

# *Donatio et instrumentum*

por Ana Aléman MONTERREAL

(Universidad de Almería)

La donación es, sin duda, una figura jurídica controvertida; ha presentado dificultades el establecimiento del concepto mismo de donación, al igual que los elementos que la constituyen, por no decir de la rica problemática que presenta su naturaleza jurídica<sup>(1)</sup>. No obstante, no pretendemos en esta comunicación

---

1) El concepto de *donatio* aparece en la noción que da Juliano en D.39,5,1pr. Sobre la donación, véase: ASCOLI, "Concetto di donazione", *SDHI* 14 (1893), 245 ss.; PEROZZI, "Intorno alla donazione", *AG* 58 (1897), 313 ss.; MANENTI, "Del concetto di donazione" *RDC* 3 (1911), 328 ss.; STOCK, *Zum Begriff der donatio*, Leipzig, 1932; STOLFI, *Sul concetto di donazione*, Milano, 1935; ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano, 1935; DE ROBERTIS, "Il concetto di donazione nel diritto romano", *Annali Bari* 2 (1940), 71 ss.; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, trad. española FAIRÉN, Milano, 1960, pp. 643 ss.; "Il concetto di donazione", *Scritti Ferrini* 1 (Milano, 1947), 102 ss.; "Donazione", *NNDI* 6 (1968), 224 ss.; BALBI, *Saggio sulla donazione*, Torino, 1942; LÉVY, "Essai sur la promesse de donation en droit romain", *RIDA* 3 (1949), 91 ss.; ARCHI, "L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica", *RIDA* 5 (1958), 391 ss.; *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960; v. "Donazione" (diritto romano) *ED* 13 (1964), 930 ss.; "Donare e negotium gerere", *Studi Volterra* 1 (1971), 669 ss.; CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960; GARCÍA GARRIDO, "Observaciones sobre el origen y estructura de la donación romana. (A propósito de dos libros recientes)", *AHDE* 30 (1960), 737 ss.; TALAMANCA, "Donazione possessoria e donazione traslativa", *BIDR* 64 (1961), 249 ss.; DUPONT, "Les donations dans les constitutions de Constantin", *RIDA* 9 (1962), 291 ss.; PALMA, "Donazione e vendita advocata vicinitate nella legislazione costantiniana", *INDEX* 20 (1992), 477 ss.

dar respuesta a ninguno de estos grandes interrogantes, sino que, por el contrario, y centrándonos en el tema de estas sesiones, nuestro trabajo ha consistido en un estudio sobre las distintas funciones y significados que el *instrumentum* desempeña sobre la donación. Para ello, hemos distinguido diversos períodos históricos que consideramos decisivos en la evolución jurídico romana de esta institución, analizando, en cada uno de ellos, el diferente valor e importancia que el *instrumentum* profesa sobre la *donatio*.

I. Comencemos, pues, por el primer período: del Derecho arcaico al Derecho clásico. Durante este largo período, la donación se nos presenta como causa de un variado número de actos productores de efectos jurídicos que se refieren a la esfera patrimonial. De estos actos cada uno tenía su propio régimen y sus efectos jurídicos. En el derecho romano de esta época no existía un negocio típico de donación, y no nacía acción de dicha relación, sino que existía una *causa donationis* protegida por la acción propia del negocio jurídico del que se había servido el donante para realizar la atribución gratuita; en consecuencia, el negocio jurídico utilizado dependía del objeto de la *donatio*: *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio* para transmitir la propiedad;

*stipulatio* para atribuir un derecho de crédito; y, *acceptilatio* para condonar una deuda (2).

Ante esta concepción de la *donatio*, nos preguntamos ¿es posible establecer alguna relación entre donación e *instrumentum*, y si así fuere, que función desempeñaría este último sobre aquélla?. En principio, y en referencia al ámbito del derecho más antiguo no existe motivo alguno que nos induzca a afirmar la más mínima conexión entre la donación y el documento, lo que se debe, sin duda, a que en esta época del derecho romano no era usual el empleo de la escritura para documentar negocios jurídicos. Si bien, a partir de la época republicana observamos cómo el uso de la escritura comienza a manifestarse, atestiguándose una difusión cada vez mayor a finales de este período y principios del principado (3).

