

EL “ANIMUS DONANDI”*

FRANCISCA LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA**

RESUMEN: Para elaborar el concepto clásico de la donación romana *non mortis causa* y entre personas extrañas, se ha discutido sobre la necesidad de elementos subjetivos y objetivos. Esto porque la donación no es un acto típico formal, sino más bien una causa. La existencia de los elementos subjetivos de la donación ha significado la creación de toda una doctrina acerca del el *animus donandi* como un elemento adicional por alguna parte de la doctrina romanística.

El objeto de este trabajo es dilucidar si es o no necesario el elemento subjetivo para que exista una donación, o solo basta con la causa de donar. Para lo anterior: i) expondremos el estado de la cuestión en la romanística relevante; ii) estudiaremos el elemento subjetivo en las fuentes jurisprudenciales; y iii) finalizaremos con las constituciones imperiales principales en el tema. Intentaremos afirmar si solo es necesario el elemento objetivo: la causa de la donación; o bien si es necesario el otro el elemento subjetivo, *animus donandi*, en la persona del donante.

PALABRAS CLAVE: Donación - *animus donandi* - *non mortis causa*.

THE “ANIMUS DONANDI”

ABSTRACT: To elaborate the classic concept of roman donation (*non mortis causa*) and donation between strangers, it has been discussed the need for subjective and objective elements. This is because donation is not a typical formal act, but rather a cause. The existence of subjective elements of donation has meant the creation of an entire doctrine regarding *animus donandi* as an additional element by part of the roman doctrine.

* Este trabajo es una adaptación del capítulo tercero de la tesis doctoral “Una revisión histórico-dogmática de las fuentes concernientes a la fijación del concepto romano-clásico de ‘donación no por causa de muerte’” defendida por la autora el 10 de enero de 2012. También forma parte del Proyecto Anillo-CONICYT, Código SOC 1111.

Fecha de recepción:

Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2015

** Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (CHILE); Profesora de Derecho Romano Universidad de los Andes (CHILE), Facultad de Derecho. Correo electrónico: franciscaleitao@uandes.cl.

The purpose of this paper is to clarify whether the subjective element is necessary for there to be a donation or it is just enough with the cause of donation. In order to explain the above: i) the state of affairs in relevant roman doctrine will be displayed ii) subjective element in jurisprudential sources will be studied; and iii) the imperial constitutions relevant to the topic will conclude the explanation. Finally, as an attempt to ascertain, the objective element (the cause of donation) or the subjective element (*animus donandi*) in the person of the donor will become established as the only one required

KEYWORDS: Donation - *animus donandi* - *non mortis causa*.

Sumario: 1) *Introducción.* 2) *Estado de la cuestión sobre el “animus donandi”.* (2.1.) *El “animus donandi” en Savigny.* (2.2.) *El “animus donandi” en Pringsheim.* (2.3.) *El “animus donandi” en Biondi y Archi.* (2.4.) *El “animus donandi” en Broise.* (2.5.) *El “animus donandi” en otros autores.* 3) *el “animus donandi” en las fuentes jurisprudenciales y en las constituciones imperiales.* (3.1.) *El “animus donandi” en Pomponio.* (3.2.) *El “animus donandi” en Gayo.* (3.3.) *El “animus donandi” en Paulo.* (3.4.) *El “animus donandi” en Ulpiano.* (3.5.) *El “animus donandi” en las Constituciones imperiales.* 4) *Conclusiones.* 5) *Bibliografía*

1) INTRODUCCIÓN

La donación en el Derecho Romano es una figura que se fue forjando en un ambiente de limitaciones, desde la época clásica a través de la interpretación de los juristas a los regímenes que pretendían limitar el hecho de que alguien se deshiciera de algo sin recibir nada a cambio, el cual podía revestir diversas formas para su realización.

Fueron tantas las maneras de donar que, para no correr el riesgo de dejar fuera a alguna, es que tal vez los juristas no definieron la figura, lo que encierra una dificultad para comprender qué es lo que aquellos entendieron por la donación. Además, el esparcimiento de la donación en las fuentes¹, también repercute en el emplazamiento sistemático de la dona-

¹ Así también introduce una complejidad al estudio el hecho de que en las fuentes la figura no se encuentra localizada en un lugar propio y acotado, sino esparcida entre distintas materias contenidas en las exposiciones de Derecho civil y pretorio. Es así como las obras que siguen el sistema de Sabino encontramos que sobre las donaciones solo Pomponio y Paulo se refieren a ellas. De las obras originales solo se conservan en Pomponio un fragmento de su libro 33 referido a las donaciones (en el resto del libro trata de las servidumbres) y en Paulo dos fragmentos de su libro 15, de la misma materia junto a la posesión, usucapición, y las servidumbres. No aparece hasta ese momento un título rubricado de *donationibus*. En

ción en los autores modernos quienes, en sus exposiciones sobre Derecho romano clásico, carecen de consenso para determinar el lugar en que ella debe ser tratada². Podemos afirmar que en ellos existen tres tendencias para su regulación. La primera ubica esta figura en la parte del derecho de las obligaciones o de los contratos³, como por ejemplo es el caso de Kaser

el mismo sistema de Sabino, en el libro *De iure dotium*, aparece la rúbrica *De donationibus inter virum et uxorem*. Son Pomponio en su libro 14, Paulo en su libro 7 y Ulpiano en sus libros 32 y 33, quienes las tratan bajo este mismo título. Así, se observa que el sistema civilístico tuvo que crear una sección en donde tratar la antigua prohibición de donarse recíprocamente marido y mujer. Por tanto, el sistema de Sabino trata de la donación en relación a las siguientes materias: como causa pro donato en la usucapión y en las donaciones entre marido y mujer. En el sistema edictal y en los comentarios ad edictum, como no existió una acción para exigir una donación, no la encontramos tratada a la manera del sistema sabiniiano, sino solo para sancionar la prohibición de donar bajo los términos de la *lex Cincia*, en la rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus (exceptio legis Cinciae)*. Esta tendencia la siguen las obras de tipo *digesta*, *quaestiones* y *responsa*, que mezclan el derecho pretorio con el civil. En los *digesta* de Celso, Juliano, Marciano y Escévola, así como en las *quaestiones* y *responsa* en Papiniano, en las *sententiae* de Paulo y en los *responsa* de Modestino, en las cuales se presenta la rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus*. En la época postclásica son los *Fragmenta Vaticana* las que mantienen este título. Este esparcimiento de la donación, se verá en cierta medida solucionado recién en la época postclásica, en que la materia comienza a ser tratada unitariamente, aunque esta no representa de ninguna manera su sistematización. Fue con el *Codex Theodosianus* (C.Th. 8, 12; 8, 13) en donde la rúbrica aparece abreviada como *de donationibus*, siguiendo el mismo modelo el *Corpus iuris civilis*, en el *Codex* (CI. 8, 53; 5, 3; 5, 16; 8, 54), en las *Institutiones* (Inst. 2, 7) y en el *Digesto* (D. 39, 5), reproduciendo estos las rúbricas de *donationibus*.

² Véanse ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1974) *Istituzioni di diritto romano*. 14ª edición, Napoli: Editorial Jovene; ARCHI, Gian Gualberto (1960) *La donazione. Corso di diritto romano*. Milano: Editore Giuffrè; BIONDI, Biondo (1960) *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción Manuel Fairen, Barcelona: Editorial Bosch, p. 645, añade que la dificultad se encuentra en la discutida naturaleza de la donación; BIONDI, Biondo (1972) *Istituzioni di diritto romano*. 4ª edición, Milano: Editore Giuffrè, p. 751; BONFANTE, Pietro (1951) *Istituzioni di diritto romano*. 8ª edición, Torino: Editorial Giappichelli. Traducido por BACCI, L. - Larrosa, A. como *Institutiones de derecho romano* (1965) 10ª edición, Madrid; DI PIETRO, Alfredo (1999) *Derecho privado romano*. 2ª edición Buenos Aires: Editorial Depalma; D'ORS, Álvaro (1991) *Derecho privado romano*. 8ª edición Pamplona: Eunsa, p. 389; GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013) *Derecho Privado Romano*. 2ª edición Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing Chile, t. I, p. 658: Más bien se refiere a que la palabra donación es ambigua; GARCÍA GARRIDO, Manuel (1979) *Derecho privado romano. Institutiones*. Madrid: Editorial Dykinson, t. I, p. 625; IGLESIAS, Juan (1990) *Derecho romano. Institutiones de derecho privado*. 10ª edición, Barcelona: Editorial Ariel; KASER, Max (2003) *Römische privatrecht*. 17ª edición, München: Editorial Beck.; MIQUEL, Joan (1987) *Curso de derecho romano*. Barcelona: PPU, p. 403; SAMPER, FRANCISCO (1993) *Derecho romano*. Santiago de Chile: Editorial SEK; SCHULZ, Fritz (1951) *Classical Roman Law*. Traducción SANTA CRUZ (1960) como *Derecho romano clásico*. Barcelona: Editorial Bosch, p. 54; se refiere a la dificultad de sistematizar la materia; TALAMANCA, Mario (2001) *Elementi di diritto privato romano*. Milano: Editorial Giuffrè; VALIÑO, Emilio (1977) *Institutiones de derecho privado romano*. Valencia, pp. 421-430; VOLTERRA, Edoardo (1972) *Istituzioni di diritto privato romano*. Traducción de DAZA (1986) como *Institutiones de derecho privado romano*. Madrid: Editorial Civitas.

