y amenazar con dar cuenta al padre, poniendo al hijo en una situación difícil dada su dependencia. El miedo al castigo tiene una gran importancia en este contexto y de nuevo tenemos el testimonio de Cicerón en el mismo discurso:

68. *Haec magnitudo maleficii facit, ut, nisi paene manifestum parricidium proferatur, credibile non sit, nisi sit turpis adolescentia, nisi omnibus flagitiis vita inquinata, nisi sumptus*

16. DAUBE, *op. cit.* 285, 296.

effusi cum probro atque dedecore, nisi prorupta audacia, nisi tanta temeritas ut non procul abhorreat ab insania. Accedat huc oportet odium parentis, animadversionis paternae metus, amici improbi... ¹⁷.

Para concluir, observa Daube que el SC. no sólo adopta los lugares comunes sobre los factores que dan lugar a un crimen, sino también la forma de presentación, distinguiendo, entre las *causae sceleris*, las naturales de la persona de otras causas exteriores como las deudas ¹⁸.

El último autor que se ha ocupado del tema ha sido Benedek ¹⁹. Su trabajo se caracteriza por una mayor sobriedad en el planteamiento que le lleva a juzgar con más objetividad que sus predecesores las fuentes. Su posición puede resumirse de la siguiente manera:

Hay que partir de que la prohibición del SC. no está dictada en interés del prestatario ²⁰, pues entonces no se prohibiría al *filius familias*, sino a los menores, con independencia de que fueran *sui o alieni iuris*. Además, si se hubiera aspirado a esa protección, debiera haberse prohibido no sólo el mutuo sino también otros negocios obligatorios que vinculan posteriormente el patrimonio ²¹. Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que los textos clásicos no dicen en ningún momento que Macedón fuera obligado por sus acreedores a cometer el crimen.

Para comprender el sentido del SC. considera Benedek que deben tenerse en cuenta dos cosas: que se trata de un *fenus*, no de un simple *mutuum*, y que el *filius familias* no ejerce una actividad económica para la cual necesite el dinero, sino que se trata de una persona ociosa. El prestamista lleva a cabo, por tanto, un negocio aleatorio (*incertum nomen*), ya que no sabe cuándo podrá, ni si podrá, obtener la devolución de la suma prestada ²², y

17. DAUBE, *op. cit.* 297.

18. DAUBE, *op. cit.* 298 ss. Cfr. Quinct., *Inst. orat.* 5,10,23 y Cicero, *part. orat.* 35.

19. BENEDEK, *op. cit.*

20. Cfr. D. 12,6,40 pr.; D. 14,6,9,4.

21. Las fuentes son claras al respecto: el SC. se refiere sólo al mutuo de dinero: D. 14,6,3.

22. Si el padre sobrevive al hijo, sólo cuando tenía peculio cabía ejercitar contra él la *actio annalis de peculio*, cfr. VALIÑO, *Las «acciones adiec-*

este riesgo lo compensa estipulando elevados intereses²³. Desde este punto de vista, resulta absurdo que un hombre de negocios, que aspira a la seguridad y evita la aventura, obligue al *filius familias* a matar a su padre. Además tiene razón Beseler en que no hay grandes posibilidades de coacción por parte de los prestamistas, pues utilizando el chantaje contra el hijo se exponen en todo caso a no cobrar nunca. No hay peligro por este lado para la vida del padre. El peligro puede provenir de la naturaleza del *incertis nominibus credere*, en el carácter aleatorio de este préstamo que llega un momento en que supera la medida razonable para el prestamista, quien dejará de conceder crédito y entonces el hijo cuya naturaleza no retrocedía ante el crimen supremo, se ve forzado al parricidio. Para evitar esta situación el Senado se encontró con que no podía ni agravar las penas del parricidio, que ya eran gravísimas, ni castigar más a los usureros, pues las posibilidades de fraude a la ley son muy grandes para ellos y una mayor dificultad supondría, desde su punto de vista, un incremento del riesgo que se traduciría en un aumento de los intereses. Por eso se optó por eliminar la causa misma de la situación de peligro para los *patres familias*, degradando la deuda del *filius familias* a una obligación natural, lo cual ponía a éste en una situación de superioridad tal frente al usurero que desaconsejaría a cualquier *faenerator* concederle un préstamo. Benedek alaba finalmente el proceder del Senado de combatir con instrumentos de Derecho privado situaciones típicas que conducen a graves conductas delictivas.

2. La exposición de las diferentes opiniones que sobre este tema han sido elaboradas en la doctrina romanística nos ha proporcionado los tópoi principales de la discusión. Al exponer nuestra propia explicación del «asunto Macedón» trataremos de enmarcar los distintos problemas en una lectura directa de las fuentes.

El texto capital en esta materia es D. 14,6,1 pr., del l. 29 *ad ed.* de Ulpiano. Este fragmento refiere literalmente el tenor del SC. y comienza con una exposición de los motivos de su promulgación. Se destaca en primer lugar que Macedón, a parte de tener una naturaleza que le impulsaba al crimen, había utilizado *aes alie-*

ticiae qualitatis» y sus relaciones básicas en Derecho romano, AHDE 37 (1967), 404 ss.

23 BENEDEK, *op. cit.* 62.

num. Esta parte del fragmento aparece como la premisa menor de un entimema cuya premisa mayor viene dada por la máxima general de experiencia que se refiere a continuación: «y a menudo proporciona la ocasión de caer en malos hábitos quien presta dinero en créditos inciertos», donde hay que dar la razón a Benedek sobre el sentido de *incertum nomen*. El SC. se hace eco por tanto de la valoración social de este tipo de crédito, pero pienso que esta recepción de máximas generales de experiencia tiene un significado más preciso en el texto; no es la idea general la que resulta «relevante» para el Derecho, sino esa idea en un sentido muy determinado.