---

2) En este largo período, hemos de diferenciar dos etapas. Una primera -derecho arcaico- en donde observamos la falta de una elaboración conceptual de la donación; no obstante, las referencias de los fragmentos jurisprudenciales clásicos nos permite afirmar que asistimos a una donación real. Véase ARCHI, *La Donazione cit.*, pp. 9 ss.; "Donazione" *cit.*, 13 (1964) pp. 931 ss.; y, BIONDI, "Il concetto" *cit.*, pp. 107 ss. Una segunda etapa englobaría el derecho preclásico y clásico, y viene marcada por la *lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a.C.; la doctrina parece estar de acuerdo en que con esta ley se inicia la delimitación conceptual de la *donatio*. Sobre la donación de esta época: BIONDI, *Successione cit.*, pp. 653-655; ARCHI, *La donazione cit.*, pp. 21 ss.; ASCOLI, "Sulla lex Cincia", *BIDR* 6 (1893), pp. 173 ss.; GAROFALO, "La Lex Cincia", *BIDR* 15 (1893), pp. 310 ss.; BUSSY, "La donazione nel suo svolgimento storico", *Cristianesimo e diritto romano* (Napoli 1935), pp. 171 ss.; ASCOLI, "Donazione" *cit.*, pp. 188 ss.; "Lex Cincia de donis et muneribus", *NDI* 17 (1938), p. 834; KRÜGER, "Die unmässige Schenkung", *ZSS* 60 (1940), pp. 80 ss.; BIONDI, "Il concetto" *cit.*, pp. 110 ss.; *Successione cit.*, pp. 649 ss.; DÉNOYEZ, "Les donations", *cit.*, pp. 146 ss.; ARCHI, "Donazione" *cit.*, p. 932.

3) Para KASER, *Derecho romano privado*, trad. española SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1982, p. 46; *Das römische Privatrecht I*, München, 1971, p. 179 y 230 ss., el uso de la escritura en el mundo romano fue debido a influencias greco-helenísticas. AMELOTI, "Negocio, documento y notario en la evolución del derecho del romano", *Scritti Giuridici* (Torino, 1996), p. 151, lo atribuye a la transformación económico social que se produce en tiempos de la república; "la sociedad ha cambiado, por lo que el testimonio de los *quirites* que era adecuado para una sociedad primitiva ya no lo es para una sociedad como la ciceroniana, en donde a parte de la corrupción eran tantos los negocios celebrados que confiar en la memoria resultaba peligroso". Por otra parte, señala que la difusión de esta práctica queda suficientemente atestiguada por las noticias de Cicerón y las tablillas pompeyanas y erculanas. Sobre el tema: ARANGIO-RUIZ, *Studi epigrafici y papirologici*, Napoli, 1974; TALAMANCA, *Documento e documentazione* (diritto romano) *ED* 13 (1964),

En efecto, el mundo oriental atribuía un importante papel a la escritura, ya que mediante la escritura se constituía el negocio; y, observamos cómo en la época del principado, las provincias orientales se encuentran ampliamente influenciadas por los modelos greco-helenísticos, por lo que era permeable un cierto empleo y una paulatina difusión de la escritura en todo el Imperio. Y, en este sentido, ha sostenido AMELOTI, la coexistencia de dos mundos: por un lado, el mundo occidental típicamente romano en donde la escritura cada vez es más difundida, si bien con una función meramente probatoria; y por otro, el oriental que siempre ha conocido la escritura con un valor constitutivo (4).

Una vez admitido el uso de la escritura, hemos de distinguir entre la observancia de la forma escrita como esencial para la validez del negocio, de aquella otra que sólo viene a constituir un medio de prueba de su celebración; nos referimos, respec

---

p. 548; SEGRÈ, "Note sulla forma del documento greco-romano", *BIDR* (1927), pp. 69 ss..

4) AMELOTI, "Negocio, documento" *cit.*, p. 155.

tivamente, al documento constitutivo y al documento probatorio. En el primer caso el documento es necesario para la validez del negocio; mientras que en el segundo, el documento no es más que un medio de prueba de la existencia de dicho negocio.

La doctrina es unánime en afirmar que durante la época clásica el derecho romano sólo le atribuye al documento una función probatoria, salvo algunas excepciones en las que asume una función constitutiva, nos referimos, al contrato literal de la *expensilatio*, al testamento pretorio y a la fórmula procesal civil<sup>(5)</sup>. Por lo que, creemos, que la redacción de un documento como medio de prueba de haberse concluido una *donatio* no debió ser una práctica frecuente, puesto que los negocios jurídicos que son utilizados para la atribución gratuita constituyen la prueba más idónea de su realización.