³ Tanto SCHULZ (1951) como VOLTERRA (1972) se refieren a las donaciones en dos partes de sus obras. SCHULZ, p. 541: En la parte 5 Derecho de las obligaciones, cáp. 1, en el apéndice se refiere a la donación. También en la parte 3, cáp. 6, Derecho de sucesión por causa de

y Di Pietro⁴. La segunda, la expone como parte de la sucesión por causa de muerte, como se observa en Biondi entre otros⁵. Y la tercera, más reciente, la trata como una parte especial y autónoma del denominado derecho de las liberalidades. Principalmente aquí nos referimos a la escuela de d’Ors⁶.

Constatamos hasta aquí, la complejidad de la configuración histórica de la donación, tema que repercute en su concepto y también en los elementos que la constituyen, corresponde ahora plantear la cuestión relevante que fundamenta esta investigación y fijar los límites de ella.

Con el fin de aproximarnos a los elementos requeridos a la donación, es que la doctrina ha oscilado entre dos postulados: i) aquel que requiere dos elementos uno objetivo, la “*causa donandi*”; y otro subjetivo, el “*animus donandi*”; y ii) aquel que afirma no necesitarse el elemento subjetivo, es decir, que no es un añadido a la “*causa donandi*”, sino que se encuentra subsumida en esta.

En este trabajo nos proponemos exponer la doctrina del *animus donandi*, materia que no ha estado libre de controversia. Para luego, examinar las fuentes jurisprudenciales que han sido citadas por diferentes autores que tratan el tema, ya los que defienden su existencia, ya los que la refutan. Y finalmente, daremos noticia de las constituciones imperiales, que en el mismo sentido, sirven para fundamentar una doctrina u otra.

2) ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE EL “ANIMUS DONANDI”

La afirmación que hacen algunos, en orden a distinguir entre elemento objetivo y subjetivo de la donación, *animus donandi* comienza con Mayerfeld⁷; sin embargo quien contribuyó con cierto éxito a desarrollarla fue Savigny⁸.

muerte, a propósito de las donaciones mortis causa; VOLTERRA, trata la donación en la parte 4 del cap. 3 sobre los *Contratos innominados*, y en la parte 6 de su obra se rubrica, Sucesiones y donaciones.

⁴ Véase Kaser (2003) 298; DI PIETRO (1999) 263-268.

⁵ Véase ARANGIO-RUIZ (1974) 578-585; BIONDI (1960); BONFANTE (1965) 532-538; GARCÍA GARRIDO (1991) 768-947.

⁶ Véase D’ORS (1991) 361-398; GUZMÁN BRITO (2013) 657-858: trata acerca de las donaciones en la 6ª parte de su obra, bajo la rúbrica: El derecho a las liberalidades; SAMPER (1993) 226-251; VALIÑO (1977) 421-430.

⁷ MAYERFELD, Dr. Fz. W.L., (1835-1837) *Die Lehre von der Schenkungen nach Römischen Rechte*. 1e Abthl. Marburg: Editorial Elwert. Este autor ha sido mal citado desde Savigny en adelante cuyo apellido lo han colocado como Meyerfeld.

⁸ PUGLIATTI, Salvatore (1958) *Animus en Enciclopedia del diritto*, Milano: Editorial Giuffrè t. II, pp. 437-460; expresa en general sobre el término animus: “La storia delle parole e delle espressioni delle quali ci occupiamo è storia delle idee che in esse si sono incarnate e, in nuce, storia degli istituti ai quali specificamente sono legate.” p. 438; y más adelante agrega que: “Nella continuità della vita e della cultura codesta veduta storica d’insieme si

2.1.) EL “ANIMUS DONANDI” EN SAVIGNY

La postura de Savigny en que afirma la necesidad del *animus donandi* se funda en otro elemento que exige a la donación: el enriquecimiento de donatario. El *animus donandi* es entendido por Savigny como la intención directa del donante de enriquecer al donatario. Entonces, para Savigny, el enriquecimiento resultado de la donación no es suficiente si no existe la intención de enriquecer; argumenta que los romanos emplearon expresiones como “*donandi causa, donationis causa, donandi animus, etc.*”⁹. En otras palabras, Savigny enlaza el llamado *animus donandi* con la misma *causa donandi*. Para comprobar este principio, se puede observar en determinados casos que aunque existe enriquecimiento, no hay deliberación, voluntad o

dimostnerà feconda per la comprensione e la valutazione delle peculiari strutture e funzioni degli istituti moderni, e nel tempo stesso per l'individualizzazione dei principi che stanno a fondamento di essi.”, pp. 438-439. Pugliatti estudia entre otras clases de animus (furandi, iniuriandi, nocendi, possidendi, transfrendi, derelinquendi, aliena negotia gerendi y novandi) el animus donandi del cual expresa: “In diritto classico la donazione è concepita piuttosto come causa generale di acquisto a titolo gratuito: [...] mancipatio, traditio, stipulatio, pactum de non petendo, ecc.- Requisito soggettivo ineliminabile ed autonomo, diverso dalla volontà negoziale, necessario per qualificare l'atto prescelto e adibirlo al conseguimento dello scopo di liberalità, è l'animus donandi.- Già nel secolo scorso codesto requisito soggettivo era stato individuato e descritto come [...]”, p. 451. A continuación cita a Savigny: “[...] intenzione diretta all'arricchimento”; ma la moderna critica delle fonti iniziò un attacco a fondo, proponendosi il compito assai arduo di dimostrare che tutti i testi nei quali appare l'espressione, che a ragione possiamo qualificare incriminata, sono da ritenere interpolati, e che in diritto classico l'accertamento della donazione dipende unicamente dalla situazione obiettiva.- Fu però rilevato che non era stata data la prova né del primo né del secondo assunto. E, soprattutto in ordine a quest'ultimo aspetto, era facile rilevare come la critica fosse andata assai oltre il segno, escludendo del tutto l'elemento subbiiettivo.-]”. Luego se refiere a la postura de Archi: “È chiaro, infatti, che non può in nessun caso mancare la volontà diretta alla costituzione del negozio; ma nella donazione, specie se configurata come titolo generale di acquisto, non può mancare la volontà dell'effetto. Non è il caso di parlare della volontà diretta all'effetto giuridico, ma deve piuttosto aversi riguardo all'effetto empirico o pratico. Ma precisato ciò, si può ammettere che l'animus donandi presenti un lato negativo e uno positivo [...]”, p. 451; esto último Pugliatti lo confronta con la postura de Biondi, para finalmente señalar que: “La giurisprudenza classica, però, affronta e risolve un delicato problema consistente nell'accertare la compatibilità della causa donationis [...]”, p. 452; con la atribución patrimonial que enriquece al donatario y la voluntad del donante en orden a la gratuidad, como es sostiene Archi; “[...] L'equilibrio felicemente raggiunto dai classici [...] y a quien finalmente Pugliatti termina con otra cita del mismo Archi: “viene sovvertito dalle interpolazioni, il cui significato nella storia dei dogmi consiste nell'aver esasperato fino all'assurdo l'elemento subbiiettivo, facendolo assurgere a unico elemento determinante l'esistenza della donazione”, p. 452.

⁹ SAVIGNY, Friederich Karl (1945) *Sistema del derecho romano actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid: Editorial de Góngora, t. III, p. 56; “La enajenación y el enriquecimiento que de ella resulta, no bastan para constituir una donación; es además necesaria la intención de enriquecer, última circunstancia que completa la definición de la donación. Los romanos emplean para designar esta intención las expresiones de *donandi o donationis causa, donandi animo, etc.* Es indispensable que el donante quiera enriquecer al donatario [...]”.

intención por parte del donante; casos que se refieren a los supuestos en que las partes no tienen noticia del enriquecimiento o que conociéndolo se proponen un fin que excluye esta intención de donar¹⁰. Los casos que expresan, por ejemplo: “el que a sabiendas compra una cosa por más de su valor, a causa de serle indispensable, o la vende por menos de su valor, porque tiene necesidad de dinero y no puede hacerse de él de otra manera, este, digo yo, no ignora el beneficio que proporciona a la otra parte; pero lejos de quererlo, seguramente no lo proporcionaría si pudiese [...]”; “El que a virtud de una transacción abandona con conocimiento de causa una parte de sus derechos, no verifica ninguna donación, porque su objeto es evitarse los gastos y la incertidumbre de un proceso, y de ninguna manera el gratificar a su adversario [...]”; Hay casos en que el enriquecimiento resulta como consecuencia accidental, pero ineludible, de las relaciones de familia [...] La participación gratuita que en el uso de una casa o de otro bien cualquiera concede un esposo a su cónyuge, participación que, entre extraños, podría constituir una donación, no la constituye entre aquellos, porque resulta necesariamente de la vida común, y tendría siempre lugar aunque el otro cónyuge no sacase de ello ninguna ventaja pecuniaria [...]”¹¹; continúa después con similares casos de enriquecimientos de un cónyuge respecto de otro que no constituyen donación.

