

SOBRE EL EDICTO «DE CAPITE MINUTIS» (EP. § 41)*

ALVARO D'ORS
Universidad de Navarra

Tema siempre complejo, el de la *capitis deminutio*, empezando por esta misma expresión, sobre cuya explicación no voy a volver ahora (vid. mi DPR, 8ª ed., § 208). Lo que, sin embargo, parece claro es que, como todo lo concerniente a las personas, el planteamiento radical es, desde el punto de vista romano, el familiar. Esto resulta más evidente aún si tenemos en cuenta que esta rúbrica edictal de *capite minutis* -41 del orden leneliano, a la que corresponde el título 5 4 del Digesto- se refiere a las deudas contraídas por personas *sui iuris* que han perdido luego su capacidad jurídica por haber entrado bajo la *potestas* de alguien mediante un acto de adrogación o de *conventio in manum*. Sólo se trata aquí de estos casos de cambio familiar, y no de la pérdida de la *libertas-civitas*, de la llamada *capitis deminutio* "máxima" o "media". Así lo dicen expresamente, al comentar este edicto, tanto Ulpiano (D.4.5.2 pr.), como Paulo (D.4.5.7.2 y 3). Naturalmente no se podía tratar tampoco de las deudas contraídas por personas *sub potestate* y que luego se han hecho *sui iuris*, pues, para ese caso, el Edicto tenía prevista ya una acción pretoria especial, complementaria de la *actio de peculio*: la *actio annalis*.

Sabemos que, por el *ius civile*, las deudas anteriores a la *capitis deminutio* quedaban extinguidas, al intervenir ésta, como tales deudas civiles. No podían exigirse civilmente, ni del mismo deudor o deudora, que había dejado de ser *sui iuris*, ni del adquirente de la *potestas* o *manus* sobre ellos -el *adrogator* o el que podemos llamar, algo simplifcadamente, *coemptionator*-. Así nos lo dice expresamente Gayo (3.84 y 4.38 *desinit iure civili debere*). Es claro que esta extinción no podía afectar a las deudas contraídas por la adquisición de una herencia, pues tales deudas, incluyendo las de legado, eran ya inseparables de la personalidad de *heres* en la que el *adrogator* o *coemptionator* habían venido a suceder al *sui iuris* que había entrado bajo su potestad.

* En homenaje a mi querido colega Don Francisco Hernández-Tejero

Así, pues, se trata de la extinción civil de deudas a causa de la *capitis deminutio*. Pero el mismo Gayo (D.4.5.8) nos viene a decir, aunque de una manera algo confusa, que tales deudas civiles anteriores a la *capitis deminutio* subsisten como obligaciones naturales. Lo dice, en efecto, de una manera ambigua: *obligationes quae naturalem praestationem habere intelleguntur... non perire*. Casi pensaría uno que nuestro Gayo se refería a las acciones de buena fe, y que por ello aparece luego expresamente mencionada la *actio rei uxoriae* (bajo el nombre no-clásico de *de dote actio*), pero no me parece posible excluir los juicios de buena fe -también ellos *in ius*- de la extinción civil por *capitis deminutio*; por eso debemos pensar que, a pesar de lo oscuro de la redacción y de la quizá no-clásica mención de la acción dotal como ejemplo, lo que Gayo quiso decir es que las deudas civiles anteriores a la *capitis deminutio* subsistían como deudas "naturales". Con más claridad nos lo dice así Ulpiano (D.4.5.2.2): *ex his causis quae capitis deminutionem praecesserunt manent obligati naturaliter*. Este fragmento continúa con una disquisición absurda sobre las deudas contraídas "después", de las que es evidente que respondía el *adrogator* o *coemptionator* mediante la *actio de peculio* (o, en su caso, otra de las acciones adyecticias): esta disquisición es glosemática, indigna de Ulpiano pero también de los compiladores. Qué pudiera haber escrito Ulpiano en lugar de esa innecesaria referencia a las acciones adyecticias, no sabría yo conjeturarlo ahora.

Este régimen civil, aún con la subsistencia de las deudas como naturales, perjudicaba excesivamente a los acreedores; era inviable. Por eso, como en tantos otros casos, intervino el derecho pretorio con un expediente práctico, que fue, en este caso, una *in integrum restitutio*, es decir, con una acción "útil" en la que se disponía la ficción judicial de no haber habido *capitis deminutio rescissa capitis deminutione*. Observo, de paso, que no cabe pensar -tampoco lo piensa el mismo Kupisch- que se trate aquí de una restitución judicial, pero era una verdadera *in integrum restitutio*, a pesar de no figurar bajo la rúbrica general de *in integrum restitutionibus* (EP., § tit. X) -esto, a propósito de C. Furia, en SDHI 1987, p. 110 ss.

