

El enigmático *nexum* como precedente de la hipoteca

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: LA APARICIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA: 1. LA *FIDUCIA*, EL *PIGNUS* Y LA HIPOTECA. 2. EL *NEXUM*. I. INSTITUCIONES Y FIGURAS RELACIONADAS CON EL *NEXUM*: 1. Los NEGOCIOS PER *AES ET LIBRAM*: La *mancipatio* y sus aplicaciones especiales: *noxae datio*, *coemptio*, *emancipatio*, *adoptio*, *testamentum per aes et libram*, *mancipatio fiducia*. 2. LA *LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM*. 3. LA *DAMNATIO*. 4. LA *SPONSIO* Y sus DIFERENCIAS CON EL *NEXUM*. 5. LAS PERSONAS «IN MANCIPIO». 6. LA CLIENTELA.—II. TEXTOS JURÍDICOS Y DE LOS HISTORIADORES: 1. TEXTOS JURÍDICOS: a) *Los pasajes atribuidos por Festo a las XII Tablas*; b) *El texto de Gayo sobre la «nexi liberatio»*; c) *El texto de Gayo relativo al suelo itálico*. 2. TEXTOS DE GRAMÁTICOS E HISTORIADORES: a) *Texto de Varrón*; b) *Relatos de Tito Livio*; c) *Relato de Dionisio de Halicarnaso*; d) *La Lex Poetelia Papiria*.—III. LAS OPINIONES DE LOS ROMANISTAS: 1. LA DE GÓMEZ DE LA SERNA. 2. LA DE OTROS ROMANISTAS: HUSCHKE, EUGENE PETIT, SCHLOSSMANN, HUVELIN, NIEBUHR, MAYNZ, MITTEIS, MOMMSEN, ARANGIO RUIZ, BIONDI, BONFANTE, PEROZZI, NOAILLES; SAVIGNY, GIRAUD y CUQ; LENEL; EDUARDO VOLTERRA. 3. LA DE NUESTROS ROMANISTAS: JUAN IGLESIAS, GARCÍA GARRIDO, JOAN MIQUEL, GUTIÉRREZ ALVIZ, ALVARO D'ORS.—IV. CONCLUSIONES Y SUS BASES: 1. EL PERÍODO PRERROMANO. 2. LA UTILIDAD DEL *NEXUM*. 3. LA ANTIGÜEDAD DE LA BALANZA. 4. EL USO DEL METAL. 5. LA ANTIGÜEDAD DE LOS PRÉSTAMOS. 6. LA POSIBILIDAD DEL *NEXUM* COMO NEGOCIO DISTINTO E INDEPENDIENTE DE LA *MANCIPIO*.—V. LOS EFECTOS DEL *NEXUM*: 1. EFECTOS DE su CELEBRACIÓN. 2. EFECTOS DEL IMPAGO DE LA DEUDA.

INTRODUCCIÓN: LA APARICIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Antes de examinar esta materia tenemos que hacer algunas observaciones previas:

Para muchos autores —SOHM, HENSLER, KOHLER, BAUDRY-LACANTINERIE, etc.— la distinción entre derechos reales y derechos obligacionales parece ser tan evidente, tan racional, que creen que la Historia nada tiene que ver con ella.

Se llegó a decir que tal distinción no puede faltar en un Derecho, de cualquier época que sea, pues la misma es tan fundamental, que deriva de la naturaleza misma de los derechos y se encuentra en todas las legislaciones.

Pero, en realidad, esta concepción puede estar lejos de la verdad. El hecho de que, en un determinado momento de la historia —y en el caso de Derechos relativamente avanzados— se pudiese apreciar tal distinción, no quiere decir que ésta haya existido siempre. Por ello, tratándose de civilizaciones primitivas, la primera interrogante que podemos hacernos es si a ellas les es aplicable la distinción entre derechos reales y derechos personales y, por tanto, entre garantías reales y personales. Los autores que han profundizado en esta materia, entre los que podemos citar a SUMMER MAINE y COGLIOLO, entienden que la oposición entre derechos reales y personales no tiene sentido en la infancia del Derecho, ya que, especialmente las clasificaciones de los jurisconsultos romanos no son aplicables más que al Derecho de los últimos tiempos. Hubo una época en que la idea de distinguir un derecho real de una obligación no se había formado en el espíritu de los hombres, porque el medio histórico que les envolvía era hostil a la germinación de tal idea.

En el Derecho romano primitivo, la distinción entre el derecho real y lo que podía considerarse como derecho de obligación —ésta no existía entonces y por ello podemos hablar de derecho personal, aunque esta expresión tampoco sea exacta— distaba mucho de ser clara. El derecho personal parece presentarse como un derecho inmediato —una especie de derecho real— sobre la persona del deudor, el cual no tiene más garantías privadas que su propia persona, en una época en que casi todos los bienes son objeto de propiedad colectiva (exceptuándose quizá las llamadas *res nec mancipi*, que podrían ser objeto de prenda manual, como luego veremos). Es, en efecto, el cuerpo del deudor el que queda sujeto y el que se ejecuta al vencimiento: sólo con el progreso de la propiedad individual, las vías de ejecución sobre los bienes suplantán a las vías de ejecución contra la persona. Por ello es explicable que, según la conocida frase de KUNTZE —en su obra «Las obligaciones en Derecho romano»—, la historia nos revela el derecho real como el prototipo de la vida jurídica naciente, cuya forma tiene que tomar prestada la obligación antes de manifestarse como una figura jurídica original.

Por tanto, es inútil buscar en los primitivos tiempos de Roma una distinción que recuerde ésta del derecho real y del derecho de obligación. En esa época no podían los romanos llegar a un análisis de los derechos subjetivos. En realidad, para ellos no hay aún derechos: no hay más que un derecho que se reduce a la idea del poder ejercido libremente por el jefe de la familia. Este poder —que es muy seguro que haya recibido el nombre de *manus*, ya que ésta es el símbolo del poder— recae sobre los miembros de la familia: mujeres, niños, esclavos (familia) y sobre los animales (pecu-

nia), que constituyen la principal riqueza, si no la única, del *paterfamilias*. Ese poder doméstico —*manus*— se encuentra en las antípodas de la idea de obligación. Pero, se pregunta LUIS RIGAUD, ¿no encontraremos, por lo menos, la noción de obligación en las relaciones comerciales que, por raras que sean, existían, sin embargo, entre aquellos romanos? Por independiente que sea la vida de los Quintes, se reúnen, no obstante, en épocas periódicas para cambiar entre ellos los objetos usuales, las *res Mancipi*, los bueyes, los esclavos que necesitan para los cultivos. Nos encontramos entonces en presencia de una especie de venta: la *mancipatio* y una especie de préstamo, el *nexum*. Podía parecer que estos negocios debían engendrar obligaciones. No obstante, ésta es una cuestión que hay que examinar:

- En la *mancipatio*, aun en su origen, no se encuentra más que un contrato de transferencia, no productor de obligación, y que no descansa, de ninguna manera, sobre un contrato obligatorio, del cual sería la ejecución. Lo que prueba bien que la idea de obligación no ha podido intervenir en la *mancipatio* es la evolución misma de esta institución. Nunca habría podido llegar a ser un acto abstracto que sirviese en la transferencia de la propiedad, como ejecución de la obligación del vendedor en la venta consensual posterior, más que por el hecho de que estuvo siempre exenta de toda idea de obligación. Y aun los mismos autores que interpretan la *mancipatio* como una venta al contado reconocen, de común acuerdo, que a los ojos de los romanos primitivos, cuyo espíritu no podía prestarse a un análisis de tal naturaleza, la obligación no aparecía por causa de la imposibilidad práctica de discernir el vínculo obligatorio del acto de ejecución.
- En el *nexum*, bien consista en la mancipación fiduciaria del cuerpo del deudor, bien solamente en un acto productor de obligaciones —como pretende GIRARD—, la obligación que de él deriva no se parece en nada a la noción clásica de *vinculum iuris*. Los romanos de aquella época se representaban bien pronto su derecho como un poder directo e inmediato sobre el cuerpo del deudor. Por consiguiente, el *nexum* implicaba una especie de derecho real sobre la persona del deudor, en garantía del pago de la deuda contraída.

Si pasamos al campo de las actuaciones procesales nos encontramos, en la época arcaica, con las *legis actiones*. Parece que las dos principales y más antiguas, de las que tenemos noticia a través de GAYO, suponen actos de fuerza (*vis*), aunque formalmente ritualizados, y son la del *sacramentum in rem*, que era un acto de apoderamiento de cosas —*vindicatio*— y la *manus iniectio*, que era un acto de apoderamiento de personas. Si consideramos estas dos acciones de ley como arquetipos, es posible que, con el tiempo, de

ellas derivasen, respectivamente, los que hoy se llaman derechos reales —sobre una cosa o *res*— y derechos personales —sobre la persona del deudor—.

También se suele partir de la clasificación de las acciones, según se tratase de una *actio in rem* o de una *actio in personam*. Pero, en realidad, de esta clasificación no se desprende la diferencia entre derechos reales y personales, pues la *actio in rem* no se daba nunca sobre una cosa, sino contra él que de algún modo perturba la posición de otro respecto a ella y, en sus orígenes, la *actio in rem* —*sacramentum in rem*— consistía en una controversia sobre la falsedad de un juramento.

En sus Instituciones, Comentario IV, examina GAYO precisamente las llamadas «acciones de ley» y nos encontramos —por desgracia— con una parte perdida o ilegible, en la que, según creen algunos, trataría del *actio sacramentum in personam*. No obstante, FUENTESECA niega la existencia de esta acción.

Y después de las precedentes observaciones, pasamos a examinar el orden de aparición de los derechos reales de garantía.

1. LA *FIDUCIA*, EL *PIGNUS* Y LA HIPOTECA

Los civilistas e hipotecaristas suelen exponer la materia, refiriéndose al Derecho romano, considerando que el orden cronológico de aparición de estos derechos era el siguiente:

1. La *fiducia cum creditore*.
2. El *pignus*, y
3. La hipoteca.

Por tanto, se sitúa, históricamente, la *fiducia cum creditore* como una garantía anterior al *pignus*. Pero, en realidad, creo que no hay un fundamento sólido para ello y me baso en las siguientes razones:

1.^a La fuerza de las cosas nos obliga a pensar que el *pignus* —aunque fuese con otro nombre, ya que la etimología de esta palabra es muy dudosa— debió ser anterior a la mancipación fiduciaria. Es más fácil concebir una simple prenda manual que un negocio más complejo, como sería la *mancipatio fiduciae causa*. Si no tenemos en cuenta el relato bíblico sobre el fratricidio, puede resultar que los actos más antiguos del hombre —en la esfera del Derecho— serían el préstamo no pecuniario, porque, obviamente, el dinero aún no existía —acto jurídico— y el hurto —acto antijurídico—, a los que no hay inconveniente en añadir, tal vez en una fase inmediatamente ulterior, el préstamo de garantía, es decir, la prenda.

2.^a La existencia de la arcaica *legis actio per pignoris capionem*. El *pignus* se nos presenta en tres etapas evolutivas —*pignus captum*, *pignus datum*, *pignus conventum*— que reflejan la continuidad histórica de una función de garantía desde época antigua, cuyo mecanismo de funcionamiento es todavía discutible, como lo es también el significado mismo del vocablo *pignus*.

En el texto, que en las Instituciones de Justiniano (2.1.41) se atribuye a Ley de las XII Tablas, se dice:

«*Venditae ... et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit, veluti expremissori aut PIGNORE DATO; quod cavetur ... lege XII tabularum*».

«Las (cosas) vendidas y entregadas no se adquieren por el comprador más que si éste hubiera pagado el precio al vendedor o le hubiera satisfecho de otro modo, como mediante (la intervención de) un garante o la ENTREGA DE UNA PRENDA, cosa que está prevista por una ley de las XII Tablas».

3.^a La *fiducia cum creditore* nunca pudo pertenecer al Derecho romano arcaico, porque, en ella, la *mancipatio* ya no constituye una venta real al contado, con el metal pesado en función del precio —como debió ser la *mancipatio* arcaica, la cual, incluso pudo y debió ser distinta de la *mancipatio* originaria—, sino que se trata de un negocio formal más evolucionado de carácter solemne y abstracto. Se trata de una *imaginaria venditio*, en que el precio *nummo uno* era simbólico. Este negocio de traspaso de una *res Mancipi* bajo la potestad del *accipiens* tiene diversas finalidades: *mancipatio emptionis causa*, *donationis causa*, *fiduciae causa*, etc.

4.^a Como pone de relieve PABLO FUENTESECA —en su trabajo «Líneas generales de la *fiducia cum creditore*»—, el *pactum fiduciae*, implica que la cosa mancipada quede como *res obligata pignoris iure* en garantía del crédito. Y en este sentido tenemos el texto de GAYO II, 60:

«*Sed fiducia contrahitur aut cum creditore, PIGNORIS IURE, aut cum amico, quo totius nostrae res apud eum esse*».

«Pero la fiducia es contraída, o con un acreedor, por derecho de prenda, o con un amigo, para que la totalidad de nuestras cosas estén (seguras) junto a éste».

Este texto nos prueba que, por lo menos, cuando existía la fiducia también existía la prenda. En efecto, la *res fiduciae data* se constituye en *res obligata «pignoris iure»* en poder del acreedor fiduciario, que podrá venderla de acuerdo con el *pactum fiduciae*, si el fiduciante no paga la deuda.

5.^a No hay ningún inconveniente para que el *pignus* existiera desde una época muy remota, ya que recaía sobre *res nec Mancipi*, las cuales no

presentaban ninguna dificultad en cuanto a su entrega o transmisión. Como dice el romanista citado, PABLO FUENTESECA, la aplicación de la fiducia comenzó en las relaciones de colaboración amistosa y vecinal entre cabezas de familia —*fiduciarius amico*— y más tarde comenzó a aplicarse en función de garantía, debido quizá a la necesidad de garantizar los créditos pecuniarios mediante *res Mancipi*, NECESIDAD ESTA QUE NO PODÍA CUBRIR EL *PIGNUS*. Por tanto, la fiducia surge como consecuencia de la insuficiencia del *pignus* para garantizar determinados créditos.

6.^a Si el *nexum* suponía una autopignoración del deudor —como así lo entienden varios romanistas, cuestión que luego veremos— resulta indudable que el *pignus* es mucho más antiguo que la *fiducia cum creditore*.

Respecto a ésta tenemos que referirnos a un punto concreto. En Roma no cabe hablar *sic et simpliciter* de traspaso de la propiedad en la *fiducia cum creditore*. La *mancipatiofiduciae causa* no tenía por finalidad la transmisión del título de *dominus* quiritario al *accipiens*, porque no se trataba de una *mancipatio ex causa emptionis*, puesto que no se había pagado un precio de compra verdadero, sino ficticio. El fiduciario no se hace propietario quiritario sino que su actividad es una función fiduciaria o de confianza, que se halla determinada en el *pactum fiduciae* y cuya última misión es la venta de la cosa que se halla obligada *pignoris iure*. Tiene la facultad de vender —*vendere licere*— en virtud del *pactum*, puesto que la cosa se haya vinculada en garantía, pero la fiducia no pertenece originariamente al tipo de negocio pignoraticio que representó el *pignus* a lo largo de su evolución histórica.

2. EL NEXUM

El *nexum* fue un enigmático y, por tanto, misterioso negocio, que actualmente constituye la *crux máxima* de la investigación romanística.

Los civilistas —y no son muchos los que lo mencionan— hacen una breve referencia al *nexum* al tratar de la obligación en general. También los romanistas suelen hacer lo mismo. Esto puede ser una consecuencia de la general aceptación de las ideas de BRINZ, AMIRA y GIERKE, sobre los dos elementos que integran el concepto actual de obligación y que se supone que primitivamente eran independientes: i) el débito o deuda, y ii) la garantía o responsabilidad. *Debitum* sería, según BRINZ, el término que emplean las fuentes para designar al débito, en tanto que los términos para designar la responsabilidad serían *nexum* y *obligatio*.

Pero, como dice JOAN MIQUEL, resulta curioso comprobar que esta teoría tuvo en principio más éxito entre los germanistas que entre los propios romanistas. Pero hoy día, la crítica de BRINZ proviene no sólo de los roma-

nistas, sino también de los germanistas, que subrayan cómo dicha teoría arranca, en definitiva, del prejuicio de una construcción conceptual que se aplica rígidamente a las fuentes.

La verdad, aunque puede parecer inverosímil, es que no podemos, en modo alguno, referirnos, en relación con el *nexum*, a la *obligatio*, pues como señaló ALVARO D'ORS —Una explicación genética del sistema romano de las obligaciones, apartado A (trabajo en homenaje a VALLET DE GOYTISOLO)—, cuya afirmación es comprobable, el término *obligatio* «sólo aparece en un momento relativamente tardío de la historia jurídica romana, y, por tanto, no puede relacionarse, como se pretende hacer muchas veces, con una primitiva idea de ligazón o sujeción personal de un deudor, por cierta similitud con el *nexum*. En realidad, *nexum* y *obligatio* son términos que no llegaron nunca a coexistir. Es más, el uso de *obligare* aparece documentado primeramente en relación con la garantía real del *pignus conventum* o hipoteca, y no con las deudas. El mismo hecho de que la obligación civil se designe en las fórmulas procesales, con el verbo impersonal *oportere*, y no con *obligare*, muestra la poca antigüedad de este segundo término».

En lo que están de acuerdo casi todos es en el hecho de que, para que al deudor se le pudiese exigir el pago, desde tiempos muy antiguos se solía añadir una especial garantía a la deuda. Esta garantía, en tiempos primitivos, podía consistir en el *nexum*, la *sponsio* o el *pignus*. Teniendo en cuenta que el *pignus*, bajo el punto de vista actual, era una garantía real, y la *sponsio* una garantía personal, lo que se trata de determinar ahora es si el *nexum* era una garantía personal o real. Ya hemos visto que, según LUIS RIGAUD y otros autores, para los romanos se trataba de una garantía real, pues implicaba un derecho real del acreedor sobre la persona del deudor. Pero, con independencia de estas ideas, nos inclinamos por esta última posición, porque, aunque se nos diga —con una visión un tanto simplista— que, en el supuesto del *nexum*, la garantía era personal, pues por el *nexum* se sujetaba la persona del deudor, y aunque se admita esta posibilidad, también es cierto que si los esclavos eran *res Mancipi*, es decir, cosas Mancipables —XAVIER D'ORS nos habla de la manumisión del «esclavo hipotecado» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1976 y 1977—, no hay inconveniente en considerar al *nexum* como una forma de garantía real: si a los «nexi» —personas sujetas por el *nexum*— se les consideraba como esclavos de hecho, aunque no lo fuesen, tal vez, de derecho, resulta que, utilizando la misma terminología, el *nexum* podía suponer, «de hecho», una forma de garantía real. Dicho con más claridad: cuando se dice que una persona es un esclavo de hecho, es que realmente lo es, aunque el ordenamiento jurídico no lo considere como tal. La causa de esta dicotomía puede estar en el hecho de que, en Roma, ningún ciudadano podía convertirse en esclavo; por ello, como tal esclavo, sólo podía ser vendido «trans Tiberim», como luego se

verá. Pero la verdad es que, siendo realmente un esclavo, muy poco podría importarle, a cualquier persona, serlo de hecho o de derecho. No obstante, en Derecho romano podían existir diferencias, y ello aunque no se acepte —debido al avance de los estudios de Derecho romano— la opinión de GÓMEZ DE LA SERNA —en cuanto a los efectos—, el cual, por otra parte, distinguió —lo fundamental es esta distinción—, más o menos correctamente, en el año 1863, entre el *nexus* y el *addictus*, y precisamente este romanista consideraba al *nexus* como un esclavo de derecho, como luego veremos.

Pero, ¿qué era el *nexus*? Se trataba de una institución muy oscura, envuelta en la mortaja de los siglos, incluso en la de los anteriores a la Ley de las XII Tablas. Se puede anticipar, en términos un tanto vagos, que era la sujeción de la persona del deudor al poder del acreedor en garantía del pago de una deuda. En qué consistía esa sujeción y el consiguiente poder del acreedor, lo intentaremos ir deduciendo en el transcurso de este escrito.

El *nexus* era, pues, una especie de vínculo que provocaba una sujeción del deudor, o del fiador, al acreedor, y, como tal, siempre suponía una garantía. Se discutió largamente la cuestión de si el *nexus* fue un negocio *per aes et libram* en las más diversas formas imaginables, del préstamo, del autosometimiento al poder del acreedor, o de la automancipación, o bien una constitución de garantía en las formas de la promesa, llegándose incluso a decir que no era un negocio autónomo, sino el sometimiento del *addictus*.

Por tratarse, pues, de una materia muy discutida, para que la exposición sea lo más clara y sencilla posible, vamos a hacer cinco apartados fundamentales:

En el primero veremos, muy brevemente, bajo determinados aspectos, algunas instituciones y figuras que suelen relacionarse, más o menos directamente, con el *nexus*.

En el segundo recogeremos los escasos fragmentos de los textos que pueden referirse al mismo, y que consisten en unas pocas citas de algún jurista, como GAYO, y, fundamentalmente, en determinados escritos de gramáticos e historiadores.

En el tercero veremos las distintas opiniones de los romanistas.

En el cuarto examinaremos las posibles conclusiones, que quizá se puedan deducir, basadas en determinados fundamentos, y

En el quinto veremos los efectos que podía producir tal figura.

I. INSTITUCIONES Y FIGURAS RELACIONADAS CON EL *NEXUM*

Daremos —aunque muy brevemente— una idea de esas figuras:

1. LOS NEGOCIOS *PER AES ET LIBRAM*

En cualquier civilización arcaica existe la creencia de que los vínculos jurídicos —o religiosos— sólo pueden crearse mediante la exteriorización de determinados gestos y acciones rituales. Una de estas acciones consistía (y de ahí procede el nombre) en la utilización del cobre —*aes*— y la balanza —*libra*—, y en la que intervenían, además de los que celebraban el acto o negocio, cinco testigos y un sostenedor de la balanza —*libripens*—. Como negocios de esta clase se suelen citar tres: la *mancipatio*, el *nexum* y la *nexi liberatio*. Como aplicaciones especiales de la *mancipatio* se consideran, entre otras, la *noxae datio*, la *coemptio*, la *adoptio*, la *emancipatio*, el *testamentum per aes et libram* y la *mancipatio fiducia causa*.

Siuviésemos en cuenta solamente las imágenes visuales, pronto podríamos llegar a la conclusión de que la *mancipatio* y el *nexum* vendrían a ser lo mismo, pues en todos aquellos actos —excepto tal vez en la *nexi liberatio*— siempre se desarrollaba una escena muy parecida: se tocaba con la mano alguna cosa o persona —lo cual equivalía normalmente a una aprehensión—, luego se golpeaba la balanza con el metal y se entregaban a otra persona. Esto, realizado en presencia de los testigos y el sostenedor de la balanza, era similar en todos los actos *per aes et libram*. Lo que sucedía es que el metal, el cobre, unas veces podía tener la función de un precio o de un equivalente del mismo, y otras, la de un préstamo o, también, de un equivalente de lo prestado. Pero esto no era apreciable en aquellas imágenes visuales. Para saber qué función desempeñaba el metal y las diferencias entre unos y otros actos *per aes et libram*, sería indispensable oír las palabras pronunciadas. Es decir, las diferencias resultaban únicamente de la fórmula empleada en cada caso. Por ello, si solamente se atiende a las formalidades o ritos que se pueden percibir visualmente, tal vez se pueda afirmar que la esencia de los negocios librales era siempre la misma. Pero esto no es admisible, ya que la fórmula, las palabras, son o pueden ser más importantes que las imágenes —contrariamente al dicho de que vale más una imagen que mil palabras—.

Como de la *nexi liberatio* me ocuparé en el apartado siguiente, al tratar de los textos latinos, y del *nexum* —que tratamos de desentrañar—, poco más se sabe, con certeza, que era un acto *per aes et libram*, relacionado con el préstamo y los deudores, examinaré a continuación determinados aspectos de la *mancipatio* y las que se consideran aplicaciones especiales de la misma.