La crítica que podemos hacerle a los supuestos que Savigny esgrime en apoyo de su postura acerca de la necesidad del elemento subjetivo de la donación, es que, a nuestro juicio, son irrelevantes, debido a que la atribución patrimonial se realizan en ellos en forma unilateral, tema que no le interesa al negocio (los motivos por los que el donante dona), lo que sí es relevante es el elemento tácito de la donación, al menos, el acuerdo entre el donante y el donatario el primero en orden a donar, y el segundo en no oponerse al acto; por tanto se puede afirmar que existe acuerdo en la misma *causa donandi*, es decir, en un acto liberal, gratuito, lucrativo, todas peculiaridades que la configuran¹². Todo lo anterior demuestra que este acuerdo es un acto bilateral, pero sobre esto volveremos más adelante.

¹⁰ SAVINGY (1945) 57-58, agrega: “También puede suceder que haya empobrecimiento y enriquecimiento conscientes; pero proponiéndose un fin especial que excluye necesariamente la intención de enriquecer. No quiere esto decir que se trate de una incompatibilidad absoluta, sino más bien de desproporción entre el fin especial y la intención de enriquecer; el uno es dominante y el otro no es más que secundario. El enriquecimiento aparece entonces como una consecuencia necesaria del acto jurídico, no como causa determinante, pues el acto jurídico hubiera tenido siempre lugar independientemente de esta circunstancia. En semejante caso no hay donación: tal es el principio establecido por los juristas romanos, y si no lo expresan con motivo de las donaciones entre esposos, esto no obsta para que deje de ser un principio inherente a la naturaleza misma de la donación”.

¹¹ SAVINGY (1945) 59-62.

¹² Savigny impide que se puedan clarificar o ejemplificar mejor los casos que esgrime, debido a que no hace mención de las fuentes concretas de las obras jurisprudenciales en esta

2.2.) EL “ANIMUS DONANDI” EN PRINGSHEIM

Contrario a Savigny, encontramos los planteamientos de Pringsheim, quien en su primer intento sobre el tema en su artículo titulado *Animus donandi* (1921) niega el elemento subjetivo del *animus donandi*. Su tesis se fundamenta en que todos los textos de las fuentes que mencionan esta locución habrían sido interpolados por los bizantinos¹³. A modo ejemplar, sirva su postura frente al pasaje D. 39, 5, 1, pr., atribuido a Juliano, el cual en materia de donación entre vivos resulta ser emblemático: [...] In der schriftlichen schenkung der spätzeit wird der animus donandi urkundlich wiedergegeben. Liegt kein schriftlicher “contractus” vor, so muß der animus ausdrücklich in einer schriftlichen erklärung beurkundet werden, um beweisbar zu werden. Es wird später von der byzantinischen protestatio des animus die rede sein, die diesen zweck erfüllt”¹⁴.

Ahora bien, sabemos que en el momento en que se generó la tesis de Pringsheim, la corriente preponderante para la dogmática romanística era de una excesiva crítica a las fuentes, miradas con recelo, por la grave alteración que la obra justiniana había sufrido. Con todo es necesario señalar que posteriormente Pringsheim atenúo su postura.

2.3.) EL “ANIMUS DONANDI” EN BIONDI Y ARCHI

Posteriormente, son Biondi y Archi quienes se pronuncian sobre esta cuestión. El primero de ellos junto a otros autores¹⁵ identifica el elemento subjetivo con el *animus donandi*. La postura de Biondi es crítica a la tesis de Pringsheim en cuanto este atribuye dicha doctrina a Justiniano, mien-

materia; le falta recurrir a la casuística propiamente romana. Es así, como se aprecian en él términos vagos como cuando afirma que los romanos emplean el término del *animus donandi* u otros similares como *donandi*, *donationis causa*, *donandi animo*, etc. sin dar cuenta fehaciente de ellos.

¹³ Véase ARCHI, Gian Gualberto (1981) “*Animus Donandi*”, en *Scritti di diritto romano*. Milano: Editore Giufre, t. II, p. 1029, Pringsheim en 1933 atenúo su postura, debido a las críticas recibidas, pero agrega: “[...] Ora non si nega più che anche i giureconsulti classici abbiano tenuto in considerazione l’elemento soggettivo; ma questo per loro è la volontà espressa, come può venire accertata dagli elementi reali (dichiarazioni; fatti). Per i bizantini, invece, al di là di questa volontà della parte o delle parti a seconda dei casi, vi è anche l’*animus*. Essi anzi, e questo è per me importantissimo, costruiscono una vera e propria teoria dell’*animus*, che ora significa l’intenzione inespressa e anche indimostrabile del soggetto diretta a raggiungere questo o quel determinato effetto legale”.

¹⁴ PRINGSHEIM, Fritz (1921), *Animus donandi*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Weimar Ab. 42, pp. 273-327; y continua “p. 286

¹⁵ BIONDI (1960) 704 y ss.; BIONDI (1972); BONFANTE (1951); IGLESIAS (1990); LÉVY, Jean Philippe (1949) “*Essai sur la promesse de donation en droit romain*”. *Revue Internationale des Droit de l’Antiquité, Bruxelles* 3, pp. 91-136; TALAMANCA (2001) 249-283; ZAZZERA, Sergio (1979) *Animus donandi*. *Labeo* 25, pp. 310-315.

tras que este dice: “[...] Ma la dottrina dell’*animus* è classica [...]”¹⁶ y a quienes les interesaba la intención del donante. Es así que, para Biondi la

¹⁶ BIONDI (1960) 680-681: “Il *Pringsheim* ha creduto di risolvere criticamente il problema, collocando l’*animus donandi* nella vasta categoria di quegli *animus* che la critica propende ad attribuire a Giustiniano; egli dice che l’*animus donandi* è ciò che serve a separare la donazione da ogni altro negozio, in quanto il criterio per giudicare se esiste una donazione viene ricavato non dalla stessa liberalità, ma dalla volontà delle parti. Ciò sarebbe conforme alla tendenza giustiniana di desumere la natura dell’atto dalla volontà delle parti piuttosto che dalla sua struttura obiettiva.- Ma l’*animus donandi* nulla ha di comune con la dottrina che si vuole attribuire a Giustiniano. Qualche testo potrà anche essere interpolato e qualche insistenza potrà provenire da Giustiniano. Ma la dottrina dell’*animus* è classica. Esso infatti non è la volontà interna in antitesi a quella che appare esteriormente, nè l’intenzione del donante comunque qualificata.”; Más adelante afirma: “L’*animus donandi* è così lontano dallo spirito altruistico o di beneficenza, che nelle fonti si contempla esplicitamente il caso della donazione fatta *dolo malo* [...], la quale non cessa di essere donazione nonostante compiuta con spirito malvagio.- L’*animus donandi* va messo in relazione con la dottrina della donazione concepita come causa, ed in essa ha la sua ragione d’essere.- *Causa donationis* è la liberalità in sè, obiettiva; l’*animus donandi* è la volontà di compierla ed è perfettamente equivalente a *donatum* o *donare velle*, e *donandi voluntas*, di cui si parla frequentemente nelle fonti. Poichè nei negozi astratti la causa non è compresa nella struttura dell’atto, nè in essi si immedesima, l’*animus donandi* è una volontà parallela a quella di compiere l’atto, compenetrata in questo, la quale importa volontà di fare un’attribuzione gratuita, più brevemente, è la volontà di fare una donazione. Se la donazione fosse concepita come negozio tipico, l’*animus donandi* sarebbe certo un duplicato della volontà di compiere l’atto; appunto perciò non si parla di *animus* per tutti gli atti tipici come qualche cosa di distinto dalla volontà di compierli. Ma posto che la donazione è causa di svariati atti astratti, la volontà di compiere l’atto non può identificare la donazione.- L’*animus donandi* accanto alla *causa donationis* è l’elemento che serve a identificare la donazione nel complesso eterogeneo degli atti che, come abbiamo visto, si possono compiere *donationis causa*. Se io faccio una *mancipatio*, la mia volontà è rivolta al compimento dell’atto, il quale è sempre lo stesso, qualunque sia la causa; come si fa allora ad accertare che racchiuda una donazione? Occorre certo che il trasferimento avvenga senza corrispettivo, ma è necessario altresì che tutto ciò sia voluto, giacchè questa volontà non è racchiusa di per sè nell’atto. La cosa riesce ancor più evidente nella *stipulatio*: se io prometto una determinata prestazione, in base a quale criterio potremo dire che ho inteso donare? Occorre vedere se c’è una attribuzione gratuita, ma non è meno necessario che io abbia inteso fare una tale attribuzione; la volontà di compiere la *stipulatio* non implica di per sè la volontà di donare, nella stessa guisa che l’atto non importa obiettivamente attribuzione gratuita.- L’*animus donandi* non è intenzione o volontà inespressa, nè volontà individuale in contrapposto a volontà tipica, ma volontà di compiere l’attribuzione *donationis causa*. Come non basta la volontà di donare (*animus donandi*) senza la obbiettiva attribuzione gratuita (*causa donationis*), così non basta l’attribuzione gratuita senza la corrispondente volontà di attuarla. Si tratta di due elementi inseparabili che devono concorrere a configurare la donazione.- Come la causa non si immedesima nell’atto, così l’*animus donandi* si presenta come una volontà parallela o particolare qualifica della volontà, relativa alla causa. La volontà di compiere l’atto è sempre uguale per tutti gli atti dello stesso tipo, come è diversa per ciascuno di essi. L’*animus donandi* invece è l’elemento comune e costante, che, insieme alla *causa donationis*, identifica la donazione.”, pp. 682-683; Y al final Biondi concluye que “[...] affinché si abbia donazione occorrono tre elementi. a) Compimento di un atto astratto, giuridicamente valido, attributivo di diritti o situazioni giuridiche nell’orbita patrimoniale. [...]- b) l’atto deve essere compiuto *donationis causa*, cioè deve importare liberalità, in altri termini acquisto senza corrispettivo.- c) Occorre l’*animus donandi*, cioè la volontà di compiere una liberalità, di determinare in altri termini l’acquisto senza corrispettivo”, pp. 685-686.

