

EDITORIAL

La investigación jurídica esta ligada al texto

Dice Gayo en Iust. 3,198: “Y si alguien sustrae una cosa ajena, creyendo que lo hace contra la voluntad del dueño, se dice que no se comete hurto si permite el dueño que se haga. Por ello, en el caso de que Ticio pidiera a mi esclavo que me robara ciertas cosas y se las llevara a él, y el esclavo me lo dijera, y yo, para sorprender a Ticio en el propio delito, permitiera al esclavo llevar a Ticio algunas cosas, se cuestionó si Ticio está obligado a mí por la acción de hurto o por la de corrupción de esclavo, o por ninguna de las dos. La respuesta fue que no estaba vinculado por ninguna de las dos acciones: por la de hurto, porque no había manejado las cosas contra mi voluntad, y por la de corrupción de esclavo, porque el esclavo no resultó corrompido”.

Por esta respuesta, que Gayo nos transmite sin dar el nombre de su autor, sabemos o confirmamos, por ejemplo, que no son suficientes ni el manejo (*contrectatio*) ni el dolo para que se cometa hurto, sino que además debe existir una efectiva lesión patrimonial recaída sobre la víctima, y por eso no hay hurto cuando creyendo robarte, te sustraigo algo que tú permites que te sustraiga. Gayo, en verdad, nos relata la historia de una astuta trampa tendida al aspirante a ladrón: Ticio tienta al esclavo Sticho para que me robe algunas cosas –por ejemplo una joya– y el esclavo, en honradísimo acto de fidelidad, me revela los planes de Ticio; entonces yo preparo la trampa, e instruyo al esclavo para que lleve la joya a Ticio, como si lo hiciera a hurtadillas, a fin de sorprender yo a este en su delito. Y la respuesta es terminante: como el manejo se cumplió con mi consentimiento, no he sufrido perjuicio, y en consecuencia no existe hurto por muy dolosa que haya sido la acción de Ticio; o dicho de otro modo, no basta el dolo de Ticio para que el acto sea injusto, sino que debe concurrir, además, el resultado objetivo del daño.

La misma idea aparece desarrollada a propósito del llamado *fraus creditorum*, donde la expresión “fraude” indica el daño económico efectivo infligido a los acreedores, más que la malicia de un deudor ejecutado. Es verdad que esta palabra, empleada a propósito de la *lex Aquilia*, aquel plebiscito del 286 a. C. que tipificó el delito civil de daño, acabó en el marco de ese específico campo, siendo interpretada por la jurisprudencia en el sentido de negligencia –entendida y objetivada como la falta de diligencia del buen padre de familia– pero aplicada a otras materias conserva su significado primitivo más amplio, y así sucede con el interdicto “fraudatorio” (antecedente de nuestra acción pauliana), que para dirigirlo contra el tercero que adquirió bienes del ejecutado durante la insolvencia de este, se debe esperar a que haya sobrevenido el *eventus damni*, es decir, el momento a partir del cual existe certeza de que el acto de enajenación ha perjudicado a los acreedores, ya que el perjuicio solo será “eventual” –incierto– mientras no se sepa cuán amplio resultará el compromiso que adquiera con los acreedores la persona que remate el patrimonio del ejecutado (*bonorum emptor*). Si una persona –digamos Marco–, quien después resulta ejecutada como insolente, me transfiere un bien, el eventual perjuicio para los acreedores no se hará actual hasta que, como consecuencia de la ejecución, se venda el patrimonio de Marco y el *bonorum emptor* se comprometa a cubrir un porcentaje menor que el cien por ciento en las deudas: hasta entonces, no se sabrá si la enajenación ha producido daño y, por tanto, no procede el interdicto fraudatorio, no hay todavía *fraus*. Obsérvese, por lo demás, que cumplido el *eventus damni*, el recurso no

procede contra el *fraudator* –el insolvente Marco–, sino contra un tercero adquirente que hasta acaso consintió generosamente en una compra a fin de aliviar la iliquidez de Marco. Al tercero no se le exige un estado de mala conciencia (dolo), sino de ciencia (*scientia*), cuando la adquisición ha sido onerosa. Los modernos han tratado de reconducir este requisito de la acción pauliana al dolo del adquirente, y dicen que la mala conciencia se ha de probar cuando la adquisición es onerosa y se presume cuando es lucrativa, pero el punto de vista de los juristas romanos es bien diverso.

El texto, indudablemente, es notable por su claridad lógica, sencillez y pureza jurisprudencial, y consigna una solución que sería válida para cualquier tiempo y lugar: nos ha sugerido cuantas consideraciones apuntamos más arriba sobre los alcances del dolo en el derecho romano, pero lo traemos a colación sobre todo con el propósito de mostrar que la investigación jurídica está necesariamente ligada al texto. Sin duda, puede ser más o menos importante, según los casos, conocer el ambiente cultural, social o hasta económico donde se produce el texto, en particular la época y la personalidad del autor, pero sin análisis textual, no hay investigación jurídica, pues el conocimiento del Derecho consiste en *verba*, no en *facta*, y hasta en los expedientes judiciales se separan las cuestiones de hecho y las de derecho. No hace mucho, en esta misma *Revista*, comentábamos una opinión de Grand, según la cual se derivan dos errores al separar el estudio del derecho de los fenómenos sociales y económicos: en primer lugar, el considerar que las instituciones jurídicas son una creación arbitraria de los jurisconsultos, y en segundo, el darles carácter de permanencia e inmutabilidad. Ciertamente, estos dos errores se pueden derivar de tal actitud literaria y depuradora, cuando el estudioso no tiene en cuenta que, por muy libre que sea la creación jurisprudencial, está sometida a los principios de racionalidad propios de toda obra del intelecto humano, y que, además, aparte de los factores internos de evolución homogénea, las instituciones indudablemente sufren el impacto de las concepciones en boga y de las circunstancias externas, como cualquier creación del hombre. Pero –decíamos en esa ocasión– estudiar e investigar conjuntamente derecho, economía y sociedad, además de abocar a errores, es un error en sí mismo.

Nadie puede poner en duda que, más allá de su contenido lógico, el Derecho está enlazado en su creación y evolución con la compleja realidad de las condiciones religiosas, culturales, políticas, económicas donde se desenvuelve, pero estas no influyen de una manera científicamente causal, sino que el peso correlativo de cada influjo varía de una manera que no permite explicar cómo y en qué medida tales factores metajurídicos de influencia se plasman en soluciones de derecho.

El texto de Gayo que encabeza este artículo editorial, como decíamos, configura el alcance del dolo y ofrece una solución jurídica para el problema de que trata: no es el caso de todos, pero su análisis no requiere ninguna consideración que vaya más allá de los límites de la ciencia del Derecho, sino la sola comprensión del peculiar estilo jurisprudencial y su modo de afrontar estas dificultades, a partir de un caso concreto y a través de la proposición de medios y recursos procesales: una conclusión prudencial dentro de un sistema de acciones típicas. Por lo demás, junto con negar la acción de hurto contra el conspirador doloso, el anónimo jurista citado por Gayo niega también la acción de daño por corrupción de esclavo, porque a pesar de las tentaciones de Ticio, el esclavo no resultó corrompido, sino que permaneció leal al amo. Un penalista moderno podrá acaso observar que la respuesta no tiene en cuenta el problema del *iter criminis*, pero en el texto romano se trata de un delito privado perseguido por acciones –no de un crimen público perseguido por *quaestio*– y cuyo castigo es simplemente una pena pecuniaria en favor de la víctima.