Por otra parte, hemos de señalar que el documento no ocupa precisamente un lugar destacado entre los medios de prueba utilizables en el procedimiento civil de este período. En efecto, en el procedimiento de *legis actiones*, el medio de prueba más importante del litigio y puede decirse quizá que el único es el testimonio oral de los testigos. Y, en el procedimiento formulario continuaron siendo el medio de prueba más importante, y sólo en la época clásica tardía se admitieron testimonios prestados extrajudicialmenteo incluso trasladados a documentos, aunque

---

5) KASER, *Derecho Romano cit.*, p. 47; TALAMANCA, "Documentazione" *cit.*, pp. 555 ss.; ARANGIO-RUIZ, "Documenti probatori e dispositivi in diritto romano", *Acta academiae universalis iurisprudentiae comparatae* 3 (Roma 1953) pp. 353 ss.; AMELOTTI, "Genesi del documento e prassi negozial", *Scritti Giuridici* (Torino 1996), pp.163 ss..

posiblemente nunca tuvieron un excesivo valor probatorio. La prueba documental ocupó, al menos en el proceso romano clásico un papel muy secundario (6).

En puridad, sostenemos que hasta el período clásico el *instrumentum* no debió desempeñar función de interés sobre la donación. En primer lugar, porque no era práctica usual en Roma el uso de la escritura para documentar negocios jurídicos privados; en segundo lugar, porque, cuando esta práctica es recibida por el mundo negocial romano, sólo se admite con valor probatorio, pero la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio*, la *stipulatio* y la *acceptilatio* constituían los negocios jurídicos más típicos de los romanos y los mejores medios de prueba de haber concluido dicho negocio, por lo que carece de sentido la redacción de un documento para cumplir una función probatoria que ya estaba suficientemente acreditada por el negocio realizado; y en tercer lugar, con mención al ámbito procesal porque el documento no ocupó un lugar destacado entre los medios de prueba, siendo la testifical el único medio de prueba en el

---

6) En principio sólo se admitió el documento de naturaleza privada, posteriormente, en pleno siglo III se comienza a utilizar el documento público. Probablemente, el uso del documento como medio de prueba comenzó en las provincias; en este sentido, MURGA, *Derecho Romano Clásico. II El Proceso*, Zaragoza, 1983 p. 317 destaca la influencia de las provincias orientales -en donde el documento jugó siempre un papel primordial- en la praxis contractual romana. Sobre la prueba en el procedimiento de *legis actiones*: MURGA, *Derecho Romano cit.*, pp. 140 ss.; LEVY, "La formation de la théorie romaine des preuves", *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), pp. 418 ss.. Sobre la prueba en el procedimiento formulario : BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico y classico*, Torino, 1968; MURGA, *Derecho Romano cit.*, pp. 316 ss., y la bibliografía que allí se cita.

procedimiento de *legis actiones* y el más importante en el procedimiento *per formulam*.

II.- Período postclásico. Un período decisivo en la historia de la donación viene determinado por una constitución del emperador Constantino del 323 recogida en *Fragmenta Vaticana* 249 y reproducida en parte en C.Th. 8,12,1 y en el de Justiniano C.8,54,25, que supone la abolición de la *lex Cincia* y un cambio en el sistema clásico de la *exceptio* y de la *donatio perfecta* (7). La donación ha dejado de ser causa de un variado número de actos jurídicos para convertirse en un negocio típico; negocio que viene sujeto a un determinado régimen formal (8).

---

7) La *lex Cincia* concedía la *exceptio legis Cinciae* fundada en la prohibición de la ley a favor del donante contra la pretensión del donatario dirigida a la ejecución de la donación. En efecto, como el negocio utilizado -*mancipatio* o *in iure cessio*, *stipulatio*, *acceptilatio*- para la atribución gratuita producía efectos *iure civile*, el donatario podía actuar contra el donante, por lo que la ley concedía al donante la posibilidad de rechazar la acción oponiendo la *exceptio*; de lo que se deduce que sólo cuando se hubiese producido la transferencia de la posesión o el cumplimiento de la prestación es cuando la donación se mantiene firme, creándose, de este modo, la distinción entre *donatioperfecta* e *imperfecta*. Sobre el concepto de *donatioperfecta* y los distintos posicionamientos al respecto, véase: MITTEIS, *Römisches Privatrecht cit.*, pp. 160 ss.; VOLTERRA, *Istituzioni cit.*, p. 804 ; BIONDI, "Il concetto" *cit.*, pp. 112 ss.; *Successione cit.*, pp. 655 ss.; Archi, *La donazione cit.*, pp. 167 ss.; "Donazione" *cit.*, pp. 940 ss.; ARU, "Studi sul negotium imperfectum", *AG* 124 (1941), pp. 3 ss..