Para descubrir en qué sentido es aceptada la máxima de experiencia que funciona como premisa mayor y, por tanto, para entender la *ratio legis* de la norma subsiguiente, hay que ponerla en relación con la premisa menor precisando más el sentido de ésta última. Para ello podemos observar que la oración «*cum... Macedo... etiam aes alienum adhibuisset*» utiliza un tiempo verbal pluscuamperfecto, frente al imperfecto de «*inter ceteras sceleris causas... quas illi natura administrabat*», y frente al también imperfecto de «*saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam... incertis nominibus crederet*». *Adhibuisset* indica en este contexto una acción anterior a la situación de referencia, aquí el crimen, una acción concretamente cumplida, no algo que acompaña genéricamente al crimen como las causas que *illi natura administrabat*. Cierto, la diferencia podría verse en la misma naturaleza de las *causae sceleris*, las que provienen de la personalidad de Macedón acompañan genéricamente su peripecia vital, mientras el tomar dinero en préstamo es algo que se hace en momentos concretos y que desde luego es relevante en el asunto si tuvo lugar antes del crimen. Pero tampoco cabe duda de que podría haberse formulado utilizando el imperfecto (*adhiberet*), asumiendo entonces el tomar dinero en préstamo una genericidad mucho mayor y más clara: sería el modo más preciso de expresar que el préstamo a los *fili in potestate* es en general peligroso. Cabe por tanto preguntarse si el uso del pluscuamperfecto no es por su parte expresión de un significado más concreto. En este sentido la traducción más literal de *etiam aes alienum adhibuisset*: «también hubiese utilizado dinero prestado», da la impresión de indicar que el

dinero fue utilizado directamente en el crimen. El *aes alienum* habría sido así un instrumento del crimen. Esta impresión se refuerza si volvemos la vista a la premisa mayor; hemos dejado allí sin explicar una cláusula a primera vista extraña: «*ne quid amplius diceretur*»; su traducción habitual es «por no decir más», pero observa acertadamente Daube que no puede significar «to say no more», «to use no stronger terms», ya que este significado vendría dado más propiamente por la frase «*ne quid amplius dicatur*», añadiendo que el imperfecto de subjuntivo sugiere que la frase expresa no una acción u omisión del Senado que emana la norma, sino del usurero *qui crederet*²⁴. Parece más correcto entonces aceptar la siguiente traducción de Daube: «in order that no details should appear», para mantener la operación en secreto.

Leamos de nuevo el comienzo de nuestro texto. «Como entre otras causas del crimen que provenían de la naturaleza de su autor, hubiese utilizado también Macedón dinero prestado, y a menudo quien presta dinero con créditos inseguros, para que la operación quede en secreto, proporciona la ocasión de caer en malos hábitos...». El crédito inseguro o incierto se explica por la necesidad de mantener en secreto la utilización del dinero, ya que éste será aplicado a fines reprobables, de lo contrario, parece decir el SC., el *nomen* podría ser *bonum*, existiría la aprobación del *paterfamilias* para un fin correcto. Quien presta de este modo da ocasión *saepe* a una ímproba utilización del dinero. Resulta así muy probable que el dinero prestado se utilizara para cometer el crimen. Pero esta suposición se transforma casi en certidumbre si relacionamos D. 14,6,1 pr. con otro texto, también del libro 29 *ad ed.* de Ulpiano que los compiladores colocaron bajo la rúbrica *de parricidiis*:

D. 48,9,7: *Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata, ut puta si ad veneni mali comparationem vel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent parricidii poena tenebitur, qui quaesierit pecuniam quique eorum ita crediderint aut a quo ita caverint.*

Este fragmento es colocado por Lenel²⁵ inmediatamente después de D. 14,6,1 pr., sin duda con razón, pues da la impresión de

24. DAUBE, *op. cit.* 262.

25. Pal.

ser un inciso que Ulpiano hace en su comentario puramente privatístico, recordando las circunstancias concretas del «asunto Macedón». Ulpiano advierte que los prestamistas que presten dinero a sabiendas de su utilización en un delito serán considerados coautores²⁶, por ejemplo, si el dinero se utiliza para comprar veneno o para pagar a unos malhechores que maten al padre.

Ahora sí podemos suponer que Macedón utilizó el dinero prestado en la comisión de su crimen. Y llegamos a nuestro objetivo de precisar el sentido concreto de la premisa mayor del entimema que encabeza la exposición del SC. Este no es tan genérico como a primera vista pudiera parecer: el SC. Macedoniano partió de la idea de que el préstamo al *filius familias* que no estuviera controlado por el padre (*incertum nomen*), o que no tuviera una finalidad de antemano lícita, podía ser utilizado en conductas gravemente antisociales, podía incluso constituir un peligro para la vida del *paterfamilias*. ¿Por qué sólo eso, cuando comúnmente se acepta que las deudas de los *filius familias* resultan peligrosas para sus padres? Porque ese peligro es en realidad algo muy difuso; entendiéndolo en el sentido de Benedek, la amenaza no proviene de la presión del acreedor, sino del ansia del hijo de seguir teniendo más, de heredar en una palabra. Pero si nos fijamos con mayor detenimiento en la situación en que tal intención llega a formarse en el ánimo del *filius familias*, podemos advertir que el tomar dinero prestado y, como consecuencia, el haberse acostumbrado a una vida disipada tiene efectos psicológicos que dependen de la *natura hominis*, no siendo independientes de ella, y pudiendo ser una de las múltiples causas que provoquen la formación de la idea del parricidio y no la más importante. Este tipo de crimen se ha dado con independencia de que sus autores tomaran dinero prestado. Habría tenido si acaso que anularse la misma capacidad de endeudamiento de los hijos *in potestate*, si hubiera tenido la máxima de experiencia discutida un alcance tan amplio desde el punto de vista del Derecho.

Pero lo realmente peligroso del préstamo de dinero a los hijos *in potestate*, lo que provoca su rechazo por nuestro senado-consulta, es que puede ser fácilmente utilizado para fines repro-

26. Cfr. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1969, 115 y 125.

bables. Debemos tener en cuenta además que Cicerón no hace un planteamiento especialmente técnico²⁷, por eso hay que rebajar y precisar el sentido del topos que utiliza en su discurso.