Este expediente pretorio de la ficción rescisoria sólo era aplicable, por cierto, a las deudas civiles -las de fórmula con *oportere*-, que eran las únicas que se extinguían por la *capitis deminutio*. En cambio, las deudas sancionadas por acciones *in factum* -que no eran propiamente *obligationes*- no se extinguían. Si eran de carácter penal, quedaban siempre bajo la posible sanción de la *actio noxalis*, que debía dirigirse ahora contra el que tenía la potestad sobre los que cometieron el delito, pues *noxam caput sequitur*, a pesar del cambio de personalidad. Si no eran penales, la acción *in factum* correspondiente podía dirigirse directamente contra el que tenía bajo potestad a ese deudor pretorio, puesto que era él quien podía disponer de lo reclamado, por ejemplo, el objeto pignorado o dado en comodato, pero también en otros casos, como el de la acción *ad exhibendum*, la *actio (in factum) ex interdicto*, etc. Esta exclusión de la ficción para las acciones *in factum* no es más, después de todo, que un caso del principio general de que la ficción presupone una fórmula básicamente *in ius concepta*, para lo que me remito al estudio de E. Valiño sobre acciones útiles.

Nuestro texto edictal se conserva literalmente citado por Ulpiano (D.4.5.2.1), con estas palabras:

Qui quaeve (los adrogados o las mujeres entradas bajo la *manus*), posteaquam quid cum his actum contractumve sit (deudas no-contractuales y propiamente contractuales), capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easque... (sobre el inciso omitido aquí trato a continuación) iudicium dabo.

Es decir, las deudas subsistían por derecho pretorio, y no sólo como deudas naturales. La acción debía darse contra el mismo que ahora era incapaz, como si continuara siendo *sui iuris*, puesto que se fingía, en la forma que indico a continuación, que no había habido *capitis deminutio*. Gayo, en los lugares citados y en 4.80, no permite dudar que la acción se da contra ellos (*in eos easque*), y no contra el que ahora los tenga bajo potestad.

El inciso que hemos omitido en nuestra transcripción reza así en el Digesto: *perinde quasi id factum non sit*. Ulpiano no pudo haberlo escrito, pero tampoco los compiladores. Aparte la incorrección gramatical de *sit* por *esset*, resulta que, tal como se lee, lo que parece fingido es que no hubo acto de obligación *-quid cum his actum contractumve sit-*: eso sería lo que se tendría *quasi id factum non esset*, cuando es evidente que lo que había que fingir era que no hubo *capitis deminutio*. Por eso conjeturo que Ulpiano, en lugar de la incorrecta frase [*perinde-sit*], habría escrito simplemente *<rescissa capitis deminutione>*; la frase eliminada se debería a algún post-clásico que, ignorante de las ficciones formularias de rescisión, se creyó en el deber de explicar tal ficción a su modo.

Así, pues, los acreedores *ex ante gesto* disponían de una acción ficticia contra sus deudores ahora incapaces. El problema está en que, efectivamente, estos demandados como deudores son ahora realmente *alieni iuris*, a pesar de la ficción, y carecen por ello de un patrimonio propio con que responder de tales deudas. Naturalmente, no hay que pensar en una ejecución personal por insolvencia, sino que, como nos dice Gayo en los lugares citados, aunque no se diga así expresamente en el texto edictal, cuando no aparecía quien defendiera al demandado, la misma ficción pretoria permitía separar los bienes aportados por el adrogado o la mujer entrada *sub manu*, con el fin de que los acreedores se cobraran con el precio de la venta de esos bienes: en realidad, un caso de *missio in bona* por *indefensio*; y precisamente sobre aquellos bienes que se fingía seguían siendo del demandado. No era esto nada excepcional, y por ello no me parece necesario suponer que el edicto se refería expresamente a esa *missio in bona*: si se fingía que no hubo *capitis deminutio* y por eso la acción se daba contra el que había contraído la deuda como si siguiera siendo *sui iuris*, se desprendía de esa misma ficción que su antiguo patrimonio seguía siendo suyo y quedaba por ello expuesto a la eventual *missio in bona* por *indefensio*; no era necesario aclarar en el Edicto esta lógica consecuencia de la ficción.