causa donationis es el elemento objetivo de la donación que se distingue del acto mediante el que opera, y el *animus donandi* es el elemento subjetivo, como la voluntad de realizarlo.

A su vez, Archi se opone, al igual que Biondi, a la tesis interpolacionista de Prignsheim y la refuta con los siguientes argumentos: i) no todos los pasajes en las fuentes han sido interpolados por los bizantinos; ii) debe buscarse en ellas la real función de la expresión *animus donandi*¹⁷, la cual coopera en forma preeminente en la elaboración del mismo concepto de *causa donandi*; en otras palabras, expresa que dicho *animus* se debe exteriorizar mediante esta causa.

2.4.) EL “ANIMUS DONANDI” EN BROISE

Si continuamos con el camino de la formación del estado de la cuestión acerca del *animus donandi* como un elemento subjetivo de la donación, debemos tratar a Broise. Él desarrolla en forma extensa (dos

¹⁷ ARCHI (1960) 53; ARCHI (1981) 1027-1080: “[...] Io sono convinto che nel mondo romano, una volta che ci si fu allontanati dalla concezione della donazione reale, una volta quindi che ci si trovò nella necessità di elaborare il concetto di *causa donationis* onde poter accertare quando una attribuzione doveva considerarsi fatta a titolo di donazione, l'elemento soggettivo e l'elemento oggettivo della causa furono esattamente individuati dai giuristi. Essi ne videro anche i reciproci nessi e l'impossibilità di scinderli, se non teoricamente. Questa mia convinzione si fonda sia sui testi già visti, sia su quelli che passeremo ad esaminare in sede vera e propria di *animus donandi*. È perché ho l'occhio a questo materiale che credo di poter ripetere una frase già scritta: da Giuliano in poi la *mens*, la *voluntas*, diciamo pure l'*animus* del donante appaiono nei testi come l'elemento dinamico, che guida l'analisi dei giureconsulti nelle fattispecie più complesse.- Infatti, e qui affronto il lato esegetico del problema, non si può affermare che nei testi l'espressione *animus donandi* sia sempre interpolata. Non si è fatta attenzione in proposito a questa circostanza: l'*animus donandi* non rappresenta sempre il medesimo concetto la medesima concezione di fondo. D'altra parte queste diversità di concezione non sempre sono fatte affiorare con la terminologia *animus donandi*, ma bensì a volte con quella di *causa donationis*. E su questa dubbi non possono sorgere! È evidente allora che essenziale è il problema sostanziale, non quello terminologico. O perlomeno è evidente che la questione terminologica può essere risolta solo attraverso la precisazione dei concetti, che vi si nascondono dietro. E allora cominciamo con l'accertare la reale funzione, che nei testi ha l'espressione *animus donandi*, specie proprio là dove essa può dimostrarsi interpolata. Potremo per conseguenza afferrare il significato della innovazione e valutare i suoi limiti nei confronti della dottrina classica. In generale vedremo come in questi testi alterati non si tratta già di contrapporre alla dottrina dei giureconsulti classici, fondata sulla considerazione del solo elemento materiale dell'arricchimento, una nuova teorica (quella bizantina o giustiniana) che esalta la volontà, l'*animus* del privato. Si tratta piuttosto di questo: alla soluzione della fattispecie data dagli antichi giuristi, e fondata qui come in generale sulla necessità di inquadrare i casi concreti nelle varie categorie giuridiche elaborate sugli aspetti soggettivi e oggettivi dei singoli istituti, se ne sostituisce una nuova, la cui caratteristica è la seguente. La necessità strutturali degli istituti non sono più essenziali; ciò che vale è il volere dell'agente, che non trova quindi più limiti in quelle necessità. Pertanto le parti possono raggiungere i propri intenti pratici anche con mezzi negoziali, che a un giureconsulto classico sarebbero sembrati inadatti [...]”.

volúmenes) el tema que estudiamos en su libro *“Animus donandi: concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna”*¹⁸ publicado el año 1975. En su inicio critica tanto a Biondi como a Archi¹⁹ y más adelante, también se opone a la tesis de Pringsheim, que ya conocemos, según la cual los pasajes del *Corpus Iuris Civilis* cada vez que mencionan la expresión *animus donandi* estaría interpolada, por lo que dicha terminología no era propiamente clásica. Pues bien, Broise expresa que: “*L’animus donandi* ha funzione ineliminabile ed autonoma nel diritto classico, mentre in quello postclásico perde il suo concreto valore; ciò spiega nel modo più logico e senza forzature la sua assenza nelle costituzioni degli imperatori postclassici e nelle Istituzioni di Giustiniano, adeguate certamente al nuovo diritto, e la sua larga presenza nel Digesto, legato invece, anche se con modifiche ed alterazioni, al nucleo originario delle opere dei giureconsulti classici; e legato in modo tale, non si dimentichi, da essere in Occidente ben presto abbandonato”²⁰. Para sostener lo anterior, Broise se sirve de las *Basilicas* para revisar y hacer una exégesis de diversos textos del cuerpo justinia-

¹⁸ BROISE (1975) *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*. Pisa: Editorial Pacini, 2 vol.; BROISE (1964) “*Appunti sull’animus donandi*”. *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”* 67 Milano: Editore Giuffrè, pp. 11-17.

¹⁹ BROISE (1975) 11-12: “Il Biondi, a merito del quale va ascritta una accurata e chiarificatrice impostazione dogmatica del problema, ha difeso la classicità dell’*animus donandi*, ma ha trascurato di procedere ad un completo ed organico esame dei testi in cui l’espressione si rinviene, e nei limitati casi in cui ha compiuto un tale esame ha finito talvolta con l’attribuire eccessivo rilievo all’elemento soggettivo de la donazione (*animus donandi*) rispetto all’ elemento oggettivo (arricchimento senza corrispettivo, *causa donationis*).- L’ Archi, da parte sua, autore sull’argomento di approfondite e costruttive ricerche, dopo avere sostanzialmente accolto per l’aspetto dogmatico del problema la posizione del Biondi, nell’esegesi dei testi, da lui compiuta in modo accurato, è giunto a considerare interpolati quasi tutti i passi della Compilazione che menzionano l’*animus donandi*, senza parlare di una vera e propria esaltazione dell’ *a.d.* ad opera dei bizantini, ma ritenendo che essi abbiano finito col dare a questo elemento un decisivo rilievo, aggiungendone appunto la menzione un molti testo classici.- Quindi, se la critica maggiormente qualificata è adesso concorde nel sostenere le classicità dell’*animus donandi*, non conserva tale concordia quando scende all’esame dei singoli testi. Da un lato, forse inconsciamente, si finisce con l’attribuire all’elemento soggettivo della donazione sul piano esegetico un rilievo superiore a quello attribuitogli sul piano dogmatico; dall’altro nell’esegesi si considera l’espressione come inserita dai bizantini e la si espunge, pur ritenendo classico il concetto corrispondente, senza accorgersi che non è possibile superare il contrasto fra una impostazione dogmatica ispirata alle teorie più favorevoli alla classicità dell’*animus donandi*, ed una impostazione esegetica che aderisce invece alle posizioni più nettamente contrarie a tale classicità e dà largo credito alle tesi interpolazionistiche, malgrado ci si vada progressivamente accorgendo che molte fattispecie sospettate da tale critica non sono, a ben guardare, in alcun modo sospettabili”.