8) Sobre la reforma Constantiniense de la donación: BIONDI, *Successione cit.*, pp. 660 ss.; DUPONT, *Les donations cit.*, pp. 293 ss.; SEECK, "Die Zeitfolge der Gesetze Constantins", *ZSS* 10 (1889), pp. 177 ss.; LEVY, *West Roman vulgar law, the Law of Property*, Philadelphia, 1951, pp. 137 ss.; *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, pp. 235 ss.; "Essai sur la promesse de donation en droit Romain", *RIDA* 2 (1949), pp. 91 ss.; KASER, *Das römische cit.*, pp. 288 ss.; ARCHI, "L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica", *RIDA* 5 (1958), pp. 25 ss.; ARCHI, *La donazione cit.*, pp. 225 ss.; "Donazione" *cit.*, pp. 947 ss.; VOGLI, "Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano", *IURA* 38 (1987), pp. 72 ss.; PALMA, "Donazione", *cit.*, pp. 477 ss.. Según ARCHI, *La donazione cit.*, pp. 236 ss.; "Donazione" *cit.*, p. 949, la principal consecuencia de este nuevo régimen es que la donación se ha convertido en un negocio típico -donación real-, caracterizado por la singularidad de la forma; la donación es un contrato e implica siempre la transferencia de la propiedad. Véase PALMA, "Donazione" *cit.*, p. 484.

Ante esta nueva concepción de la *donatio*, nos preguntamos ¿qué función desempeña el *instrumentum* exigido por Constantino, estamos ante un medio de prueba de la realización de la donación, o quizás, ante un elemento necesario para su constitución?.

En primer lugar, hemos de referirnos a la posición que el derecho postclásico presenta respecto al *instrumentum*. Por un lado, tengamos presente el desplazamiento político del Imperio hacia los esquemas culturales de origen oriental frente a los propios de la cultura latina; desde el siglo IV se inicia un proceso de orientalización de la cultura jurídica. Por otro, observamos como existe ya una práctica generalizada a consignar en un documento todo negocio jurídico de importancia.

Así, comienza a generalizarse la práctica de que extiendan los documentos ciertos profesionales o escribanos (*tabelliones*). E igualmente, si bien con mayor fuerza probatoria, encontramos documentos otorgados con la cooperación de un funcionario; bien, que la declaración de las partes intervinientes en un negocio sea hecha ante un funcionario y luego protocolizada en la

correspondiente oficina, bien, que las partes soliciten inscribir en el registro un documento privado o extendido por un *tabellio*. En este sentido, ha sostenido TALAMANCA como hacia el siglo IV el *instrumentum* comienza a modificarse profundamente, ya que el documento romano hasta finales del principado era exclusivamente privado, siendo la intervención de expertos en materia documental poco difundida y sin afectar al carácter privado del acto documental; mientras que en la época postclásica asistimos a una amplia difusión del documento negocial público, a la vez que el *documentum tabellionicum* asume una posición intermedia entre el privado y el público (9).

Paralelamente, constatamos cómo en el ámbito del procedimiento civil existe una indiscutible preferencia por la prueba documental, destacándose como categoría especial y privilegiada los documentos de naturaleza pública (10).

Pero, véamos los *Fragmenta Vaticana* 249. Según la citada constitución la donación ha de ser efectuada con la redacción escrita, *quae scripta sunt* (249,5 y 6), fragmentos que, además, especifican detenidamente el contenido que ha de tener el

---

9) TALAMANCA, "Documentazione" *cit.*, p. 552. AMELOTTI, "Dall'epoca postclassica all'età giustiniana", *Scritti Giuridici* (Torino, 1996), p. 185.

10) MURGA, *Derecho Romano cit.*, p. 382, la preferencia por la prueba documental viene justificada por la influencia oriental que sufre todo el ordenamiento jurídico y por la desconfianza creciente hacia el testimonio oral. KASER, *Derecho Privado cit.*, p. 48, sostiene que los documentos son más fehacientes que los testigos y demás medios de prueba, destacando la fuerza probatoria de los documentos extendidos por *tabelliones (instrumenta publice confecta)*.

documento<sup>(11)</sup>; a continuación, se requiere la *traditio advocata vicinitate* (249,6), cuando dice: *ac tum corporalis traditio... ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitatis omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conuento plurimorum celebretur*; y por último, la *insinuatio* (249,7): *Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius au scientiam capiat aut dissimulationem tegat.*

Sólo con leer los textos señalados se evidencia la finalidad probatoria de los requisitos mencionados, además, éstos vienen considerados, en esta época del derecho, entre los medios de prueba con mayor valor probatorio, y, en el caso que nos ocupa, establecidos con una clara e indiscutible pretensión, cual es, determinar el momento de la *perfectio donationis*. Afirmamos, pues, una innegable función probatoria que el *instrumentum* desempeña sobre la donación. Pero, ¿asume también una función constitutiva? <sup>(12)</sup>.

