LA INTENCION DE DONAR

HUGO HANISCH ESPÍNDOLA
Universidad de Chile (Santiago)

La investigación profunda y acuciosa de F. Pringsheim en su artículo sobre el *animus donandi* llegó a la conclusión de que este término era bizantino y que fue interpolado en los textos clásicos alterando su estructura primitiva. Esta conclusión no fue definitiva ni pacífica, pues el mismo autor alteró sus conclusiones en un artículo posterior.

En los actos jurídicos formales y abstractos del derecho clásico no era posible investigar la intención de las partes, pero este principio queda abierto en lo que se refiere a los negocios de buena fe, en los que era permitido investigar el ánimo de los contratantes.

La donación en la época clásica presentaba un aspecto atípico, que se encontraba revestida en una serie de actos abstractos o no, que podían ser la concreción de una liberalidad. Así la *mancipatio in jure cessio*, *acceptilatio*, condonación de deuda y otros muchos podían ser la expresión externa de una donación.

Ello proviene de que la donación consiste en sustancia en el desprendimiento de los bienes que salen del patrimonio de una persona para ser atribuidos a otra, sin causa jurídica, a no ser que se admita la liberalidad como única y verdadera causa de la atribución.

Pringsheim sostiene que la voluntad de donar aparece de la casuística más que como elemento propio y típico de la donación¹.

Biondo Biondi también ha estudiado el *animus donandi*, es decir, la intencionalidad en la voluntad de donar.

Dice este autor que durante toda la época clásica y hasta Constantino la donación se presenta no como un negocio típico sino

¹ F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, en ZSS. r. A. 42 (1921), p. 273 ss.

como causa de un número variado y heterogéneo de actos jurídicos. Infinitas veces, tanto en la jurisprudencia clásica como en las leyes imperiales y en los actos jurídicos se habla de *agere, gerere, permittere, dare, mancipare, tradere, promittere, acceptum ferre, iubere, remittere, excolere, donationis* o *donandi causa*, o *donationis titulo*. No todos los negocios jurídicos pueden cumplirse *donationis causa*, sino sólo los que hoy llamamos abstractos, o sea los que no presentan una causa legal típica como *mancipatio, in iure cessio, traditio, stipulatio, aceptilatio, pactum de non petendo*, etc. No se puede hablar de actos de donación respecto de los negocios típicos que como la compraventa, arrendamiento, mutuo puedan efectuarse *donationis causa*. El *animus donandi* es un concepto inasible que huye de toda precisión. . . Pero no tiene nada de común con la doctrina que se quiere atribuir a Justiniano. Cualquier texto podrá ser interpolado y cualquier insistencia podrá provenir de Justiniano, pero la doctrina del *animus donandi* es clásica. Ello en efecto no es la voluntad interna en antítesis con la que aparece exteriormente ni la intención del donante corrientemente calificada. Bonfanti la mira como un estado psicológico o finalidad del donante, pero todo esto como en todo negocio, permanece extraño al acto y en una línea máxima irrelevante para el derecho. Arangio Ruiz la mira como la intención de despojarse de una propia actividad patrimonial en beneficio de otro, pero esto no es sino la voluntad de cumplir un acto atributivo. Perozzi identifica el *animus donandi* con la *causa donationis*. Ferrini habla de un impulso de beneficencia. Pringsheim de intención de beneficiar, correlacionando la doctrina del *animus donandi* con la concepción cristiana de la beneficencia².

Por su parte, Gian Gualberto Archi en su estudio sobre el *animus donandi* concluye que el estado de las fuentes es tal que no estamos autorizados para afirmar que la expresión *animus donandi* esté siempre interpolada. Al criterio terminológico debemos sustituir un criterio dogmático. En efecto, si es verdad que en algunos casos se eleva el criterio de *animus* para exagerar la eficacia donde afirmar la posibilidad de donar en los diversos institutos que no toleraban la *causa donationis* por su estructura y función, es también verdad que se nos presentan textos en los cuales el *animus donandi* sirve para reunir en armónica y completa elaboración el concepto de donación que habían hecho los clásicos³.

Esta solución propuesta por Archi se aleja del aspecto histórico

² BRONDI, *Il concetto di donazione*, ahora, en *Scritti giuridici* (Milano 1953) 3, p. 681.

³ G. G. ARCHI, *La donazione* (Milano 1960), p. 53.

crítico para apoyarse en un aspecto dogmático que mira simplemente a mantener una unidad institucional.

Jörs-Kunkel se inclina por la opinión de Pringsheim, mientras Max Kaser se acerca a la opinión de Biondi⁴.

En presencia de las posiciones asumidas por Pringsheim, Biondi y Archi cabe considerar y cuestionar en qué época apareció la expresión *animus donandi* para manifestar la intencionalidad de donar.