La mancipatio

El negocio transmisivo más usual, cuando todavía no existía la moneda, debió ser la permuta. Y es posible que el ganado, mayor o menor, hiciese la función de la moneda. Cuando se empieza a utilizar la balanza y el metal, las transacciones se realizan mediante una venta, cuyo precio no consistía en dinero, sino en una cantidad de metal —fundamentalmente cobre o bronce—, que necesitaba ser pesado con aquella balanza. Primero era el metal en bruto —*aes ruda*— que más tarde tomó la forma de barras acuñadas (*aes signatum*), en que el cuño sólo servía para contrastar el metal como medio de pago, no para determinar su valor.

En un principio, la mancipación, como tal negocio, sólo tenía lugar, respecto de los objetos que el comprador podía tomar con la mano —*mancipare*, de *manus capere*—, remontándose hasta los tiempos en que la propiedad consistía sólo en esclavos o en ganados —*familiapecuniaque*—.

Más tarde la mancipación es la forma primitiva y general de la venta para las denominadas *res Mancipi*. Así pues, el pago se hizo con la ayuda de una balanza sostenida por un testigo imparcial (según AZCÁRATE, en su «Historia de la propiedad», sería un sacerdote, quizá fundándose en que una balanza se guardaba en un templo, como luego veremos), *libripens*, sostenedor de la balanza, sobre la que se depositaba la cantidad de metal convenida. Del ritual de la *mancipatio* solamente nos interesa destacar que, según pone de relieve GAYO —Instituciones, I, 119—, el adquirente —*mancipio accipiens*— se apoderaba formalmente de la cosa —que podía ser un símbolo o representación de ella—, tocándola o asiéndola con la mano, y, simultáneamente, hacía una declaración solemne, que constaba: de una *afirmación*, que coincidía con la de la fórmula de la *legis actio per sacramentum*: «Yo afirmo que este hombre (tratándose de un esclavo) es mío, según el derecho de los Quirites»; y una aclaración: «y que es comprado con este cobre y esta balanza de cobre». Después golpeaba la balanza con el metal y daba éste como precio al transmitente. Lo importante de aquella declaración, para el tema de que tratamos, es el orden de la misma, como puso de manifiesto IHERING, lo cual también veremos en otro apartado.

El mancipante no tenía que decir nada, pero también podía hacer una declaración solemne —*nuncupatio*— para adicionar determinada cláusula, que, como *lexprivata* tenía efectos jurídicos conforme a las XII Tablas: «*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*». Este texto es tan importante que es tenido en cuenta por todos los romanistas que se han ocupado del tema de que tratamos, lo cual también veremos.

La noxae datio

Cuando el delincuente era un *filius in potestate patris* o un esclavo, no es él el responsable del pago de la multa. La acción penal se dirigía contra el padre o contra el dueño, pero uno y otro podían eludir su responsabilidad mediante la entrega del ofensor al actor por *mancipatio*. Fuera del campo de los delitos, en los que puede ser impuesta una multa, la *noxae datio* es inadmisibile en Derecho clásico.

La coemptio

Era el acto normal para que el marido adquiriese la *manus* sobre la mujer. El paterfamilias de ésta (cuando era *sui iuris*), o ella misma con la *auctoritas* de su tutor, cede, mediante el acto *per aes et libram*, el poder sobre ella mediante un precio simbólico al marido. Este debía pronunciar una fórmula, de cuyo texto resultaba que la mujer no caía en situación análoga a la de la esclava, como *mancipium* del marido, sino que iba a ocupar en la *domus* la posición correspondiente a la mater familias —*uxor in manu*— (ver GAYO, 1, 113, 123). No obstante, parece seguro que, en una fase más arcaica, la *coemptio* servía para la compra efectiva de la mujer, tal como la conocieron muchos Derechos antiguos.

La emancipatio

Aparte de otras causas de emancipación, GAYO —2, 132— nos describe la que tiene lugar mediante tres mancipaciones sucesivas, cuyo fundamento está en una ley de las XII Tablas, conforme a la cual: «*Si pater filium ter venum duuit, filius a pater liber esto*» = «Si un padre vende tres veces al hijo, el hijo quedará libre del padre».

El procedimiento es el siguiente:

«El padre vende a su hijo a una persona; ésta le manumite por la vara, con lo cual revierte a la potestad del padre; éste lo vende nuevamente a la misma o a otra persona (aunque es costumbre venderlo a la misma persona), y éste le manumite después por la vara otra vez, con lo cual revierte nuevamente a la potestad del padre; por tercera vez el padre lo vende a la misma persona o a otra (aunque es costumbre venderlo a la misma persona), y con esta *mancipación* deja de estar en la potestad del padre, aunque todavía no esté manumitido, sino en *mancipio*».

La adoptio

En sentido estricto, esto es, la *adoptio* de un «*homo alieni iuris*» fue un acto creado por la jurisprudencia cautelar de la antigua República. Primeramente debía procederse a la extinción de la patria potestad mediante la triple venta por *mancipatio*, cuya forma ya hemos visto. A este acto seguía una *in iure cessio*, mediante la cual el *adoptans* reclamaba al *adoptandus* como hijo suyo.

El testamentum per aes et libram

También GAYO —obra citada, 2, 104—nos lo describe, sucintamente, así:

«Esto se hace de la siguiente manera: una vez escritas las tablas del testamento, y presentes, como en las otras ventas solemnes, cinco testigos ciudadanos romanos púberos y el portador de la balanza, el testador vende formulariamente su familia a otro, en cuyo acto el comprador de la familia pronuncia estas palabras: "FAMILIAM PECUNIAMQVE TVAMENDO MÁNDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQUE QVO TV IVRE TESTAMENTVUM FACERÉ POSSIS SECVNDUM LEGEM PVBLICAM, et, ut quidam adiciunt, AENAEQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA" = "Afirmando que acepto el encargo sobre tu familia y bienes, poniéndolos bajo mi custodia, y que, para que puedas hacer testamento legítimo, según la ley pública, los compro con este bronce, y, según algunos añaden, con esta balanza de metal". Entonces golpea con la barra de bronce la balanza, y entrega aquélla al testador en calidad de precio, y luego el testador, con las tablas del testamento en la mano, dice así: TRANSMITO, LEGO Y TESTO EN LA FORMA EN QUE ESTÁN ESCRITAS ESTAS TABLAS ENCERRADAS Y, POR LO TANTO, VOSOTROS, CIUDADANOS, SEDME TESTIGOS DE ELLO. Esto es lo que se llama nuncupación, pues nuncupar es nombrar públicamente, y así el testador designa y confirma en conjunto lo que escribió detalladamente en las tablas del testamento».

La fiducia

La fiducia es un negocio formal por el que un propietario confía la propiedad de una *res Mancipi* a alguien, llamado fiduciario, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante o a

otra persona designada por éste. La transmisión se hacía mediante *mancipatio fiducia causa*, si bien esta mención de la causa no era suficiente para tipificar el acto, pues de ella tan sólo se derivaba una obligación de restituir, sin determinar cómo y en qué momento. Para ello era necesario convenir un pacto especial, del cual se pudiese deducir si la fiducia tiene un fin de garantía —*fiducia cum creditore*— u otro distinto —*fiducia cum amico*—.

Los autores, al examinar los distintos actos que hemos expuesto, suelen hablar de la fuerza expansiva de la *mancipatio*, basada en razones de economía jurídica. Sin embargo, creo que se puede pensar que esto es un efecto. La causa habría que buscarla en la gran importancia, que, desde un punto de vista jurídico-religioso, tuvo para los romanos el *aes et libram*, como parte integrante del rito o ceremonia en que consistía el acto jurídico que se iba a celebrar. En algún otro pueblo, como el egipcio, la balanza tuvo igual o mayor importancia, pero desde un punto de vista estrictamente religioso, como veremos más adelante.

2. LA *LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM*

Hay que examinar este procedimiento, por lo menos, para tener una idea sobre si el *nexus* y el *addictus* suponían la misma situación o se trataba de algo distinto.

Mediante dicho procedimiento, el acreedor coge materialmente al deudor, pronunciando unas palabras solemnes que indican que adquiere el poder sobre el ejecutado: «*Quod tu mihi iudicatus sive damnatus est, sestercium X millia quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X millium iudicati manus injicio*» = «Puesto que has sido condenado o damnado a mi favor en X mil sextercios y no has pagado, realizo sobre ti la aprehensión corporal».

El condenado no podía defenderse por sí mismo, sino que requería la intervención de un tercero, *vindex*, que, a su vez, si sucumbía, tenía que pagar el doble al acreedor —*litis crescentia*—. Si no intervenía el «*vindex*», es decir, alguien que saliera garante del deudor, éste era atribuido solemnemente por el magistrado al acreedor —*addictio*—. El deudor, o sea, el *addictus*, era llevado o arrastrado a la casa del acreedor, quien lo encadenaba y encarcelaba con unas cadenas de un peso no superior a quince libras. Durante este estado de prisión, el deudor podía alimentarse a sus expensas, o bien debía ser alimentado por el acreedor, aunque éste sólo estaba obligado a entregarle una libra de harina al día. Existía todavía la posibilidad legal de pactar y, si no pactaban, la prisión debía durar lo suficiente para que el deudor pudiera ser exhibido en tres días de mercado consecutivos, para ver si alguien tenía piedad y pagaba por él. Transcurrido el plazo indicado,

el acreedor podía matar al deudor o venderlo *trans Tiberim* como esclavo. Esta disposición se remonta a un tiempo en que la orilla derecha del Tíber era territorio extranjero, es decir, antes de la toma de Veyos y de la ocupación romana de tierras etruscas en aquel área. La opinión común de historiadores y juristas entiende esta disposición en el sentido de que el ciudadano no podía ser vendido como esclavo en su patria.

ALVARO D'ORS —*Derecho Privado Romano*, 1991, parágrafo 113, *in fine*— nos dice que «no se sabe cómo se regulaba aquella extraña situación, ni hay noticias seguras sobre la existencia de prisiones privadas, ya que —*ibidem*, nota 11—, como situación normal, no es imaginable que los acreedores tuvieran sus prisiones para retener a los eventuales deudores; la presencia de un deudor en la propia casa sin saber muchas veces qué provecho se podía obtener de su trabajo, hubiera resultado una incómoda carga más que una seguridad; dificultades suplementarias ofrece el supuesto normal de pluralidad de acreedores». No obstante, creemos que parece posible que el *addictus* —y tal vez el *nexus*— pudiera ser retenido por el acreedor como un esclavo de hecho, pero sin prisión, y, normalmente, sin cadenas».

FRANCESCO DE MARTINO —*Intorno all'origine della schiavitù a Roma*—, al comentar la ración que diariamente tenía que suministrar el acreedor al deudor, se pregunta durante cuánto tiempo y cuántos deudores sobrevivían a este régimen. Esta pregunta, en tanto en cuanto va dirigida a poner de manifiesto la situación deplorable de los deudores, creo que puede resultar un tanto tendenciosa, ya que si el acreedor realmente quería vender al deudor, es lógico suponer que procurase cuidarlo lo suficientemente bien, pues si presentaba un aspecto lamentable, es muy seguro que nadie quisiese comprarlo. También entiende el autor citado que la exhibición en los tres mercados estaba prescrita con la finalidad de encontrar un comprador en la patria, y sólo después se permitía la venta fuera de ella. No puede creer que en unos tiempos en los cuales no había abundancia de fuerzas de trabajo, la legislación romana indujera tan fácilmente a privar a la comunidad de brazos que resultaban necesarios. Tampoco esta opinión resulta muy convincente porque va en contra del espíritu del Derecho romano, que —como vimos— no admitía que ningún ciudadano romano pudiese hacerse esclavo en Roma, y DE MARTINO sostiene que el pueblo romano fue el más esclavista de la historia. Lo que sería factible es que el acreedor vendiese al deudor mediante *mancipatio*, con lo cual el deudor sería una persona *in mancipio*. «De todos modos —dice— no está claro que el deudor *addictus*, es decir, atribuido al acreedor, estuviese obligado a la prestación de trabajo».

En el supuesto de que fuesen varios los acreedores, éstos podían repartirse el cuerpo del deudor —según se entiende el *partes secanto* atribuido a las XII Tablas—, lo cual a ALVARO D'ORS —lugar citado, nota 8— le parece un mito pintoresco, ya que el reparto del cuerpo del deudor resulta inver-

símil incluso para la época más arcaica, porque según determinados textos de AULO GELIO, la venta del deudor como esclavo en el extranjero —*trans Tiberim*— parece incompatible con aquella ejecución tan truculenta. Y, en efecto, desde un punto de vista económico, no tenemos más remedio que dar la razón a este sabio romanista, pues no tiene mucho sentido el repartir el cuerpo del deudor entre los acreedores, con el fin de satisfacer sus créditos. Ahora bien, sin darle mucha importancia al tema, a pesar de que el mismo ha sido objeto de una específica literatura —LÉVY-BRUHL, GEORGESCO, MACCORMAK—, si el *partes secanto* existió —aunque haya pasado a las XII Tablas como letra muerta, ya que no hay ningún otro testimonio de tal ejecución—; tal vez habría que buscarle alguna explicación, y sólo veo dos posibles razones:

- Una, es pensar que, si con aquel procedimiento no se producía una satisfacción económica, se produciría, al menos, una muy discutible satisfacción distinta, que no puede ser otra que considerarlo como un producto residual de la primitiva venganza, la cual en muchos pueblos antiguos era un deber sagrado, y que persistió, aun en plena etapa histórica, en el Derecho germánico. ARIAS RAMOS —*Derecho Romano*, Tomo I, pág. 169— parece que da por supuesta la existencia de tal idea de venganza, pues, sin tocar concretamente la cuestión relativa al *partes secanto*, sin embargo al tratar de la *in ius vocatio* —la antigua forma de citación en el procedimiento romano—, considera ésta como un resabio de toscos usos pretéritos que enlazan tal procedimiento con la época de la venganza privada. Y pienso que también recoge esta idea el siguiente texto de las XII Tablas: «*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*» = «Si arrancó un miembro a alguien y no pactó con él, aplíquese el talión». Porque el talión es una especie de venganza, aunque controlada y regulada, que también supone un residuo de la venganza privada. Pero aún hay más: Tanto en el Derecho clásico como en el justiniano, se cita como un caso de «indignidad para suceder» —aunque con un sentido distinto al actual—: «el no cumplimiento de la obligación de la venganza por el asesinato del *de cuius*» —en el Derecho clásico este incumplimiento consiste en la no persecución judicial contra los asesinos—.
- Otra es la de MAX KASER —*Derecho Privado romano*, pág. 362—, quien considera que el precepto se refiere a la distribución de las partes del cadáver, que los ejecutantes retienen para forzar a los parientes del ejecutado —sobre los cuales se ciernen divinas amenazas por la insepultura del mismo— a que paguen la deuda.

De todas formas no hay que olvidar, como puso de relieve ROBERT VON MAYR —*Historia del Derecho romano*, I—, que el *partes secanto* puede

suponer una atenuación del rigor de la ejecución, ya que, según los principios generales vigentes en materia de comunidad, cada cotitular podía impedir con su veto la división.

La *manus iniectio* era procedente, en el caso de un *iudicatum*, de una *confessio in iure*, o en virtud de una *DAMNATIO*, que vamos a ver a continuación.

3. LA «DAMNATIO»

Según ALVARO D'ORS es una antigua forma de condena cuasisacral que puede derivarse:

- a) De la imposición por el juez que condena a un demandado: la *condemnatio* es, así, un tipo de *damnatio*, y de efecto directamente ejecutivo.
- b) De una *mancipatio*, es decir, del acto solemne *per aes et libram*, porque, respecto al mancipante, podía ejercitarse la *manus iniectio* en dos supuestos:
 - Cuando era responsable por la eventual evicción de lo mancipado, responsabilidad que recibe el nombre de *auctoritas*. Se suele llamar *actio auctoritatis* a la *manus iniectio* contra el mancipante, cuando resultaba que la cosa transmitida pertenecía a un tercero, siempre que el accipiente no hubiese llegado a usucapirla.
 - Cuando la declaración de la cabida del fundo mancipado resultaba falsa, dando lugar a una *manus iniectio* contra él, llamada *actio de modo agri*.
- c) Del incumplimiento por el adquirente de ciertas *leges mancipationis*, o leyes privadas, impuestas por el mancipante. Un supuesto especial es el del *testamentum per aes et libram*, cuando el mancipante imponía al que recibió los bienes una ley privada para que pasaran determinados bienes a otra persona: *legatum per damnationem*.
- d) Del enigmático *nexum*, aunque este supuesto lo considero con ciertas reservas, ya que entra dentro de lo posible, que, mediante el *nexum* se evitase el procedimiento brutal de la *manus iniectio*, como luego veremos.

Pero también la *damnatio* podía venir impuesta por leyes públicas:

El caso más notorio es el de la *lex Aquilia de damno*. Pero nos interesa más el de la *lex Publilia de sponsu* —siglo iv a.C.—, que daba una *manus iniectio* como acción de regreso a favor del «sponsor» contra el deudor afian-

zado y liberado que no le pagaba dentro del plazo de seis meses, acción que se extendió al fideipromissor de la *Lex Furia de sponsu* —siglo II a.C.—. Asimismo la *Lex Apuleia* daba al fiador una *manus iniectio* contra el acreedor que le hubiese exigido más de lo que proporcionalmente le correspondía.

En la *lex Furia testamentaria* se da una *damnatio* contra el que hubiese exigido de un heredero un legado de más de mil ases, y en la *lex Marcia* una *damnatio* contra los usureros.

A lo que expone ALVARO D'ORS se puede añadir que, muy posteriormente —tal vez en la época imperial—, surgen unas *damnationes* muy particulares:

La *damnatio ad bestias* era una condena consistente en el abandono del reo a las bestias en el circo; constituye uno de los *summa supplida*, a imponer con ocasión de un delito público. En el Digesto se distinguen dos supuestos: uno, en que el condenado iba a actuar —teóricamente— de cazador, en cuyo caso se consideraba que no era esclavo, y otro en que iba a actuar de cazado, en que sí lo era —cfr. Digesto 48, 19, 8, y Digesto 48, 19, 29—.

La *damnatio ad metalla* es una condena consistente en trabajos forzados en las minas, que suponía una penalidad inferior a los *summa supplida* y que se imponía en delitos públicos que no eran de suma gravedad.

La *damnatio memoriae*, por fin, es la cancelación de la memoria de una persona condenada a muerte y ejecutada, o muerta durante la acusación. Tenía un carácter político. Los crímenes contra el pueblo traían esa consecuencia —*ignominia post mortem*—, que suponía que el nombre del autor fuera borrado, destruidos sus monumentos y declaradas nulas sus donaciones y disposiciones *monis causa*. La imposición de esta pena era competencia del Senado.

4. LA SPONSIO Y SUS DIFERENCIAS CON EL NEXUM

Esta palabra parece que viene del griego «spendein», hacer un pacto, un tratado consagrado por libaciones.

La *sponsio*, tal vez fue una institución de carácter jurídico-religioso, y de la que se dice que pudo derivar de un juramento prestado por el deudor sobre el altar de Hércules —DIONISIO DE HALICARNASO, *Historia antigua de Roma*, I, 40—. FESTO nos dice que el *spondere* tenía lugar *interpositio rebus divinis*.

Aunque prescindan de las ideas del historiador y escritor citados, varios romanistas suelen considerar que la *sponsio* tiene un origen religioso, considerándola como un juramento promisorio. Otros —CUQ, HAEGERSTRÖM, MAGDELAİN— creen que el primitivo carácter religioso venía de ceremonias sacrales o simbolismos mágicos que acompañaban a la arcaica *sponsio*.

ALVARO D'ORS —obra citada, parágrafo 425— nos dice que la *sponsio* fue, en un principio, una modalidad de juramento similar al *votum* «sin más» sanción que la sacral, y que tenía aplicación también para promesas de tipo internacional.

FUENTESECA se pone al lado de aquellos romanistas que consideran que el origen de la noción romana de *obligatio* se halla en la *sponsio*, antiguo juramento, secularizado en las XII Tablas. «Esta transformación del vínculo religioso en deber jurídico se realizó mediante la laicización del proceso. De la *sponsio* surge la posibilidad de demandar *in jure* al obligado mediante «*actio in personam*» —*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*—. La *sponsio* fue una promesa jurada que tuvo aplicación, como se sabe, incluso en las relaciones internacionales, según nos recuerda el episodio de las horcas caudinas. Se podía prometer nada menos que la paz: *pacem futuram spondes?* Parece claro que promesas como ésta, de tan impreciso contenido, solamente tendrían alguna eficacia mediante la entrega de rehenes. En esta entrega de rehenes, como mecanismo de garantía, se pasaría, con el auge de la economía monetaria, a una promesa alternativa de dinero.

MAX KASER entiende que la palabra *sponsio*, de *spondere*, hace pensar en una promesa acompañada de un juramento, que no era ejecutable por vía procesal; su incumplimiento acarreaba sanciones de carácter sacro. Quien quebranta su juramento incurre en la venganza de la divinidad por la que se había jurado.

Últimamente AMELIA CASTRESANA —en su trabajo *La estipulación*— nos dice:

«No hay duda de que el verbo *spondere* es una forma secularizada de una vinculación arcaica de carácter sacral, que obligaba en la esfera religiosa. La secularización de la misma y su ingreso en el mundo jurídico arrancan de la Ley de las XII Tablas, que sanciona las deudas nacidas *ex sponsione* mediante la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. El primitivo carácter religioso del vínculo y la fuerza mágica de la fórmula verbal corroboran el ámbito restringido de la *sponsio*. Fuera del *ius civile*, para formalizar las relaciones de los ciudadanos romanos con los peregrinos en múltiples y variadas operaciones del tráfico internacional debía utilizarse "algo que intuitivamente es mucho más comprensible..., la lealtad, el respeto a la palabra dada". El juego de la pregunta y respuesta, característico de la vieja *sponsio* se sustituye ahora por otros términos que, sin perder su capacidad para crear vínculos jurídicos, resultan accesibles a los peregrinos...»

También de la *sponsio* se dice que tiene el alto valor que una vieja civilización atribuye a la palabra dada. Frente al nexo corporal, la atadura

de la palabra consiste en sentirse ligados a la propia declaración, y a esto se añade el hecho cierto de que evita la sumisión del cuerpo del deudor —*corpus obnoxium*—.

Creo que las anteriores afirmaciones sólo son ciertas en parte, porque si lo fuesen totalmente, bastaría la simple palabra del deudor o del fiador, sin más. Pero esto ni es, ni pudo ser nunca así. Si en Roma se atribuía valor a la palabra, no era por ésta simplemente, sino porque se había dado bajo una determinada fórmula o forma. Aunque se prescindiera de lo que dice DIONISIO DE HALICARNASO, resulta, más que razonable, pensar que la *sponsio* consistía en una fórmula sacral —palabras cuasi-mágicas, como dice JOAN MIQUEL—, pero no sacramental, pues es muy dudoso que pudiese implicar un juramento por la atroz situación en que podían encontrarse los perjuros.

Según el texto que CICERÓN atribuye a la Ley de las XII Tablas:

«*NULLUM ... VINCULUM ADADSTRINGENDAM FIDEM IUREIURANDO MAIORES ARTIUS ESSE VOLUERUNT*»= «Quisieron los antepasados que no existiese vínculo más fuerte para constreñir a respetar la palabra dada que el juramento».

Por tanto, si la *sponsio* implicaba un juramento, el deudor o el fiador que no pagaba a su debido tiempo se convertía en perjurador, en *homo sacer*, al que cualquiera podía darle muerte. La expresión *sacer esto* suponía originariamente una sanción de tipo religioso que comportaba algo peor que la muerte.