En este orden de ideas adquiere plena justificación

ULP. 29 *ad ed.* D. 14,6,3,3: *Is autem solus senatus consultum offendit, qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio pernicioosa parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.*

No se toma en consideración la *pecunia credita* para el *filius familias*, sino la *mutui datio* efectiva a quien se encuentra *in potestate* en el momento de la entrega²⁸.

Todas estas razones llevan al Senado a disponer que no se conceda acción a los prestamistas, ni siquiera después de la muerte del *paterfamilias*, de modo que ésta no transforme en provechoso un negocio incierto.

El otro texto de la Compilación en el que se habla expresamente de la finalidad del SC. Macedoniano es Inst. 4,7,7:

... ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentium insidiabantur.

Aquí encontramos una idea vulgar y retórica de la peligrosidad del préstamo de dinero a los *filius familias*, una idea que no se corresponde con la interpretación que hemos arriesgado sobre la

27. Cfr. por todos J. Ph. LEVY, *Cicéron et la preuve judiciaire*, Mélanges Lévy-Bruhl, París 1959, 187 ss.; PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, IUS XI (1960), 386 ss.; WIEACKER, *Cicero als Advokat*, Berlín 1965.

28 Cfr. C. 4,28,3: *... origo enim potius obligationis quam titulus actionis considerandus est...* Cfr. también D. 14,6,3,4: *si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim . debet dici cessat senatus consultum.. ; eod. 4;6;7 pr.*

ocasión y los fines del SC. Pero entre tanto se ha perdido en gran medida el sentido reductivo de la realidad social a lo «jurídicamente relevante» que caracterizaba a la Jurisprudencia clásica²⁹; no puede por eso sorprender que no se comprenda adecuadamente la *ratio* SCti.

Más extraño resulta el texto de Teófilo. El único dato útil que encontramos en él es que Macedón asesinó a su padre, lo cual no lo refería expresamente ni Ulpiano ni las Instituciones, quizá por no resultar demasiado ominoso. Este dato es importante y contribuye a explicar el panorama general; el resto, los detalles que da sobre el asunto sí merecen el duro juicio de Beseler de «tonta leyenda bizantina»³⁰.

En conclusión, podemos conjeturar que el SC. Macedoniano tenía la finalidad de invalidar el mutuo concedido a los *fili* familias, cuyos resultados «objetivos» revestían a menudo un carácter antisocial, incluso amenazador para la vida del padre. No se pretende la protección del *filius familias*, en ningún momento mencionada en las fuentes, como señala con razón Benedek, ni tutelar el que no se formen determinados estados de ánimo subjetivos en el *filius familias*, lo que sería no sólo protección del *paterfamilias* sino también del hijo. De lo que hemos visto en las fuentes, podemos deducir el carácter objetivo de la finalidad del SC. y esto tiene cierta importancia para lo que sigue.

II

El haber precisado el sentido del Senadoconsulto Macedoniano puede permitirnos una comprensión mejor de su regulación concreta, la cual por su parte manifiesta claramente la *ratio legis* descrita, como esperamos poder demostrar en un rápido análisis de sus problemas principales.

29. SCHULZ, *I principi del Diritto romano*, Trad. ital., Firenze 1949, 16 ss.; PUGLIESE, *L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana*, Atti del 1.º congresso ital. della Società Italiana di Storia del Diritto, Firenze 1966, 162 ss.

30. Quizá Teófilo jugaba con la idea de la presión en la vía de hecho, pero si entramos en este terreno nos salimos del marco de lo legal donde tiene sentido el SC.

1. El SC. Macedoniano al disponer la invalidez del mutuo concedido a los *fili familias* no estableció la nulidad sino simplemente una denegación de la acción o una excepción. La explicación hay que encontrarla en los motivos de la norma³¹, señalando en este sentido Hausmaninger-Selb³² que la consecuencia de la nulidad en este caso hubiera sido que el prestatario tuviera que devolver la cantidad recibida como enriquecimiento sin causa, con lo cual el prestamista no se vería afectado³³. Se trata de una excepción perpetua³⁴ y privilegiada, ya que puede oponerse incluso ante la *actio iudicati*³⁵.

2. La *denegatio actionis* o la *exceptio SCti*. beneficia no sólo al *filius familias* y a su padre, sino también a los fiadores:

ULP. 29 ad ed. D. 14,6,9,3: *Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt...*

Se incluye entre los fiadores la figura del mandato de crédito. El texto indica que si el fiador no se vale de la *exceptio* y paga al acreedor, tiene la posibilidad de ejercitar una acción de regreso contra el *filius familias*³⁶. La referencia al *animus donandi*, aunque podría estar interpolada, no expresa en realidad nada contrario al Derecho clásico³⁷, pues guarda estrecha relación con ULP. 29 ad ed., D. 14,6,9,1:

31. Cfr. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, 20 ss., 28, 31, 63.

32. HAUSMANINGER-SELB, *Römisches Privatrecht*, Wien-Köln 1981, 269.

33. En el edicto del pretor la *exceptio Scti. Macedoniani* no aparece directamente, el edicto prevce un modelo general: *si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum est*, Gai. 4,121, LENEL, *EP.* 513.

34. D. 12,6,40 pr.; D. 14,6,9,4.

35. D. 14,6,9,11: *tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatus consulti exceptione: et ita Iulianus scribit in ipso filio familias exemplo mulieris intercedentis*. SIBER, *op. cit.* 57; MEDICUS, *Zur Urteilsberichtigung in der actio iudicati*, en ZSS 81 (1964), 244 ss.

36. La posibilidad de hacer valer la excepción aparece reconocida en general en D. 44,1,7,1 para las excepciones *rei cohaerentes* y en Inst. 4,14,4. La explicación en la posibilidad de regreso puede ser clásica, cfr. KASER, *Das römische Privatrecht II*, München 1975, 458 n 13.

37. Sobre la fianza *donandi animi*, cfr. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I: *Le garanzie personali*, Padova 1962, 193 ss.

Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit... ait Iulianus si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis...

Es interesante destacar a propósito de los fiadores el contraste de esta regulación con el caso paralelo del SC. Velleiano, dirigido claramente a proteger a la mujer, como ha demostrado Medicus³⁸. A diferencia de los fiadores del *filius familias* que contrajo *mutuas pecunias* contra lo dispuesto por el SC. Macedoniano, los fiadores de la mujer que *intercesserit pro alio* no tienen acción de regreso contra ella³⁹.

Desde el punto de vista del acreedor es indiferente que se trate de un particular o de una ciudad (D. 14,6,15) y se requiere que fuera consciente de la condición de *filius familias* del prestatario:

ULP. 29 ad ed. D. 14,6,3 pr.: *Si quis patremfamilias esse credit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum.*

Ulpiano viene a indicar que cuando, de modo típico, el deudor se comporte como un *paterfamilias* no se aplicará el SC., pues se presume que el prestamista no ha sido *vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia*⁴⁰. Un supuesto particular de tal situación típica es el del arrendatario de impuestos, mencionado en el § siguiente. En cambio, cuando no se puede presumir la ignorancia irreprochable del prestamista, tendrá éste que demostrar las justas razones que le impulsaron a creer que la otra parte era *sui iuris*:

C. 4,28,1: *Si filius, cum in potestate patris esset, mutuum a te pecuniam accepit, cum se patrem familias diceret, eiusque adfirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur* (a. 193)⁴¹.

38. *Op. cit.* n. 5, 139.

39. D. 16,1,16,1; *eod.* 7.

40. C. 4,28,2: *Zenodorus cum sui iuris esse publico videretur. . non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.*

41. Cfr. D. 50,17,19 pr.: *Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus condicionis eius.* Si son dos los acreedores, el saber de uno de ellos perjudica al otro: D. 14,6,7,7.

En relación con la posibilidad de ignorar la condición del prestatario, se protege al *minor viginti quinque annis: in minore causa cognita et a praetore succurrendum* (D. 14,6,3,2). Distinto es el fundamento de la protección del pupilo que concedió un préstamo de dinero a un *filius familias* sin la *auctoritas tutoris*, mencionada en el mismo fragmento; en este caso el SC. no se aplica porque el dinero *mutua pecunia non fit*, por falta de capacidad del pupilo, lo que significa que no se transmite al prestatario y puede reivindicarse; pero, en caso de que esta vía quede cerrada por la *consumptio nummorum*, se daría al pupilo la posibilidad de ejercitar la *condictio*, que no sería la *condictio ex mutui datione*, pues la falta de capacidad excluye el mutuo, sino la *condictio sine causa*⁴². No significa lo mismo el *cessare Sctum* en el mismo fragmento respecto del *filius familias* que presta dinero a otro *filius familias*; aquí *mutua pecunia non fit* en tanto el prestatario no consume los *nummi bona fide*, hasta entonces pueden ser reivindicados por el padre del prestamista, ya que éste no está autorizado a realizar ese tipo de préstamo⁴³, pero si tiene lugar la *consumptio*, de acuerdo con el punto de vista de Juliano y de Ulpiano⁴⁴, se perfecciona el mutuo, que en sí es válido, pues al *filius familias* prestamista no le falta capacidad negocial, a diferencia del impúber, pero cuya acción es denegada o paralizada por la *exceptio Scti*; consecuentemente, Juliano dice únicamente *...vindicationem nummorum patri superesse*⁴⁵.

42. Aunque el fragmento 3,2 no mencione esta posibilidad de repetición, además de la *vindicatio* de los *nummi extantes*, puede deducirse de D. 12,1,19,1; 12,6,29; 26,8,9,2; 46,3,14,8, también el texto de Gai. 2,8,2, gravemente mutilado y finalmente el punto de llegada de Inst. 2,8,2, que probablemente se alcanzara ya en época clásica. Sobre el tema, cfr. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, en TR 29 (1961), 208 ss.

43. D. 14,6,3,2 .. *non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit...* Cfr. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale*, Lyon 1932, 488, 491 n. 11, 488 n. 10, 502 n. 22, 526; KASER, *RP I*, 287 n. 48, 288 n. 54; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976, 56 nn. 102 y s., 57, 69, 83 n. 21.

44. Julian. D. 12,1,19,1 y Ulp. D. 12,1,13 pr., cfr., en cambio, Paul. D. 46,1,56,2, KASER, TR 29 cit. 205 s.

45. El *paterfamilias* del *mutui dans*, excluida la *vindicatio*, sólo puede hacer valer la pérdida sufrida en la relación interna con el hijo, que transciende a efectos de una reducción del peculio (análogamente C. 4,51,1).

3. Hay una serie de contratos de mutuo que están excluidos de la aplicación del SC. Macedoniano. En primer lugar, en el caso de que el *filius familias* haya sido puesto al frente de un negocio por el *pater familias* como *institor*:

ULP. 29 ad ed. D. 14,6,7,11: *si ipse pater eum praepossuisset merci suae vel peculiarem exercere passus esset, cessare senatus consultum, quoniam patris voluntate contractum videretur: nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur...*

Resulta además de este texto que la *actio de peculio* no es excluida en todo supuesto por el SC. Macedoniano. Señala C. 4,28,6:

Si filius tuus in potestate tua agens contra senatus consultum Macedonianum mutuam sumpsit pecuniam, actio de peculio adversus te eo nomine efficaciter nequaquam potest.

Donde hay que entender consecuentemente que el *filius familias* no *agit contra Sctum*. si se encuentra en el supuesto de D. 14,6,7,11.

En caso de que el *filius familias* haya sido nombrado *institor* por persona distinta al titular de la patria potestad, se concede la *exceptio Scti*. frente a la acción entablada contra él, pero es posible ejercitar la *actio institoria* contra su principal (D. 14,6,7,11).