Para ello nos parece necesario analizar dos aspectos en el derecho clásico, uno, que es determinar la expresión que usaron los autores de esa época, y otro, saber si los clásicos tuvieron, sin la expresión *animus donandi*, idea de la intencionalidad propia de la donación.

Respecto del primer planteamiento podemos señalar los siguientes textos referentes a la donación:

Pomponio D. 39. 5. 9 (*33 ad Sabinum*) trata de la posibilidad de donar un crédito:

Velut si donationis causa cum debitore meo pasciscar.

Juliano D. 39. 5. 14 (*17 digestorum*) se refiere al cultivo de un fundo por donación:

Qui alienum fundum donationis causa excolit.

Ulpiano D. 39. 5. 17 (*58 ad edict.*) trata de la estipulación novatoria por donación:

Si in stipulatum iudicatum novationis causa deductum sit et stipulatio donationis causa accepto lata.

Aristón citado por Ulpiano D. 39. 5. 18. 2 (*31 ad edict.*) trata de la tradición por motivo de donación:

Si donationis causa in hoc tradatur servus.

Labeón citado por Ulpiano D. 39. 5. 19. 1 (*76 ad edict.*) señala que el precio de ciertos servicios queda fuera de la consideración de la donación:

⁴ JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (Trad. L. PRIETO CASTRO, Barcelona, 1937), p. 350 n. 2.

MAX KASER, *Das römische Privatrecht* (München 1955) 1, p. 503.

Labeo scribit, extra causam donationum esse talium officiorum mercedes, ut puta: si tibi adfuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera vel gratia mea usus fueris.

Celso D. 39. 5. 21. 1 (28 *digest.*) se refiere al rechazo de una donación excesiva ofrecida por orden del donante:

Sed si debitorem meum tibi donationis immodice causa promittere iussi. . .

Modestino D. 39. 5. 22 (8 *differentiarum*) se refiere a la promesa de una suma de dinero por donación:

Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid aliud promissit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere.

Javoleno D. 39. 5. 24 (14 *ex Cassio*) se refiere a una fianza con intención de donar:

Fidei iussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promissit.

Hermogeniano D. 39. 5. 33 (6 *epitomarum*) se refiere a la estipulación por donación:

Qui id, quod ex causa donationis stipulanti sponderat.

El mismo Hermogeniano D. 39. 5. 33.1 (6 *epitomarum*) dice sobre donación de dinero:

Ea lege donationis causa pecunia Titio numerata.

En *Fragmenta Vaticana* aparecen expresiones similares para expresar la causa de donación:

262. Sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt.

264. Matrem, quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos mancipio dedit.

266a. Gregorianus liber 13: professio donationis apud acta facta.

267. quae donationis causa facta sit.

276. De sua pecunia fundum comparavit donationis causa eique tradidit.

313. iure ex causa donationis, retento sibi usufructo.
315. cum ex causa donationis uterque dominium rei tributariae vindicetis.
316. ex causa donationis inductus.

De los textos que hemos seleccionado aparece con claridad que los autores clásicos desconocían o no utilizaban la expresión *animus donandi* para manifestar la intencionalidad específica de la donación, sino que sólo se referían a la expresada institución haciendo resaltar su condición de causa en el correspondiente negocio jurídico. Este planteamiento permite deducir que más que a la intencionalidad, estos autores se preocuparon de las diversas formas de negocios en que se podía expresar la atribución patrimonial en favor de otro, sin tomar en consideración la posibilidad de constituir una forma típica que expresara de un modo exclusivo e intencionado específicamente las consecuencias de este acto de atribución de bienes a un patrimonio ajeno. La *causa donationis* parece expresar más una finalidad que una intencionalidad. Es la persecución del enriquecimiento ajeno más que la intención de un desprendimiento en favor de otro, razón por la cual es útil cualquier acto que lleve a obtener ese objeto, lo que da lugar a una serie de variedades de expresiones siempre que lleven al fin que se persigue.

De lo expuesto aparece que no hay una forma de donación única, sino que la donación reviste una variedad de expresiones totalmente diversificada según el acto o negocio que se realiza.

Procede ahora preocuparse del segundo punto, o sea saber si los clásicos tuvieron, sin usar la expresión *animus donandi*, la idea de una intencionalidad propia para la donación.

Queda claro que en el período clásico, en general, la donación era un elemento informativo de una serie de actos de diversa estructura jurídica, que se consideraban donación por el elemento causal único que era esa finalidad de enriquecimiento del beneficiario en razón de una liberalidad. La finalidad real y objetiva conseguida por la atribución de un bien al patrimonio ajeno era lo específico de la donación.

Biondi afirma, sin aportar textos precisos, que el *animus donandi* es clásico, por lo que pareciera necesario ahondar más en el asunto para ver hasta qué punto los clásicos adhirieron a la idea de una intencionalidad específica.