Nos dice IHERING —y también Radbruch—:

«El *homo sacer* vivía en estado de proscripción religiosa y civil. Sujeto a la venganza de la divinidad a quien había ultrajado con su mala acción y excluido por consecuencia de la comunidad humana, se le privaba de todos sus bienes en provecho de los dioses, pudiendo incluso ser muerto por el primero que así lo quisiera. ¿El *sacer* había incurrido en una pena? No, si se entiende por pena un mal que sigue a la perpetración de un delito. Pero llegar a ser *sacer* era la pena más grave que imaginarse puede, porque no hay mal que esta situación no encerrase, que de hecho llevaba consigo el último grado de perseguimiento y de humillación. También al enemigo se le privaba de derecho; pero lo que agravaba la posición del *homo sacer* era el elemento psicológico, o sea, el convencimiento de ser para los dioses y para los hombres objeto de maldición, de execración y de horror; un ser infestado a quien se arrojaba de la comunidad de los hombres entre las bestias salvajes, evitado y huido por todo el mundo, pudiendo considerarse feliz si encontraba a alguno que creyese que, el quitarle la vida, era un acto meritorio. En una palabra, era el estigma de la maldición que pesaba sobre él, y el sello del proscripto que convertía su

posición en nada tan miserable como ella. La pena, según la idea originaria, no sólo era un simple mal, sino que tenía por objeto purificar al delincuente para reconciliarse con los dioses y con los hombres. En el *homo sacer*, por el contrario, aunque hubiese durado su horrible situación toda la vida, no conseguía nunca semejante fin expiatorio: el que así era maltratado moría tal como había vivido, irreconciliable con Dios y con los hombres; la espada de la justicia se hubiera manchado al contacto con su sangre, y como estaba fuera de todo derecho, la ley penal no tenía por qué ocuparse de él. El estado de *homo sacer* no puede ser definido de otro modo, sino como el de un malhechor impío privado de toda esperanza de entrar en la comunidad de los hombres y de la religión.

Ahora bien, sólo ciertos delitos imprimían el carácter de *homo sacer* a sus autores: la sevicia cometida por los hijos contra sus padres, la traición del cliente hacia su patrono, el arranque de las lindes...»

Por todo lo dicho creo que es preferible ver en la *sponsio* el empleo de palabras sacrales —que eran más que suficientes para que el que las pronunciaba se considerase comprometido—, pero no un juramento.

Concretamente, JUAN IGLESIAS —*Derecho Romano*, 1972, pág. 372— nos dice que mientras que el *nexum* puede crear un estado de sujeción personal, una ligadura actual de la propia persona, la *sponsio* da vida a una responsabilidad que sólo se hará efectiva en el caso de incumplir la prestación. Institución muy antigua —que convive con el *nexum* y nada indica que sea sensiblemente posterior—, la *sponsio*, en su primera aplicación, es una promesa solemne que hace el fiador al acreedor, y no el deudor a éste: el *obligatus* es el sponsor. Con la sucesiva evolución de la *sponsio*, la promesa se cambia entre acreedor y deudor, quedando a salvo la posibilidad de que medie una promesa accesoria del fiador.

De lo que dice este romanista se puede deducir que, si no había persona alguna que afianzase la deuda, y el deudor no tenía suficientes bienes *nec mancipi* para garantizarla mediante prenda manual —*pignus*—, la única garantía que podía ofrecer al acreedor era su propia persona, celebrando el *nexum*.

Las ceremonias que acompañaban a la *sponsio*, a medida que ésta cobraba mayor extensión, fueron descuidadas, y entonces recibe un nombre más en armonía con su función, que era fortalecer la convención de las partes. Tal fue la *stipulatio* —cuya etimología también es desconocida, pues «*stipula*» significa paja, tallo o flauta—: esta manera de contratar acabó por ser accesible aun a los extranjeros, a condición, sin embargo, de emplear otros términos, porque el verbo *spondere* quedó reservado para los ciudadanos romanos.

Consiste en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona, que responde congruentemente y queda obligada por su promesa: el estipulante se hace acreedor, y el promitente se hace deudor.

La *stipulatio*, quizá naciera como negocio solemne, similar al *nexum*, pues en éste —como veremos— un deudor se sometía a su acreedor para una eventual ejecución en caso de incumplimiento. La fusión del acto sacral de la *sponsio* con el civil de la *stipulatio* se produce, no sabemos cómo, en un momento anterior a las XII Tablas, que sanciona ya ese negocio con la *legis actio per iudicis postulationem*.

El deudor promitente aparece como *reus promittendi* o *promissor*, y el estipulante como *reus stipulandi* o «*stipulator*». La respuesta del promitente debía seguir sin dilación a la pregunta del estipulante, y debía repetir el mismo verbo de ésta. La forma verbal más antigua era la de *spondes? - spondeo*, que se reservó a los ciudadanos; pero en el derecho clásico se admiten otras formas como *promittis? - promitto*, *dabis? - dabo*; *facies? - facio*. La *sponsio* es más especialmente una forma de estipulación con fin de fianza, y el término *sponsor* sólo se emplea para designar a este tipo de fiador.

Finalmente diremos que la *sponsio* perdura actualmente, en cierto modo, en los «esposanles», y, desde el punto de vista morfológico, en la figura anglosajona del «sponsor», que, aunque tiene el significado de fiador, sobre éste prevalece el de patrocinador.

5. LAS PERSONAS «IN MANCIPIO»

El paterfamilias podía ceder sus hijos a otro, como esclavos, para conseguir un lucro con la venta o para librarse de una deuda. Pero si la cesión tenía lugar en territorio romano —o más tarde, en las ciudades pertenecientes a la liga latina—, el hijo no se convertía en esclavo, sino que se encontraba, *in mancipio* o *in mancipii causa*. En realidad, su posición era la de un esclavo de hecho. Por ello los juristas clásicos nos dicen que tales personas están *servi loco*, *in conditione servile*, y son librados de la condición de personas *in mancipio* mediante las formas de manumisión —*censu*, *vindicta*, *testamentu*— usadas para los esclavos.

En la época clásica desaparecen aquellas cesiones y se conservan sólo las necesarias para realizar la emancipación —como vimos, mediante tres ventas consecutivas del hijo—, y la *noxae deditio*, que tenía lugar cuando se cedía a otro el hijo para librarse de las consecuencias de un acto ilícito cometido por él.

6. LA CLIENTELA

El poder del paterfamilias se extendía a todos sus descendientes, incluidas las mujeres que con ellos se casaban, si bien las hijas o nietas salían de su dependencia mediante las justas nupcias, bajo la *manus* de su marido, en cuya familia entraba. Sólo a la muerte del jefe —paterfamilias— los hijos se convierten, a su vez, en padres de familia. Así la familia podía llegar a comprender bastantes personas. Pero no formaban parte de ella los huéspedes —hospites—, porque como miembros de una comunidad no se establecen bajo el techo donde han sido acogidos. Tampoco los esclavos, porque forman parte del patrimonio y no son en realidad miembros de la familia. Pero sí comprendía los clientes, es decir, todos aquellos que no siendo ciudadanos, sólo gozaban en Roma de una libertad templada por el protectorado de un ciudadano padre de familia. Según MOMMSEN, los clientes son, o transfugas procedentes del extranjero, recibidos por un romano, que les presta su apoyo y asistencia, o antiguos esclavos en cuyo favor ha abdicado el dueño sus derechos, concediéndoles la libertad material. No obstante, ALVARO D'ORS es favorable a la idea que ve el origen de la clientela en el hecho de que algunas familias patricias empobrecidas quedaran subordinadas a otras enriquecidas de la misma gens, sin incorporarse a la plebe.

Curiosa es la situación del cliente, que no es un ingenuo o libre, pero tampoco puede asimilarse a un esclavo, pues aunque esté falto de libertad plena, puede gozar de ciertas facultades, según la costumbre y la buena fe del jefe de la casa. Forma como el esclavo, parte de la servidumbre doméstica, y obedece la voluntad del patrono —*patronus* derivado de la misma raíz que *patricius*—, quien puede disponer de su fortuna y reducirlo, en ciertos casos, al estado de esclavitud y ejercer sobre él un derecho de vida y muerte. Ahora bien, aunque el patrono debe a todos los suyos, esclavos o clientes, la solicitud de un padre, representa y protege, de una manera especial, los intereses de los clientes. Este deber de protección por parte del patrono era sagrado y su violación producía *execratio*, y ya hemos visto las terribles consecuencias que esto producía. En las XII Tablas se dice:

«*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*» = «Si el patrono defraudare a su cliente, sea execrado».

La estructura de la sociedad romana, con su distinción, que acabamos de ver, entre protectores —patronos— y protegidos —clientes— favorecía la garantía personal —fianza—, la cual tenía más importancia que la real —pignoratitia—, de modo que los conflictos, más que entre acreedor y deudor, se plantearían entre deudor y fiador, porque la acumulación de fianzas podía crear situaciones embarazosas para los mismos fiadores. Así se

cuenta de Tiberio que prefería pagar directamente a los acreedores de sus protegidos que salir fiador de estos.

No cabe duda que este afianzamiento reduce bastante las posibilidades de que se utilizase el negocio del *nexum* como garantía. Pero también es indudable que habría casos en que, al que contrajese la deuda, no le afianzase nadie, y que, aun en el caso de que el deudor se garantizase a sí mismo —mediante *sponsio*, en el supuesto de que ello fuese posible—, el acreedor no le admitiese tal garantía. Parece, pues, que el *nexum* era el último recurso que tenía el deudor, al igual que hoy sucede, en muchos casos, con la llamada prenda sin desplazamiento.

II. TEXTOS JURÍDICOS Y DE LOS HISTORIADORES

En los manuales y tratados de Derecho romano solamente vienen citas breves, y, muchas veces, ni tan siquiera esto. Por ello —para tener en cuenta el mayor número posible de datos—, a continuación transcribo todos los textos y fragmentos —o, por lo menos, la mayor parte— que puedan estar relacionados con el *nexum*.

1. TEXTOS JURÍDICOS

Estos son muy escasos. El *nexum* se menciona en tres fragmentos, que se supone que estaban integrados en las XII Tablas. Muchísimo más tarde, en las Constituciones imperiales del siglo III —C. 8, 27, 2; 7; 17— se emplea la expresión *res nexa* para indicar la cosa pignorada.

FESTO nos dio a conocer dos de aquellos fragmentos, y GAYO uno, cuando, en sus Instituciones, trata de la *nexi liberatio* —que, *prima facie*, parece que se trata de algo inverso al *nexum*—. En otra ocasión se refiere al *nexum*, como negocio relacionado con el suelo itálico, pero sin que, en la misma, se suponga ninguna integración en las XII Tablas.

Sabemos muy poco de estos dos autores:

SEXTI POMPEYO FESTO —siglo II o III d.C.— escribió «*De significatione verborum*», siendo lo fundamental que se conserva de esta obra un resumen de PABLO DIÁCONO del siglo VII, quien ha alterado multitud de voces, introduciendo otras. En el siglo XVI ESCALIGENO y URSINO complicaron más la cuestión al tratar de llenar los espacios en blanco y los trozos ilegibles. Un verdadero trabajo crítico sólo se hizo a principios del siglo XIX por el alemán KARL OTTFRIED MÜLLER.

GAYO, del que sólo se conoce el *praenomen*, como otros de su época —mitad del siglo II d.C.— parece que fue más bien un maestro de derecho

más que un verdadero jurista, y como tal debió de vivir en una provincia oriental. Escribió varias obras, pero como señala ALVARO D'ORS —*Derecho Privado romano*, parágrafo 52— sus Instituciones tuvieron una suerte del todo singular, pues se hicieron libro de texto para el primer curso de la carrera de Derecho en Constantinopla y Berito. Además tienen un gran valor porque no han sufrido las manipulaciones de los Compiladores justinianeos y, por tanto, es la única obra que puede darnos alguna información sobre las antiguas instituciones, por ejemplo, sobre el procedimiento arcaico y clásico.

Pero también tenemos que mencionar un tercer personaje. Se trata de AULO GELIO, que fue un crítico y gramático, nacido en Roma en el siglo II d.C. Su gran obra «*Nottium Atticarum*» —escrita en lenguaje arcaico y, según algunos, bastante desagradable (habla de toda aquella antigualla de las XII Tablas)—, contiene numerosos fragmentos, que eran desconocidos, de autores antiguos. Está contenida en 20 libros, de los cuales sólo se perdió el 8.º

a) Los pasajes de FESTO, que, al parecer, se refieren a determinados textos de las XII Tablas, dicen así:

— «*Nexi mancipique forti sanatique idem ius esto*» = «Los nexi, mancipi, fortes y sanates tengan el mismo derecho».

Como estamos tratando de los «nexi», diremos que, con el término *mancipi*, muy posiblemente se refiere el texto a las personas que estaban *in mancipio*, es decir, los hijos de familia que, entregados por haberlos vendido sus padres, se encontraban temporalmente en situación de semiesclavitud bajo la potestad del «paterfamilias» adquirente.

Las XII Tablas establecen los mismos derechos para unos que para otros:

— «*Nuncupata pecunia et, ut ait Cincius in 1. II de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronunciata. "CUM NEXUM FACIEMANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT ITA IUS ESTO"*. Id est: uti nominarit locutusve erit, ita ius esto». (El texto que se supone que estaba integrado en las XII Tablas es el escrito con letra mayúscula) = «Dinero expresado es, como dice Cincio en el 1. II *La misión del jurisconsulto*, el nombrado, cierto, pronunciado en sus denominaciones propias. "Cuando se haga un *nexum* o una mancipación, lo que la lengua pronuciase sea derecho". Esto es: lo que fuese nombrado o hablado sea derecho».

Tengo que decir que algunos romanistas, entre ellos GARCÍA GARRIDO, en el texto citado, dan por sentado que, en lugar de *mancipiumque* se debe leer *mancipiumve*. Esta es también una cuestión algo dudosa, porque en escritos, incluso no demasiado antiguos, la «u» se podía escribir como una «v», y la

«v» como una «u». De todas formas esta cuestión puede que no tenga mucha importancia, cualquiera que sea el criterio que se adopte, pues según el Digesto:

«Dice Labeón que la forma conjuntiva "y" a veces vale como disyuntiva» —50, 16, 29—.

«Sucede a veces que la conjunción vale como disyuntiva y viceversa, y a veces, lo que va unido, como unido, y otras, como separado...» —50, 16, 53—.

Las XII Tablas se referían al *nexum* juntamente con la *mancipatio* para dar fuerza jurídica a la *nuncupatio* —*uti lingua nuncupassit, uta ius esto*—.

b) El texto de GAYO sobre la *nexi liberatio*

Esta, como forma de *solutio per aes et libram*, es un acto para extinguir formalmente una obligación pecuniaria —originariamente a causa del *iudicatum*—, pero no presupone necesariamente un *nexum* con fin de préstamo.

La *solutio per aes et libram* es un medio de extinción aplicable a las obligaciones nacidas del *gestum* —hecho, obra— *per aes et libram* —*nexum*—, a las provenientes de condena judicial y a los legados *damnatorios*. En presencia de cinco testigos, cuando menos, y de un fiel contraste —*libripens*—, el deudor hace esta declaración:

«*Quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aenaeque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam*» = «Puesto que yo he sido condenado en tantos mil para ti, te pago y ME libero mediante esta moneda y esta balanza de metal. Peso para ti esta libra primera y última según la ley pública. Entonces golpea la balanza con el *raudusculum* y lo entrega al acreedor a manera de pago —*veluti solvendi causa*— (GAYO 3, 174).

La anterior traducción, aunque un tanto discutible, suele ser la usual. La de MAX KASER —obra citada, pág. 398— no resulta muy convincente, pues habla de «me desato y libero de ti».

¿Qué razón de ser tiene un ritual tan extraño como el descrito? Utilizando el mismo argumento de JOAN MIQUEL (para la *mancipatio*), podemos decir que para «contestar a esta pregunta podemos arrancar del método de las supervivencias, pues obviamente en el ceremonial descrito por GAYO hay cierta distonía entre la estructura del negocio y su función, lo cual indica que es un residuo de una época anterior. Se habla de una balanza, que a pesar de lo que se dice, con ella no se pesa nada; se pronuncian unas palabras

solemnnes; se entrega un trozo de bronce como si fuera el pago completo, y el deudor queda liberado. Aunque GAYO no lo diga, se trataría de una *imaginaria solutio*. Pues bien, arrancando de ahí, el método de las supervivencias postula simplemente una coincidencia originaria total entre la estructura y la función del negocio en el Derecho arcaico, de suerte que en este Derecho lo que nos describe GAYO como *nexi liberatio* no era un pago imaginario, sino real; el trozo o barras de cobre, que se entregaban, no era, por tanto, «la libra primera y última» sino el pago del total, y la balanza no era sólo un símbolo, sino que servía efectivamente para pesar el cobre en una época en que éste era el dinero».

Por consiguiente, esta forma de liberación tuvo que sufrir una evolución similar a la de la *mancipatio*, y así resulta que, en principio, pudo haber sido el pago efectivo de una deuda derivada del *nexum*, y más tarde se convierte —al igual que la *mancipatio*— en un acto simbólico —*imaginaria solutio*—, que representaba un pago ficticio, pero que libera, en todo caso, al deudor. Desaparece en el Derecho justiniano. La fórmula completa que ofrece GAYO atañe a la liberación de la *damnatio* del *iudicatum*. Pero en este texto se puede entender incluida no sólo la *iudicatio*, sino también la *damnatio* —ya vimos antes como en la *manus iniectio* se habla de *iudicatus sive damnatus*—. De todas formas, GAYO nos muestra un texto que supone —como en la *mancipatio*— el final de una evolución. Nada impide que el texto primitivo se refiriese al *nexum* o a una *damnatio*.

MAX KASER —*ibidem*, 234— nos dice que tal acto formal «sirvió primeramente para liberar a un tercero cuando era éste y no el propio responsable quien pagaba la suma debida. El tercero que pagaba no se proponía conseguir la total liberación del responsable, sino que a cambio de la suma entregada pretendía conseguir un poder sobre el deudor que asegurase el derecho a obtener el reembolso de la cantidad satisfecha. Este tercero que pagaba el débito solía ser un pariente o congénito del responsable, lo que aseguraba a éste un trato más benigno que el que, lógicamente, le habría dispensado el primer acreedor, cuyo derecho era cedido al tercero. Por esta razón el hecho de pagar el tercero era sentida por el responsable como una *liberatio* o *solutio*.

Sin embargo, hay que advertir que lo que dice MAX KASER no concuerda, en modo alguno, con el texto literal de la fórmula de la *nexi liberatio*. Su hipótesis sólo sería explicable cuando el condenado a pagar fuese el fiador. Si pagase otro tercero, éste lo haría sin necesidad de ser condenado o damnado, y este requisito lo presupone la referida fórmula. Además, habiendo un fiador, comprometido mediante la *sponsio*, ya no resultaría necesario acudir al *nexum*. Por ello, creo que, a la fórmula de la *nexi liberatio*, hay que buscarle otra explicación, y ésta no puede ser otra, como dije antes, que la de su evolución. Primero debió de ser un pago efectivo realizado por el

mismo deudor —*nexus*—, y después, aun habiendo desaparecido esta figura, se aplica, ya en forma simbólica, a la liberación de cualquier deuda contraída en forma solemne y, obviamente, a la derivada del *iudicium*, es decir, la del *condemnatus*.

c) El pasaje de GAYO relativo al suelo itálico: —Instituciones 2, 27—

«*Praetera admonendi sumus, quod veteres dicebant soli Italici nexum esse, provincialis soli nexum non esse, hanc habere significationem: solu Italicum Mancipi esse, provinciali nec Mancipi esse, aliter enim veten lingua actus vocatur, et quod illis nexus, idea nobis est Mancipatio*».

«Por lo demás hemos de advertir que el dicho de los antiguos, de que cabe nexo o negocio del suelo itálico, pero no del suelo provincial, significa que el suelo itálico es mancipable y el provincial es inmancipable. En efecto, este acto se llamaba antiguamente de otra forma: LO QUE NOSOTROS DECIMOS MANCIPACIÓN ERA NEXO PARA LOS ANTIGUOS».

Este fragmento figura en la edición dirigida por RAFEL DOMINGO, en la que colaboraron varios ilustres romanistas —Textos de Derecho Romano, Aranzadi, 1998—, tomando como base, respecto a las Instituciones, la 7.^a edición de SECKEL-KÜBLER (Teubner, Leipzig, 1935). Bien es verdad que el texto está reconstruido, pues al original le faltaban varias palabras, pero la reconstrucción —que fue realizada por GÖSCHEN— resulta verosímil, ya que coincide, en cierto modo, con lo que dijeron MANILIO y SCAEVOLA, que vejemos inmediatamente.

2. TEXTOS DE GRAMÁTICOS E HISTORIADORES

a) VARRÓN —polígrafo del siglo I a.C.—, cuyas obras se han perdido en su gran mayoría, tiene un pasaje en su Tratado *De lingua latina*, Libro VII, 105, cuyo tenor literal es el siguiente:

«En *El adulator* se dice:

“*Nexum...*” (La cita está incompleta y es dudoso si procede del adulator de Plauto o del de Nevio).

“*Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur in quo sint Mancipia. Mutius scribit quae per aes et libram fiant ut obligentur praeter quae Mancipio dentur. Hoc Venus esse ipsum*”

verbum ostendit, nan id aes, quo obligatur per libram ñeque suum fit, inde nexum dictum".

"Escribe Manilio que *nexum* es todo lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal, entre lo cual están las mancipaciones; Mucio, lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal para que quede obligado, exceptuando lo que es dado por *mancipio*. Que esto es más exacto, lo muestra la palabra misma, pues este dinero que queda obligado por la balanza no se hace suyo, y de ahí que se llame *nexum*"».

(Manió Manilio y Mucius Scaevola fueron famosos juristas. De la obra del primero se conserva muy poco).

Si nos fijamos bien en las palabras atribuidas a Mucio, resulta una clasificación bipartita de los negocios *per aes et libram*. Por una parte, aquellos que sirven para constituir el *nexum* (todo lo que se lleva a cabo por la balanza y el metal, excepto las mancipaciones). Por otra, precisamente, las mancipaciones, que también se llevaban a cabo *per aes et libram*. En el *nexum* se adquiría sólo un poder sobre una persona, y en la *mancipatio*, un poder sobre una cosa o sobre una persona (personas *in mancipio* y no *in nexo*).

«Liber qui suas operas in servitatem pro pecuniam quam debuerat dum solvere nexus vocatus ut ab aere obaeratus».

«El libre que prestaba sus servicios en un estado de esclavitud por el dinero que debía, hasta que lo pagara, es llamado *nexus*, como el endeudado por dinero».

Según este último fragmento parece que el *nexus* quedaría como semi-esclavo del acreedor y debería trabajar hasta pagar su deuda.

ALVARO D'ORS comenta este texto en la forma que veremos hacia el final.

«...et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti» = «Y todos los que juraron por la "masa de bienes" (?) no fuesen *nexi* sino liberados».

(De este fragmento se ocupó ANDRÉ MAGDELAIN, como luego veremos).

b) TITO LIVIO, en su obra *Ab urbe condita*, nos relata los conflictos y tensiones que siempre hubo entre deudores y acreedores —aunque también es probable que fuesen entre deudores y fiadores—, cuyo resultado final parece que se tradujo en la abolición de la ejecución en la persona del deudor.

En el Libro II, 23, en el que nos dice lo siguiente:

«La guerra con los volscos era inminente y, por otra parte, la ciudad, enfrentada consigo misma, estaba encendida por el odio

intestino entre senadores y plebeyos, debido sobre todo al esclavizamiento por las deudas...