Una *missio* en los *bona* que habían sido del *capite minutus* también venía a darse (Paulo, D.4.5.7.2 y 3) cuando la *capitis deminutio* era "máxima": según

Juliano, se daba una *actio utilis* (que no parece aquí ficticia, sino *extra ordinem*), contra el dueño del hecho esclavo (que podría ser algunas veces el mismo Fisco), de suerte que si este dueño no se defendía *in solidum*, se diera la *missio in bona* en los bienes que habían pertenecido al ahora hecho esclavo (y que quizá podían hallarse, a veces, confiscados). Probablemente el mismo tipo de ejecución se daba en caso de *capitis deminutio* "media", cuando la acción, como dice Ulpiano (D.4.5.2 pr.), quien (como también Paulo) se refiere conjuntamente a los casos de *capitis deminutio* "máxima" y "media", para excluir de ellos la aplicación de nuestro edicto *de capite minutis*, se daba *in eos ad quos bona pervenerunt eorum* (es decir, de esos otros *capite minuti*), aunque Ulpiano no habla de la *missio in bona* en caso de indefensión. Pero esta otra *missio in bona* era especial, pues no se desprendía de una *in integrum restitutio*, y por eso la acción se daba contra aquellos que tuvieran los bienes, y no contra los mismos deudores que habían perdido la libertad-ciudadanía. No es imposible que, en este caso, el Edicto contuviera una cláusula aparte para este caso especial, sin excluir que se hubiese añadido a nuestro edicto *de capite minutis*, pero por separado del texto que conservamos, que, como decimos, se refería exclusivamente al caso del que dejó de ser *sui iuris* por *adrogatio* o *conventio in manum*. Sin embargo, quizá es probable que este régimen no fuera edictal, sino, como decimos, del *ius novum*, es decir, de procedimiento cognitorio.

En esos casos de *capitis deminutio* "máxima" o "media", hay que tener en cuenta que el magistrado contaba con el régimen de atribución de la *bonorum possessio* como cuadro dentro del que podía integrarse la *missio in bona* para satisfacer a los antiguos deudores, sin necesidad de dar una especial acción ficticia como la que daba para los casos de *adrogatio* y *conventio in manum*, aparte de que no debemos olvidar tampoco el eventual *postliminium* para el caso de cautiverio bélico.

En el caso de nuestro edicto, parece claro que cabía esperar que, pudiendo los deudores ser ellos mismos los demandados, en virtud de la rescisión de su *capitis deminutio*, su defensa procesal fuera asumida por el *adrogator* o *coemptionator* que los tenían bajo su potestad.

Sabemos, sin embargo, que existió, a este propósito, una discrepancia doctrinal entre Sabino y Casio, por un lado, y otros juristas, por otro, a la que se refiere expresa y claramente Ulpiano (D.15.1.42), en relación exclusiva a la hipótesis de *adrogación*, pero que probablemente podría extenderse al caso de la mujer entrada *sub manu*, matrimonio caído en desuso, por lo demás, en esa época.

Si era previsible que fueran los que ahora tenían bajo potestad a los deudores los que los defendieran *in solidum*, ello se debía a que la deuda podía ser inferior a los bienes aportados a su patrimonio por aquellos deudores, sobre los cuales bienes podía recaer la *missio in bona* en caso de *indefensio*, pues, si era superior, resultaba más ventajoso dejar que se diera la ejecución limitada a esos bienes.

Cabía pensar también en una limitación de la responsabilidad del *adrogante* al caudal del *peculio* que él hubiera concedido a su hijo *adrogado*, pero la

acción de *peculio*, por principio, no podía darse a causa de deudas anteriores a la adrogación, y por eso Sabino y Casio -se puede pensar que también otros juristas- excluían en este caso la legitimación pasiva del *adrogator* para la *actio de peculio* por tratarse de deudas *ex ante gesto*. En cambio, otros juristas (*quidam*) -no hay que pensar necesariamente en la escuela proculiana-, admitían que se diera contra el adrogante la *actio de peculio*, que podía extenderse a la *versio in rem* resultante del mismo negocio causa de la deuda reclamada, no, naturalmente, a todos los bienes adquiridos a causa de la adrogación. Esta acción podía suponer, eventualmente, cierta ventaja respecto a la condena *in solidum* o la *missio* sobre todos los antiguos bienes del adrogado. En todo caso, Ulpiano se adhiere a esta solución práctica, que rompía con el principio de excluir la *actio de peculio ex ante gesto*. Evidentemente, la rescisión pretoria no podía servir de base para tal innovación, y es claro que el Edicto codificado no hablaba en ella, sin duda por ser anterior a la innovación doctrinal contraria a la de Sabino y Casio.