El jurista que mayor interés manifiesta por este problema es Juliano del cual se conservan en el Digesto tres textos en que afronta el problema de la intencionalidad.

Ulpiano D. 12. 1. 18. pr. (7 *disp.*) se refiere a la opinión de Juliano en los siguientes términos:

Si ego pecuniam quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Julianus scribit donationem non esse, sed an mutua sit, videndum.

Esta parte del texto no está objetada de interpolaciones por lo que podemos comentarla como genuina. Si yo diere dinero como si se tratara de donarlo y tú lo recibieras como si fuere un mutuo, la opinión de Juliano es que no hay donación. Es claro que en el caso propuesto el problema no se resuelve por la finalidad o causa de donación, sino por la intencionalidad, o sea la mente de quien entrega el dinero con ánimo de hacer una donación y debido a la falta absoluta de intencionalidad, que se hace presente en el caso, hay que concluir que no ha existido donación.

Un texto del propio Juliano D. 12. 1. 20 (18 *digestorum*) nos expresa:

Si tibi pecuniam donassem, et tu mihi eandem crederes, an credita fieret? dixi [in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti, nam talem contractum] neque donationem esse neque pecuniam creditam: donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret: creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur quam alterius obligandi. igitur si his, qui pecuniam hac conditione accipit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam: magis enim meum accepisse intelligi debeo. [sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: benignius tamen est utrumque valere].

Archi considera interpolados los dos fragmentos que se marcan entre uncias⁵. La razón es porque sólo después de Constantino se admitió como contrato la donación. En el período clásico debía este pacto revestirse de una estipulación para que surtiera efecto y existiera una acción para reclamar lo prometido, contra el cual podía hacerse valer la excepción de la ley Cincia.

El texto de Juliano deja muy en claro la intencionalidad como elemento del negocio jurídico propuesto, pues emplea la expresión

⁵ G. G. ARCHI (n. 3), p. 40.

quia ea mente pecunia daretur que manifiestamente se refiere al ánimo que preside la acción de quien entrega el dinero o lo promete. Para Juliano existe el elemento intencional que es el que da forma al acto por la voluntad de la parte que interviene. El término *mens* puede muy bien equipararse al de *animus* que se usó posteriormente por los juristas.

Finalmente Juliano revierte sobre el problema D. 41. 1. 36 (13 *digestorum*) cuando *expone*:

Cum in corpus quidem quod [traditur] (mancipio datur) consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto [cur] inefficax sit [traditio] (mancipatio), [veluti] si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum [tradam] (mancipio dem), tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia tu eam quasi creditam accipias, constat [proprietaem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus].

Este texto profusamente interpolado, es considerado en la parte que hace a nuestro trabajo como genuino. Hupte, Lenel y Betti lo consideran así. Betti considera interpolados los trozos *non animadverto*, *cur...* y *nec impedimento... in fine*. Las palabras *traditur*, *traditio* y *tradam* deben reemplazarse por *mancipio datur*, *mancipatio* y *mancipio dem*, respectivamente. Monier cambia desde *proprietaem... in fine* por *donationem non esse*⁶.

Aquí Juliano insiste en la idea de la intencionalidad y aun emplea una frase propia como es *donandi gratia* cuyo sentido es evidentemente más subjetivista que *donandi causa* usado corrientemente.

De todo lo expuesto podemos concluir, uniéndonos en esta parte a la doctrina de Biondi, que la intencionalidad en la donación no es un patrimonio de los bizantinos sino que es un elemento conocido y aceptado en el derecho clásico, dada la claridad de los términos y giros usados por Juliano.

Gian Gualberto Archi concluye al respecto: De Juliano en adelante la *mens*, la *voluntas*, digamos puramente el *animus* del donante aparecen en los textos como elementos dinámicos que guían el análisis de los jurisconsultos en los casos más complejos de esta especie⁷.

⁶ *Index interpolationum* ad leg.

⁷ G. C. ARCHI (n. 3), p. 53.

Explicada la situación en la doctrina de los jurisconsultos cabe preguntarse en qué momento empezó a usarse la terminología de *animus donandi*. Nos referimos a su empleo, no como elemento típico de esta relación jurídica, sino como una expresión aclaratoria de la mente de los jurisconsultos que diera un énfasis especial al elemento intencional, aunque no fuera sino para esclarecer ideas y significar la manifestación de la intencionalidad. En tal sentido podemos decir que se equipara esta situación con expresiones semejantes como la usada en la novación al decir *animus novandi*, o en la compraventa al hablar de *animus vendendi* D. 24. 15. 5.

Puede realmente decirse que hubo un período en el cual la expresión sirvió para enfatizar el sentido de la *mens* sin que ello importara revestir la expresión del sentido que da precisamente a la donación su forma típica.