Un hombre de edad avanzada se precipitó en el foro llevando sobre sí las señales de todos los sufrimientos: sus ropas estaban cubiertas de mugre, y más desagradable aún era el aspecto de su cuerpo consumido, lívido y macilento; por si esto fuera poco, lo largo de su barba y cabellos había dado a su rostro una expresión salvaje. Desconocido como estaba, se le reconocía, sin embargo, y se decía que había mandado una centuria y se enumeraban otros brillantes hechos de armas, compadeciéndose todo el mundo; él mismo mostraba las cicatrices dando cara al enemigo, como testimonio de haber peleado honrosamente en más de una ocasión. Al preguntarle por qué tenía aquel aspecto, por qué estaba tan desfigurado, como lo rodeaba una multitud a manera casi de una asamblea del pueblo, dijo que, mientras él estaba en el frente en la guerra contra los sabinos, sus tierras habían sido devastadas y no sólo se había quedado sin cosecha, sino que su granja había sido incendiada, todos sus bienes saqueados, su ganado robado; en esa racha tan desafortunada para él, se la habían reclamado los impuestos y había contraído una deuda; ésta, incrementada por los intereses, le había hecho quedarse, primero, sin la tierra de su padre y de su abuelo, después sin los demás bienes y, finalmente, como si fuera una enfermedad contagiosa, había alcanzado su cuerpo, y su acreedor lo había arrojado, no a la esclavitud, sino a una mazmorra y a una cámara de tortura. Acto seguido mostró la espalda hecha una lástima por las huellas recientes de los azotes. Al verlo y escucharlo se eleva un enorme griterío. La agitación no se circunscribe al foro, sino que se extiende en todas direcciones por la ciudad entera. Los deudores, *cubiertos o no de cadenas*, se lanzan a la calle por todas partes pidiendo protección a los ciudadanos...»

Es dudoso si, en este caso del ex-combatiente, se trataba de un *nexus* o de un *addictus*. Pero al decir que primero perdió sus bienes, parece reconocer que ya existía la ejecución en los bienes, y tal vez, si estos no eran suficientes, procedía la ejecución en la persona, lo cual no dejaría de tener su lógica, aunque el texto no resulta demasiado explícito. De todas formas, y en contra de la idea de que los deudores cubiertos de cadenas (?) —fuesen *nexi* o no— estuviesen en prisión, se opone el hecho de que los mismos (que serían varios, o, tal vez, muchos) se lanzasen a la calle, pues una cosa difícilmente es compatible con la otra, ya que resulta demasiada coincidencia que, de las prisiones de los acreedores, se escapen, simultáneamente, varios —o muchos— deudores.

En *ibidem*, 27, nos dice:

«Derrotados los auruncos, los romanos ... esperaban el cumplimiento de las promesas hechas por el cónsul y garantizadas por el Senado, cuando Apio, debido al despotismo innato de su carácter unido al deseo de socavar la credibilidad de su colega, se puso a dictar unas sentencias lo más rigurosas que podía en materia de deudas. Seguidamente los antiguos deudores eran entregados a sus acreedores, y otros nuevos eran declarados deudores».

Parece seguro que cuando se habla de los antiguos deudores entregados a los acreedores se está refiriendo a los *addicti* y cuando dice que otros nuevos eran declarados deudores se refiere a los *condemnati*.

En otro pasaje, nos dice Tito Livio —*ibidem*, Libro VII, 19—:

«La suerte de la plebe romana no era la misma en el plano civil que en el militar, pues aunque al fijar el tipo de interés en un uno por ciento se había aliviado la usura, los indigentes se veían abrumados por la propia amortización del capital y caían en la esclavitud por deudas...»

En este pasaje puede referirse a los *nexi*, pues los *addicti*, para ser esclavos tenían que ser vendidos *trans Tiberim*, pues en Roma ningún ciudadano podía convertirse en esclavo. Por esta misma razón, los *nexi* no serían esclavos de derecho sino de hecho.

En el libro VIII, 28, podemos leer:

«Aquel año se le proporcionó a la plebe romana, en cierto modo, un nuevo estreno de la libertad, porque dejó de haber esclavitud por deudas, cambio jurídico debido a la lujuria a la vez que a la notable crueldad de un usurero. Fue este Lucio Papirio, en cuyas manos se entregó por una deuda paterna como esclavo por deudas Gayo Publilio, cuya edad y belleza podían mover a compasión, pero que encendieron en su ánimo una baja pasión vergonzosa. Pensando que la flor de su edad era un fruto sobreañadido al préstamo, intentó primero seducir al muchacho con proposiciones deshonestas; después, como hacía oídos sordos a aquella infamia, lo asustaba con amenazas y cada poco le recordaba su condición; finalmente, viendo que tenía más presente su condición de hombre libre que su actual situación, ordena que lo desnuden y que traigan las varas. Cuando el joven, lacerado con ellas, salió corriendo a la calle quejándose de la lujuria y crueldad del usurero, una enorme cantidad de gente, movida a compasión por la edad y encendida por lo indignante de la afrenta, pensando, por otra parte, en la propia

situación y en la de los propios hijos, corre hacia el foro y desde allí en tropel hacia la curia; y cuando los cónsules, forzados por el repentino tumulto, convocaron al Senado, a medida que iban entrando en la curia los senadores, les mostraba la espalda lacerada del muchacho y se echaban a los pies de cada uno de ellos. Aquel día, por la incontrolada prepotencia de uno sólo se quebró el fuerte vínculo del crédito y los cónsules recibieron el mandato de proponer al pueblo que nadie fuese sujeto con grilletes o encarcelado, a no ser que hubiese merecido castigo y hasta que purgase su culpa; *el dinero prestado gravaría los bienes del deudor pero no su cuerpo*. Quedaron así en libertad los esclavizados por deudas, y se tomaron medidas para que en adelante no hubiese más detenidos».

c) La coincidencia entre los historiadores —aunque lo más seguro es que se inspirasen en la misma fuente— puede observarse en la narración que, del último episodio, nos proporciona DIONISIO DE HALICARNASO —*Historia antigua de Roma*, Libro XVI, fragmento relativo a la abolición de la esclavitud por deudas—:

«No muchos años antes llevaron a cabo otro asunto todavía más asombroso que éste, aunque el ultraje se había cometido contra la persona de un esclavo. Un hijo de Publio, uno de los tribunos militares que habían entregado el ejército a los amnitas y habían pasado bajo el yugo, como había quedado en una situación de grave penuria, se vio obligado a pedir un préstamo para el entierro de su padre, con la idea de que sería ayudado por las contribuciones de sus parientes. Pero, viéndose frustrada su esperanza, cuando llegó el día del vencimiento del plazo, fue tomado él en lugar de la deuda, pues era muy joven y de aspecto hermoso. Este soportaba obedeciendo todas las órdenes que solían dar dueños a esclavos, pero se indignaba cuando se le ordenaba que concediera los favores de su cuerpo, y se resistía cuanto podía. Después de haber recibido muchos azotes por esta causa, salió corriendo hacia el Foro y, colocándose en un lugar elevado donde tendría muchos testigos del ultraje, explicó la lujuria del prestamista y mostró los cardenales de los azotes. Como el pueblo se indignó y consideró el asunto merecedor de la cólera pública, los tribunos presentaron una querrela y fue condenado a pena de muerte. Por causa de este suceso, todos los romanos que habían sido esclavizados por deudas, recobraron su antigua libertad mediante la ratificación de una ley».

Este texto, aunque sólo en parte y con traducción bastante libre, es recogido por LACRUZ BERDEJO en su *Derecho de obligaciones* —vol. 1.º, 1985,

pág. 21, nota 3—, donde nos dice que «fue abolido el estado de *nexus*, debiendo responder de la deuda los bienes y no el cuerpo del deudor. Desde entonces el término *obligatio* viene a significar la constricción jurídica y no la sujeción del cuerpo». Como ya anticipamos, no existía el término *obligatio* en la fecha en que se sitúa la *Lex Poetelia*, de la que vamos a ocuparnos enseguida. Tampoco fue completamente abolida la sujeción del cuerpo del deudor, como veremos más adelante. Lo que se puede señalar es que LACRUZ —al igual que CASTÁN y algún otro— es uno de los pocos civilistas que, por lo menos, cita la figura del *nexus*.

Lo que resulta dudoso, en cualquiera de los dos textos —el de Tito Livio y el de Dionisio de Halicarnaso—, en el caso del joven, que relatan, es si se trataba de un *nexus* o de una persona dada *in mancipio*. Si el joven fue entregado en pago de la deuda, parece seguro que se trataba de una persona *in mancipio*. Si con el joven se hubiese garantizado el pago de la deuda, tenemos dos posibilidades:

- a) Que aún no se hubiese producido el impago. La entrega supondría una autopignoración, pero no un *nexum*, salvo las opiniones que luego veremos.
- b) Que ya se hubiese producido el impago. En este supuesto, creo que estaríamos en el supuesto del *nexum*, ya que la autopignoración despliega sus efectos en el momento de quedar incumplida la deuda, lo cual también veremos más adelante.

d) La *Lex Poetelia Papiria*

Según Tito Livio, esta ley fue para los plebeyos como la aurora de una libertad nueva. Su objeto no se nos ha revelado sino de un modo incompleto por un pequeño número de testimonios. El mismo Tito Livio —como antes hemos visto (Libro VIII, 28)— decía:

«*Pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse*»
= «El dinero prestado sujetaría (gravaría) los bienes del deudor, no su cuerpo».

Tito Livio sitúa la ley de abolición de la esclavitud por deudas en el tercer consulado de Gayo Petelio Libón, que coincide con el año 326 a.C. Pero Varrón refiere la citada ley a un personaje que fue dictador en el 313 a.C. y que, para unos, es el mismo citado, y, para otros, quizá más acertadamente, un hijo suyo.

Según el insigne romanista, ANDRÉ MAGDELAIN —*La loi «Poetelia Papiria» et la loi «Iulia de pecuniis mutuis»*—, hoy en día aún no se está de acuerdo

sobre el alcance que conviene atribuir a la Ley *Poetelia Papiria*. Esta incertidumbre es reflejo de las fuentes, que son a la vez escasas y contradictorias. Para VARRÓN (texto antes citado de *lingua latina* 7, 105 *ne essent nexi, dissoluti*), esta ley remite la suerte de los *nexi*, e igual para Cicerón (Rep. 2, 59, *nectierque postea desitum*). En cambio, para Tito Livio la ley no se ocupa solamente de ellos, sino que reforma profundamente la condición del conjunto de los *vincti* de la justicia civil: 8, 28, 8 «*ne quis, nixi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in ñervo teneretur*» = «Que nadie fuese sujeto con grilletes o encarcelado, a no ser que hubiese merecido castigo y hasta que purgase su culpa». Entendida así, esta ley es un monumento de gran importancia, ya que transformó el régimen de los deudores. Al referirse a ella, Cicerón evoca el nombre de SOLÓN, ya que Tito Livio habla de «*aliud initium libertatis*» = «otro inicio de libertad».

No obstante, determinados problemas persisten. Antes de esta ley, ¿la suerte de los *nexi* se diferenciaba de la de los *vincti*? ¿Distinguía dicha ley los *nexi* de los *iudicati*? ¿Liberó de las cadenas a los deudores cuya obligación no era *ex delicto*? ¿Con qué proceso substituyó la desaparición del *nexum*?

ANDRÉ MAGDELAINE, sin dar solución a estas preguntas, pretende aclarar algunas palabras que para Tito Livio son lo esencial de la reforma (8, 28, 9), «*pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium*» = «el dinero prestado sujetaría los bienes del deudor, no su cuerpo».

MAX KASER rechaza esta interpretación de la ley. Da la impresión de abolir la ejecución sobre la persona, la cual permaneció durante mucho tiempo vigente; parece, además, introducir la ejecución sobre los bienes y ésta ya existía antes, pues AULO GELIO nos habla —20, 1, 19— de ejecución patrimonial para los deudores: «*nunc bona venum distrahuntur*» = «ahora se venderían detalladamente (uno a uno) los bienes».

Según MAGDELAINE estas observaciones son exactas. Pero parece difícil atribuir a Tito Livio, o a su fuente, contrasentidos tan graves que denotarían una ignorancia total de la justicia civil. Aunque los historiadores no sean juristas, hay que pensarlo dos veces antes de acusarlos de semejante ceguera sobre cuestiones de la vida cotidiana. La fórmula de Tito Livio no tiene sin duda este sentido. Seguramente no quiso decir que la Ley *Poetelia* había abolido la prisión por deudas, que sobrevive todavía bajo el Principado. Cuando esta ley niega al prestamista la posibilidad de encarcelar al deudor y le ordena atenerse a los bienes, contempla algo mucho más modesto que la sustitución de la ejecución sobre la persona por la ejecución sobre los bienes. Tito Livio omite el juramento que la ley impuso a los *nexi* para que puedan ser liberados; VARRÓN relata el contenido: «*et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti*» = «todos los que juraron por la masa de bienes fueron liberados de ser *nexi*». Si *bona copia* designa un

conjunto de bienes, el haber del deudor, entonces se entrevé en su abandono, después del juramento, otra manera de sustituir los *bona* al *corpus* del deudor, para dar satisfacción al acreedor. Se trataría de un precedente de la *cesio bonorum*, que elude el encarcelamiento. Si esto es lo que quiso decir Tito Livio, ya no se le puede acusar de ignorar los rudimentos más básicos de la justicia civil.

III. LAS OPINIONES DE LOS ROMANISTAS

1. La de GÓMEZ DE LA SERNA (1806-1871) tiene un especial interés para los hipotecaristas, pues fue uno de los autores de la Ley Hipotecaria de 1861. Que fue un gran romanista, con mucha intuición parece indudable, como lo prueba, por ejemplo —antes de aparecer el papiro de Oxyrhynco del siglo III, publicado por HUNT y BUCKLAND en 1927, y las diez páginas de un *Codex* de pergamino del siglo IV o V (pergamino de Antinoe)— el análisis, aunque breve, que hace de la *legis actio per iudicis postulationem* —en su obra *Curso histórico-exegético del Derecho romano*, tomo II, pág. 484—.

Pero veamos lo que nos dice acerca de la cuestión de que tratamos:

Distingue —obra citada, Tomo II, págs. 488 y 489— entre el adjudicado al acreedor antes de que se verificara su venta y este otro que los romanos llamaban *nexus* o *nexu vinctus*. Nos dice que no se halla este punto de la historia tan claro como fuera de desear para pronunciar una opinión libre de toda clase de impugnaciones. El ilustre SAVIGNY no está de acuerdo con la mayor parte de los escritores alemanes modernos, y en especial con NIEBUHR y ZIMMERN, a los que siguen algunos jurisconsultos franceses. GÓMEZ DE LA SERNA adopta la opinión de éstos, que le parece la más probable: según ella, de la misma manera que el deudor podía entregar al acreedor una cosa suya con la condición de volverla a obtener si pagaba al vencimiento que se fijara, así también podía hacer otro tanto con su persona, su familia y sus bienes: en este caso el deudor, su familia y sus bienes venían a estar *in mancipio* del acreedor. Hacían esto los deudores, o bien para liberarse de la deuda ya existente, o para contraer una nueva: pero los que así se entregaban a los acreedores era sólo *como en prenda*, con el objeto de volver a la libertad una vez satisfecha la deuda. De aquí resulta que interponían un contrato de fiducia en virtud del cual se obligaba el acreedor a que si se le pagaba, devolvería al deudor su libertad por medio de la manumisión; al así liberado se le daba el nombre de *nexu solutus*. LA MANCIPACIÓN NO DABA LA POSESIÓN (en este punto se funda, entre otros textos, en el Comentario IV de las Instituciones de Gayo, núm. 131); por esto, en el caso de que el deudor no pagase al tiempo señalado, el acreedor tenía que reivindicarlo como *nexus*, y entonces, en virtud de la adición o adjudicación, *addictio*, adquiría la posesión. De lo

dicho se infiere que se diferenciaba el *nexus* del *addictus*, en que el primero, por la mancipación, sufría una capitisdisminución antes de estar adjudicado a su acreedor, mientras que el *addictus* no la sufría hasta el momento de ser enajenado; el *nexus* era esclavo de derecho, aunque hasta el vencimiento de la obligación gozaba de hecho de la libertad, pero el *addictus*, estando de hecho en esclavitud, no era esclavo de derecho; el *nexus*, aun después de pagar, necesitaba ser manumitido, y el *addictus* se liberaba por el solo hecho del pago; y por último, en que el *nexus* era una especie de liberto de su acreedor, y el *addictus* permanecía siempre ingenuo».

Esta especie de construcción de GÓMEZ DE LA SERNA tiene determinados puntos que es preciso aclarar o rectificar, porque:

- Si los deudores se entregaban a los acreedores y estos NO adquirían la posesión, tal entrega sería en concepto de prenda, pero de una prenda, que más tarde se llamó convencional —*pignus conventum*—, y después hipoteca. En el Digesto, 13, 7, 9, 2, se lee: «*Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecan, quum non transit nec possessio ad creditorem*» (Ulpiano) = «Llamamos propiamente prenda la que pasa al acreedor; hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión». No obstante, creemos que GÓMEZ DE LA SERNA acierta respecto al hecho que el deudor sujeto por el *nexum* no se entrega —hablamos de entrega efectiva— al acreedor hasta el eventual supuesto de que no pague la deuda.
Tampoco parece muy acertado que el acreedor tuviese que reivindicar al deudor como *nexum*, porque el acreedor ya había adquirido —y de forma solemne— una especie de derecho real sobre la persona del deudor. Producido el impago de la deuda, el acreedor no hacía más que ejercitar aquel derecho. La cuestión de si era procedente, en tal supuesto, la *manus iniectio* ya es más dudosa y de ella nos ocuparemos luego.
- Da por supuesto que la entrega del deudor —o mejor dicho, la constitución del deudor en *nexus*— se hacía mediante *mancipatio*, cuando lo único que tenían de común la *mancipatio* y el *nexum*, era el ser actos realizados por el rito del *aes et libram*, el cual no era lo primordial en la primitiva *mancipatio*, como luego veremos.
- Nos presenta al *nexus* como un esclavo de derecho y al *addictus*, como un esclavo de hecho, y parece deducir que la condición del primero era peor que la del segundo. Esto es mucho más dudoso e implica cierta contradicción. Si el *nexus* y el *addictus* son dos estados en que puede encontrarse el deudor, resulta indudable que el *nexus* está sujeto al acreedor y procede su entrega a éste si no paga; pero en el caso del *addictus* la falta de pago ya se ha producido, y, en

consecuencia, ya se ha seguido el procedimiento ejecutivo. Aparte de todo ello, hay que repetir que es casi unánime el criterio de los romanistas actuales de que ningún ciudadano romano podía hacerse esclavo en Roma.

2. Y ahora voy a examinar las opiniones de otros romanistas, que presentan una gran variedad de matices, de modo que, como apunta JUAN IGLESIAS —obra citada, pág. 372, nota 8—, puede hablarse de una verdadera guerra de palabras en torno al *nexum*. Por el mismo motivo resulta difícil hacer una clasificación de las distintas opiniones y teorías, lo cual intentaré sobre la base de omitir algunas y no llegar hasta las últimas diferencias respecto de otras.

1.^a La que entiende que *EL NEXUM SUPONE UN PRÉSTAMO*. Puesto que la *nexi liberatio* servía para disolver la obligación, el *nexum* debió ser un verdadero contrato destinado a crearla. Y así como la *mancipatio* fue primitivamente una venta al contado, para llegar a ser después una solemnidad que servía para adquirir el *dominium ex iure Quiritium* por cualquier título, el *nexum* sería originariamente un préstamo, para pasar luego a ser un contrato formal por el cual una persona quedaba obligada —prescindiendo de la causa— a entregar a otra una cantidad. La fórmula verbal contendría una *damnatio* que tendría la virtud de hacer el crédito directamente ejecutivo por *manus iniectio*, sin necesidad de recurrir previamente a la *legis actio sacramento* ni a ninguna otra declarativa. La lastimosa situación de los *nexi*, de que hablan las fuentes, no es otra cosa distinta que la de los ejecutados por *manus iniectio* con anterioridad a la *Lex Poetelia*.

Esta construcción se inició por HUSCHKE, quien sostuvo la opinión de que el *nexum* es un acto público, dotado de la fuerza ejecutiva propia de la *manus iniectio*. Aunque este romanista no merezca, tal vez, mucha confianza (fue el inventor del extraño animal que denominó *bovigus*, lo que ironizó IHERING —*Ridendo dicere verum*, 1987, pág. 159—, ello no obstante, una posición muy cercana a la suya fue la de LÉVY-BRUHL.

En análogo sentido, EUGENE PETIT —*Tratado elemental de Derecho romano*, 1876— nos dijo:

«Parece que las dos maneras más antiguas de obligarse que han estado en uso entre los romanos fueron primeramente el *nexum*, que tenía por causa un préstamo de dinero; después la *sponsio*. Sin duda, se practicaron desde su origen otras operaciones indispensables aun en una sociedad naciente. Pero unas, tales como la venta, el cambio, se hicieron desde luego al contado; las demás, como el depósito, el mandato, quedan fuera de la esfera del derecho y hallaban su sanción en las costumbres.

El *nexum* se realizaba por medio del cobre y la balanza, *per aes et libram*. En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza sostenida por un *libripens*, investido, sin duda, de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberes. Las mismas formas servían, pues, en el contrato, *nexum*, y en el traslado de propiedad, *mancipatio*. Más tarde esta formalidad aplicada a la transferencia de la propiedad tomó el nombre de *mancipium* o *mancipatio*, y la palabra *nexum* fue reservada para la creación de la obligación. El peso del metal subsistió aún después de empezar a acuñar el cobre; porque esta moneda, aun tosca, no tenía valor más que según su peso, que era preciso verificar —Gayo, I, 122—. Pero después de la aparición de la moneda de plata, no se tuvo necesidad de pesar las piezas: se las cuenta. El empleo del cobre y de la balanza no tuvo ya desde entonces utilidad material. No se conservó como parte esencial del contrato más que a título de símbolo. A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor —o *nuncupatio*— que fijaba la naturaleza del acto y contenía una *damnatio*: esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *manus iniectio* contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda. En Tito Livio, II, 23 (6) se lee: «*Id (aes alienum) cumulatum usuris, primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortuniis alus, postremo velut tabem pervenisse ad corpus*» = «Esto —la deuda— le había privado de la tierra de su padre y de su abuelo y como una enfermedad, había alcanzado su cuerpo».

Contra este grupo de hipótesis —que quizá tengan determinada parte de verdad— se dice que confunde la naturaleza de la obligación en los tiempos primitivos —en que nació y se desarrolló el *nexum*— con el que tuvo después.

2.^a La que considera que EL NEXUM ES LA MISMA MANCIPATIO, que supondría un acto solemne de *AUTOPIGNORACION* del propio deudor, o del deudor y su familia, que se hacía en forma:

- O de *mancipatio* fiduciaria: SCHLOSSMANN, e igualmente HUVELIN, pero considerando que aquélla implica una *damnatio*.
- O de declaración solemne contenida en la *nuncupatio* por la que el deudor se entregaba incondicionamente a la *fides* del acreedor.

Los *nexi* eran, por tanto, individuos que se habían dado ellos mismos. El *nexum* no era un préstamo, ni originaba una deuda, sino que la suponía, y lo

que determinaba era un poder sobre la persona del deudor, *bien de efectos inmediatos, bien de efectos aplazados hasta el momento de quedar incumplida la deuda*. Esta doctrina, iniciada por NIEBUHR, defendida por MAYNZ, y desarrollada por MITTEIS, ofrece, además de las dichas, otras variantes:

MOMMSEN niega la fuerza ejecutiva derivada de la *damnatio*, pero considera el *nexum* como contrato formal, aunque acompañado de una automanipación del deudor, *condicionada a la falta de pago*.

ARANGIO RUIZ, BIONDI y BONFANTE creen que la sujeción de los *nexi* al acreedor no era condicionada por el incumplimiento del débito, sino inmediata, aunque los *nexi* gozarían muchas veces de una libertad de precario revocable *ad libitum* por el acreedor.