²⁰ BROISE (1975) 47-48.

neo²¹, que a su parecer plantean al *animus donandi* como un elemento subjetivo e indiscutible para la donación clásica²².

2.5.) EL “ANIMUS DONANDI” EN OTROS AUTORES

En el mismo sentido visto en Archi, Schulz, Zimmermann entre otros²³ manifiestan que no se requiere de este elemento subjetivo, entendi-

²¹ Véase el siguiente orden: D. 12, 1, 20; 24, 1, 49; 23, 3, 5, 9; 39, 5, 18, pr.; 24, 1, 5, 15; 39, 5, 20, 1; C. 6, 5, 19; D. 24, 1, 44; 39, 5, 19, 4; 39, 5, 27; 39, 5, 32; 39, 5, 34, 1; 24, 1, 18; 24, 1, 28, 2; 24, 1, 31, 1; 50, 16, 194; 50, 16, 214. Todos los textos mencionados los contrasta con la obra *Basilica*. Esta última fue elaborada por el emperador Basilio I y terminada por su sucesor León VI hacia el año 880 d. C., y publicada en 1833 por Kart Wilhelm Ernst Heimbach. BROISE (1975) 236-237: “Il pressoché costante rifuggire e dei compilatori dei Basilici e degli autori degli scollì dall’uso di una espressione greca che corrisponda fedelmente al latino *animus donandi*, se dimostra l’infondatezza della tesi del Pringsheim secondo la quale tale *animus* sarebbe stato esaltato dai bizantini, fa sorgere pure seri dubbi sulla validità di quella, più sottile, dell’Archi, secondo cui quei giuristi avrebbero, operando in base ad un “dualismo di pensiero”, accentuato *l’a.d.* limitatamente ai testi classici; ma, a parte che “questo dualismo in una legislazione, sia pure di carattere compilatorio, non è ammissibile”, mentre lo sono “sviste e contraddizioni”, non si comprenderebbe, ove fosse stato proprio dei bizantini fare ricorso ad un simile canone di interpolazione, come mai di ciò non conservino traccia nè gli scollì, nè i Basili: nei Basilici anzi compare il riferimento all’*animus donandi* in passi corrispondenti a quelli della Compilazione nei quali tale elemento sarebbe stato inserito dai commissari giustiniani”.

²² BROISE (1975) 245-246. En las conclusiones de su artículo textualmente dice: “[...] mi pare si possa sostenere che i classici sono riusciti a creare un mirabile equilibrio, fra l’elemento soggettivo e quello oggettivo della donazione. Nel quadro di tale equilibrio, l’animus donandi non è qualcosa di concettualmente statico, privo di applicazioni pratiche, ma è fattore dinamico, al quale la giurisprudenza ricorre, una volta accertata la presenza dell’arricchimento (è quindi indispensabile anche l’elemento oggettivo), per stabilire se nella fattispecie considerata sia da vedere una donazione. [...]”. En el mismo sentido opina MIQUEL (1987) 406: “Hoy la opinión dominante considera que, aún no siendo el animus donandi un requisito independiente, difícilmente pudieron prescindir de él los juristas clásicos. [...]”. En contra: FUENTESECA, Pablo (1978) *Derecho privado romano*. Madrid: Editores Sánchez A. Gráficas, S. L., p. 586; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús (2005) *Derecho privado romano*. Instituciones. 14ª edición Madrid: Ediciones Académicas, p. 462.

²³ Véase SCHULZ (1951) p. 541; DI PIETRO (1999) 264; D’ORS (1991) 390; GUZMÁN BRITO (2013) 658-662. Según la tesis de Guzmán la expresión “animus donandi”, “animus donandi”, “animus donationes”, “animus donationis” aun cuando en algunos casos estuviese interpolada; es clásica; ahora bien es un modo de hablar del jurista expositor para indicar que hubo donación; así que, por ejemplo, “te di 1000 con ánimo de donarte” significa lo mismo que “te di 1000 por causa de donación” y lo mismo que “te di 1000 en donación”. No designa, por un elemento (subjetivo) además del acto, sino que es una manera de designar todo el acto; SAMPER (1993) 240; VALIÑO (1977); VOLTERRA (1972); PASTORI, Franco (1988) *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*. 2da edición Milano, pp. 537-542, quien a propósito del elemento constitutivo del negocio como causa expresa lo siguiente: “[...] il diritto romano, come tendenza destinata a progressiva attenuazione, limita il riconoscimento solo a scopi pratici determinati, le iustae causae, che giustificano l’intervento della disciplina normativa. Almeno nel diritto romano classico, sono previsti schemi fissi di cause che i privati non possono alterare o modificare a loro discrezione: l’autonomia privata diviene negozio giuridico solo se ricompresa in uno degli schemi previsti. Ne consegue che la causa identifica la funzione del negozio e le figure di causa sono tassativamente fissate dall’ordinamento giuri-

do como la intención de enriquecer al donatario, ya que este no puede ser exigido jurídicamente, sino pertenecería más al ámbito psicológico del donante y, en consecuencia, resultaría inútil indagar el estado íntimo o subjetivo del donante, debiendo atenerse solo al acuerdo entre este último y el donatario, que siempre necesita ser exteriorizado mediante diversos actos. Volvemos así a una idea que antes enunciamos acerca de la necesidad de una convención entre el donante y donatario; la que se regiría por las reglas generales sobre el perfeccionamiento de todas las convenciones, como consensual, por lo que puede manifestarse de cualquier manera, debiendo perfeccionarse a través de un acto por el cual opere, es decir, la misma *causa donationis* debe manifestarse mediante otro acto para concretarse.

En resumen Schulz, entre otros, opina que si no existe el acuerdo –que es sino parte de la misma *causa donandi*– entre donante y donatario, no habría donación. Así, emerge otra particularidad o característica propia de la donación: su bilateralidad, entonces si el donatario rechaza la donación que le propone el donante, no habría acuerdo y tampoco donación.

Entonces podemos concluir sobre el estado de la cuestión acerca del *animus donandi* en la doctrina romanística, quien puso dicho elemento como necesario en la donación entre vivos fue Savigny, pero tenemos que con posterioridad irrumpe la posterior postura de Pringsheim, quien por otro lado entendió que la expresión *animus donandi* usada en las fuentes siempre se encontraría interpolada. Fue Biondi y después Broise quienes comienzan a insistir en la necesidad de reconocer al *animus donandi* como el elemento subjetivo indiscutible para la donación clásica. Sin embargo, apreciamos que la doctrina en este sentido va en retirada en autores como Archi, Schulz, Zimmermann y otros.

3) EL “ANIMUS DONANDI” EN LAS FUENTES JURISPRUDENCIALES Y EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

En esta tercera parte del estudio analizaremos directamente los fragmentos jurisprudenciales y las constituciones imperiales que utilizan la expresión *animus donandi* u otras similares, con el objeto de indagar qué entendieron los juristas por ella y como expusimos intentar resolver la

dico.- Quale elemento costitutivo del negozio, la causa deve essere tenuta distinta dai motivi, ossia dai moventi psicologici che inducono il soggetto a porre in essere il negozio. Così, un giudizio favorevole sulle qualità di una cosa, le prospettive di trarne profitto, l'intenzione di attuare un buon investimento sono esempi della vasta gamma di motivi per i quali, nella compravendita, il compratore può decidere di procedere all'acquisto [...]”, p. 538; ZIMMERMANN, Reinhard, (1996) *The law of obligations: Roman foundations of the Civilian tradition*, pp. 477-507, advertimos que en su obra el autor en ningún momento hace alusión al *animus donandi*, incluso en la p. 479 al referirse a los elementos de la donación claramente indica que existe una dificultad para entender la donación clásica.

cuestión tan discutida por la doctrina, en cuanto a la exigencia o no de aquella como elemento subjetivo a la donación clásica.