---

11) *Fragm. Vat.* 249,5: *Post in iisdem conscribendis praecipue nomen donatoris, ius ac rem notans proscribant. Tum utrumque iure compleatur neque id occulto aut per imperitos aut priuatim ; his enim rebus saepe clandestina fraus et quae facta sunt infecta et inducta quae scripta sunt simulans aliisque ac dehinc aliis largiendi atque donando ac saepe uenum dando, multos habendi spe allectos concurrere in expugnanda sibi proprietate impulit. Fragn. Vat. 249,6 : Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, uel ab ipso uel ab eo quem fors sumministrauerit scientibus plurimus perscribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint...*

12) La mayoría de la doctrina opina que los requisitos mencionados en los *Fragmenta Vaticana* 249 constituyen requisitos esenciales de la donación en tiempos de Constantino, aunque dicha afirmación no está absolutamente exenta de dudas, dado el carácter inseguro y lleno de lagunas del texto mencionado, al respecto: BIONDI, *Successione cit.*, pp. 685 ss.; LEVY, *West Romaw cit.*, pp. 138 ss.; ARCHI, *La donazione cit.* p. 79; MURGA, "Los negocios *pietatis causa* en las constituciones imperiales" *AHDE* 37 (1967), pp. 275 ss.. Cf.: C.Th.8,12,6; C.Th.3,5,1; C.Th.8,12,7; C.Th.5,14,9; C.Th.3,5,8.

En primer lugar, hemos de señalar que de la constitución resulta claro el intento del emperador por crear formas típicas y propias para la donación. Es más, si leemos detenidamente los *Fragmenta Vaticana* 249,2 parece desprenderse que sólo podrá donarse eficazmente si se cumplen las formalidades establecidas<sup>(13)</sup>. Esta rigidez viene justificada, como el mismo Constantino expone, por el intento de evitar los graves inconvenientes que en el sistema anterior suscitaba el momento de la *perfectio donationis*, lo que se infiere de los *Fragmenta Vaticana* 249,1<sup>(14)</sup>.

De modo que, Constantino pretende acabar con las incertidumbres e inseguridades del sistema precedente, y determinar de forma inequívoca el momento en que se produce la transmisión definitiva e irrevocable de la propiedad del donante al

---

13) *Tempestiua dehinc communium donationum cura successit; absolutis enim illis, quae ideo prima sunt, quoniam sunt religione potiora, circumacto animo ad universum donationum genus conspeximus omnes earum species signis ac nominibus inprimendas, ut in hominum contractibus differentiam sui nuncupationem proprietate secernat.*

14) *Multas saepe natas ex donatione causas cognouimos, in quibus vel adumbrata pro expressis uel inchoata pro perfectis uel plurima pro omnibus controuersiam faciant, cum agentium uisa pro ingenio ac facultate dicendi aut perfecta deformarent aut inchoata perficerent. Inde ius anceps ac pro dicentium impulso uacillante sententia non parum decreta differebant, Maxime karissime ac iucundissime nobis. Hinc enim nuper exceptis personis dicta lex est, in quibus summum ius et uoluntas omni libera sollempnitate, modo perfecta ortus suos praesenti munere opulentat.*

donatario. Para ello establece un nuevo régimen al que debe ser sometida la donación, y que consiste principalmente en el cumplimiento de una serie de formalidades que quedan taxativamente determinadas: redacción escrita, *traditio* e *insinuatio*. Formalidades que, en principio, parecen necesarias para la validez de la donación.

En efecto, el fragmento 10 de la constitución, a pesar de las dudas que ha suscitado, creemos, siguiendo el parecer de BIONDI (15), que ha de ser interpretado en el sentido de que el juez deberá de negar eficacia a las donaciones que hayan sido concluidas sin las formalidades legales, lo que supone la nulidad de la donación ante la ausencia de alguno de los requisitos señalados *...sed ea alienatione, quae publice non sit testata, in donationibus uiuorum reiecta uel superhabita solam eam probamus, quae celebrata uniuersis studiis recte regulas supra propositas sequatur*, es decir, sólo se admite aquella donación que sigue rectamente la reglas establecidas.

En consecuencia, afirmamos, que los requisitos mencionados son necesarios para la validez de la donación, y que su incumplimiento provoca la nulidad de la misma. Por tanto, el *instrumentum* viene a desempeñar una función constitutiva sobre la donación (16).

---

15) BIONDI, *Successione cit.*, p. 698 n. 34.

16) Esta función constitutiva del *instrumentum*, que era prácticamente desconocida en el derecho romano clásico, comienza a difundirse ya desde el inicio del derecho postclásico. TALAMANCA, "Documentazione" *cit.*, pp. 155 ss.; AMELOTTI, "Dall'epoca postclassica" *cit.*, pp. 183 ss.