Concretamente, ARANGIO RUIZ —*Historia del Derecho romano*, 19, pág. 85— nos dice que, en el Derecho romano, el sistema de las obligaciones estaba adaptado a un mundo en el que la familia era un organismo cerrado de producción y de consumo y, por ello, de rarísimos cambios, mientras que el recurrir al crédito era tan sólo la última ratio de quien, en la lucha por la existencia, estaba próximo a sucumbir. En este campo también se acude a la *mancipatio* con dos finalidades distintas: una, para la fiducia, o sea, la venta de una cosa —normalmente un esclavo—, con el convenio de que cuando el vendedor estuviese dispuesto a restituir el precio, el comprador —acreedor— debería de proceder a una *mancipatio* en sentido inverso. De este modo resultaba que el precio desempeñaba la función de un préstamo, y la cosa vendida, de una prenda; la otra finalidad era el *nexum*, o venta de sí mismo o de su descendiente en las mismas condiciones en las cuales, en el caso precedente, se vendía la cosa; pero no para obtener el resultado de que el vendido se convirtiera en esclavo del comprador —la costumbre rechazaba que el ciudadano se hiciera esclavo en su patria—, sino para que el comprador —acreedor— pudiese cobrarse con su trabajo de la cantidad entregada, o bien para que, si no era pagado en un determinado plazo, le fuera lícito llevar a cabo contra el deudor un violento procedimiento ejecutivo. Tan sólo en una fase más avanzada —posterior a las XII Tablas—, la fiducia y el *nexum* se consideraron como medios de garantizar todo deber jurídico que derivase de la entrega de una cantidad de numerario hecha por el acreedor al deudor. En la época primitiva, en cambio, la *obligatio* era el vínculo que sujetaba, ligaba a la persona o a la cosa dada en fiducia o en *nexum*.

PEROZZI identifica los *nexi* con las personas *in mancipio*: el deudor no se daba en prenda, se vendía.

NOAILLES entendió que la situación de sujeción se establecía previamente a la concesión del *aes* por el acreedor al *nexus*. Esta opinión es una simple variante de las anteriores. Lo lógico es que la sujeción del deudor y la concesión del *aes* se realizasen simultáneamente; que una precediese al otro,

no es muy significativo en sí, salvo en lo que se refiere a las fórmulas cambiadas, como veremos más adelante.

Respecto a este grupo de opiniones, podemos hacer dos observaciones:

- En general, a ellas se opone el hecho de que en Derecho romano al hijo vendido por el padre mediante la *mancipatio* se le consideraba *in mancipio* y no *in nexo*, como debería llamarse de ser verdad esta hipótesis. La voz *nexus* no se aplicaba nunca en Roma al que había enajenado su persona mediante una *mancipatio*. La afirmación —al parecer de las XII Tablas— de que los «nexi y los Mancipi» tuviesen los mismos derechos nos indica, precisamente, que se trataba de supuestos distintos.
- De tales opiniones resulta que el *nexus* siempre supone una garantía y que la entrega del mismo al acreedor puede quedar diferida hasta el impago de la deuda —SCHLOSSMANN, HUVELIN, NIEBUHR, MITTEIS, MAYNZ—, o que el deudor tendría una libertad revocable *ad libitum* por el acreedor (ARANGIO RUIZ, BIONDI, BONFANTE).

3.^a La que entiende que por el *nexum*, EL DEUDOR OBLIGABA SUS SERVICIOS, con formas ignoradas, y los de las personas en su potestad, quedando adscritas a prestar servicios al acreedor para saldar la deuda incumplida. Fue la opinión de SAVIGNY, GIRAUD y, posteriormente, GUQ. Se funda en el Texto de VARRÓN, que antes hemos citado: *Liber, qui suas aperas in servitutem pro pecunia, quam...*

Sin embargo, este texto no dice que el *nexum* constituya el contrato, la deuda, sino, a lo más, que el *nexus*, es decir, el deudor sujeto por el *nexum*, tenía que ceder sus servicios al acreedor —como máximo podía llegar a un acuerdo con éste— para evitar ser muerto o vendido *trans Tiberim*.

4.^a Otra doctrina, defendida por LENEL, entiende que el *nexum* y la *mancipatio* no serían dos actos distintos ni una misma cosa, sino dos partes distintas de un acto único. Hace hincapié en el valor de la partícula «que» de la palabra *mancipiunque* del texto de las XII Tablas: la partícula conjuntiva «que» indica la unión del *nexum* con la *mancipatio*, pues si fuesen dos actos distintos se emplearía la partícula disyuntiva «ve». Identifica el *nexum* con la *mancipatio*, defendiendo que la obligación surgida del *nexum* no es otra cosa que la garantizada por la *actio autoritatis*. Los *nexi* eran individuos que, habiendo enajenado por *mancipatio* cosas que no les pertenecían, resultaban obligados a pagar el doble del precio al adquirente.

Contra esta teoría se dice que no hay seguridad en la exactitud con que el texto ha sido transmitido, y que la palabra *mancipiumque* puede ser una interpolación o adición realizada en tiempos posteriores. De ser verdad la opinión de LENEL, los *nexi*, cuya condición miserable nos describen los historiadores de aquel tiempo, no serían proletarios endeudados por los

préstamos recibidos o por compras a crédito, sino especuladores que habían vendido lo que no les pertenecía, cometiendo un género de estafa que no se comprende cómo podían realizar los que eran pobres, lo cual es opuesto a todas las noticias que de ellos nos quedan.

5.^a Finalmente, una posición quizá un tanto aislada, es la de EDUARDO VOLTERRA —*Instituciones de Derecho Privado romano*, 1991, pág. 479—, quien ante la falta de cualquier mención del *nexum* como *contractus verbis* en las fuentes jurídicas conservadas en la compilación justiniana y en las demás colecciones, cree que la existencia de ese instituto no está demostrada por datos históricos positivos, sino que sólo está afirmada a través de hipótesis de investigadores modernos, a menudo contradictorias entre sí.

3. Una mención especial merecen las opiniones de nuestros romanistas:

— JUAN IGLESIAS entiende que la más antigua relación de crédito y de deuda nace del mutuo o préstamo de consumo, es decir, de la entrega de dinero o de cosas fungibles con la obligación de devolver, dentro de cierto tiempo, otro tanto del mismo género y calidad —*tantundem*—. Esta relación no se considera, sin embargo, como *obligatio*; la *obligatio* es el *nexum*, o sea, la *mancipatio* que hace el deudor de su propia persona EN GARANTÍA del crédito. El *nexum* no es el mutuo, aunque lo presuponga de ordinario, ni es tampoco, por más que esté implícito, un acto que obligue a pagar: el *nexum* es una automancipación. De ella proviene el estado de prisión, que durará hasta que se cumpla la obligación.

Al *nexum* recurren quienes tienen una posición social y económica débil, e incluso se ha llegado a pensar que sólo es utilizado entre acreedor patricio y deudor plebeyo. En todo caso, el mutuo que presupone el *nexum* no es el *mutuum*, que nace de usos familiares, tiene carácter amistoso y excluye el interés.

— GARCÍA GARRIDO cree que la *mancipatio* sirve, aun en la época clásica, para la venta del deudor para garantizar el cumplimiento de una obligación. Del *nexum* dice que «este antiguo y desconocido acto, relacionado con la *mancipatio*, consiste en una automancipación o sometimiento de una persona a otra para GARANTIZAR una deuda propia o ajena. El mismo sometimiento o responsabilidad con el propio cuerpo resulta también de la *manus iniectio*.

En realidad la posición de este romanista difiere muy poco de los que consideran el *nexum* como una autopignoración, pues no existe ninguna diferencia entre ella y la automancipación con fines de garantía.

— JOAN MIQUEL —*Historia del Derecho Romano*, pág. 58— considera que el *nexum* es un acto formal generador de responsabilidad, y que consiste en la autopignoración del deudor al acreedor, de modo

que éste adquiere un derecho de ejecución sobre el cuerpo del deudor: si el deudor no cumplía su obligación, el acreedor lo podía vender *trans Tiberim*.

- GUTIÉRREZ-ALVIZ entiende que el *nexum* es el más antiguo negocio jurídico creador de una *obligatio*. La casi carencia de fuentes para su conocimiento impide conocer bien su alcance y naturaleza; sólo se conoce la dura situación de los *nexi*, la necesidad de emplear las formas de los negocios *per aes et libram* en su celebración y las de la *nexi liberatio* como forma de extinción. El *nexus* es la persona libre que, en virtud de haber quedado obligada respecto a otra por el contrato de *nexum* y *habiendo llegado el día del vencimiento de la obligación* no ha satisfecho ésta, queda sometida en virtud de la acción de la ley *per manus iniectione*, a una situación de cuasi esclavitud respecto a su acreedor, quien la lleva atada a su casa, donde permanece trabajando hasta que por sus servicios satisface la deuda o alguien la libera abonándola. Mientras permanece en tal situación no pierde su condición de hombre libre: sólo la perderá cuando transcurridos sesenta días sea vendida *trans Tiberim*.
- ALVARO D'ORS, como gran científico que es, no quiere comprometerse en esta cuestión, pues sólo da su opinión cuando cuenta con fundamentos seguros, y así nos dice que no se sabe exactamente en qué podía consistir este antiguo negocio, ya desaparecido en la época clásica, por el que una persona se sometía como deudor a su acreedor, para una *eventual ejecución en caso de incumplimiento*. Por un lado, parece que la solemnidad del *nexum* era la *mancipatio*, y, por otro, que el acto contrario de la *nexi liberatio*, que tendría una forma similar de restitución de la independencia del antiguo deudor —una *solutio per aes et libram*—, se conservó como forma de liberarse de la *damnatio* del *iudicatum*, siempre pecuniaria. Estaría, pues, ese enigmático *nexum* dentro del mismo ámbito de las otras acciones *per manus iniectione* que derivan de la *mancipatio*: el *nexum* sería como una auto-damnación de efecto ejecutivo solemnizada *per aes et libram*. En realidad, y por alguna conversación que tuve con él, sé que a este insigne romanista nunca le interesó mucho este tema del *nexum*, que cree más propio de historiadores y sociólogos —a diferencia de FUENTESECA, que lo considera como la *suma crux* de la investigación romanística—.

Pero también, como resulta de lo expuesto en las opiniones de nuestros romanistas, prevalece la idea de garantía y que la efectividad de ésta queda diferida para el supuesto de impago de la deuda.

IV. CONCLUSIONES Y SUS BASES

Creo que, después de toda la materia examinada y la que vamos a exponer a continuación, podemos considerar que el *nexum* pudo haber sido:

1.º Un negocio prerromano, distinto e independiente de la *mancipatio*, y que, en la forma *per aes et libram*, anterior a la *mancipatio*—por lo menos a la celebrada bajo la misma forma—, y

2.º Un negocio que implicaba una sujeción de la persona del deudor al acreedor de forma análoga a la hipoteca actual respecto de la finca, de modo que el deudor, que no pagaba la deuda, se colocaba en una situación de esclavitud respecto al acreedor —aunque esa esclavitud fuese solamente de hecho—, prestándole sus servicios hasta el total pago de la deuda.

Para encontrar un fundamento respecto a lo primero, hay que examinar determinadas cuestiones, tales como: 1. Lo que pudiera denominarse período prerromano. 2. La utilidad del *nexum*. 3. La antigüedad del préstamo. 4. La de la balanza, y 5. El uso del metal —cobre o bronce—, y también por qué: 6. El *nexum* pudo haber sido algo distinto e independiente de la *mancipatio*. Respecto a lo segundo, hay que examinar los efectos del *nexum* y, más concretamente, en qué podría consistir el sometimiento del deudor al acreedor, lo cual haremos en el apartado V.

1. EL PERÍODO PRERROMANO

Mucho se ha escrito acerca de la fundación de Roma. De forma minuciosa se ocupan de este hecho, entre otros, Tito Livio, Dionisio de Halicarnaso y Apiano, y en forma poética, Virgilio. Siempre fue considerado como un hecho de gran trascendencia, hasta el punto que trató del mismo la Ley XXVI, título XXVIII de la Partida III. Pero BERTOLDO JORGE NIEBUHR y TEODORO MOMMSEN negaron la casi totalidad de los hechos narrados por aquellos historiadores. Concretamente, MOMMSEN —*Historia de Roma*, vol. I, págs. 72 y sigs.— nos dice que «mucho tiempo antes del establecimiento de una ciudad propiamente dicha en las orillas del Tíber, parece que los Ramnes, los Ticios y los Lúceres, primero separadamente y después en común, habían ocupado las diversas colinas tiberinas. Tenían su fortaleza en la cima de estas colinas y sus aldeas en la llanura inmediata... Estos fueron los primeros establecimientos de donde parece haber salido la ciudad de Roma. Esta no fue, hablando con propiedad, fundada de una sola vez, como cuenta la leyenda: «edificar Roma no ha podido ser obra de un día...»

Pero lo que nos interesa destacar aquí es que estos pobladores de las colinas tenían sus tradiciones y sus costumbres, lo que más tarde pudo ser

considerado, tal vez, como los *mores maiorum*. Nunca se parte de cero y menos en materia jurídica o jurídico-religiosa. Además, como muy bien dijo ALVARO D'ORS —*Comunicación y humanidades*—, «el hombre que rompe las raíces, que empieza en el punto cero, ese hombre sin raíces es un hombre que no es humano». Por tanto, se puede hablar de un período prerromano y, asimismo, se puede pensar que, antes de la supuesta fundación de Roma, ya existían determinados usos y costumbres, por los que se regulaban las relaciones de los hombres entre sí.

Con esta cuestión se relaciona el llamado «problema indoeuropeo» —FUENTESECA—, el cual surgió cuando, en los estudios de filología comparada, se descubrió que el sánscrito, la lengua de los antiguos habitantes del Indostán, tenía algún parentesco con el griego y el latín, cuyo parentesco se extendió posteriormente a otras antiguas lenguas europeas, confirmándose el diagnóstico de un antiquísimo lenguaje común y, por tanto, de una posible raza unitaria. Los vocablos más corrientes de un sistema primitivo de vida —casa, puerta, oveja— parecían emparentados. Esta presunta sede originaria tendió a ser modificada suponiendo a los arios originarios de Europa. La investigación alemana profundizó en este tema y los indoeuropeos fueron denominados también indogermanos. Pero el eventual hallazgo de un sustrato indoeuropeo en las instituciones romanas ha constituido un motivo reiterado de hipótesis. Se llegó a ver un influjo indoeuropeo en el origen de algunos negocios jurídicos romanos como la antigua compra libral. Pero esto no deja de ser aventurado, pues como pronto veremos, la balanza existió en diversos pueblos y desde épocas muy antiguas.

Que la existencia del *nexum*, en Roma, se remontase a un período arcaico no resulta extraño, puesto que, por lo menos, se daban las condiciones necesarias para ello. En efecto, el préstamo —y el hurto—, como hemos dicho, deben ser tan antiguos como la humanidad misma; la balanza y el metal también existían; la necesidad de una garantía, en el supuesto del préstamo, igualmente resulta patente, dada la mentalidad que entonces debía imperar. De todo ello nos ocupamos a continuación siguiendo el orden antedicho.

2. LA UTILIDAD DEL *NEXUM*

A pesar y en contra de la opinión de EDUARDO VOLTERRA, no parece ofrecer duda alguna la existencia del *nexum*. En favor de ello están los textos ya citados, que se supone estaban integrados en la Ley de las XII Tablas; los escritos de gramáticos e historiadores —más concretamente el mismo texto de la *nexi liberatio*— y la convicción de la casi totalidad de los romanistas.

Cité, en concreto, la *nexi liberatio*, porque si ésta servía para liberarse de una deuda, o mejor dicho, para liberarse de la responsabilidad como

consecuencia de una deuda, el *nexum* debió de ser un verdadero negocio destinado a crearla —la responsabilidad o la garantía—. Por ello no resulta extraño que en el Digesto, 50, 17, 35, se diga:

«Nada hay tan natural como extinguir un acuerdo mediante la misma forma con la que se ha convenido; por ello, la obligación verbal se extingue por unas palabras y la obligación meramente consensual se extingue por el consentimiento contrario».

Y en el Digesto 50, 17, 100:

«Todo lo que se contrae de una determinada forma se puede deshacer por la contraria».

Dando por sentada la existencia del *nexum*, lo que se podría comentar es si representaba un trato muy duro e inhumano para los deudores. Bajo mi punto de vista, creo que no. Peor era la institución de la esclavitud, o el procedimiento brutal de la *manus inectio*, llevado a sus últimas consecuencias. Aunque todo esto es bastante relativo. Hay que tener en cuenta que la prisión por deudas subsistió hasta unos tiempos bastante recientes y que, aun hoy en día, hay una legislación fiscal, conforme a la cual puede darse una especie de prisión por deudas, al haberse creado un delito —artificial— en el supuesto de que, lo que se dejó de pagar al Fisco, exceda de determinada cantidad. Paradojas de este tipo suceden en todos los tiempos y latitudes. Por ello, en esta ocasión, traemos a colación las palabras de TEODOR MONNSEN —*Historia de Roma*—:

En el primitivo Derecho romano, «la ley, conceda o niegue, es siempre absoluta; si el extranjero es como la bestia cogida por los perros, el huésped es el igual del ciudadano. El contrato no engendra por sí mismo la acción; pero, si se reconoce el derecho del acreedor, se hace omnipotente. No hay excusa ni salvación ni aun para el pobre; no hay humanidad ni compasión; parece que el legislador se ha complacido en erigir en ley los extremos en todo; en llevar hasta el fin las consecuencias más despiadadas; en imponer violentamente, en su más dura inteligencia, la tiranía de sus principios absolutos. *Los romanos desconocían las formas poéticas, las sencillas y suaves imágenes, que son adorno de las antiguas costumbres germánicas*; entre ellos todo es claro y preciso; no hay símbolo ocioso ni disposición inútil. Su ley no es cruel, no dice ni hace más que lo necesario; ordena la muerte sin rodeos; pero nunca ha permitido la aplicación del tormento al hombre libre; ¡el tormento, para cuya abolición han necesitado tantos siglos los pueblos modernos!...»

Estas palabras de MOMMSEN son reveladoras, ya que nos sirven para explicar la dureza de determinadas instituciones y figuras. De todas formas, el que contraía una deuda, mediante el *nexum*, estaba en una situación mejor que la del esclavo o del *addictus*.

Pero lo que, precisamente, resulta paradójico es que este historiador y romanista haga una especie de alabanza de las costumbres germánicas, lo cual se comprende perfectamente —pues defiende el Derecho de su pueblo—, aunque creo que, en esta cuestión, lo que dice es más que dudoso porque tal alabanza no es muy creíble, teniendo en cuenta que CAYO CORNELIO TÁCITO, en su obra *Germania* —24, 1, 2, 3—, nos relata lo siguiente:

«El tipo de espectáculos es uno sólo y el mismo en todas las reuniones: jóvenes desnudos, para quienes esto constituye una diversión, se arrojan de un brinco entre espadas y amenazadoras frameas. La práctica les ha proporcionado técnica; la técnica, belleza; pero no los mueve el lucro o la recompensa: el placer de los espectadores es el premio a su juego por peligroso que sea. Sobrios y formales practican los juegos de azar con tanta temeridad a la hora de ganar o perder que, cuando ya no les queda nada, se juegan su libertad y su persona en un desesperado y definitivo envite. El vencido afronta una esclavitud voluntaria; por más joven y fuerte que sea, se deja atar y vender; tal es su obstinación en este lamentable asunto. Pero ellos lo consideran fidelidad a sus compromisos. Se deshacen de los esclavos de esta condición vendiéndolos, y así se libran al mismo tiempo del bochorno de tal victoria».

Además, cuando ya el Derecho romano estaba muy evolucionado, en el germánico se acudía todavía, en concepto de prueba, a los llamados «juicios de Dios» —*Gottesurteile*—, empleándose diversas ordalías como la del fuego o hierro candente —*ferrum candens*—, agua caliente —*aqua caldaria*—, agua fría —*aqua frígida*—, ordalía aleatoria —*positio ad sortem*— y, muy especialmente, al duelo —*pugna duorum*—.

Por otra parte, el pueblo clásico de «la venganza de la sangre» es el germánico. La venganza privada —*faida* en latín, *fehde* en alemán— no se aplica sólo al caso de homicidio o heridas, sino a muchos más. Pero, en todos ellos, la venganza no es sólo un derecho sino un deber que debía cumplir el jefe de la familia del agraviado o el más próximo pariente, incluso la mujer que debía vengar la muerte del marido. Este deber era sagrado y, como tal, indeclinable, constituyendo como una especie de culto debido a los manes de los muertos, estando exaltado por la religión gentílica, y siendo la venganza la pasión de los dioses del Walhalla, como lo era el placer de los del Olimpo.

Pero, como de lo que ahora se trata es de examinar la utilidad del *nexum*, para ello es conveniente dar una idea acerca de la mentalidad del hombre primitivo, y en este sentido, de acuerdo con THEODOR STERNBERG, se puede decir que, a diferencia del hombre civilizado, que piensa, el hombre primitivo sólo intuye, es decir, no trabaja tanto con la inteligencia como con la memoria; no piensa en actos abstractos sino que intuye imágenes concretas, plásticas. En consecuencia, cuando de alguna abstracción se trate, por muy simple que sea, el hombre primitivo abriga siempre el temor de ser engañado. Por eso, en un principio, sólo hay operaciones al contado, con entrega inmediata. La entrega a cambio de una compensación —que sólo más tarde tendrá lugar— es una cosa demasiado complicada para la inteligencia del hombre primitivo, aparte de que el cumplimiento aparece demasiado inseguro a causa del estado jurídico imperante. Tratándose de una deuda, la naturaleza propia de ésta hace que el acreedor no se sienta seguro hasta el momento en que se le paga. Por ello no es extraño que, desde los más remotos tiempos, hayan surgido instituciones o figuras, que teniendo un carácter mágico, religioso o jurídico, o los tres caracteres a la vez, proporcionaban al acreedor, por lo menos, una relativa tranquilidad. Tales eran las arras, las cláusulas penales, el juramento, la fianza en sus variadas formas y la misteriosa —por desconocida— figura del *nexum*, de la que nos estamos ocupando ahora.

Por tanto, cuando se trataba de una deuda, que entonces podía ser considerada como importante, y el deudor no tenía suficientes bienes —de los llamados *nec mancipi*— para darlos en prenda, ni tampoco fiadores, ni el mismo podía afianzarse —como garante de sí mismo—, ya que el acreedor no confiaba en su solvencia, no tenía más remedio que recurrir al *nexum*.

Lo que acabo de decir justifica ya la necesidad o utilidad del *nexum*, si bien tengo que aclarar que empleo la palabra «primitivo» en un sentido relativo, tal vez como sinónimo de «antiguo», ya que ni aun los primeros romanos eran primitivos. Tampoco lo eran sus predecesores indoeuropeos, pues en el momento de su dispersión contaban con una perspectiva sobre el curso del mundo y de las instituciones: todo un patrimonio de conceptos que los romanos y demás herederos pudieron haber conservado en gran medida, en vez de partir de la nada, transformándolo más tarde o incluso cambiándolo por entero.

Pero hay, algo más respecto a la necesidad o utilidad del *nexum*, ya que creo que se debe tener en cuenta también la opinión de un historiador que, en una obra, hoy considerada como clásica, nos da una explicación que podíamos calificar de «atrayente». Me estoy refiriendo a FUSTEL DE COULANGES y su obra *La ciudad antigua*.

Parte del carácter religioso y familiar de la propiedad para llegar a la conclusión de que, en una época arcaica, era inalienable. Entre la mayoría de las sociedades primitivas, el derecho de propiedad se estableció por la religión. En la Biblia, el Señor dice a Abraham:

«Yo soy el Eterno, que te ha hecho salir de Ur de los caldeos para darte esta tierra»; y a Moisés: «Os haré entrar en la tierra que prometí a Abraham, y os la daré en herencia». Dios, propietario primitivo por derecho de creación, delega en el hombre su propiedad sobre una parte del suelo. Igual tradición se encuentra en los etruscos: «*Cum Júpiter terram Etruriae sibi vindicavit, constituit jussitque metiri campos signarique agros*» = «Cuando Júpiter reivindicó para sí la tierra de Etruria dispuso y ordenó medir los campos y señalar las tierras».

De tal modo era inherente la propiedad a la religión (doméstica), que una familia no podía renunciar a la una ni a la otra, es decir, la propiedad era inalienable, salvo en supuestos excepcionales. En el caso de Roma, hay razones para creer que, en los primeros tiempos, la propiedad era inalienable. Mas este carácter se relaja paulatinamente: sólo permanece en las XII Tablas respecto a la tumba. Sin embargo, la venta sólo podía hacerse en presencia del libripens y con todos los ritos simbólicos de la *mancipatio*.