En cuanto a la jurisprudencia acotaremos nuestro estudio solo a los pasajes: i) que contengan la expresión *animus donandi* junto a la locución *causa donandi*; ii) en el contexto de la *donatio non mortis causa*; iii) atribuidos a Pomponio, Gayo, Paulo y Ulpiano, porque son los que utilizan la expresión *animus donandi* en unión con las palabras *causa donandi*; y vi) según las obras de los jurisprudentes mencionados que Lenel les atribuye en su Palingenesia²⁴.

3.1.) EL “ANIMUS DONANDI” EN POMPONIO

Según el orden de Lenel en su Palingenesia, el único fragmento de Pomponio que menciona el *animus donandi* dentro de su masa sabiniana en el libro 32, es el que corresponde al D. 24, 1, 31, 3.

Pomponio (14 Sab.) D. 24, 1, 31, 3: “*Si duo mancipia fuerint singula quinque digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint, melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum: sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi*”²⁵. En este texto Pomponio intenta dilucidar si existe o no una donación entre cónyuges, en la venta a menor precio de dos esclavos. Ahora, más que fijarnos en si existe o no tal donación (que como sabemos estaría prohibida), nos interesa fijarnos en las locuciones contenidas. Apreciamos que Pomponio denomina *animus donandi* es el entendimiento del donante de donar, y en el mismo sentido utiliza en el pasaje la expresión *donationis causa*. En consecuencia lo que se puede observar del fragmento es que si hay ánimo hay causa de donar, pero no porque se le esté exigiendo un requisito más a la causa donatoria, sino que ella misma consiste en que el donante entiende donar y también el donatario entiende que se le ha donado, de lo contrario no se configuraría el negocio.

²⁴ De acuerdo a LENEL, Otto (1960) *Palingenesia iuris civilis*. Editorial Graz, Akad. Druck u. Verlagsanst, en adelante LENEL. Según Lenel utilizan tal expresión los siguientes juristas en orden cronológico: i) Pomponio, LENEL frag. 600 (col. 118) D. 24, 1, 31, 3; ii) Gayo, LENEL, I, frag. 519 (col. 264) D. 46, 2, 34, pr.; iii) Paulo, LENEL, I, frag. 1092 (col. 1151) D. 2, 14, 32; LENEL, I., frag. 1342 (col.s 1200-1201) D. 26, 7, 43, 1; LENEL, I, frag. 1480 (col. 1229) D. 17, 1, 59, pr.; iv) Ulpiano, LENEL, II, frag. 856 (col. 602) D. 15, 3, 7, 1; LENEL, II, frag. 879 (col. 609) D. 14, 6, 9, 3; LENEL, II, frag. 879 (col. 609); LENEL, II, frag. 2774 (col. 1145) D. 24, 1, 32, 5; LENEL, D. 3, 5, 4, II, frag. 2919 (col. 1180).

²⁵ LENEL, II, frag. 600 (col. 118): “Si hubiere habido dos esclavos, que cada uno valiese cinco, pero que por causa de donación ambos hubieren sido vendidos solamente en cinco por el marido a la mujer, o al contrario, más bien se dirá que son comunes a proporción del precio, y que al fin no se ha de mirar cuánto valgan los esclavos, sino cuánto se haya perdonado del precio por causa de la donación. Sin duda es lícito comprar por menos, del marido o de la mujer, si no hubiera intención de donar”.

3.2.) EL “ANIMUS DONANDI” EN GAYO

En el orden de la Palingenesia el único fragmento en que Gayo menciona la expresión *animus donandi* aparece en D. 46, 2, 34, pr.

D. 46, 2, 34, pr. (Gai., 3 *verb. oblig.*): “*Dubitari non debet, quin filius servusve, cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculioria debita ius habeat, utique si ipsi stipulentur, maxime si etiam meliorem suam condicionem eo modo faciunt. Nam si alium iubeant stipulari, interest, utrum donandi animo alium iubeant stipulari an ut ipsi filio servove negotium gerat: quo nomine etiam mandati actio peculio acquiritur*”²⁶. El texto versa sobre la amplitud en la administración del peculio, tanto por el hijo de familia como por el esclavo. Así, se les permite estipular a ellos mismos la novación de sus propias deudas, o bien por intermedio de otros. En este último caso es necesario determinar si se les ha mandado estipular con el entendimiento de hacer donación (*donandi animo*) o para gestionar un negocio que les sea favorable, ya que será solo en este evento en los que tendrá acción de mandato. Podemos extraer de este fragmento que Gayo al referirse a la expresión *donandi animo* lo que busca es saber la causa o el antecedente o el por qué han encargado a un tercero que estipule a favor del hijo o del esclavo, es decir, si es por causa de mandato o por donación.

3.3.) EL “ANIMUS DONANDI” EN PAULO

En orden cronológico de la jurisprudencia romana y además según la asignación a Paulo que Lenel hace de sus obras, corresponden los siguientes textos D. 2, 14, 32, D. 26, 7, 43, 1 pr., y D. 17, 1, 59, pr.

D. 2, 14, 32 (Paul., 3 *plaut.*): “*Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori*”²⁷. En este pasaje, Paulo utiliza la expresión *donandi*

²⁶ LENEL, I, frag. 519 (col. 264): “No se debe dudar que el hijo o el esclavo, a quien se le permitió la administración del peculio, tiene también el derecho de hacer novación respecto a deudas del peculio; ciertamente si ellos mismos estipularan, principalmente si también de este modo hacen mejor su propia condición. Porque si le mandaran a otro que estipulara, importa saber, si con el entendimiento de hacer donación le mandan a otro que estipule, o para que administre el negocio para el mismo hijo o para el esclavo; en cuyo nombre se adquiere para el peculio también la acción del mandato”.

²⁷ LENEL, I, frag. 1092 (col. 1151): “Lo que se ha dicho, que si sea pactado con el reo que no se pediría, compete también al fiador la excepción, se determinó por causa de la persona del reo, para que no sea demandado por la acción de mandato. Así, pues si la acción de mandato fuese nula, si acaso hubiere fiado con el entendimiento de donar, se ha de decir que no aprovecha al fiador la excepción”.

animo a propósito del pacto de no pedir la deuda al reo. Se dice que también favorece tal excepción al fiador, siempre y cuando este no hubiese afianzado con el entendimiento de hacer una donación, en cuya situación tal excepción no le favorece. Lo que subyace a este razonamiento es que justamente el fiador (donante) lo que busca es beneficiar al deudor (donatario) al pagar la deuda por él, por lo que no necesita invocar la excepción de pacto.

D. 26, 7, 43, 1 (Paul., 7 *quaest.*): “*Qui, cum esset fratris sui filiae curator, quadringenta dotis nomine marito eius se daturum promisit: quaero, an succurrendum sit ei, cum postea aere alieno emergente supra vires patrimonii eius dos promissa sit, quoniam in instrumento ita scriptum sit ‘ille patruus et curator stipulanti sponndit’. Movet quaestionem, quod non ut de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, promisit. Praeterea et illud hic potest tractari, ut, si sciens curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur vel, quoniam dolo fecit, non illi succurratur. Respondi: curator cum officium suum egressus sponte se obligaverit, non puto ei a praetore subveniri debere, non magis quam si creditori puellae pecuniam se daturum sponndisset: sed is de quo tractamus si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promisit, habet mulierem obligatam et poterit dici etiam manente matrimonio eam teneri (quia habet dotem sic ut in collatione bonorum dicitur) vel certe post divortium (sive exacta sit dos sive maneat nomen), quia potest efficere, ut ei accepto feratur. Quod si mulier suum curatorem adimplere id, quod supra vires patrimonii eius in dotem dare promisit, non queat, curatorem quidem in hoc, quod superfluum est, per exceptionem relevari: mulier vero cautionem in maritum exponere debet, quod, si quandoque locupletior constante matrimonio facta fuerit, dotis reliquum marito servat*”²⁸. A

²⁸ LENEL, I, frag. 1342 (col.s 1200-1201): “Uno, siendo curador de la hija de su hermano, prometió que, a título de dote, daría cuatrocientos a su marido; pregunto, si se le habrá de auxiliar, si, apareciendo después una deuda, la dote hubiera sido prometida con exceso sobre facultades de su patrimonio, porque en el instrumento se haya escrito así: “él lo prometió, como tío paterno y curador, al estipulante”. Promueve la cuestión que no diese la dote como de lo suyo, sino que la prometió, creyendo que era suficiente el caudal de la pupila. Además, también se puede discutir aquí esto, que no se le auxilie, si el curador la hubiere prometido sabiendo que no era suficiente, o si pareciera que hizo donación, o porque obró con dolo malo; respondí, que habiéndose obligado espontáneamente el curador, excediéndose de su cargo, no creo que se le deba auxiliar por el pretor, no de otra suerte, que si hubiese prometido que él daría el dinero al acreedor de la doncella; pero que con este, de que tratamos, si prometió la dote, no con el entendimiento de hacer donación, sino por razón de gestionar el asunto, tiene obligada a la mujer; y podrá decirse, que aun durante el matrimonio está ella obligada, porque tienen la dote, como se dice en la colación de los bienes, o ciertamente después del divorcio, ya si hubiera sido cobrada la dote, ya si subsista el crédito, porque puede hacer que se le haga el pago. Pero si la mujer no tuviera posibilidad de que su curador cumpla lo que con exceso sobre los recursos del patrimonio de ella prometió dar en dote, el curador es ciertamente relevado, por medio de excepción, de lo que es el exceso, pero la mujer debe dar caución a favor del marido; pero si algún día se hubiere hecho más rica durante el matrimonio, reserva para el marido lo restante de la dote”.