Según el fragmento 7,12 del mismo título del Digesto, se excluye también la aplicación del SC. si el dinero prestado incrementa el patrimonio del *paterfamilias*, *patri enim non sibi accepit*; la misma idea se aplica aunque la operación no haya sido dirigida desde un principio a esa finalidad, si después *in rem patris vertit*. Lo importante es que se produzca objetivamente una *versio in rem patris*⁴⁶; en el supuesto normal el prestamista, conociendo la prohi-

Naturalmente, si al prestatario pudiera reprochársele que conocía la falta de legitimación del prestamista, se podría ejercitar contra él la *condictio furtiva*, ya que quien acepta a sabiendas dinero ajeno comete un *furtum* (D. 13,1,18; 12,6,55; 47,2,43 pr., 1), cfr. KASER, TR 29, 203.

46. Cfr. C. 4,28,2: *Zenodorus cum... in eam pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet .. non esse loco decreto amplissimi ordinis...* Un supuesto especial en el que juega la misma idea aparece expresado en Paul. 2 *sentent.* D. 14,6,17: *filius familias si in id acceperit pecuniam ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater eius de in rem verso actione tenebitur: ipsi enim mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur.* Cfr. también D. 46,3,47,1 *in fine*.

bición del Macedoniano, se asegurará del empleo que se ha de dar a la suma entregada, probablemente acompañando al *filius familias* a pagar a un tercero o viceversa, o también puede confiar en la buena fe del prestatario. En cualquier caso todo esto plantea una serie de problemas de carga de la prueba que los juristas parecen no considerar; es curioso observar cómo el casuismo de nuestras fuentes se mueve normalmente en un plano abstracto de consideraciones jurídico-materiales, no planteándose los concretos problemas de conflicto desde el punto de vista de la situación procesal de las partes de cara a la prueba⁴⁷.

Tampoco cae bajo el Senadoconsulto el mutuo de dinero concedido al hijo *in potestate* que se encuentra lejos de la casa paterna por razones de estudio, siempre que no supere la cuantía de lo que el padre solía suministrarle⁴⁸. Importantísimo, por último, en una consideración objetivista del fin perseguido por el SC. es el siguiente fragmento:

D. 14,6,7,14: *Si filius accepit pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summovertur, senatus consulti cessabit exceptio.*

El texto indica que es válido el préstamo dirigido al cumplimiento de cualquier obligación contraída anteriormente por el *filius familias* frente a la que no se pueda oponer excepción, como sería el caso de un préstamo de dinero precedente. De modo que el SC. sólo se dirige contra aquellos préstamos que, no estando refrendados por el *paterfamilias*, supongan un incremento incontrolado de la capacidad económica del hijo *in potestate* sin una finalidad lícita precisa, entendiéndose de modo típico que falta el fin lícito en el préstamo sin la aprobación del padre que no se destina al cumplimiento de una obligación plenamente válida. Esto parece chocar con el final del fragmento 7,12:

47. Cfr. WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge, Massachusetts and London 1981, 15 ss.

48. D. 14,6,7,13. *Studiorum vel legationis causa alibi degens* (C. 4,28, 5 pr.). La especial consideración del *filius familias* que se encuentra lejos de la casa paterna por razones de estudio se manifiesta también a otros efectos en D. 12,1,17.

Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatus consulto locus erit.

Hay que suponer en este caso que *et ideo rell.* no estaba en el original⁴⁹. Ulpiano se ha cuestionado cuándo tiene lugar una *versio in rem patris*, lo que era relevante a efectos de la no aplicación del SC.; ahora indica, *obiter*, que no tiene lugar un incremento del patrimonio del *paterfamilias* si la suma prestada se destina a pagar una deuda propia, lo cual tiene trascendencia únicamente en relación con la posibilidad de ejercitar la *actio de in rem verso*. Pero es posible precisar más el problema: si la cantidad es pagada al padre, como supone la traducción habitual, puede tratarse de una deuda interna frente al mismo padre o de una deuda frente a un tercero, a quien tendría que pagar después el padre. Esta última posibilidad debe excluirse porque se aleja del tenor literal del texto y porque es excesivamente rebuscado que en ese caso el padre ignore la operación. Podría aceptarse la primera hipótesis; no habría *in rem versio*⁵⁰ y la ignorancia del padre de la operación crediticia justificaría la aplicación del SC. por suponer una ocultación positiva de la situación económica del hijo. Cabe sin embargo otra interpretación más sencilla si traducimos *mutuam pecuniam acceptam patri* como «dinero tomado en préstamo para un negocio del padre»⁵¹; resulta que este dinero es entregado después por el hijo para satisfacer una deuda propia. Ciertamente en este caso no hay *in rem versio*⁵², pero no se ve la razón por la que había de aplicarse el SC., contra lo que el mismo Ulpiano dirá enseguida en el fragmento 7,14, siendo indiferente el conocimiento por parte del padre de la operación, lo que justifica la suposición de alteración de Beseler.

4. El mutuo de dinero contraído por el *filius familias* es válido si ha sido realizado con el conocimiento o la aprobación del padre. Paralelamente cabe una convalidación del mutuo celebrado

49. Beseler, en ZSS 45 (1925), 464.

50. Cfr. D. 15,3,10,7.

51. Hay que observar que el sintagma *accipere patri*, o similar, se repite en el texto, siendo preferible esta traducción desde un punto de vista gramatical.

52. D. 15,3,11.

contra Sctum. en virtud de una ratificación del *paterfamilias* o del mismo hijo cuando se convierte en *sui iuris*, ratificación que puede ser expresa o tácita. Consideramos más de cerca los problemas que se plantean en este terreno.

PAUL. 30 *ad ed.* D. 14,6,12: *Si tantum sciēte patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est.*

Paulo distingue el simple conocimiento del padre del *iussum*⁵³. En el primer caso se produce el efecto de la no aplicación del SC.⁵⁴, en el segundo se da también una *actio quod iussu* contra el mismo *paterfamilias*⁵⁵. Es importante destacar que la aprobación por parte del padre de la operación crediticia del hijo se entiende producida tácitamente, si actuando el hijo *quasi ex mandato patris*, se lo comunica al padre y éste no contesta (Paul. 4 *resp.* D. 14,6,16).