El hombre no podía, o muy difícilmente podía, deshacerse de la tierra y menos aun podía despojarse de ella contra su voluntad, ya que la expropiación por motivos de utilidad pública se desconocía entre los antiguos. La confiscación sólo se practicaba como consecuencia de una sentencia de destierro. Y en este punto es donde llegamos al pasaje que más nos interesa de FUSTEL DE COULANGES:

«La expropiación por deudas tampoco se encontró jamás en el Derecho antiguo de las ciudades. La Ley de las XII Tablas no permite que la propiedad del deudor se confisque en provecho del acreedor. El cuerpo del hombre responde de la deuda, no su tierra, pues la tierra es inseparable de la familia; era más fácil someter al hombre a servidumbre que arrancarle un derecho de propiedad que pertenecía a la familia más que a él mismo; al deudor se le entrega en manos del acreedor; la tierra le sigue en cierto sentido durante la servidumbre. El amo que usa en su provecho las fuerzas físicas del hombre, goza también de los frutos de la tierra, pero no se convierte en propietario de ella. ¡Tan por encima de todo y tan inviolable es el derecho de propiedad! En el fragmento de las XII Tablas, que concierne al deudor insolvente, leemos: *Si volet suo vivo*; luego el deudor, casi convertido en esclavo, aún conserva algo; si tiene alguna propiedad no se le arrebata. Más tarde, cuando se suspendió la servidumbre física, fue preciso buscar un medio para tomar posesión de los bienes del deudor...»

El texto de las XII Tablas, cuyo fragmento cita FUSTEL, decía:

«*Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato*» = «Si quiere viva de lo suyo. Si no vive de lo suyo, quien le hubiese vencido (apresado) déle una libra de farro (pan) al día. Si quiere, déle más».

Aunque el anterior escrito, muy resumido, de FUSTEL, contiene ideas más o menos discutibles, parece que es un hecho universal que, tratándose de lo que hoy llamamos propiedad «inmueble», ésta era de difícil transmisión, al menos *Inter vivos*.

En resumen: Hay razones de sobra que justifican la necesidad o utilidad del *nexum*. Cualquiera que sea la forma en que se contraiga la deuda, es indudable que el acreedor, para estar seguro —conforme a lo dicho—, sólo le abre crédito al deudor mediante cierta garantía. Esta sólo puede constituirse mediante el *nexum*, el *pignus* —concebido como prenda manual sobre *res nec Mancipi*—, la *sponsio* o la fiducia. La *sponsio* implica una fianza, incluso cuando el que hace la promesa sea el mismo deudor, si a juicio del acreedor es lo suficientemente solvente. La fiducia presupone una *mancipatio*, que en tal caso es una imaginaria *venditio* —y consiguientemente una transmisión de propiedad *fidi fiduciae causa*, como antes hemos dicho— por lo cual el *nexum* es una figura mucho más antigua que la fiducia (como también hemos dicho al principio y confirmaremos luego). Por tanto, la persona que no tenía fiador o que no era lo suficientemente solvente —a juicio del acreedor— sólo podía recurrir al *nexum* para obtener un préstamo.

3. LA ANTIGÜEDAD DE LA BALANZA

No se sabe, con seguridad, cuándo los antiguos romanos empezaron a utilizar la balanza. Tengo que tratar esta cuestión porque la tradición romana atribuye este invento a SERVIO, lo cual constituye el último argumento que cita MOMMSEN —*Historia de Roma*, I, pág. 229— para demostrar que la mancipación, en la forma que nos es conocida, es necesariamente posterior a la reforma serviana, si bien «aun admitiendo que el uso de la moneda y de la balanza sea más antiguo que aquél» (que el reformador). Sin embargo, creo que la balanza era ya conocida y utilizada por los antiguos romanos, incluso antes de la más o menos discutida fundación de Roma. Sólo diré unas palabras respecto a esta cuestión.

Numerosos documentos atestiguan el uso de la balanza en el mundo antiguo, en general: de un modo más o menos rudimentario, su uso se remonta a los pueblos prehistóricos.

Utilizando datos ciertos, se sabe que los antiguos egipcios ya la conocían: En las pinturas de Beni-Hassan —que datan de la XI dinastía, unos 2.800 años a.C.— está representado un modelo de balanza reducido a su más simple expresión. En un papiro de Tebas hay dibujada una balanza, y hay una notable representación de la balanza, encontrada también en Tebas (Abd-el-Gourna), referente a la XVIII dinastía. Pero en Egipto hay que destacar no sólo la antigüedad de la balanza sino la importancia que ésta tenía. En el Libro Sagrado, impropriamente llamado «Libro de los Muertos», cuyo título exacto sería «La salida al día» —1500 a.C.—, el juicio de ultratumba tiene lugar ante el dios Anubis, el cual examinará el fiel de una balanza en uno de cuyos platillos está colocado el corazón del difunto y en el otro la pluma de Ma'at. Si el corazón pesa menos que la pluma, o ambos platillos están totalmente equilibrados, el muerto está justificado. En caso contrario —cuando el corazón pesa más que la pluma— aquél cae en las garras del «devorador de los muertos».

Los griegos también conocieron la balanza desde una época muy antigua: Hornero —siglo IX a.C.(?)— nos muestra la balanza en manos de Zeus, que la inclina para decidir los destinos. Unas pequeñas balanzas de oro fueron encontradas en una tumba de Micenas —ciudad floreciente en el 1600 a.C.—; y otra representación muy interesante de la balanza griega es la copa de Arcesilas, así como la representada en una gran ánfora de Tábidas.

Los etruscos conocieron también la balanza inspirándose en la griega.

Los asidos tenían una balanza muy semejante a la actual, que ha sido hallada en las ruinas de Nínive —destruida e incendiada en el 612 a.C.—. En fin, en el Antiguo Testamento, en diversos libros —alguno de más de 670 años a.C.— se habla de la balanza: En el Génesis (Oyó Abraham a Efrón y pesóle ante los hijos de Jet la plata que éste había dicho); en el Levítico (Tened balanzas justas, pesos justos, un efá justo y un hin justo); en el de los Proverbios (La balanza falsa es abominable a Dios, más la pesa cabal le agrada); en el de Isaías (¿Quién... pesó en la romana las montañas o en la balanza los collados?), etc.

Todo lo anterior nos induce a pensar que antes del año 753 a.C., fecha que, como dije, se fija para la fundación de Roma, ya podía ser conocida y utilizada la balanza por los mismos romanos.

En las XII Tablas, al regular los entierros, para que no fuesen demasiado suntuosos, se dice a propósito del muerto:

«...neve aurum addito. At cui auro dentes iuncti escunt. Ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto».

«...no se agregue oro, pero si sus *dientes están unidos con oro*, aunque se le entierre o incinere con él, no habrá fraude».

Esto nos indica que los romanos ya hacían determinadas prótesis, aunque el pueblo romano no era precisamente el pueblo de la medicina, como sucedía en Egipto, según el testimonio de HERODOTO (éste nos dice, en el libro II de los nueve de la Historia, LXXXIV: «Reparten en tantos ramos la medicina, que cada enfermedad tiene su médico aparte, y nunca basta uno sólo para las diversas dolencias. Hierve en médicos Egipto: médicos hay para los ojos, médicos para la cabeza, para las muelas, para el vientre; médicos, en fin, para los achaques ocultos»). Por tanto, el fragmento transcrito de las XII Tablas es un indicio de que los romanos estaban lo suficientemente adelantados, como para poder pensar que ya utilizaban la balanza desde los primeros tiempos, porque resulta obvio que es mucho más fácil hacer una balanza —más o menos rudimentaria— que una prótesis dental.

Una balanza debió de existir casi desde el principio; esta misma o una similar continuó suspendida en el templo de Saturno —IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, pág. 691—, lo cual es muy significativo y, además, justifica las ideas —a que aludimos antes— de EUGENE PETIT y AZCÁRATE de que el *libripens* podía ser un sacerdote. Claro que esta intervención sacerdotal pudo haber sido necesaria en los primeros tiempos; pero cuando se generalizaron los negocios *per aes et libram*, la intervención de un sacerdote parece que sería una exigencia excesiva.

VARRÓN —obra citada, V, 183—, nos dice:

«*Per trutinam solvi solutum vestígium etiam nunc manet in eade Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam*».

(Hubo costumbre de pagar mediante una balanza: una huella de esto permanece aún ahora en el templo de Saturno, porque éste aún ahora tiene una balanza dispuesta para pesar).

Pero lo que hay que destacar es la importancia que la balanza tiene. Si los egipcios entendían que, mediante ella, podía y debía decidirse el destino de un muerto, los romanos también le dieron una gran importancia, si bien referida al campo jurídico, pues era un elemento indispensable para celebrar los negocios más formales y solemnes y, en este sentido, basta recordar el testamento *per aes et libram*, al cual antes hemos hecho alusión.

4. EL USO DEL METAL

Es un hecho recientemente comprobado —utilizando el carbono radioactivo C14— que, en la segunda mitad del tercer milenio antes de nuestra era, Italia recibe la llegada del cobre, cuyo conocimiento le viene de las civilizaciones evolucionadas del Mediterráneo oriental. De la *Prehistoria*,

de MARIE-HENRIETTE ALIMEN y de P. MARIE-JOSEPH STEVE, tomo este fragmento, referido a Italia:

«Durante un período bastante largo todavía, el metal siguió escaseando, aun en las colonias eneolíticas de las costas meridionales. SANGMEISTER ha propuesto explicar esta situación desconcertante por el hecho de que la corriente comercial que transportaba el cobre español hacia el Egeo habría evitado el sur de Italia. El centro y norte de la península, en cambio, se beneficiaron de sus intercambios con los Balcanes: ello sucede así, sobre todo, con las culturas eneolíticas de *Remedello*, al norte, y de *Rinaldone*, en el centro. Emparentados por su puñal, su hacha plana de cobre y sus largas puntas de flecha de sílex, ambos grupos se hallan relacionados con las culturas del norte de los Balcanes, de Badén y de Bodrogkeresztur. Esto indica la complejidad de los movimientos —migraciones, tráfico marítimo e influjos culturales— que modelaron la diversidad étnica y cultural de la Italia de comienzos del segundo milenio antes de nuestra era».

Pero, aunque se dude de las pruebas del carbono radiactivo —que, al parecer no es exacto, tratándose de períodos de más de 20.000 años, lo cual no ocurre en el presente caso— hay que tener en cuenta que romanistas tan insignes como MAX KASER —*Das Römische Privatrecht*, Munchen, 1971— y ALVARO D'ORS —*Derecho Privado Romano*, 1991, parágrafo 133— admiten que el uso del cobre como medio de cambio empezó a comienzos del primer milenio a.C., pero sin forma de moneda, sino de barras —*aes rude*—, que podían fraccionarse en *rauduscula*; aunque las barras llevaran un sello, éste sólo garantizaba la aleación, pero no el peso; las barras debían pesarse con una balanza de platillos —*libra*— y cada barra pesada constituía una unidad (una libra), que era de unos 273 gramos. La libra entera se llamaba *as* (*libralis*) y sus doce fracciones mínimas *unciae*.

También, según el segundo romanista citado, el valor de cambio empezó por ser en Roma, como en otros pueblos, la cabeza de ganado (*pecunia* = ganado), tanto menor como mayor, y las más antiguas multas se fijaban en ganado —mayor—. Esto parece muy verosímil. Pero, en el caso de que se comprase un esclavo, pagando como precio, por ejemplo, dos bueyes —es una suposición—, ¿qué finalidad tiene, en este caso, la balanza? Creo que ninguna, porque el rito del *aes et libram* no reflejaría, en los primitivos tiempos, lo que, en la realidad, había sucedido jurídicamente. Por ello, me inclino por la teoría de IHERING —que luego se verá— y comprendo su extrañeza respecto al orden en que eran pronunciadas las palabras en la *mancipatio*, aunque a algún autor le sorprenda esta preocupación. Pero la misma tiene su fundamento, porque, en realidad, aquí se está jugando algo

muy importante e interesante: Si la *mancipatio* arcaica era una compraventa real, verificada al contado, mediante la pesada del metal, o hubo otra forma de *mancipatio* anterior, lo cual examinaremos en otro apartado. Pero antes, y sin ningún ánimo de polemizar sobre la materia, creo que el ejemplo expuesto tal vez podría explicarse admitiendo la coexistencia de dos medios de cambio —lo cual, indudablemente, es discutible y conjetural—: el ganado y el metal. Parece que, en un pueblo de pastores y labriegos, el medio más usual debería ser el ganado, ya que se adaptaría mejor a su mentalidad; pero tal vez sin excluir el metal (que ya se utilizaba, al igual que la balanza), y que serviría, quizá probablemente, para lo que hoy llamaríamos transacciones exteriores, o bien para solemnizar determinados préstamos. También es cierto que, para ello, debía de existir una equivalencia entre uno y otro medio de cambio y, en efecto, tal equivalencia existió. AULO GELLIO —obra citada, XI, I, 2—, nos habla de la *Lex Aternia Tarpeya*, rogada por los cónsules ATERNIUS VARUS y TARPEIUS MONTANUS, votada en el año 454 a.C., en la que se establece el régimen de multas a seguir y su límite máximo, y, a propósito de ello, también se estableció una determinada equivalencia, de forma que una oveja valía diez ases y un bovino cien. Ahora bien, no se puede decir, a ciencia cierta, que esa equivalencia comenzase con tal ley, la cual pudo —es una posibilidad— haber recogido una costumbre más antigua para fijarla o modificarla. El caso es que existía una equivalencia, aunque de un modo seguro, solamente desde el año 454 a.C. En otros pueblos había existido muchísimo antes. Así, por ejemplo, en las *Leyes de Eshnunna* —Códigos legales de tradición babilónica, de JOAQUÍN SANMARTÍN—, de fecha aproximada del 1800 a.C., al señalar las listas de precios, resulta una equivalencia entre las cosas y el dinero. Así, un siclo de plata es el precio de: 1 kur de cebada; 3 silas de aceite fino; 1 celemín, 2 silas de aceite; 4 celemines de asfalto; 1 kur de potasa; 2 kures de sal; 2 minas de cobre trabajado, 3 minas de cobre, etc.

En resumen: se puede pensar —aunque ello sea aventurado— que en la Roma primitiva pudieron existir dos medios de pago, el ganado y el metal, aunque al principio fuese más usual el primero. Así, aun en el supuesto de que se emplease el ceremonial del *aes et libram*, el precio se podía hacer efectivo en cabezas de ganado, por lo que, en la balanza, se pesaría el metal equivalente. A este respecto conviene recordar la disparidad de criterio que, tratándose de la permuta, existía entre los jurisconsultos de las dos famosas escuelas. Los sabinianos consideraban la permuta como un caso de compraventa, para lo cual sostenían no ser esencial que en ésta el precio consistiese en dinero. Los proculeyanos no admitían la compraventa si no se fijaba, precisamente en dinero, el precio de la cosa (aunque una cosa es fijar el precio y otra distinta hacerlo efectivo). Sin embargo, la diferencia fundamental es que, para los primeros, se trataba de un contrato consensual, mientras

que para los proculeyanos, el contrato se perfecciona por la dación de una de las prestaciones: la primera *datio* es necesaria para la perfección del contrato y la segunda *funciona como precio* (esto podía implicar alguna anomalía en el supuesto de que la primera *datio* consistiese en ganado y la segunda en una *res Mancipi*). Pero bien se comprende que, tanto para unos como para otros, no tiene mucha importancia la forma de pago (sea con dinero o con otras cosas), pues para los sabinianos no es esencial que el precio consista en dinero, y para los proculeyanos lo que no es dinero puede funcionar como precio. Los juristas germánicos parecen adoptar el criterio de los sabinianos, ya que el B.G.B. —a diferencia de nuestro Código Civil, por ejemplo— dedica un solo párrafo, concretamente el 515, a la permuta, y ello para decir que «las disposiciones relativas a la compraventa se aplican *mutatis mutandis* a la permuta».

Si no se admite la idea expuesta de la equivalencia, la cual sin duda es discutible, y sí consideramos que, en una primera fase, el pago se verificaba mediante cabezas de ganado, se nos presenta una disyuntiva: o bien la *mancipatio* aún no existía, o bien se realizaba sin el *aes et libram*. Veamos brevemente estas dos posibilidades:

1.^a Que la *mancipatio* no existiese. Esto parece muy difícil, o más bien imposible, dada la etimología de la palabra, que deriva, como dijimos, de «*manus capere*» = «coger con la mano». Además, *mancipium* es el nombre primitivo de la propiedad, y ello aunque no se prescindiera de las opiniones de determinados romanistas que sostienen que mediante la *mancipatio* se adquiere el *mancipium* y no la propiedad, la cual se adquiere por el transcurso de uno o dos años, conforme a las XII Tablas: «*usus auctoritas fundi biennium est, ... ceterarum rerum omnium ... annus est usus*».

Tanto la *mancipatio* como la *traditio* suponen, por parte del adquirente, actos de aprehensión de las cosas, que son completamente lógicos y congruentes con una mentalidad primitiva. La diferencia entre una y otra radicaba en que la *mancipatio* exigía determinadas solemnidades —ya que se trataba de cosas más importantes *res Mancipi*— y la *traditio* no.

2.^a Que la *mancipatio* se realizase sin el *aes et libram*. Esta es una explicación que, bajo cierto punto de vista, puede resultar verosímil. En efecto, si el pago por la adquisición de una *res Mancipi* se hacía mediante cabezas de ganado, y no se admite la equivalencia de que hablé, entonces el empleo de la balanza no tendría ninguna razón de ser. Pero, incluso aunque se admita la posibilidad de las dos formas de pago, también parece que el *aes et libram* no es procedente en lo que podíamos denominar «permutas puras», como sucedería cuando se cambiaba una *res Mancipi* por otra, por ejemplo, en el supuesto de que se permutase un esclavo por un animal de tiro o carga. En estos casos es lógico pensar que lo que habría

serían dos mancipaciones, una a continuación de otra, y con lo que hoy llamaríamos unidad de acto. Admitido esto, resulta obvio que la *mancipatio* primigenia consistía solamente en el acto de aprehensión por el adquirente, ante cinco o más testigos y pronunciando solamente las palabras que coinciden con las de la *legis actio sacramento in rem*. A esta conclusión, por una vía diferente, llegó IHERING en el siglo XIX, como luego veremos.

5. LA ANTIGÜEDAD DE LOS PRÉSTAMOS

Parece indudable que el préstamo es una de las figuras jurídicas más antiguas de la humanidad. A los préstamos se refieren algunas disposiciones de las citadas *Leyes de Esnunna*:

- El hombre que presta en términos de valor real, que efectúe el cobro en la era.
- Si un hombre presta cebada y quiere convertir la cebada en plata, al llegar la cosecha se podrá quedar con la cebada y su interés: 1 kur son una fanega y cuatro celemines.
- Si un hombre presta plata en términos de su valor original, se podrá quedar con la plata y su interés: 1 siclo son 1/6 y 6 granos.

También se refiere a los préstamos el Código de Hammurabi —o Hammurapi—, poco más o menos del año 1750 a.C.:

- Si un hombre contrae una deuda y luego el divino Adad devasta su campo o se lo lleva una riada, o, por falta de agua, no se produce cebada en el campo, en ese año no le devolverá cebada a su acreedor; que moje su tablilla y no pague el interés de ese año.
- Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y le entrega al mercader un campo listo para el cultivo de cebada o sésamo, y le dice: «Cultiva el campo, coséchalos y quédate con la cebada o el sésamo que se críen», si luego un arrendatario cría en el campo cebada o sésamo, que, al cosechar, sea el dueño del campo quien se quede con la cebada o sésamo que se críen; pero la cebada debida por el dinero que haya tomado del mercader, con su interés, más una indemnización por los gastos de cultivo, se los entregará al mercader.
- Si entrega un campo sembrado de cebada o un campo sembrado de sésamo, será el dueño del campo quien se quede con la cebada o el sésamo producidos en el campo, y luego le devolverá al mercader el dinero y su interés.
- Si no tiene dinero para devolver, le dará al mercader cebada o sésamo, a precio de mercado, por el dinero —y sus intereses— que él tomó prestado del mercader, a tenor del edicto real.

- Si un hombre toma dinero prestado de un mercader y su mercader se lo reclama, pero no hay con qué devolvérselo, y ya le ha entregado la huerta polinizada al mercader diciéndole: «Quédate los dátiles que se han criado en la huerta a cambio de tu dinero», que ese mercader no dé su conformidad; el dueño de la huerta será quien se quede con los dátiles y, luego, le pagará el dinero y su interés al mercader a tenor de su tablilla; los dátiles sobrantes producidos en la huerta, que se los quede el dueño de la huerta.

Con relación al Derecho romano, que es el que nos interesa, vuelvo a traer a colación a GÓMEZ DE LA SERNA, con su gran intuición. Nos dice que se puede observar que el *mutuum* ha quedado siempre para los jurisconsultos romanos como el contrato por excelencia, el que tratan en primer lugar —Digesto XII, 1—; que no se llama primeramente acreedores —*creditores*— más que a los que habían prestado dinero, y que esta palabra se extendió a continuación a todos aquellos a quienes se debía alguna cosa; y que, por último, la antigua expresión *aes alienum*, usada para calificar la deuda, implica que el deudor ha tomado a préstamo el dinero de otro.

En virtud del *nexum*, el deudor que no pagaba estaba sometido a la *manus iniectio*, ejercida por el acreedor, y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde entonces el deudor, declarado *nexus*, estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y tratarle como un esclavo, de hecho, si no de derecho (este concreto punto puede ser discutible, teniendo en cuenta lo que señaló ROBERT VON MAYR).

6. LA POSIBILIDAD DEL «NEXUM» COMO NEGOCIO DISTINTO E INDEPENDIENTE DE LA «MANCIPATIO»

La *mancipatio*, tal y como nos la describe GAYO, se nos presenta como algo muy elaborado y preciso, en el que con un ritual determinado, se puede distinguir una afirmación (digo que esto es mío) y una aclaración (porque lo he comprado). Ahora bien, ¿qué razón de ser tiene un ritual tan extraño como el de la *mancipatio*? JOAN MIQUEL nos dice que para «contestar a esta pregunta podemos arrancar del método de las supervivencias, pues obviamente el ceremonial descrito por GAYO es un residuo de una época anterior. Lo que más llama la atención en la descripción de GAYO es el contraste que existe entre la estructura del acto y su función económico-social: hay una balanza que ni siquiera sirve para pesar; se pronuncian unas palabras solemnes hablando de una compraventa y, quizá, detrás de todo el acto no hay necesariamente una compraventa, sino una donación, constitución de dote, etc.; se entrega un trozo de bronce "como si fuera el precio", etc. GAYO

nos dirá que se trata de una *imaginaria venditio*. Pues bien, arrancando de ahí, el método de las supervivencias postula simplemente una coincidencia originaria entre estructura y función; en el Derecho arcaico la *mancipatio* no era una compraventa imaginaria, sino real, teniendo lugar el trueque inmediato de la mercancía y el dinero; el trozo de cobre que se entregaba no era, por tanto, "como si fuera el precio", sino el precio mismo, y, finalmente, la balanza no era un mero símbolo, sino que servía efectivamente para pesar el cobre en una época en que éste era el dinero».

Por consiguiente, tanto el ritual de la *mancipatio* —como *imaginaria venditio*—, como la fórmula pronunciada, no pudieron ser así desde el principio. Todos los romanistas están conformes con esto. Por ello nos dicen que su antigüedad no debe exagerarse, pues es evidente que la forma observada en el período clásico no es idéntica a la original. No obstante, con la exposición de JOAN MIQUEL —tal vez porque es una obra elemental para estudiantes de carrera— no se aclara la forma en que se llevaban a cabo determinadas permutas, por ejemplo, cuando se permutaba una *res Mancipi* por cabezas de ganado, ni por qué a la *mancipatio* se le llamaba antes *nexum*. IHERING, cuya opinión resulta fascinante, va mucho más lejos, como pronto veremos. Y digo que su opinión es fascinante porque, solamente con ella, puede explicarse el texto de GAYO, así como lo que dicen MANLIO MANILIO y MUCIUS SCAEVOLA. Por otra parte, si la balanza no era un símbolo, sin embargo algo de sagrado debía de tener, por lo que antes hemos expuesto.