pesar de ser un fragmento bastante extenso lo hemos transcrito en forma completa para visualizar en plenitud el contexto donde Paulo menciona la expresión *donandi animo*. Pues, el caso que aquí se trata es sobre el ejercicio de la curatela de un tío respecto de su sobrina, en que promete como dote una cantidad de dinero para el marido. La cuestión que se suscita es que si este resulta o no obligado, o si el pretor habrá de ayudarle en el caso en que después aparezca una deuda, hubiera sido prometida una dote que excedía del activo patrimonial. Se responde que no debe ser ayudado si el curador prometió a sabiendas que no bastaba con el caudal pupilar o si donó. Paulo responde que el curador que se excedió en los límites de su deber, siempre que haya prometido la dote con el entendimiento de donar, no debe ser ayudado ; en cambio si lo hace con el fin de gestionar un asunto ajeno, podrá reclamar de la mujer la que se encuentra obligada. En este caso al igual que el visto en D. 2, 14, 32 la cuestión es si el pretor debe o no otorgar ciertos recursos a aquellas personas que se obligan con el entendimiento de donar, en este caso es el curador y en el otro se trata del fiador.

D. 17, 1, 59, pr. (Paul., 1 resp.): “*Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat stipulatus esset non donandi animo, mandati iudicio eum ab herede Titii posse conveniri, ut actiones suas praestet: idem est et si exacta est a Calpurnio pecunia*”²⁹. En este caso primero hay un crédito que Ticio da a Calpurnio y luego aquel le encarga a este que lo estipule, la cuestión es si los herederos de Ticio tienen o no acción contra Calpurnio para que les ceda su acción, a lo que Paulo responde que sí, a menos que el crédito hubiese sido hecho con el entendimiento de donar. En otras palabras, si alguien da con el entendimiento de hacer donación, como podría ser en este supuesto, es necesario que entre las partes (Ticio y Calpurnio) se hubiese acordado que lo prestado y luego estipulado se haría en forma definitiva para Calpurnio, lo cual excluye el mandato que sería otro negocio y por tanto es donación.

De los pasajes estudiados atribuidos a Paulo, podrá observar el lector, que fácilmente pueden ser reemplazados los términos *animus donandi* con *causa donandi*, por tanto creemos que son lo mismo.

3.4.) EL “ANIMUS DONANDI” EN ULPIANO

En fin si continuamos con la rigurosidad del orden que nos hemos planteado, comparece Ulpiano con los siguientes fragmentos D. 15, 3, 7,

²⁹ LENEL, I, frag. 1480 (col. 1229): “Si por mandato de Ticio hubiese estipulado Calpurnio, no con el entendimiento de hacerle donación, el dinero que Ticio le prestaba, puede él ser demandado con la acción de mandato por el heredero de Ticio, para que le ceda sus acciones. Lo mismo es, también si el dinero fue cobrado por Calpurnio”.

1, D. 14, 6, 9, 3, D. 24, 1, 32, 5, D. 3, 5, 4, los que revisaremos a continuación.

D. 15, 3, 7 (Ulp., 29 ed.): “*Et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit, et sunt ista vera. 1. Plane si mutuum servus accepit [acceperit] et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est*”³⁰. El problema que aquí se plantea es si un amo a través de su esclavo ha recibido en mutuo, y a continuación paga, pero sin que se obligue con su peculio, sino con el entendimiento de donar, se dice que hay *actio in rem verso* hasta el provecho obtenido.

D. 14, 6, 9, 3 (Ulp., 29 ed.): “*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: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus*”³¹. En este pasaje Ulpiano insiste en que se protege no solo al hijo de familia y a su padre, sino también al fiador y a su mandante, quienes tienen la acción de mandato para repetir lo que en virtud de tal contrato hubiesen hecho en favor del mandante, siempre y cuando no hubiesen intervenido ninguno de ellos con el entendimiento de hacer donación, porque se excluye la acción para repetir. Nuevamente el uso de la expresión *donandi animo* es usado como la causa del negocio del que se trata, es decir, la causa de una donación o de un mandato.

D. 24, 1, 32, 5 (Ulp., 33 Sab.): “*Si maritus ea quae donaverit pignori dederit, utique eum paenituisse dicemus, licet dominium retinuit. Quid tamen, si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? Finge in possessionem precariam mulierem remansisse paratamque esse satisfacere creditori. Dicendum est donationem valere: nam si ab initio ei rem obligatam hoc animo donasset, dicerem vim habere donationem, ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem: quin immo et si satisfacisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones*”³². Este pasaje ilustra la voluntad del

³⁰ LENEL, II, frag. 856 (col. 602): “Y por lo tanto, también si el esclavo hubiere donado a su señor la cosa del peculio, dejará de haber la acción de lo que se convirtió en su utilidad. Y esto es verdad. 1. Pero si con el esclavo hubiere recibido un mutuo, y pagó con el entendimiento de donar, no queriendo hacerle deudor al peculio, hay acción de lo que se convirtió en su provecho”.

³¹ LENEL, II, frag. 879 (col. 609): “No solamente se auxilia al hijo de familia y a su padre, sino también al fiador, y a su mandante, quienes tienen repetición por el mandato, salvo si acaso intervinieron con el entendimiento de donar; porque entonces, no teniendo derecho alguno de repetición, no tendrá lugar el senadoconsulto. Pero también si intervinieron no con el entendimiento de donar, sino con voluntad del padre, se entenderá aprobado por el padre el contrato”.

³² LENEL, II, frag. 2774 (col. 1145): “Si el marido hubiere dado en prenda lo que hubiere donado, diremos ciertamente que se arrepintió, aunque retuvo el dominio. Pero ¿qué diremos, si fue con el entendimiento de querer que subsista aún la donación –supón que

donante en orden al entendimiento de hacer donación. Es así como, un marido dona una cosa y luego constituye una prenda, se dice que se arrepintió de la donación, aunque conserve la propiedad. Pero se pregunta Ulpiano qué ocurre si el donante mantiene el *animus*; en tal caso debe decirse que la donación hecha con tal entendimiento es válida.

D. 3, 5, 4 (Ulp., 45 Sab.): “*Sed videamus, an fideiussor hic habere aliquam actionem possit: et verum est negotiorum gestorum eum agere posse, nisi donandi animo fideiussit*”³³. En este fragmento Ulpiano se interroga si el fiador puede tener alguna acción contra el deudor principal de la obligación afianzada, y responde que tiene la *actio negotiorum gestorum*, a menos que este hubiese afianzado con el entendimiento de hacer una donación, ya que se entiende que es a su deudor.

En resumen, observamos de los pasajes anteriores, que resulta innegable que los juristas utilizaron la expresión *animus donandi* en materia de donación, por lo que no podemos ser indiferentes frente tal dicción. Ahora bien, de acuerdo a lo que acotamos en esta parte de la investigación, cuando *animus donandi* se encuentra cercana a las palabras *causa donandi* su significado suele ser similar, en cuanto a que exige para que se configure una donación debe ser realizada con el entendimiento o voluntad del donante a donar; en otras palabras, el *animus donandi* no es más que la manera de expresar que hubo donación.

3.5.) EL “ANIMUS DONANDI” EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES

No sería completa esta investigación si no estudiásemos qué entendieron los senadosconsultos por la expresión *animus donandi*. Seguiremos para este fin el mismo método que empleamos para la jurisprudencia, en orden a que la selección de los textos que a continuación presentamos, es aquella en que la locución *animus donandi* u otras similares se encuentra junta o cercana a la otra locución: *causa donandi*.

En C. 4, 6, 6 (Diocl., a. 293): “*Cum ancillam patrem vestrum ei, contra quem supplicastis, dedisse proponatis, interest multum, utrumne donandi animo dedit, an ob manumittendam filiam, quam ancillam existimabat, cum perfecta quidem donatio revocari non possit, causa vero dandi non secu-*

la mujer permaneció en la posesión precaria, y que estaba dispuesta a satisfacer al acreedor? Se ha de decir, que la donación es válida, porque si desde un principio le hubiese donado con este entendimiento la cosa obligada, yo diría, que tiene fuerza la donación, de suerte que estando la mujer dispuesta a satisfacer, tuviera la excepción de dolo; y aún, si hubiese satisfecho, que pudo ella conseguir por la excepción de dolo, que se le cedan las acciones”.