Ahora bien, si la doctrina tradicional ha venido distinguiendo entre la función probatoria y la función constitutiva del documento, la civilística ha matizado esta bipartición tajante y ha establecido una serie de categorías intermedias. Así, se distingue entre el documento como presupuesto de la existencia del contrato, como presupuesto de su eficacia, como acto de oponibilidad frente a terceros, como acto de fijación y reproducción del contrato, o como medio de prueba. Igualmente, se habla del valor constitutivo, del valor integrativo, del valor probatorio, y del valor de publicidad como distintas funciones del *instrumentum* (17).

Esta nueva orientación doctrinal, nos ha llevado a cuestionarnos si el documento desempeña una función constitutiva, o quizás, estemos ante una función integrativa. Se dice que en el primero la forma es la que da lugar al negocio, sin ella no hay negocio y basta la forma para que el negocio exista, sin necesidad de otro requisito "*forma dat esse rei*"; sin embargo, en el segundo, la forma se exige junto a otros requisitos

---

17) Respecto a la primera categoría señalada, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid 1993, pp. 254 ss.; en cuanto a la segunda, DE CASTRO, *El negocio jurídico cit.*, pp. 277 ss. Véase, además: TALAMANCA, "*Documentazione*" *cit.*, p. 555 n. 60; Roca SASTRE, *La forma en el negocio jurídico, Estudios de Derecho Privado I* (Barcelona, 1948), pp. 85 ss.; Gonzalez PALOMINO, *Negocio jurídico y documento*, Valencia, 1951; ALBALADEJO, *La forma y la interpretación del negocio jurídico*, Oviedo, 1958; Cano MARTÍNEZ DE VELASCO, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Madrid 1990; Gublieri SIERRA, 'la forma en los negocios jurídicos', *Estudios Vallet de Goytisolo VI*, Madrid, 1990, pp. 253 ss.; Roca JUAN, "Sobre forma, prueba y documento", *Centenario Código Civil II* (Madrid, 1990), pp. 1807 ss.

esenciales para la validez del negocio, no obstante, el negocio será nulo o ineficaz cuando esta falte. De lo que resulta que el documento en la *donatio* constantiniana sería, sin duda, integrativo, al requerirse junto a él, la *traditio* y la *insinuatio*. Sin embargo, a nuestro entender no asistimos a una categoría distinta y diferenciada de la constitutiva sino que, por el contrario, creemos complementaria; y ello, porque el *instrumentum* es necesario para la validez de la donación, si bien "integrado" a los otros requisitos, por lo que aparece con una función que podríamos designar de constitutiva e integrativa.

En definitiva, en la legislación constantiniana el *instrumentum* viene a constituir no sólo una importante función probatoria de haberse realizado una donación, sino también, y sobre todo una función constitutiva e integrativa de la misma, puesto que para la validez de la *donatio* se requiere no sólo el *instrumentum*, sino también la entrega de la *res* y la *insinuatio*.

III.- Derecho Justiniano. La legislación posterior a Constantino se presenta, como ha puesto de manifiesto BIONDI, confusa y oscilante <sup>(18)</sup>. Vemos cómo los requisitos esenciales de la donación, establecidos en los *Fragmenta Vaticana* comienzan su declive; lo que se evidencia, desde el último tercio del siglo IV, en toda la legislación del Bajo Imperio <sup>(19)</sup>. En

---

18) BIONDI, *Successione cit.*, pp. 699 ss.

19) Véase, en concreto, la evolución de la *traditio* en la donación. En el derecho clásico fue requerida para la *perfectio donationis*; posteriormente, en derecho postclásico es exigida por Constantino como formalidad y cumplimiento del acto, sin embargo, el emperador Teodosio ya no la requiere en la *donatio ante nuptias*. MURGA, "Los negocios" *cit.*, pp. 275 ss., considera que fue obra de la labor jurisprudencial, que había comprendido que ésta no era necesaria siempre que su finalidad pudiera alcanzarse por otro camino. Lo que puede deducirse de las obras jurisprudenciales de los siglos IV y V, preferentemente, de las *Pauli sententiae* 4,1,11; 5,11,2 y la *interpretatio* a las sentencias 3,11,3; 5,2,4; 5,12,4; 5,12,5. Sobre el tema, RICCOBONO, "Traditio ficta", *ZSS* 33 (1912), pp. 159 ss.; ARCHI, *La donazione cit.*, p. 242.; "Donazione" *cit.*, p. 949.

efecto, durante el siglo IV las normas imperiales han tratado de respetar la regulación constantiniana de la donación, sin embargo, en algún caso y aunque tratándose de supuestos muy concretos, parece ya admitirse la validez de la donación aun en contra de los requisitos de forma exigidos en el esquema del año 323; esta realidad irá generalizándose, y observamos como la exigencia de las formalidades constitutivas de la *donatio* no parecen tener otro sentido que el de un medio de prueba <sup>(20)</sup>.