En ese texto de GAYO —que vimos al principio— se nos dice: «Lo que nosotros llamamos mancipación era nexo para los antiguos». Esto sólo puede entenderse en el sentido de que, la forma externa, lo que se percibía con la vista, era igual en ambos casos, *nexum* y *mancipatio*, es decir, que en ambos casos se trataba de un negocio *per aes et libram*. Y como el *nexum* fue, probablemente, el más antiguo negocio que se realizó con ese rito, de aquí que los antiguos considerasen que, cuando se verificaba un acto *per aes et libram*, se trataba de un *nexum*. Posteriormente, cuando la *mancipatio* se realizaba también *per aes et libram* —al haber tomado la misma este rito del *nexum*, tesis de IHERING que ahora veremos—, entonces también se hablaba de *mancipatio*. Más tarde, cuando ésta adquiere gran importancia y sirve para diferentes fines, deja al *nexum* en segundo plano como negocio *per aes et libram*. Por ello no es extraño que MANILIUS y GALLUS AELIUS tuviesen un concepto amplio del *nexum* —todo lo que se llevaba a cabo *per aes et libram*— y otro estricto, conforme al cual parece que entre el *nexum* y la *mancipatio* había ciertas diferencias. En ambos casos se adquiría una potestad o un poder: en el *nexum* sobre una persona, como consecuencia de una deuda, y, en la *mancipatio*, sobre una cosa o sobre una persona, como consecuencia de una compraventa u otro negocio, como el supuesto de las personas dadas *in Mancipio*. El «aes» en el primer caso representaba el

préstamo y en el segundo el precio. Pero prescindiendo de esta explicación, resulta suficientemente convincente la que nos da IHERING —que, como dice BERTONE, es de los que no se equivocan—:

IHERING examina y estudia las fórmulas del primitivo Derecho romano, a las que considera como «un producto artístico del espíritu jurídico». Como obra de la jurisprudencia, el ideal al que se aspira es el de la *lógica absoluta*. «Ardua, minuciosa, preocupada por infinitas pequeneces, esa lógica exige en el orden de las ideas una exactitud a la cual el pensador más profundo no pueda oponer ni una palabra. Ella se procuró un estilo lapidario, poniendo con extremo cuidado hasta la menor palabra. De ese modo esa lógica quedaba al abrigo de toda crítica, porque las reglas que establecía, prestándose a la observación más exacta del pensamiento, eran incontestables».

Por ello, tratándose de la ceremonia de la mancipación, IHERING nos dice que presenta un orden verdaderamente singular: antes de hablar de la venta y del pago se hace constar la transmisión de la propiedad. Precisamente, la lógica severa con que las antiguas fórmulas son conocidas hacen este trueque muy extraño, que se reproduce también en los actos que corresponden a las fórmulas cambiadas así; la aprehensión de la cosa con la mano tiene lugar antes que la entrega del precio.

«La aprehensión y la parte de la fórmula que a ella corresponde, forman el primer acto de la *mancipatio*: este es su origen histórico, su elemento principal; el pago y su fórmula correspondiente no son más que una adición ulterior, un simple accesorio, y no ocupan, sino el segundo lugar».

Por tanto, la idea de MANILIO y AULO GELIO no carece de cierto viso de verdad si se admite, con IHERING, que EL PAGO APARENTE SE INCLUYO EN LA MANCIPACIÓN TOMÁNDOLO DEL NEXUM. Ellos no han hecho otra cosa que ampliar la significación de la palabra *nexum*.

¿Por qué tomó la *mancipatio* esta forma del *nexum*? El propio IHERING nos dice que, en las XII Tablas se preveía la venta a crédito, y refiriéndose sin duda al derecho consuetudinario, se tenía la idea de que la propiedad de las cosas compradas no debía ser transferida antes de que el precio fuese pagado, disposición importante para la seguridad de las relaciones. Aquél que había comprado y pagado realmente el precio debía desde luego probarlo cuando un tercer reivindicante disputaba el pago. El mismo que había adquirido la cosa por cambio o donación debía estar dispuesto a rechazar la objeción de que había comprado la cosa, pero sin pagarla. El medio de evitar ese inconveniente era muy sencillo. Se trataba de cumplir inmediatamente en la *mancipatio* la condición del pago como medio de cortar toda disputa sobre la eficacia

de la transferencia de la propiedad. El comprador cumplía la ficción exterior del pago *per aes et libram*, y se le contestaba diciendo: *isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*. Si la otra parte guardaba silencio, reconociendo de ese modo el pago como válido, ninguno podía evitarlo. La forma de ese pago aparente se indica por sí misma. Refiérese a la época en que los pagos efectivos se realizaban, no pesando, sino contando, porque el peso, el *aes et libra*, era ya entonces la expresión de un pago simulado.

Pero, a la tesis de IHERING, se puede añadir —y en ello hay que insistir— lo referente a la forma de la primitiva *mancipatio*. En la pesada del precio, primero real y luego aparente, en el *gestum per aes et libram*, solamente se puede ver una adición de tiempos ulteriores, ya que en Roma, durante bastante tiempo, se utilizó el ganado en función de dinero —salvo que se admita la discutible equivalencia de que antes hemos hablado—. En consecuencia, parece seguro que antes de utilizarse el metal, el acto o negocio de la *mancipatio* debía reducirse —tratándose de una permuta— a la aprehensión en presencia de testigos y por medio de palabras solemnes. Como pone de manifiesto ROBERT VON MAYR —obracitada—:

«La aprehensión y las palabras que la acompañaban —*hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio*— debían partir, por entonces, de ambas partes, puesto que la entrega de uno sólo se verificaría a cambio de una contraentrega del otro, o, con otras palabras, puesto que la mancipación, mientras no se utilizó el metal, tuvo que implicar una permuta».

Actualmente PABLO FUENTESECA —trabajo citado, pág. 404— nos dice que la *mancipatio* como negocio *per aes et libram* refleja la huella de la fusión de dos actos distintos originariamente. De un lado, una *emptio* libral o compra realizada mediante dinero pesado y, de otro, una fórmula solemne de afirmación de la *potestas* dominical —*rem meam esse aio*—, cuyo ritualismo tiene probablemente origen augural. Con ello, aunque parece que este romanista viene a confirmar, en cierto modo, la tesis de IHERING, e incluso nos deja entrever el origen de la primera parte de la *mancipatio*, en realidad no es así. FUENTESECA parte de una *emptio* libral originaria, y IHERING, como vimos, sostiene que el *aes et libram* fue tomado del *nexum*. De todas formas, para ver la posible relación que la primera parte de la *mancipatio*, el «afirmo que esto es mío», puede tener con el Derecho augural, no está demás que digamos algo acerca de este Derecho y del augurio.

Dice FUENTESECA que, en Roma, el primer rector de la ciudad fue un *rex*, que interpretaba los designios divinos mediante su saber sacerdotal supremo, porque sería un *summus augur*. Nada importante podía llevarse a cabo en la vida de la ciudad sin obtener el augurio favorable de la divinidad. Gracias a la ciencia augural, el conocimiento de los ritos que revelaban el *augurium*

divino, el intérprete máximo del *ius augúrale*, el *summus augur*, regía la comunidad ciudadana como *rex*. Este *augurium* era una manifestación de la justicia divina, que otorgaba la cualidad de justo —*ius*— a un propósito humano, de acuerdo con los ritos del *ius augurale*.

Posteriormente se instaura un Colegio de augures en número de seis.

El *augurium*, entre los romanos, era el presagio o el pronóstico del futuro. Los augures, en principio, fueron los encargados de dar a conocer el deseo de los dioses; de ahí su importancia, que llegó a ser tan crecida, que hubo que ponerles limitaciones.

El *augurium* o respaldo de los dioses exigía un complejo ritual para ser investigado, es decir, unos ritos auspiciales, el más frecuente de los cuales fue la observación del vuelo de las aves —*avem spicere* - *avispicium* - *auspicium*—. Asimismo se practicó la observación del modo de caminar de los animales —*pedestria auspicia*— y de alimentarse —*auspicia ex tripudibus*—. Los más importantes fueron los *celestia auspicia*, consistentes en observar los fenómenos celestes, en especial la dirección del rayo, porque éste era considerado como un espíritu potente y terrible que descendía sobre la tierra y constituía un presagio importante.

Los augures eran, pues, los intérpretes públicos. Se ha investigado la problemática del *augurium* y del *auspicium* y no se ha logrado clarificar la relación entre ambos conceptos. En el fondo, el *augurium* trata de lograr el apoyo o garantía de los dioses respecto al obrar humano. Estos respaldan las actuaciones de los hombres y se hacen *auctores* o garantes. Esta garantía o respaldo es la *auctoritas*, cuyos depositarios en Roma son los «padres», como casta religiosa. Los padres mantienen la continuidad del *augurium* porque a ellos retorna siempre la facultad de dirigir del *auspicium máximo*, vacante el poder supremo. El *auspicium* sería la facultad de observación y, por tanto, la práctica del rito adivinatorio que ha de, conducir al buen presagio o *augurium*.

Los augures iban provistos de una vara o un bastón, curvado y sin nudos, que se llama *lituus*, con el cual dibujaban, teniendo el bastón en la mano derecha, un recinto cercado, el *templum*, dentro del cual —una vez que el bastón se cambió de mano y se hizo la correspondiente súplica o invocación— aseguraban hallarse escritas las contestaciones de los dioses. Pero los dos procedimientos más importantes para averiguar el presagio eran: bien el examen de las entrañas de los animales por los *harúspices* —que también estaban colegiados y eran una variante de los augures—, después del festín que seguía al sacrificio, o bien la observación del vuelo, de los movimientos o del canto de las aves por los *auspices*, para tomar los *auspicia*, lo cual era indispensable en todos los actos de importancia.

Relacionando lo expuesto con la primera parte de la *mancipatio*, resultaría que, una vez hecha la afirmación por el adquirente, si del augurio

resultaba la conformidad de los dioses, la transmisión se producía de forma incontrovertible. Nada hay que objetar a esto, incluso en el supuesto de que la ceremonia se celebrase a la inversa: cuando primero se consultase la voluntad de los dioses, y si ésta fuese favorable, se hiciese la afirmación por el adquirente.

Finalmente, y para agotar todas las posibilidades, vamos a suponer que el *nexum* se celebrase según el rito, *per aes et libram*, de la *mancipatio*. El admitir esta posibilidad —en la cual no creo— no cambiaría en nada las cosas, pues, según un sector importante de los romanistas, siempre supondría un acto de «autopignoración» del deudor, y esta idea es uno de los puntos claves del presente trabajo. De todos modos, con tal posibilidad, quedarían sin explicar, tanto el pasaje de GAYO (lo que nosotros llamamos mancipación era nexo para los antiguos), como los de MANILIO y MUCIUS SCAEVOLA, antes vistos.

V. LA SUJECCIÓN DEL DEUDOR AL ACREEDOR

Antes de tratar esta cuestión debemos dejar aclarados dos puntos:

Resulta, por lo menos, discutible:

A) Que el *nexum* fuese una automancipación o que el deudor se vendiese a sí mismo:

1. Porque el *nexum* tiene lugar *per aes et libram*, pero no supone una mancipación o automancipación. Como prueba de ello quizá se pueda invocar la terminología que opone constantemente el *nexus* al mancipado, al *in causa mancipii*, al que se encuentra en situación de mancipio.

Pero, sobre todo, porque entonces no tendría objeto que existiesen personas a las que se denominase «nexi», y personas de las que se dijese que estaban *in mancipio*, cuando se trataba de lo mismo. Si el deudor se automancipaba, en tal caso, se trataría de una persona *in mancipio*, y ya vimos el texto de las XII Tablas que decía que los *nexi* y los *mancipi* tuviesen los mismos derechos. Si se tratase de la misma figura no tendría razón de ser esta declaración.

2. Porque, en lo que se refiere a la utilización del rito *per aes et libram*, el *nexum* debe ser anterior a la *mancipatio* —por las razones expuestas, entre ellas y principalmente, por la que dio IHERING—.

B) Que el *nexus* fuese el *addictus*. Al contrario, el *nexum* podía servir muchas veces para conjurar los peligros de la ejecución personal contra el deudor. Ya hemos visto la distinción entre uno y otro, que hizo GÓMEZ DE LA SERNA en la segunda mitad del siglo XIX, y aunque las diferencias fuesen las inversas a las que él señaló, lo fundamental es que vio claramente la distin-

ción, es decir, que no podía confundirse al *nexus* con el *addictus*, lo cual es una prueba de su gran intuición. También VON MAYR, unos ochenta años más tarde, entiende que el *nexus* no tiene nada que ver con el *addictus*.

Una vez hechas estas observaciones, diremos que los romanistas están conformes en que el *nexum* implicaba un sometimiento del deudor al acreedor. Las discrepancias surgen cuando tratan de determinar la naturaleza y efectos de aquel sometimiento, como vimos en el apartado segundo. Creo que en este punto hay que distinguir dos momentos: el primero es el de la celebración del *nexum*, y el segundo, es el del supuesto de que el deudor no pague la deuda.

EFFECTOS DE LA CELEBRACIÓN DEL «NEXUM»

Cuando se realizaba el *nexum*, se producía una sujeción del deudor al acreedor. Esta idea de sujeción ha persistido hasta SAVIGNY, quien veía la esencia de la obligación en la conducta del deudor, es decir, en la sustracción de determinados actos de su esfera de libertad y el sometimiento de los mismos a la voluntad del acreedor. Las relaciones jurídicas —según el mismo ilustre romanista— pueden recaer sobre cosas o sobre personas; estas últimas, mediante un dominio absoluto —esclavitud— o mediante el sometimiento de determinados actos aislados. Por supuesto, esta teoría está superada. Pero —aunque tratándose del *nexum* no pueda hablarse de obligación— nos sirve para que pueda entenderse lo que pronto expondremos. Hoy ha desaparecido la esclavitud, considerada ésta como se entendía en el Derecho romano, aunque, en cierto modo, persiste bajo nombres y formas diferentes. Pero esto último no tiene nada que ver con la cuestión de que tratamos.

SAVIGNY trata de la sujeción del deudor al examinar la esencia de la obligación, y nosotros consideramos el *nexum* como una forma de garantía real —por lo menos de hecho—, aunque ello repugne, y con razón, al modo de sentir actual. Pero, en ello, coincidimos con los romanistas que consideran el *nexum* como una autopignoración. ¿No es acaso la prenda una forma de garantía real?

Partiendo, pues, de la base de que el *nexum* suponía una garantía, ya que implicaba la sujeción del deudor y consiguiente entrega de éste al acreedor, la FUNDAMENTAL CUESTIÓN que hay que dilucidar es si esa entrega se verificaba al contraer la deuda —o antes—, o si la misma tenía lugar en el eventual supuesto de impago de la deuda, y aquí podemos observar dos tendencias en la doctrina romanística:

1.^a El negocio del *nexum* es posterior al impago de la deuda o deudas.

ROBERT VON MAYR considera que el préstamo y la vinculación en esclavitud no coincidían, ya que el *nexum se dare*, el *nexum inire*, aparece de

ordinario como la última y más severa fase de una obligación, como una consecuencia del exceso de deudas, no como efecto primario y normal del préstamo. El deudor insolvente, que no puede pagar, se entrega en esclavitud al acreedor, y esto se verifica mediante el *nexum, per aes et libram*, pero no mediante automancipación. Admite también que el *nexum* podía presentarse, ya desde el principio, en momento anterior, ya al constituirse la obligación: «No hay que extrañarse de que fuese posible darse desde luego en pignora para responder de una deuda aun no vencida, porque esto no implicaba una condición ni un término, que, en efecto, serían difícilmente compatibles con las concepciones jurídicas primitivas, si no que de modo análogo, sin duda, a lo que ocurría con los rehenes del Derecho germánico, mientras la deuda se hallaba pendiente el acreedor sólo tenía la custodia y sólo cuando la deuda vencía podía disponer de los servicios y de la persona del deudor».

Tengo que aclarar que, aunque VON MAYR emplea el término «obligación» en relación con el *nexum*, sabe perfectamente que nunca coexistieron, ya que reconoce que el concepto armónico de obligación no aparece todavía ni siquiera en PLAUTO, que sólo una vez emplea la palabra *obligare* en sentido jurídico y es refiriéndose a una relación pignoratícia, quizá porque todavía se halla dominado por la creencia de que *obligatio* significa precisamente eso: *responsabilidad*.

A la teoría de VON MAYR se le puede objetar que el préstamo no se concedía sin que, por lo menos simultáneamente, se prestase una garantía, cualquiera que ésta fuese: prenda, fianza —mediante la *sponsio*— mancipación fiduciaria, ... Y si tal garantía se prestaba, ya no tenía razón de ser el *nexum*. Precisamente, se recurriría a este negocio cuando no era viable otra garantía.

2.^a El *nexum* es anterior a la entrega del deudor, pues ésta procede en el eventual supuesto de impago de la deuda.

MAX KASER —obra citada, págs. 147 y sigs.— examina el origen de las obligaciones, señalando que la raíz más primitiva de la obligación es la responsabilidad personal creada por el hecho de que una persona se halle, para determinados fines, sometida al poder de aprehensión de otra. El fin más antiguo es la expiación que se debe por la comisión de un delito. En el Derecho antiguo, quien comete un delito privado se expone a la venganza de la víctima. Esta adquiere, por la comisión del delito, un derecho de aprehensión del cuerpo del autor, cuyo contenido se agota con la ejecución de la venganza, es decir, con la muerte del autor del delito. Pero este derecho de la víctima se va debilitando paulatinamente, y así, en determinados actos —lesiones corporales graves—, es sustituido por el talión. Luego se considera que el derecho a la venganza es redimible, y así la víctima, mediante la aceptación de un don expiatorio, debe renunciar a la venganza. El Estado, en interés de la generalidad, favorece esta renuncia, fijando multas

en cuantía precisa o módulos para precisarla, siguiendo una práctica ya establecida. Si la multa legalmente establecida es ofrecida a la víctima, el Estado obliga a ésta a aceptarla, pues si la rehusa pierde el derecho de aprehensión en la persona del autor del delito. Como en la mayoría de los casos, el primitivo derecho de venganza se ha hecho redimible, ello hace que tal derecho pierda importancia. La responsabilidad implica ahora que alguien se halla sometido, con su persona, a la aprehensión por otro, y de la que puede librarse mediante la oportuna redención.

El derecho de aprehensión puede crearse artificialmente mediante determinados negocios, de suerte que alguien se halla vinculado por el deber de realizar una determinada prestación, el cual se somete al poder de aprehensión de quien ha de recibirla *para el caso de que la prestación no se haga efectiva*. Al efectuar la prestación, el poder de aprehensión queda redimido. Uno de aquellos pocos negocios creativos de responsabilidad, celebrado por el rito libral, fue el *nexum*, en el cual —obra citada, págs. 180 y 181— quien presta el dinero, entrega a la otra parte —antes los testigos y el *libripens*— la suma convenida, adquiriendo por ello un poder de asimiento en la persona del prestatario, *para el caso de que éste no se libere de su responsabilidad* o lo libere un tercero, entregando en el plazo establecido la cantidad recibida con los intereses, si proceden. La devolución de la cantidad no es debida, sino que su restitución es un simple medio liberatorio de responsabilidad.

De lo que dicen otros romanistas también resulta que el *nexum* se celebraba antes que el deudor se entregase a su acreedor, cuya entrega sólo tenía lugar en el supuesto de que el deudor no pagase la deuda. Así GÓMEZ DE LA SERNA, SCHLOSSMANN, HUVELIN, NIEBHUR, MAYNZ, MITTEIS, MOMMSEN, GUTIÉRREZ ALVIZ, ALVARO D'ORS... —como quedó expuesto en el apartado II—.

Creo que hay que inclinarse por esta última posición, pues, aparte de ser conforme con el criterio de los romanistas citados, la posición contraria presenta determinados inconvenientes, a saber:

1. El acreedor sólo tenía la custodia del deudor y sólo cuando la deuda vencía podía disponer de los servicios del deudor —lo cual reconoce VON MAYR—, de lo que podemos inferir que esa situación no implicaba ninguna ventaja para el acreedor, pues, aparte de no contar con el trabajo del deudor, sería responsable por custodia, y esto podía ser grave en el supuesto de que algún mal le acaeciese al deudor y otra persona llegase a pagar la deuda.

2. La presencia de un deudor en la propia casa, sin saber muchas veces qué provecho se podía obtener de su trabajo —como señaló muy acertadamente ALVARO D'ORS, a propósito de la *manus iniectio*—, hubiera resultado una incómoda carga más que una seguridad. Y, por otra parte, no es imaginable que los acreedores tuvieran sus prisiones para retener a los deudores, ni éstas se mencionan en las fuentes.

3. La entrega del deudor al acreedor simultánea al nacimiento de la deuda, hacía imposible que el deudor, por sí mismo, pudiese pagarla; y esto es contrario al texto de la *nexi liberatio* —en su forma primitiva—, conforme al cual resultaba posible que el mismo deudor pagase la deuda y quedase liberado.

4. En la entrega simultánea del deudor, éste desempeñaría un papel idéntico al del rehén, al cual los romanos denominaban *obses*, palabra que no tiene nada que ver con la que se designa al *nexus*.

5. Considerar que el *nexum* se celebraba cuando la deuda no había sido pagada y que entonces el deudor se entregaba como *nexum* al acreedor supone meternos en un círculo vicioso, porque el acreedor lo que quería es que el pago de la deuda estuviese garantizado desde el primer momento.

A esta posición que defendemos, se le puede hacer una objeción, a saber: Que los primitivos solamente admitían operaciones al contado y, por consiguiente, el sometimiento del deudor al acreedor, el acto de entregarse el deudor al acreedor debía ser simultáneo al acto por el que se contraía la deuda. Pero este inconveniente resulta de poca importancia, para lo cual basta solamente con tener en cuenta el valor de la forma y de las fórmulas, ya que el fundamental carácter del Derecho primitivo consiste en ser un Derecho esencialmente formalista. Para que se produzcan los efectos jurídicos establecidos, aparte del ritual, la fórmula empleada en la palabra hablada es esencial, de tal modo que, una vez pronunciada, surte el efecto que le corresponde, independientemente de la voluntad del interesado e incluso en contra de ella. Se trataba, pues, de formas y fórmulas sacrales, en las cuales el hombre primitivo podía confiar. ARANGIO RUIZ, al hablarnos del principio que se ha denominado de la economía de las formas o medios jurídicos, nos dice que el mismo deriva de «la incapacidad de los antiguos para reconocer un negocio jurídico cuando la voluntad de las partes no se vaciaba en un medio preestablecido de palabras y gestos, poseedores de una eficacia, antes que jurídica, mágica y religiosa; economía que se traducía en un derroche de fórmulas, en las cuales era una suerte si la voluntad comercial podía encontrar un asiento adecuado: lo más probable era que, o el efecto jurídico fuese desproporcionado al fin práctico que se perseguía, o que la voluntad corriese el riesgo de permanecer ineficaz, si no se veía asistida de expertos».

Podemos poner dos ejemplos —entre varios— que corroboran lo dicho sobre la importancia de la forma y de la fórmula:

- El que nos relata GAYO en sus *Instituciones*, al tratar de «las acciones de la ley», llamadas así:

Ya sea porque nacieron en la ley, ... ya sea porque se amoldaban a los términos de las leyes, por lo que se cumplían con el mismo inmutable

rigor con que se cumplían las mismas leyes. De ahí que, quien al reclamar por unas cepas cortadas mencionaba la palabra «cepa» en su acción, decían los jurisconsultos que perdía el pleito, ya que debía decir «árboles», pues la Ley de las XII Tablas, en virtud de la acción que competía por las cepas cortadas, hablaba genéricamente de «árboles».

- El otro ejemplo lo traigo a colación porque, aunque puede ser ajeno al Derecho —ningún romanista lo menciona ni siquiera de pasada—, éste no puede entenderse ni concebirse desligado de la forma de vida social a la cual se aplica. Por ello veremos a continuación los ritos del *sacrificium*, que, si no era una institución jurídica, lo era, al menos, de carácter religioso y, además, tenía cierta relación con el *augurium*, del cual antes hemos hecho mención.