Justiniano informa de una *ambiguitas veterum* sobre el valor de una ratificación del padre del préstamo de dinero contraído por el *filius familias citra patris iussionem vel mandatum vel voluntatem*, que él decidió en el sentido de equiparar la *ratihabitio* posterior a la aprobación o mandato previo⁵⁶. Sin embargo, en las fuentes no quedan rastros de una controversia al respecto entre los juristas clásicos. La discusión no debió versar sobre la exclusión del SC. en caso de posterior ratificación del padre⁵⁷, por eso piensa Schindler que la controversia, si la hubo, debía referirse a los efectos de la *ratihabitio*, concretamente al problema de la retroactividad, lo cual podía tener relevancia en relación, por ejemplo, con la validez de las garantías de la deuda⁵⁸.

53. Sobre el tema, por todos, VALIÑO, *op. cit.*, 407 ss.

54. Análogamente C. 4,28,4, que indica que además será válida la prenda de una cosa perteneciente al patrimonio del padre. Por tanto, también es válida la fianza: D. 14,6,9,3.

55. C. 4,28,5,2.

56. C. 4,28,7 pr.

57. Hay que tener en cuenta la formulación general a propósito del *iussum* de la equiparación de la *ratihabitio* posterior en D. 15,4,1,6.

58. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz 1966, 188 ss.

Se entiende producida tácitamente la ratificación del padre si comienza a pagar la deuda:

ULP. 29 ad ed. D. 14,6,7,15: *Hoc amplius cessabit senatus consultum, si pater solvere coepit quod filius familias mutuum sumpserit, quasi ratum habuerit.*

La convalidación puede producirse además por novación u otra forma de reconocimiento de la deuda por parte del *filius paterfamilias factus* (C. 4,28,2). También tácitamente:

ULP. 29 ad ed. D. 14,6,7,16: *Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum repetere potest.*

ULP. 29 ad ed. D. 14,6,9 pr.: *Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatus consulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.*

En el fragmento 7,16 la frase final *nec solutum* rell. parece tener un carácter restrictivo de la convalidación a lo ya pagado, lo cual es absurdo si tenemos en cuenta lo dispuesto a propósito del *pater familias* en el fragmento anterior. Lo mismo puede decirse de la limitación de la ratificación *usque ad pignoris quantitatem* en el fragmento 9 pr., tanto más improbable dado el sistema de acciones clásico⁵⁹. En ambos casos hay que suponer una alteración del texto original.

El reconocimiento confirmatorio por parte del *filius familias* que se convierte en *sui iuris* debe ser consciente, como resulta de

POMP. 5 *senatusconsultorum* D. 14,6,20: *Si is, cui, dum in potestate esset, mutua pecunia data fuerat, pater familias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromissit, si petatur ex ea stipulatione, in factum erit excipiendum.* Este texto no contradice a PAUL. 69 ad ed. D. 46,2,19: *Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae es senatus consulto filio familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit...*

59. PERNICE, *Labeo* II, 288 n. 2; SIBER, *op. cit.* 54.

En el primer supuesto nos encontramos ante un caso de delegación activa. El delegante ha prestado dinero al *filius familias pater familias factus* cuando éste estaba *in potestate*, tiene pues contra él un crédito inválido según el SC. Ahora ordena a su antiguo deudor (delegado) que prometa a un tercero (delegatario) lo que le debía —*ex mutui dationem contra Sctum. factam*—. El que había sido *filius familias*, en la ignorancia de la relación de cobertura, *expromissit*. Pomponio señala que puede oponer una excepción al delegatario; lo cual concuerda con la consideración general del valor de la novación que presupone que la deuda novada sea válida, en este caso es la relación de cobertura, viciada por ir contra el SC.

Distinto es el supuesto del segundo fragmento, aquí se trata de una delegación pasiva. El delegante es deudor del delegatario (relación de valuta) y ordena al delegado, contra quien tiene un crédito inválido según el SC. Macedoniano, que prometa al delegatario lo que el delegante le debe. El delegado no puede oponer ahora ninguna excepción, pues la deuda novada no es la que tenía frente al delegante, invalidada por el SC., sino la que el delegante tenía frente al delegatario⁶⁰.

5. Característica de la invalidez dispuesta por el SC. Macedoniano es que el pago de la deuda contraída contra su normativa es sin embargo válido, no pudiendo reclamarse como *indebitum solutum*.

En principio el pago de lo indebido, que fundamenta la posibilidad de repetición por medio de la *condictio*, tiene lugar no sólo cuando en general no se debía, sino también cuando la deuda no podía reclamarse por disponer el deudor de una *exceptio perpetua*⁶¹. Pero no siempre que el deudor puede oponer una *exceptio perpetua* cabe repetición de lo pagado inútilmente: la repetición sólo se admite si la excepción es concedida para defender al deudor, no en cambio cuando el Derecho la otorga *in odium eius cui debetur*, como ocurre en el caso del SC. Macedoniano.

MARCIAN. 3 regul. D. 12,6,40 pr.: *Qui exceptionem perpetuam habet solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo*

60. Análogamente, SIBER, *op. cit.* 58 s.

61. D. 12,6,26,3; 50,16,10 y 55.

agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit.

El texto indica claramente que el pago realizado equivocadamente después de convertirse el deudor en *sui iuris* no es repetible. De Villa niega que sea el *odium creditoris* la causa de la irrepetibilidad y que esta norma tenga un carácter tan general, afirmando que se explica como un paralelismo con el tratamiento supuestamente análogo del pupilo que contrajo un mutuo sin la *auctoritas tutoris* y lo paga *pubes factus*⁶².