---

20) Este es el supuesto de una constitución de Juliano del 363 (C.Th.3,5,8) sobre la *donatio ante nuptias* hecha a un menor de edad. También Honorio y Teodosio en el año 417 (C.Th.8,12,9; C.8,54,28) parecen dispuestos a transigir en la no necesidad de la *traditio advocata vicinitate*, en una donación muy concreta y en la que el donante retiene el usufructo de la cosa donada. Importantes innovaciones se introducen respecto a la donación *ante nuptias* por una ley del emperador Teodosio y Valentiniano III del año 428 (C.Th.3,5,13) que, por un lado, permite la omisión de la *traditio* con carácter general para este tipo de donaciones; y por otro, establece que las donaciones de valor inferior a 200 sueldos no tienen necesidad de la *confectio actorum*; los emperadores Teodosio y Valentiniano admiten la eficacia de la donación *sine scripto* siempre que se pueda comprobar presentando otros documentos idóneos *adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur* (C.8,54,29). Si la ley de Teodosio del 428 se refería a la donación prenupcial, las leyes posteriores relativas a la necesidad de determinadas formas, presentan una diferente división de las donaciones sobre todo en relación al valor. Posteriormente, una constitución de León del año 459 recogida en C.8,54,30 establece concesiones sobre el requisito de la inscripción, a la vez que pone de manifiesto que el centro de la *donatio* reside en la voluntad del donante. Esta constitución parece ya entenderse por los tratadistas como una clara alusión a la superación de la forma en las donaciones. Pero, aún más una constitución de Zenón del 478 recogida en C.8,54,31 nos dice respecto a las donaciones que deben ser insinuadas: *non esse necessarium vicinos vel alios testes adhibere; nam superfluum est privatam testimonium, cum publica monumenta sufficiant*. Véase ARCHI, *La donazione cit.*, p. 268; RICCOBONO, "Traditio ficta", *cit.*, pp. 284 ss.

Las novedades más significativas introducidas por Justiniano se refieren, por un lado, a la distinción entre donaciones que no exceden de 300 sueldos (C.8,54,34pr.), límite que por una constitución posterior es elevado a 500 (C.8,54,36,3), y las superiores a esta cuantía; las primeras no requieren acto escrito ni *insinuatio*, mientras que las segundas continúan sometidas al régimen postclásico de la forma escrita y la *insinuatio*. Y por otro, e independientemente de dicho límite no son necesarios los requisitos mencionados en algunas donaciones: las hechas o recibidas por el emperador C.8,54,34; las destinadas a la reconstrucción de un edificio destruido por incendio o por ruina C.8,54,36,2; las destinadas al rescate de prisioneros C.8,54,36pr; las del *magister militum* a los militares C.8,54,36,1; las *in causas piissimas* C.8,54,34; y las de constitución de dote C.5,12,31 (21).

Llegados a este punto, nos cuestionamos qué función desempeña el documento en las donaciones justinianas. Para ello es necesario distinguir entre las donaciones superiores a 300 o 500 sueldos, según el momento, y las inferiores a esta cuantía.

---

21) BIONDI, *Successione cit.*, p. 701; ARCHI, "Donazione" *cit.*, pp. 951 ss.

Respecto a las primeras, son necesarios el acto escrito y la *insinuatio apud acta*; Justiniano sigue en sus constituciones idéntico régimen que sus antecesores, exigiéndose, por tanto, el requisito de forma-publicidad de la época constantiniana (C.8,54,25). En este sentido, no obstante las nuevas concepciones que parecen prevalecer en las donaciones, hemos de afirmar que el *instrumentum* es un requisito constitutivo e integrativo de la donación (22).

En cuanto a las segundas, esto es, las que no excedan de tal límite o que estén privilegiadas un fragmento de las *Instituta* nos dice : *...Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit*, esto es, la donación es válida desde que el donante haya manifestado su voluntad de donar, con independencia de la redacción del documento (23). En efecto, para la validez de estas donaciones no se requiere de la *insinuatio*, ni del *instrumentum*, ni de la *traditio*, que ahora es considerada como un acto ejecutivo de la donación, como una

---

22) No obstante, señalamos que de la lectura del libro VIII, título LIV "*De Donationibus*" se desprende, de un lado, una función preeminente de carácter probatorio en los requisitos exigidos en la donación; de otro, una destacada relevancia de la *voluntas* en la *donatio*. Por otra parte, significativo nos resulta C.8,54,34; así, en C.8,54,34pr., se establece que en las donaciones que no se hayan observado las formalidades prescritas no tiene validez el exceso del límite legal, siendo válida la cantidad restante como donación no sometida a *insinuatio* -lo que supone también *instrumentum*-; en C.54,34,3 no se requiere el requisito de forma-publicidad, aunque ésta supere el límite legal, haciendo diversas donaciones en períodos distintos; y, por último, en C.8,54,34,4, queda resuelta la polémica sobre las donaciones anuales, considerándose como donaciones diversas, y por tanto, exentas del requisito de forma-publicidad.