La etimología de la palabra «sacrificio» —de *sacer* y *facere*— pone de manifiesto que fue ésta una de las características esenciales del ritual religioso romano.

La primera víctima del sacrificio romano —en sus orígenes— fue el propio hombre, pagando con su misma vida y más tarde deshaciéndose de una parte de su propiedad —por ejemplo, un animal—. En Roma no faltan noticias de todo tipo que hacen mención de la sustitución de la víctima humana por una víctima animal. Tal es el caso de las leyendas sobre los sacrificios de Métela y Valeria Luperca, reemplazadas por una ternera en honor de Vesta y Juno, respectivamente; el sacrificio de Veiovis de una cabra *ritu humano*; los maniqués —*argea*— arrojados al Tíber en sustitución de víctimas humanas, etc.

Los ritos del *sacrificium*, descritos en pocos trazos, eran como sigue:

La víctima, adornada con guirnaldas y sujeta por el *dorsuale*, era conducida al altar con la precaución de que la cuerda, a la que estaba atada, no se tensase y no fuera llevada a la fuerza, ya que este hecho hubiera sido considerado de mal augurio. Los que ofrecían el sacrificio, o asistían a él, con traje de fiesta, debían lavar previamente las manos con agua y secarlas con tela de lino; luego se acercaban al altar —adornado con flores y cintas—, donde un heraldo incitaba al pontífice a proceder a la ceremonia y ordenaba al pueblo callarse. El sacerdote o pontífice pronunciaba una oración o plegaria, que repetían los asistentes. Un momento esencial de la ceremonia era cuando se procedía a la INMOLATIO, echando sobre la víctima agua, vino y harina mezclada con sal —*mola salsa*—. A continuación se incensaba a la víctima, se probaba el vino y se daba de beber a los que ofrecían el sacrificio; se cortaban unos pelos de la frente de la víctima y se arrojaban al fuego; se volvía el sacerdote hacia oriente y hacía pasar el cuchillo de la cabeza a la cola del animal, con lo cual la víctima era «macta»,

si bien esta expresión era una confusión lingüística, porque verdaderamente era el dios el que era *mactus*, es decir, gratificado con la ofrenda. A continuación el *victimarius* preguntaba al sacerdote: ¿AGONE?, y él respondía: HOC AGE. Entonces el *victimarius* daba muerte a los animales: a los toros se les golpeaba en la cabeza con un hacha, a las vacas con un martillo y a los cerdos y carneros con una piedra, o el *cultrarius* los degollaba.

La muerte de la víctima debía sobrevenir de forma rápida y limpia; un animal medio muerto o que lograra huir, INVALIDABA el sacrificio y constituía un signo de mal augurio.

Inmediatamente después, sobre la *anclabris mensa*, tenía lugar la extracción de los órganos internos —*exta*— de la víctima, que eran ofrecidos a los dioses: la vesícula biliar, el hígado, el corazón y el pulmón. El sacerdote o el Harúspice inspeccionaba antes el buen estado interno del animal —*litatione*—, lo que era signo de que los dioses aceptaban el sacrificio; de no ser así, se consideraba un mal presagio, por lo cual era necesario recurrir a una nueva víctima sustitutoria de la anterior —*hostia succidaneae*— hasta tener éxito: *usque ad litationem*.

Del mismo modo, cualquier error en la ejecución del sacrificio suponía su repetición con una víctima adicional, lo cual, en el caso de sacrificios públicos, podía llegar a ser verdaderamente costoso. Por esta razón, existía la posibilidad de realizar un sacrificio preliminar, con una *hostia praecidanea*, en vísperas del sacrificio solemne, con el fin de expiar anticipadamente los posibles errores que se iban a cometer.

Expuestos los principales rasgos del sacrificio, bien se comprende que se trataba de un ceremonial bastante enrevesado y sujeto a avatares imprevisibles. A su lado, el rito del *nexum* o de la *mancipatio* se nos presenta como algo sencillísimo. Pero lo que nos interesa destacar, en cualquier caso, es el importantísimo papel de la forma y de la fórmula empleadas. Por ello resulta más que razonable, que el hombre primitivo admitiese una operación que no se verificase al contado, siempre que en ella se utilizase una forma y una fórmula sacral o cuasisacral, lo cual sucedía en el caso del *nexum* y de la *mancipatio*.

Admitiendo, pues, que el *nexum* suponía un poder de asimiento del deudor para el caso de que no pagase —o de que otro no pagase por él— si dijésemos que «mediante el *nexum* el acreedor sujetaba directa e inmediatamente la persona —o el cuerpo— del deudor al pago de la deuda», es bastante seguro que esto fuese exacto, aunque llame la atención su similitud con lo dispuesto en el actual artículo 104 de la Ley Hipotecaria: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». Con ello no queremos decir que el *nexum* fuese una hipoteca, sobre todo tal y como actualmente se concibe ésta, sino,

simplemente, que era algo semejante: en ambos casos se trataba de una garantía real, para asegurar el pago de una deuda. Y más patente se nos puede presentar esta analogía si tenemos en cuenta que, tanto en el supuesto del *nexum*, como en el de la hipoteca, la sujeción, aunque es directa e inmediata, no es de carácter material o físico, sino de carácter jurídico en la hipoteca, y, probablemente, de carácter jurídico-religioso en el *nexum*. Examinemos estos términos:

- a) Sujeción directa e inmediata: El acreedor adquiriría lo que hoy se puede llamar un derecho real sobre la persona del deudor.
- b) Sujeción jurídica. No se trataba de una sujeción material o física, sino de una sujeción jurídica. Al igual que en la hipoteca actual no había desplazamiento de posesión, es decir, entrega del deudor al acreedor. No obstante, tal sujeción, por sí sola, debía de ser muy fuerte, hasta el punto que, para extinguirla, no bastaría con el simple pago de la deuda, sino que había que celebrar un negocio *per aes et libram*, de sentido inverso, cual era la *nexi liberatio*, en su primitiva forma de pago efectivo y no de *imaginaria solutio*.
- c) Sujeción religiosa: Se le puede atribuir este último carácter a tal sujeción, tratándose del *nexum*, porque, como muy bien escribió ALVARO D'ORS, en su día —*Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, págs. 1009 y 1010—, las autoridades religiosas, propiamente los sacerdotes, que constituían el colegio pontifical, eran las encargadas de sancionar las infracciones de los *mores maiorum* y contribuían con sus decisiones a consolidar y aclarar el sentido y alcance de aquellos. «El Derecho, la religión y la moral constituían así un todo único. Aquellas decisiones sacerdotales, al concretar el contenido de una moralidad, la dotaban de una fuerza imperativa especial, a la vez que servían de precedente judicial de gran autoridad. Así va naciendo el concepto del *ius*».

Resulta obvio que no todo son analogías. Entre el *nexum* y la actual hipoteca existen profundas diferencias, de las que, por ser tan patentes, solamente haremos un comentario muy breve:

- En primer lugar, hoy resulta inconcebible que una persona pueda ser objeto de garantía. En la actualidad las garantías reales siempre se refieren a los bienes, sean del deudor o de otra persona: hipotecante o pignorante no deudor. Pero ya vimos que bastantes romanistas consideraban el *nexum* como una autopignoración del deudor, ya sea con efectos de entrega inmediata del mismo —VON MAYR— o de entrega diferida para el eventual supuesto de que no se pagase la deuda —los demás romanistas que citamos poco antes—.

- La hipoteca puede constituirse en garantía de un crédito o del cumplimiento de cualquier obligación. Con el *nexum* sólo se garantizaba el pago de una deuda, pues la idea de obligación aún no existía.
- Mientras que los bienes hipotecados pueden volverse a hipotecar, tratándose del *nexum*, una vez que el deudor lo había celebrado con un acreedor, ya no podía volver a celebrarlo con otro acreedor. En cambio, en nuestra actual hipoteca, por disposición expresa del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, pueden hipotecarse: «5.º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar». Y ello, en ocasiones, a despecho del acreedor, pues en algunas escrituras he visto que la entidad acreedora prohibía al hipotecante constituir ulteriores hipotecas sin su consentimiento. Es más, en una escritura, la entidad acreedora pretendía tener cierto control sobre las actividades del deudor, completamente ajenas a la hipoteca. Por supuesto que tales cláusulas no han sido inscritas. Pero si, por cualquier razón, llegase a admitirse en el futuro su inscripción, las diferencias entre el *nexum* y la hipoteca serían más tenues que las expuestas, pues entre la ruina del deudor o que éste tenga que prestar sus servicios al acreedor, no sé, en principio, cuál de las dos posiciones es la más perjudicial para el deudor.
- Respecto al procedimiento para hacer efectiva la garantía, también había diferencias, como veremos a continuación.

EFECTOS DEL IMPAGO DE LA DEUDA

En esta cuestión caben varias posibilidades:

1. Una vez que se produce el impago de la deuda puede el acreedor aprehender al deudor —o éste entregarse voluntariamente al acreedor—, lo cual sería muy normal. En este supuesto, el deudor tendría que trabajar para el acreedor o prestarle sus servicios, y de aquí la razón del Texto de VARRÓN, que antes hemos expuesto:

«Liber qui suas operas in servitutem pro pecuniam quam debuerat dum solvere nexus vocátus ut ab aere obaeratus».

«El libre que prestaba sus servicios en un estado de esclavitud por el dinero que debía, hasta que lo pagara, es llamado *nexus*, como el endeudado por dinero».

Según este último fragmento parece que el *nexus* quedaría como semi-esclavo del acreedor y debería trabajar hasta pagar su deuda.

ALVARO D'ORS cree que el citado texto «parece referirse a una posición voluntariamente tomada por el deudor, ya que siempre era posible que

un deudor arrendara sus servicios a su acreedor a cambio de la cantidad que debía, por un cierto tiempo: éstos serían los que desde antiguo se llamaron *obaerarii*». Esto me parece un tanto dudoso, si tenemos en cuenta el significado de la palabra *obaerarius*: «Deudor que por no poder pagar se declara esclavo de su acreedor por cierto tiempo» (los diccionarios de latín suponen que es una palabra utilizada por VARRÓN). A la palabra *obaeratus* se le dan estos significados: Cargado de deudas, muy endeudado. El que no pudiendo pagar sus deudas se entrega como esclavo al acreedor, pagándole con su cuerpo y servidumbre (utilizada por Tito Livio, e incluso por Tácito).

Por consiguiente, parece que no hay aquí un arrendamiento de servicios propio, sino una entrega del deudor al acreedor, prestando sus servicios en un estado parecido al del esclavo. De todas formas es posible que un acreedor acepte los servicios del deudor en pago de la deuda, sin que se hubiese celebrado el *nexum*. Pero, aquí nos encontramos con el problema de siempre: ¿Cómo es posible que una persona contraiga deudas, en una época primitiva, sin garantía alguna? Si se celebró el *nexum*, tiene que tratarse de un acreedor muy generoso para aceptar un arrendamiento normal de servicios, prestado por el deudor, cuando él tiene derecho a mucho más. Es algo parecido a lo que hoy sucede con el pacto de limitación de responsabilidad a los bienes hipotecados del artículo 140 de nuestra Ley Hipotecaria, el cual no se ha utilizado jamás.

Por ello la posibilidad del arrendamiento de servicios —aparte de ser bastante raro que existiese tal figura en época tan primitiva, ya que ningún romanista, incluido el mismo D'Ors, habla de ella al tratar de la *locatio conductio operarum*— no se opone, en absoluto, al hecho de que, en el supuesto de que el deudor no pagase la deuda, el acreedor ejercitase su derecho —real— de aprehensión, cuya finalidad fundamental sería, precisamente, que el deudor trabajase para él, y, además, en una situación de semiesclavitud, en la cual podían producirse abusos por parte del acreedor, y de aquí las tensiones entre estos y los deudores de que nos hablan los historiadores.

2. Si no se produce esa aprehensión o entrega voluntaria, parece que se puede seguir —lo que me parece más dudoso— el procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio*.

Como vimos, gran parte de los romanistas considera que, en el caso de que el deudor no pagase, el acreedor podía ejercitar contra él tal procedimiento, sea porque el *nexum* implicase una autodamnation, sea porque se considerase que el préstamo contraído *per aes et libram* tuviese fuerza ejecutiva. Si esto fuese cierto, aun podíamos encontrar más analogías con la hipoteca actual, pues el hecho de exponer al deudor durante tres mercados consecutivos sería el equivalente a las tres subastas que se regulaban en el

anterior procedimiento judicial sumario y en el actual procedimiento de ejecución de bienes hipotecados.

No obstante, por lo menos, una excepción a esta idea de que el acreedor podría utilizar la *manus iniectio* la representa VON MAYR, quien considera que a ello se opone el hecho fundamental de que GAYO no habla jamás del *nexum*, ni siquiera donde parece que debiera hacerlo, es decir, entre las causas de la *manus iniectio*. Con ello no pone en duda la existencia del *nexum*, sino que considera que el *nexus* se pignora y está bajo la sujeción del acreedor o bien desde que se contrae la deuda, o bien desde que se produce el incumplimiento, adquiriendo el acreedor, en ambos casos, el poder sobre el deudor por el rito del *aes et libram*.

De todas formas creo que conviene hacer un breve examen de la omisión de GAYO. Esta puede obedecer a distintas causas: al simple olvido —lo cual es posible, pero no probable—, o a una de estas hipótesis:

- Que no se trata de una omisión sino de una parte de sus Instituciones, que se refiere a la *le gis actio per sacramento (in personam?)*, que se ha perdido o que ha quedado ilegible, y que podía referirse al *nexum*. Aunque HEFFTER ha intentado suplir esta falta, actualmente, los romanistas consideran que el *sacramentum in personam*, del que pudo hablar GAYO, habría surgido como trámite declarativo de obligaciones delictuales dentro de la forma ejecutiva de la *manus iniectio*, cuando ésta no podía fundarse en una evidencia que eximiera de toda prueba. No obstante, FUENTESECA niega la existencia de esta acción, pues la *poena sacramenti* sólo era posible cuando se contraponían dos vindicaciones contradictorias, de suerte que una *vindicatio* de carácter penal no daría lugar al *sacramentum*.
- Que aun pudiendo el acreedor ejercitar la *manus iniectio*, en la práctica nunca se recurriese a este procedimiento, ya que el deudor asumía la sujeción al acreedor de modo espontáneo y voluntario, por las razones que veremos enseguida. IHERING, que da por sentado que el acreedor en el supuesto del *nexum* podía acudir a la *manus iniectio*, considera que esta *legis actio* estaba condicionada al caso en que el derecho del acreedor, al ejercer la justicia privada, fuera controvertido, pues si el deudor se sometía voluntariamente, la justicia no tenía que intervenir. El acreedor le llevaba a su casa sin que fuera necesario el permiso de la autoridad.

Ahora bien, tenemos que recordar, que en favor de deudor —que se resistía a la *manus iniectio*—, podía interceder un *vindex*, con el que se seguiría el procedimiento. Pero tratándose de un *nexus*, esto debía ser prácticamente imposible: El *nexum* era el último, o el único recurso, que tenían los deudores para garantizar una deuda, ya que,

habiendo un fiador —sponsor— o teniendo el deudor suficientes bienes *nec mancipi*, el *nexum* no tenía razón de ser. Considerando, además, que si el *vindex* perdía, sufría una pena igual en todo a la del deudor al mismo tiempo que él —litiscrescencia—. ¿Quién podía interceder como *vindex*? Puede contestarse, con bastante seguridad, que nadie.

— Que tratándose del *nexus* no fuese necesario recurrir al procedimiento de la *manus iniectio*. Esto último puede resultar extraño, pero no debe descartarse por completo. En favor de su admisión se pueden dar los siguientes argumentos:

1.º Que en virtud del *gestum per aes et libram*, el acreedor adquiría un poder sobre el deudor, y producido el impago de la deuda, lo único que hacía era ejercitar ese poder. Algo análogo a lo que sucede actualmente con la venta extrajudicial de la cosa hipotecada, de la que se dudó de su constitucionalidad —y, por tanto, de su procedencia, ya que la misma no se verificaba ante una autoridad judicial— y cuya venta ha sido reconocida por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, si, como dice MAX KASER, mediante el *nexum*, el acreedor adquiría un poder de aprehensión sobre el deudor, en el supuesto de que éste no pagase la deuda, podemos pensar que, una vez producido tal evento, el acreedor, al aprehender al deudor, no hacía más que ejercitar un derecho, potestad o facultad, que se había constituido previamente. Esto se compagina bien con el ejercicio privado de la justicia en tiempos primitivos. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que en tales tiempos, el que cometía un delito estaba expuesto a la venganza, y que al perjurio, aun en épocas posteriores, cualquiera podía darle muerte, lo cual podía considerarse, incluso, un beneficio para él, como antes quedó expuesto.

- 2.º El silencio de GAYO, que al no especificar el *nexum* como una de las causas de la *manus iniectio*, puede entenderse en el sentido de que ésta no era procedente, ni necesaria, en tal supuesto.
- 3.º Si se admite la posibilidad de la *manus iniectio*, el *nexus* no se diferenciaría del *addictus*, y es posible que ni siquiera se hablase de él.
- 4.º Los *nexi* tenían los mismos derechos que las personas *in mancipio*, y a éstas no se les podía dar muerte, ni ser vendidas como esclavas *trans Tiberim*, como sucedía con los *addicti*.
- 5.º Hay que tener en cuenta también que, en algunas ocasiones se habla del *nexus vinctus*. La palabra *nexus* está relacionada con

el verbo *NECTO*, *is*, *nexui* —y alguna vez *nexi*—, *nectere*, *nexum*, cuyo principal significado es atar, anudar, enlazar, unir, en definitiva, sujetar. El participio pasivo *vinctus-a-um* quiere decir atado, prisionero, preso. No es aventurado pensar que el *nexus*, sin más, es el que está bajo el poder de aprehensión del acreedor —el cual todavía no ha ejercitado este poder—, y —el *nexus vinctus*, el que, por impago de la deuda, ya ha sido aprehendido por el acreedor. A este respecto tenemos que recordar el pasaje de TITO LIVIO, que nos habla de los deudores, «sin cadenas o con cadenas». A estos deudores con cadenas puede referirse la frase *nexus vinctus*, aunque no creo, en modo alguno, que fuese algo usual el encadenar a los *nexi*. Esto se produciría solamente en contadísimos casos, cuando se sospechase que el que estaba en tal situación pudiera fugarse.

- 6.º Para el propio deudor resultaba más ventajoso que el acreedor ejercitase el poder de aprehensión derivado del *nexum* y no, en cambio, que acudiese al procedimiento de la *manus iniectio*, ya que, en el primer caso, lo único que sucedería es que tendría que trabajar para el acreedor, tal vez en una situación de cuasiesclavitud. Pero en la *manus iniectio*, el acreedor podía matarlo —si no había quien pagase la deuda— o venderlo *trans Tiberim* como esclavo, y siempre parece más llevadero lo conocido que lo desconocido.

3. Una última posibilidad, que me parece muy remota —y por ello la cito al final— es que el acreedor acogiese al *nexus* como cliente. Se trataría, de nuevo, en este caso, de un acreedor muy generoso, que no solamente no cobra la deuda, sino que, además, acoge al deudor bajo su especial protección. Es cierto que puede disponer de la fortuna del cliente, que muy poca debe ser cuando, precisamente, no pudo pagar la deuda, y reducirlo, sólo en determinados casos, al estado de esclavitud y ejercer sobre él un derecho de vida y muerte. En aquellos remotos tiempos, todo esto era muy poco si tenemos en cuenta el deber de protección que asumía el patrono y cuya violación producía la *execratio*, como hemos visto anteriormente.

Y con ello termino este artículo, el cual supone una intromisión en el campo de los romanistas, aparte de no haber seguido los consejos de mi querido amigo y maestro, don ALVARO D'ORS, que me dijo que esta era una materia bastante confusa y que, respecto a ella, no había datos suficientes. Sin embargo, esto último, no deja de parecerme dudoso. Si esta cuestión la hubiese examinado don CLAUDIO SÁNCHEZ-ALBORNOZ, estoy seguro que hubiese llegado a conclusiones definitivas, pues con datos quizá bastante más exiguos llegó a precisar la figura del «gardingio» —en su obra *En*

torno a los orígenes del feudalismo—, sin que sus ideas hayan sido discutidas por nadie.

De todas formas, si el presente trabajo sirviese para que los romanistas —a quienes, en realidad, corresponde esclarecer la figura del *nexum*— se pusiesen de acuerdo —lo cual me parece poco menos que imposible—, ya me daría por satisfecho.

LINO RODRÍGUEZ

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO-RUIZ, VICENTE: *Historia del Derecho romano*. Reus, 1994.
- ARIAS RAMOS, JUAN: *Derecho romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, 1963.
- AZCÁRATE, GUMERSINDO DE: *La historia del derecho de propiedad*. Tomo I. Imprenta de la Revista de Legislación, 1879.
- CASTRESANA, AMELIA: *La estipulación*. Libro homenaje a Murga Gener.
- D'ORS, ALVARO: *Derecho Privado romano*. Eunsa, 1991.
- «Derecho romano», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*.
- *Parerga histórica*. Eunsa, 1997.
- y otros: *El Digesto de Justiniano*. Editorial Aranzadi, 1968.
- DOMINGO, RAFAEL y otros: *Textos de Derecho romano*. Aranzadi, 1998.
- FUENTESECA, PABLO: *Historia del Derecho romano*. Europa Artes Gráficas, S. A., 1987.
- FUSTEL DE COULANGES: *La ciudad antigua*. Ediciones Península.
- GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico-exegético del Derecho romano*. Librería Sánchez, 1863.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ, FAUSTINO: *Diccionario de Derecho romano*. Reus, 1995.
- HALICARNASO, DIONISIO DE: *Historia antigua de Roma*, libro XVI.
- HUGO, GUSTAVO: *Historia del Derecho romano*. De Rivera, editor, 1850.
- IGLESIAS, JUAN: *Derecho romano*. Ediciones Ariel, 1972.
- IHERING, RUDOLPH: *El espíritu del Derecho romano*. Ed. Comares, 1998.
- *Ridendo dicere verum*.
- KASER, MAX: *Derecho romano privado*. Editorial Reus, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros: *Derecho de obligaciones*, II, vol. 1.º
- MAGDELAIN, ANDRÉ: *La loi «Poetelia Papiria» et la loi «Iulia de pecuniis mutuis»* (Libro homenaje a A. D'Ors). Eunsa, 1987.
- MARTINO, FRANCESCO DE: *Historia económica de la Roma antigua*, I, 1985.
- MAYR, ROBERT: *Historia del Derecho romano*. Editorial Labor, 1941.
- MIQUEL, JOAN: *Derecho Privado romano*. Marcial Pons, 1992.
- *Historia del Derecho romano*. PPU, S.A., 1995.
- MOMMSEN, THEODOR: *Historia de Roma*. Ediciones Turner, 1988.
- PETIT, EUGENE: *Tratado elemental de Derecho romano*. Editorial Saturnino Calleja, 1926.
- RADBRUCH, GUSTAVO y GWINNER, ENRIQUE: *Historia de la criminalidad*. Bosch, 1955.
- RIGAUD, LUIS: *El derecho real*. Reus, 1928.

- SANMARTÍN, JOAQUÍN: *Traducción de los Códigos legales de tradición babilónica*. Editorial Trotta, 1999.
- SCHULZ, FRIZ: *Derecho romano clásico*. Bosch, 1960.
- STENBERG, THEODOR: *Introducción a la ciencia del Derecho*. Labor, 1940.
- TITO LIVIO: *Ab urbe condita*. Editorial Gredos.
- VARIOS AUTORES: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Seix Barral, 1994.
- *Derecho romano de obligaciones*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- VARRÓN, MARCO TERCENCIO: *La lengua latina: libros V-X y fragmentos*. Editorial Gredos, 1998.
- VOLTERRA, EDUARDO: *Instituciones de Derecho Privado romano*. Civitas, 1991.