Es cierto que la solución es semejante en ambos casos, pero eso no implica necesariamente que la *ratio legis* resida en los dos supuestos en la protección del deudor; esto es evidente respecto del pupilo, quien además no tiene capacidad negocial por sí mismo, pero contradice el tenor de las fuentes respecto de la invalidez del mutuo contraído contra el Macedoniano. La razón de la equiparación no se encuentra, como piensa De Villa, en la protección del *filius familias*, sino que hay que verla en otro plano, el de la obligación natural, a lo que nos referiremos después. Pero además, como vamos a ver a continuación, la regla enunciada por Marciano sí tiene un alcance general por lo que se refiere al Senadoconsulto Macedoniano.

Hay que considerar qué sucede si el *filius familias* paga siendo todavía *alieni iuris*. Al respecto encontramos dos textos, extraídos ambos del libro 29 *ad ed.* de Ulpiano, que contienen sin embargo soluciones divergentes:

D. 12,1,14: *Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obiciatur: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cesare conditionem, quoniam totiens condictio datur quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium in accipientem transisset; in proposito autem non esset, denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem.*

D. 14,6,9,1: *Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Iulianu*

62. D. 12,6,13,1; DE VILLA, *op. cit.* 261.

si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipiestis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filius non habuisse et ideo, si solverit, conditionem patri ex omni eventu competere.

Los dos textos se plantean el problema de la posibilidad de reclamación por parte del padre, y la lógica que los inspira es la de distinguir entre pago válido o inválido desde el punto de vista real, es decir, de la transmisión de los *nummi soluti*⁶³. En el primer fragmento refiere Ulpiano que si el *filius familias* paga, no habiendo dado su aprobación el padre, puede éste último reivindicar el dinero al prestamista, por la sencilla razón de que el hijo, que no tiene propiamente patrimonio propio, no está autorizado para realizar actos dispositivos sin la autorización del padre. Esta autorización puede suponerse otorgada genéricamente, como en el caso del peculio, pero ni entonces, aunque tuviera la *libera peculii administratio*, *perdere ei peculium pater concedit*⁶⁴. Esta posibilidad de reivindicación del dinero cesa desde el momento en que hay un *accipiens* que los consume *bona fide*⁶⁵. En este caso Ulpiano acepta el parecer de Marcelo, según el cual no habría ya posibilidad de repetición de lo pagado, ya que el pago de una deuda contraída contra el SC. Macedoniano no es causa de repetición⁶⁶, pues desde el punto de vista obligatorio es válido, como vimos en D. 12,6,40 pr.⁶⁷.

El segundo fragmento plantea el problema del pago del *filius familias* con dinero donado por un tercero, distinguiendo Juliano si la donación se ha efectuado con la condición de satisfacer la deuda, en cuyo caso hay que considerar que es como si el dinero se transfiriese directamente del donante al acreedor *et fieri nummos accipientis*, o si la cantidad fue donada simplemente al *filius*

63. En este sentido, SIBER, *op. cit.* 55 ss.

64. Cfr. lo que vimos *supra* a propósito del supuesto inverso en D. 14,6,32 *in fine*.

65. Si *mala fide* comete un *furtum*, cfr. *supra* n. 46.

66. En este sentido hay que entender la explicación *quoniam totiens conditio datur...* Así lo interpreta SIBER, *op. cit.* 57.

67. A diferencia de lo que ocurre con el pupilo (D. 12,6,29). Con razón dice SIBER, *op. cit.* 58, que los compiladores «den Haussohn bevormunden wollen» cuando se apartan de esta solución en el fragmento 9,1.

familias, de modo que se hizo propiedad del *paterfamilias*, no pudiendo disponer de ella el hijo (*alienationem non habuisse*) y si, a pesar de todo, pagara al acreedor, éste no se hace en principio propietario de los *nummi*, por lo que el padre puede reivindicarlos. Hay que suponer que *condictionem rell.* constituye una clara alteración del texto original: es absurdo que el jurista esté desarrollando un razonamiento que se mueve en el plano «real», que concluye señalando la falta de legitimación para enajenar, y en el momento de dar la solución en vez de referirse a la reivindicación saque a relucir la *condictio*, por si fuera poco *ex omni eventu*⁶⁸.

Una clara confirmación de la interpretación que hemos dado encontramos en ULP. 26 *ad ed.* D. 12,6, 26,9:

Filius familias contra Macedonianum mutuatus si solverit et patri suo heres effectus velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.

El *filius familias* ha realizado un pago inválido desde el punto de vista de la transmisión de la propiedad cuando estaba *in potestate*; convertido en *sui iuris* y *patri suo heres effectus*, sucede a su padre en el derecho de propiedad sobre los *nummi* pagados al prestamista; puede ejercitar por tanto la *reivindicatio* para reclamarlos, pero como la *causa traditionis* era válida, al adquirir él la propiedad se convalida la transmisión en el plano del Derecho honorario: el prestamista pasa a ser ahora propietario bonitario, con una posición más fuerte que la del propietario civil que le permite oponer una *exceptio (doli)* ante la reivindicación⁶⁹. Así pues, resulta de este texto que el pago del *filius familias*, aun estando *in potestate*, es válido desde el punto de vista obligatorio y que por tanto el *paterfamilias* sólo puede reclamar con la *vindicatio*, en tanto los *nummi* permanezcan *extantes*⁷⁰, ya que únicamente se plantea el problema de la sucesión del hijo en la acción real.

Tampoco pueden repetir lo pagado los *fideiussores* del *filius familias contra Macedonianum mutuatus*, aunque gocen de una

68. Cfr. SIBER, *op. cit.* 57; en contra DE VILLA, *op. cit.* 265 ss.

69. Por todos, KASER, *RP I*, 248, 404, 439.

70. Excepcionalmente con la *condictio furtiva*, *supra* nn. 46 y 66, supuesto que no se plantea porque en la práctica supondría graves dificultades de prueba.

excepción perpetua (D. 14,6,9,4), y es válida la prenda constituida por un tercero en garantía de la deuda (D. 20,3,2).