Como he dicho, esos *quidam* a que se refiere Ulpiano, que acepta (*recte putant*) la innovación, no debían de ser Próculo y sus seguidores. Cabría pensar acaso que Juliano, por su propensión frecuente pero no constante, a seguir a Sabino, no hubiera querido introducir esa novedad -en el caso de ser proculiana o, en todo caso, anterior a la codificación del Edicto- en el nuevo texto edictal, pero esta hipótesis no me parece muy compatible con el hecho de que los juristas posteriores aceptaran aquella innovación. Por lo demás, el mismo Juliano (citado por Paulo D.4.5.7.2) parece haber sido el introductor de una acción contra el dueño del que había sufrido una *capitis deminutio* "máxima", y una *actio de peculio* contra el *adrogator* parecería entrar dentro de la misma dirección de dar una acción *ex ante gesto* contra aquel a quien habían ido a parar los bienes del *capite minutus*, aunque limitada, en este caso, al *peculio* o la *versio in rem*.

Hay además una dificultad para encajar esa *actio de peculio* dentro del sistema procesal ordinario, que no debemos soslayar.

Habría que pensar que el *adrogator* que prefiriera ser demandado por la *actio de peculio* en vez de defender él *in solidum* al adrogado o perder los bienes aportados por éste, dispusiera de un recurso para hacerse demandar *de peculio*; algo como una excepción que oponer él como defensor de su hijo adrogado; pero resulta difícil imaginar, en el procedimiento formulario, una excepción en interés del defensor y no de su defendido.

Por eso me inclino a suponer que esos *quidam* partidarios de la acción de *peculio* se la planteaban en términos de procedimiento cognitorio, como ya Juliano la *actio utilis* contra el dueño del que se hizo esclavo; es decir, una acción posterior a la codificación del Edicto.

Se habría impuesto así, todavía en la última época clásica, cuando el *ius novum* se abre paso ya por las vías del procedimiento cognitorio, una acción contra el *adrogator* por las deudas anteriores del hijo adrogado, que sería en la medida del *peculio* o la *versio in rem*, pero ante la cual, siguiendo el régimen anterior, podía el demandado por una deuda anterior de su hijo adrogado, no aceptar la acción, dejando a los acreedores la totalidad de los bienes aportados por el hijo adrogado. Es más explicable también que, en este planteamiento de

una *actio utilis cognitoria* (y no ficticia como la del Edicto), se superara el principio clásico de que la *actio de peculio* no se pudiera dar *ex ante gesto*.

Este régimen es el que parece recogido en las Instituciones de Justiniano (3.10.3):

...ipso quidem iure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona quae eius cum usufructu futura fuissent si se alieno iuri non subiecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.

Y no debe sorprender que, aunque los Basilicos aquí (18.5.42), como en general, reflejen el tenor del Digesto, un escolio de Cirilo (sch.1) diga simplemente que el *adrogator* se obliga *de peculio*. Con la expresión *nomine filii convenietur* no se aludía ya a la antigua acción rescisoria, que se dirigía contra el adrogado, sino a la *actio de peculio*, como bien entendió Cirilo.

Resumiendo: para superar la extinción civil de las deudas del *capite minutus*, el pretor había dado una acción ficticia, *rescissa capitis deminutione*, contra los que habían dejado realmente de ser *sui iuris*, pero con la posibilidad de una *missio in bona* sobre los bienes aportados por el adrogado cuando su padre por adrogación prefería perder esos bienes a pagar, como defensor, la deuda *in solidum*; y lo mismo respecto a la mujer *sui iuris* que entraba bajo la *manus maritalis*, aunque este segundo supuesto carecía ya de interés en el siglo II d. C. Este régimen se mantuvo hasta la codificación del Edicto. Poco después, quizá por obra del mismo Juliano, se sustituyó la acción ficticia contra el hijo adrogado por una acción cognitoria *de peculio* contra su nuevo padre, pero siempre con la posibilidad de exonerarse de esa responsabilidad limitada mediante cesión, a los acreedores, del antiguo patrimonio del hijo adrogado.

Que esta nueva acción de *peculio* no es una invención justinianea, sino que procede de un momento anterior, quizá, como se dijo, ya incluso del siglo II d. C., pero posterior a la codificación del Edicto, parece desprenderse de la consideración de que, en un momento en que se reconoce ya la capacidad jurídica y procesal de los hijos de familia, hubiera resultado contradictorio suprimir la acción que contra ellos daba el antiguo Edicto pretorio para volver a un régimen más ajustado a la idea de incapacidad de los hijos como es el de dar la acción contra su padre.