³³ LENEL, II, frag. 2919 (col. 1180): “Pero veamos si en este caso el fiador puede tener alguna acción; y la verdad es que puede ejercitar la gestión de negocios, si no fue fiador con el entendimiento de hacer donación”.

*ta repetitio competat*³⁴. Esta constitución antes analizada, interesa aquí en cuanto señala acerca de la necesidad de ver si en el caso se entiende o no donación por parte del donante “*utrumne donandi animo dedit*” y que no haya otra clase de ánimo, más bien de causa, como sería la de manumisión “*an ob manumittendam filiam, quam ancillam existimabat*” debido a que esta altera el efecto del acto en un caso y en otro, ya que si hay donación, afirma Diocleciano sería irrevocable.

C. 5, 3, 1 (Sev., Ant.): “*Multum interest, si ea, quae donat vir futurus, tradiderit uxori et postea in dotem acceperit, an vero donandi animo dotem auxerit, ut videatur accepisse, quod non accepit. Priore enim casu donatio non impeditur, et res, quae in ea causa sunt, dotis effectae iudicio de dote peti possunt: posteriore autem nihil actum est donatione et, quod in dotem datum non est, non potest peti*”³⁵. Esta constitución recurre a la expresión *donandi animo* para determinar en qué casos el marido dona o se le da por concepto de dote; esto queda determinado más que al ánimo de donar, al tiempo en que esta es realizada; así si el varón dona antes de las nupcias a la mujer, y luego esos bienes entran a su patrimonio en calidad de dote, es posible realizarlo en razón de que se trataría de donaciones ante nupcias las cuales están permitidas, no en cambio las donaciones entre marido y mujer.

4) CONCLUSIONES

De todo lo anterior, podemos concluir:

i) No se puede desconocer el avance en el estado de la cuestión acerca del *animus donandi* que ha tenido la doctrina romanística, que ha ido

³⁴ “Puesto que exponéis que vuestro padre le dio una esclava a aquel contra quien suplicáis, importa mucho saber si se la dio con el entendimiento de donársela, o para que fuese manumitida una hija que él creía esclava, porque, a la verdad, una donación perfecta no se puede revocar, pero, no habiéndose verificado la causa de dar, compete la repetición”.

³⁵ “Hay mucha diferencia, si lo que el futuro marido dona lo entregó a su mujer, y después lo recibió en dote, o si hubiere aumentado la dote con ánimo de hacer donación, de modo que parezca que recibió lo que no recibió. Porque en el primer caso no se prohíbe la donación, y se pueden pedir como hechas de la dote, en el juicio sobre la dote, las cosas que se hallan en este caso; pero en el segundo nada se hizo con la donación, y no se puede repetir lo que no se dio para dote”. Otra constitución perteneciente a Septimio Severo que se alude al *animus donandi*, pero de la que no hemos tratado en el texto, por no contener la expresión *causa donandi*, es la siguiente: C. 5, 15, 2 (Sev., a 229): “*Quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, si eandem donationem legitime confectam non revocavit, qui incrementum doti dedit, et durante matrimonio mortem obiit, ab heredibus mariti, quatenus interposita liberalitas munita est, peti potest*”: “Lo que de suyo añadió el marido a la dote durante el matrimonio con ánimo de hacer donación, si esta misma donación legítimamente hecha no la revocó el que dio el aumento para la dote, y falleció durante el matrimonio, les puede ser pedido a los herederos del marido, en tanto cuanto se consolidó la liberalidad hecha”.

desde la exaltación del uso exagerado de este por Savigny a finales del siglo XIX, y al otro extremo, Pringsheim con su postura interpolacionística del mismo a principios del siglo XX.

ii) Que la elaboración de la expresión *animus donandi* como elemento subjetivo de la donación clásica se inicia en forma incipiente en Savigny, pero fueron Biondi y Broise quienes comienzan a insistir en la necesidad de reconocer dicho elemento como indiscutible en la configuración de la donación. Sin embargo, apreciamos que la doctrina en este sentido va en retirada en autores como Archi, Schulz, Zimmermann entre otros.

iii) El estudio de las fuentes esgrimidas no hacen sino confirmarnos en que la utilización de la expresión *animus donandi* cercana o en conjunto con las dicción *causa donandi* su significado suele significar si es o no donación en cuanto a que exista el entendimiento o voluntad del donante a donar.

iv) En síntesis, el elemento denominado subjetivo el *animus donandi* no es un requisito especial y adicional de la donación clásica. El *animus donandi* significa la voluntad o entendimiento que debe existir en el donante y también en el donatario, lo que debe ser además acordado, de lo contrario no hay donación. Por tanto, no es exigible el ánimo meramente íntimo o subjetivo de donar que se le ha atribuido al *animus donandi* para la donación clásica, sino que lo que sí es exigible, como dijimos, es la convención o acuerdo entre el donante y el donatario para realizar por medio de tales modos, la misma donación; lo que en este contexto no es sino la reconducción del *animus donandi* a la *causa donandi*. Lo que proponemos es que se encuentran intrínsecamente unidas las características de convención y de entendimiento, el llamado *animus donandi*. Solo a través de un acuerdo se puede saber si concuerdan las intenciones de dar y recibir una donación.

5) BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1974) *Istituzioni di diritto romano*. 14ª edición, Napoli: Editorial Jovene.
- ARCHI, Gian Gualberto (1960) *La donazione. Corso di diritto romano*. Milano: Editore Giuffrè.
- _____ (1981) *Animus Donandi*, en *Scritti di diritto romano*. Milano: Editore Giuffrè.
- BIONDI, Biondo (1960) *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción Manuel Fairen, Barcelona: Editorial Bosch.
- _____ (1972) *Istituzioni di diritto romano*. 4ª edición, Milano: Editore Giuffrè.

- BONFANTE, Pietro (1951) *Istituzioni di diritto romano*. 8ª edición, Torino: Editorial Giappichelli. Traducido por Bacci, L. - Larrosa, A. como Instituciones de derecho romano (1965) 10ª edición, Madrid.
- BROISE, Sergio (1975) *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*. Pisa: Editorial Pacini.
- _____ (1964) *Appunti sull’animus donandi*. *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vitorio Scialoja”* 67 Milano: Editore Giuffrè.
- DI PIETRO, Alfredo (1999) *Derecho privado romano*. 2ª edición Buenos Aires: Editorial Depalma.
- D’ORS, Álvaro (1991) *Derecho privado romano*. 8ª edición Pamplona: Eunsa.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013) *Derecho Privado Romano*. 2ª edición Santiago de Chile: Editorial LegalPublishing Chile.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel (1979) *Derecho privado romano. Instituciones*. Madrid: Editorial Dykinson.
- IGLESIAS, Juan (1990) *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. 10ª edición, Barcelona: Editorial Ariel.
- KASER, Max (2003) *Römische privatrecht*. 17ª edición, München: Editorial Beck.
- LENEL, Otto (1960) *Palingenesia iuris civilis*. Editorial Graz, Akad. Druck u. Verlagsanst.
- MAYERFELD, Dr. Fz. W.L., (1835-1837) *Die Lehre von der Schenkungen nach Römischen Rechte*. 1e Abthl. Marburg: Editorial Elwert.
- MIQUEL, Joan (1987) *Curso de derecho romano*. Barcelona: PPU.
- PASTORI, Franco (1988) *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*. 2da edición Milano.
- PRINGSHEIM, Fritz (1921), *Animus donandi*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Weimar *Ab.* 42.
- PUGLIATTI, Salvatore (1958) *Animus*. *Enciclopedia del diritto*, Milano: Editorial Giuffrè.
- SAVINGY, Friederich Karl (1945) *Sistema del derecho romano actual*. Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid: Editorial de Góngora.
- SAMPER, Francisco (1993) *Derecho romano*. Santiago de Chile: Editorial SEK.
- SCHULZ, Fritz (1951) *Classical Roman Law*. Traducción Santa Cruz (1960) como *Derecho romano clásico*. Barcelona: Editorial Bosch.
- TALAMANCA, Mario (2001) *Elementi di diritto privato romano*. Milano: Editorial Giuffrè.

- VALIÑO, Emilio (1977) *Instituciones de derecho privado romano*. Valencia, pp. 421-430.
- VOLTERRA, Edoardo (1972) *Instituzioni di diritto privato romano*. Traducción de Daza (1986) como *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid: Editorial Civitas.
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996) *The law of obligations: Roman foundations of the Civilian tradition*, Oxford: Universit Press, Clarendon paperbacks, pp. 477-507.