Una norma especial encontramos a propósito del *curator* que paga la deuda contraída contra el SC. Macedoniano por la persona encomendada a su cuidado cuando era *filius familias*:

PAUL. 30 *ad ed.* D. 14,6,8: *Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.*

Siber considera que se trata, como en los demás casos, de una reclamación de la propiedad, pues el *curator*, del mismo modo que el *actor* de un ausente (D. 46,3,94,3), no está facultado para pagar deudas frente a cuya reclamación pueda oponerse una excepción y por eso el pago no transfiere la propiedad⁷¹. Sin embargo *repetere* puede aludir perfectamente a la *condictio*. Una explicación puede encontrarse en la posición peculiar del curador, que responde de la gestión eficaz de su cometido en el marco de la *actio negotiorum gestorum*, y por tanto del perjuicio patrimonial que se deriva de un pago *perperam solutum* si no contó con el mismo deudor; este pago podría ser válido desde el punto de vista obligatorio si era consciente de la naturaleza de la deuda, no respondiendo menos por ello frente a la persona confiada a su cuidado o frente a sus herederos, pero no pudiendo reclamar lo entregado. En cambio, si por ignorancia (del carácter de la deuda) *solutum sit*, como responde por ello, encuentra justo Paulo que pueda repetir, y significativamente no se limita a indicar esta posibilidad, sino que se refiere a ella de modo imperativo: *repeti debet*. Además Paulo, consciente o inconscientemente, ha tenido que tener en cuenta que en la práctica la *ignorantia* del *curator* corre paralela con el engaño del prestamista; sin llegar a mencionar la posibilidad de *furtum* o la *actio doli* ordena en todo caso la repetición de lo pagado.

6. La invalidez del mutuo contraído contra el SC. Macedoniano se manifiesta en la concesión de una *denegatio actionis* o de una *exceptio*, cuya inspiración no es la protección del deudor, sino el *odium creditoris*⁷². En un contrato unilateral como el mutuo,

71. Cfr. SIBER, *op. cit.* 57.

72. *Odium eius cui debetur* en D. 12,6,40 pr., *ob poenam creditorum* en D. 14,6,9,4.

odium creditoris viene a significar *odium negotii* y la expresión indica en realidad una atenuación de la invalidez del préstamo, de modo que lo pagado no pueda reclamarse como *indebitum solutum*. Esto parece adaptarse admirablemente con la interpretación objetivista que hemos dado del sentido del SC. Daube y antes Siber habían excluido acertadamente que la finalidad del SC fuera la protección de los intereses patrimoniales de los hijos *in potestate*, pero la interpretación sicologista de Daube concordaría mejor con un tratamiento análogo al del SC. Velleiano: si se trata de evitar el formarse de una actitud psicológica moralmente reprochable, como consecuencia de un círculo vicioso de disipación y endeudamiento, que puede terminar en peligro para la vida del *paterfamilias*, el remedio jurídico-privado hubiera debido ser mucho más drástico, porque el vicio de este tipo de negocios estaría vinculado a la psicología del *filius familias* como peculiar tipo humano, en estrecha relación por tanto con su capacidad negocial. Indirectamente la finalidad hubiera sido al mismo tiempo tuitiva de los mismos hijos. Si afirmamos en cambio que el Senado y sobre todo después la interpretación de los juristas tienen como objetivo el evitar un tipo de negocio que puede ser objetivamente peligroso, basta la regulación expuesta, es decir, el *odium creditoris*, que no anula completamente lo realizado, pero que inhibe necesariamente a los prestamistas de *credere filiis familias contra Macedonianum*.

Desde este punto de vista no puede resultar sorprendente que ya los clásicos hayan visto una *naturalis obligatio* en la obligación del *filius familias* por el mutuo contraído contra el SC. El *quia naturalis obligatio manet* de Paul. 30 *ad ed.* (D. 14,6,10), colocado ciertamente por los compiladores como explicación de los dos fragmentos anteriores en los que se excluye la repetición de lo pagado por los fiadores del *filius familias*, debió referirse a un problema análogo en la obra del jurista⁷³. El problema queda única-

73. LENEL, *Pal.* En este sentido, KASER, *RP I*, 481 n. 33, 532 n. 31. Niegan la clasicidad de la obligación natural en este contexto BURDESE, *op. cit.* 114 ss.; LONGO, *op. cit.* 240 ss.; CORNIOLEY, *op. cit.* 243 ss. Por último manifiesta serias dudas TALAMANCA, v. *Obbligazioni* (dir. rom.) en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 29, Milano 1979, 65: «Rimane decisivo, a nostro parere, il profilo che è inutile ricercare in un' *obligatio naturalis* il supporto, se

mente planteado. Es posible que el caso del Macedoniano, como el de la pena de la autotutela del *decretum divi Marci* (D. 4,2,13) y el del edicto *quod quisque iuris in alterum statuerit* (D. 2,2,3,7), se hayan reconducido ya en época clásica, como casos de invalidez *poenae causa eius cui debetur*, a la idea de una obligación natural⁷⁴.

JOSÉ JAVIER DE LOS MOZOS

necessario, per la *soluti retentio*, quando sussiste ancora formalmente *l'obligatio civilis*, ancorchè paralizzata dall'exceptio sul piano del diritto onorario». Pero también subsiste la obligación civil en el caso del SC. Velleiano y sin embargo se puede repetir, y no sólo en ese caso, sino siempre que el deudor esté protegido por una excepción perpetua concedida *eius causa*.

74. Pomp. 22 *ad Sab.* D. 12,6,19 pr.: *Si poenae causa eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest.* Aunque puede no referirse al SC. Macedoniano, si hay que entender el *liberari* como algo sobrevenido (así SIBER, *op. cit.* 60; KASER, *RP* I, 481 n. 28), sin embargo, eso también podría decirse del edicto *quod quisque iuris alterum statuerit*. También podría pensarse que el *liberari* indica extinción *ipso iure*, lo cual cuadra con el *Decretum divi Marci*, pero no con el edicto que acabamos de citar que juega en el plano del Derecho honorario y sin embargo el fragmento 3,7 se mueve en el mismo orden de ideas que el texto de Pomponio.