Así Pringsheim, que en su primer artículo fue tan concluyente, llegó posteriormente al convencimiento de que realmente hubo un lapso intermedio en que el sentido era explicatorio. Al efecto dice: Es muy posible que en tales casos el término *animus donandi* se usara ya en el período clásico para enfatizar el carácter de la transacción como donación⁸.

Se puede observar que las obras en que con más frecuencia se advierte el uso del *animus donandi* son las de Paulo y Ulpiano. Es verdad que corrientemente se habla de que sus textos están interpolados, pero, por la frecuencia de su uso, aun en lugares en que no cabe la interpolación, debemos concluir que ellos cristalizaron esta expresión con fines explicativos.

En otros términos podemos decir que los citados autores habían encontrado este giro, que permitía expresar el sentido de la *mens*, que vislumbró en su explicación Juliano sin haber logrado la expresión exacta para concretarla.

Paulo nos presenta un texto no acusado de interpolación en que se emplea una redacción intermedia. D 39. 5. 34 (5 *sentent.*).

Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam faeneraverit eamque filius stipulatus est, ipso jure perfectam donationem ambigi non potest.

En este texto aparece la intención de donar con una expresión parecida *nomine donationis animo* no como un requisito de la dona-

⁸ F. PRINGSHEIM, *Liberalitas*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano 1953) 1, p. 663.

ción sino como la expresión de la mente del autor en orden a desprenderse de algo en favor de otro.

Pero podemos además salir del ámbito de las simples conjeturas para entrar en el campo de los textos directos sobre la materia.

En los inicios del período post clásico existen constituciones imperiales en las cuales se emplea la expresión *animus donandi* en una época en que aún no se puede hablar de una decidida influencia bizantina.

Codex Gregorianus 3. 8. 2. Impp. Valerianus et Gallienus AA. Antonio Polito. Si domum cui meministi pater tuus, cum in potestate eius ageres, nomine tuo donandi animo comparavit, iure quidem non subsistere donationem scire debuisti: verum si in extremum fati diem pater eadem animi destinatione duravit, iudicium eius juxta formam constitutam esse servandum indubitati iuris est.

C. 5. 16. 16. Impp. Dioclecianus et Maximianus AA. Theodoro: Si filii tui emancipati matris hereditatem sibi adquisierunt, proba apud praesidem provinciae non donandi animo te nomine uxoris tuae praedia comparasse, sed nominis dumtaxat eius titulo usum per possessionem rerum a venditoribus tibi traditarum dominum esse effectum, ut comprehensa filiorum tuorum injuria proprietatis ius incolume perseveret. Nam si largiendi proposito id te fecisse constiterit, pecuniae tibi persecutio competit.

En ambos textos en que se trata de una venta con ánimo de donar a tercero, no nos preocupa la validez del contrato que es denegada, sino que sólo nos preocupa la genuinidad del texto en el sentido de que no se pueden considerar interpolados en la expresión *animus donandi*.

Ello nos permite concluir que en el período de los comienzos del bajo imperio, cuando aún el bizantinismo no tenía influencia en el derecho occidental, ya era usada la expresión de un modo preciso y claro.

De lo expuesto aparece fuera de duda, que la expresión y el sentido del término *animus donandi*, no correspondió inicialmente a una concepción querida a la dogmática jurídica que es la determinación de la voluntad como elemento constituyente y subjetivo de una institución tipificada.

Para llegar a este sentido fue necesario que se produjeran dos situaciones posteriores.

La primera dice relación con la tipificación de la donación en un contrato debido a la labor reformadora de Constantino que cambió todo el sistema de donaciones, abandonando la idea clásica de la donación causa de negocios jurídicos varios y su cristalización en una forma jurídica nueva, específica y contractual. *Donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus* C. T. 16. 5. 40. 4. *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum*. C. I. 1. 5. 17. pr.

La segunda guarda relación con la generalización del término *animus* para expresar la voluntad intencional que, según lo indica Pringsheim, es de origen bizantino y que bajo esta influencia se usa de un modo universal para indicar el elemento subjetivo que informa a los actos jurídicos típicos en especial los propios del derecho penal⁹.

De todo lo expuesto podemos concluir:

- a) Los jurisconsultos romanos clásicos conocieron y expresaron la intencionalidad propia de la donación.
- b) Esta intención no tuvo un lenguaje consagrado sino que se la expresó con términos varios como *mens*, *voluntas*, etc.
- c) Entre los jurisconsultos del período clásico tardío, en especial, probablemente Paulo y Ulpiano, se habría empezado a usar el *animus donandi* u otros equivalentes para expresar la voluntad en la donación como negocio atípico.
- d) Los bizantinos fueron, después de la reforma de Constantino, los que dieron al *animus donandi* un sentido dogmático para expresar la intencionalidad determinante en el contrato típico de donación.

⁹ F. PRINGSHEIM (n. 1), p. 274 n. 2.