23) I.2,7,2.

obligación del donante (24). De modo que el *instrumentum*, en caso de haberse confeccionado, sólo podría constituir un medio de prueba de la realización de la donación. Ahora bien, ¿desempeña exclusivamente esta función probatoria en el caso de que las partes hubiesen acordado su redacción?. Significativa a este respecto es una constitución del emperador Justiniano del año 528 recogida en C.4,21,17. En ella se recogen una serie de negocios, entre los que se incluyen la venta, la permuta, la entrega de arras, la transacción y la donación que no necesita de *insinuatio*. En los negocios señalados, dice la constitución, que cuando se hubiere convenido que sean consignados en *instrumentum*, no serán válidos y ninguna de las partes podrá reivindicar derecho alguno, hasta que hayan sido puestos en limpio y confirmados con las firmas de los contratantes, o si se escribieren por *tabellio*, hasta que éste lo haya concluido definitivamente. En consecuencia, la donaciones inferiores al límite legal establecido en las que se haya acordado su redacción por escrito, no tienen validez hasta que no se haya producido la redacción completa y definitiva del *instrumentum*. Lo que viene a

---

24) Respecto a la nueva concepción de estas donaciones : GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1928, p. 607 ; FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4 edic, Milano, 1953, p. 847 ; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano 2*, Roma, 1938, p. 731 ; LEVY, "Essai sur la promesse de donation en droit romain", *RIDA* (1949), pp. 108 ss.; ARCHI, *Donazione cit.*, pp. 952 ss.; ARCHI, "L'evoluzione" *cit.*, pp. 422 ss.. BIONDI, *Successione cit.*, pp. 701 ss. nos dice como el legislador no habla de *pactum* sino de *stipulatio* añadida a la donación (C.8,54,35,5). En el pensamiento de Justiniano lo que obliga al donante al realizar la donación, no es la donación por sí misma sino la *stipulatio* inserta en la donación; por otra parte, no se prescinde del requisito de la aceptación, puesto que en las donaciones se encuentra la *stipulatio* que supone la bilateralidad del acto.

corroborar un texto de las *Instituta* referente a la *emptio venditio*, cuando distingue entre la compraventa realizada *in scriptis* y *sine scriptis*; en el primer caso la venta es válida desde que existe el *consensus*, sin embargo, en el segundo su validez viene condicionada a la redacción del *instrumentum* (25).

Creemos, pues, que si las partes han acordado que estas donaciones se celebren *in scriptis*, el *instrumentum* es un requisito para su validez, cumpliendo, en consecuencia, una función constitutiva (26).

IV. En suma, hasta el derecho clásico el *instrumentum*, en caso de su existencia, desempeña una función exclusivamente probatoria de la realización de la donación. En el derecho postclásico, en concreto, en la legislación de Constantino, el *instrumentum* viene a desempeñar no sólo una función probatoria, sino también, y sobre todo, una función constitutiva e integrativa de la donación. En el derecho justiniano y para las donaciones superiores a 300 o 500 sueldos, según el momento, viene igualmente considerado como requisito constitutivo e integrativo; lo que no acontece en las donaciones inferiores a esta

---

25) I.3,23pr.

26) Véase, entre otros: GALLO, "Riflessioni sulla funzione della scriptura in C.4,21,17", *Studi Biondi* (Milano, 1965), pp. 412 ss.; ARCHI, "Civiliter vel criminaliter agere in tema di falso documentale", *Scritti Ferrini* 1 (Milano, 1947), pp. 1 ss.; SEGRÈ, "Sulla posteriore documentazione di un contratto", *Riv. dir. comm.* 18 (1920), pp. 2 ss.; ASTUTI, *I Contratti obbligatori nella storia del diritto italiano* 1, Milano, 1952, pp. 107 ss.. Según TALAMANCA, "Documentazione" *cit.*, p. 556 ; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, p. 99 ; AMELOTTI, "Dall'epoca postclassica" *cit.*, pp. 188 ss.

cuantía, salvo en el supuesto en que las partes hubiesen acordado su redacción, desempeñando, en este caso, una función constitutiva.