

Rescisión por lesión enorme: el problema del origen

JOSÉ FÉLIX CHAMIE*

Sumario: 1. Efecto rescisorio en su fase originaria. 2. Significado genérico de '*rescindere*'. 3. Ámbito del *ius civile* y del *ius honorarium*. 4. La jurisdicción rescisoria. 5. La materia rescisoria. a. *Libertas*. b. *Capitis deminutio*. c. *Iudicium*. d. *Testamentum*. e. *Venditio*. 6. La problemática a la luz de la *exceptio doli* romana: La búsqueda del fenómeno en edad clásica. 7. Origen histórico y problemática exegética: Autenticidad de los rescriptos. La polémica Gradenwitz-Landucci. 8. La tradición bizantina. 9. La interpretación medieval de la figura. 10. *Ius canonicum* y ampliación de la base del instituto. La influencia de la *aequitas* canónica e interpretación de los comentaristas.

Resumen

El artículo plantea una revisión histórica del problema de la génesis del conocido instituto de la rescisión por lesión enorme, mediante una interpretación crítica de la concepción tradicional que ubica su reconocimiento en época justiniana, tomando partido por el origen diocleciano de la figura. La búsqueda del significado del efecto rescisorio y su posible relación con la excepción de dolo general, indican la complejidad de la reconstrucción histórica; en esa dificultad, el autor se ciñe rigurosamente al método histórico, y de la mano de la exégesis de las fuentes, nos revela los detalles de la problemática exegética en torno a la formación del instituto rescisorio de la lesión enorme.

Palabras clave: Derecho romano, exégesis, rescisión, lesión enorme, *humanitas*, *ultra dimidium*, excepción de dolo, compraventa, obligatoriedad del contrato, interpretación medieval, equilibrio inicial

* Profesor de derecho civil y derecho romano en la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho de la *Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*, correo electrónico: [jose.chamie@uexternado.edu.co].

Fecha de recepción: 1 de julio de 2010. Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2010

1. POSICIÓN DEL TEMA. EFECTO RESCISORIO EN SU FASE ORIGINARIA

El instituto de la llamada lesión enorme, figura propia del sistema jurídico de tradición romanista y estrechamente ligada al problema del efecto rescisorio, es un instituto que ha tenido fortuna y consideración especiales en la interpretación jurídica secular, ampliado en su base durante el medioevo y el derecho común, restringido de nuevo en el pensamiento que marcó hito en la codificación francesa¹, excluido totalmente en unos casos², generalizado en otros³. La ciencia jurídica moderna explica la lesión dentro de la rescisión del contrato y la considera, en últimas, un fenómeno de invalidez.

La validez indica la regularidad del contrato; el contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales⁴, de allí que la irregularidad es causada por la inobservancia de normas jurídicas. Inválido es aquel negocio jurídico que, al no reunir todos los requisitos de ley, no vale para el derecho, o sea aquel al cual el derecho no le reconoce la fuerza de producir la conformación de relaciones, a la cual tiende⁵. La invalidez, en general, es la irregularidad jurídica del negocio que comporta la sanción de la ineficacia definitiva⁶; una "reacción del ordenamiento frente a determinadas transgresiones de normas fundamentales, imperativas, llamadas a encauzar el ejercicio de la autonomía privada"⁷.

En la doctrina civilista moderna no ha sido pacífica la cuestión de la rescisión como una forma de invalidez del contrato⁸; en el dictado del Código Civil italiano vigente se reduce la rescisión a la lesión y al contrato en estado de necesidad o de peligro. Así, la rescindibilidad es una forma de invalidez del contrato puesta principalmente en tutela de quien contrata a condiciones inicuas, y, diríamos junto a la doctrina y el código italianos, debido a su estado de necesidad o de peligro. ¿Cómo

1 Código Civil francés, arts. 887, 1118 y 1674 y ss.

2 Del Código Civil argentino de VELEZ SARSFIELD de 1869 (incluido en la reforma de 1968), del Código Civil español de 1889, del BGB alemán de 1900.

3 Me refiero a la suerte de la lesión en la codificación austriaca, cfr. § 934 y 935 del ABGB de 1811. La importancia reciente de la lesión enorme se evidencia en el planteamiento ofrecido por los códigos europeos de principios del derecho en materia de contratos, cfr. Principios de Unidroit, art. 3.10; Proyecto Lando, art. 4:109; Proyecto Pavía, art. 156.

4 C. M. BIANCA. *Diritto civile 3, Il contratto*, Milano, 2004 (reimpr.), p. 524.

5 B. WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*, I, FADA y Bensa (trad.), Milano, Unione Tipografico Editrice, 1904, §82, p. 264.

6 C. M. BIANCA. *Diritto civile 3*, cit., p. 610.

7 F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 879.

8 La acepta C. M. BIANCA. *Diritto civile 3*, cit., p. 681; en contra de tratar la rescisión como una forma de invalidez se manifiesta R. SCOGNAMIGLIO. *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile*, GROSSO y SANTORO-PASSARELLI (dirs.), Milano, 1980, p. 260; por su parte E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, pp. 465 y ss. observa en la rescisión una forma de ineficacia que encuentra su razón de ser en el turbado equilibrio entre las prestaciones; MESSINEO. *Dottrina generale*, Milano, 1952, p. 464 se remite a un principio de equidad; para BARASSI. *Teoria generale*, vol. III, Milano, 1948, pp. 455 y ss. se trata de una sanción civil por un comportamiento ilícito, una sanción a la ventaja injusta.

se llega en la doctrina moderna a la construcción de la categoría de la invalidez? No es el cometido en esta contribución, como tampoco lo son las otras formas de invalidez resaltadas por la dogmática moderna: la nulidad y la anulabilidad⁹. Esta reconstrucción se limita a la rescisión por lesión que, como se ha dicho, constituye una categoría de la invalidez del contrato que incide directamente en la eficacia del mismo.

Se habla hoy de rescisión y de sus diferencias con la resolución, y se ha tratado siempre de marcar el límite estrecho entre rescisión, nulidad y anulabilidad, categorías dogmáticas todas éstas creadas por la moderna ciencia jurídica y ausentes –por lo menos en su significado actual– en la jurisprudencia romana. La rescisión ha presentado especial dificultad habida cuenta del variado contexto en que se emplea la expresión en las fuentes romanas y que perduró hasta el *Code Napoléon* (arts. 887, 1305, 1674 y ss.) y algunos códigos posteriores; el actual planteamiento del Código Civil italiano de 1942 da un valor específico a la rescisión, planteamiento que, por lo demás, ha sido recientemente adoptado en el sistema de algunos códigos latinoamericanos, no sin problemas de ubicación sistemática y ciertos matices específicos que revelan un proceso aún no terminado de generalización del remedio. De la misma manera, varios de los aspectos que caracterizaron la lesión en su evolución dentro del sistema y que son hoy fuertemente resaltados, se evidencian a su modo en la propuesta del *soft law*¹⁰.

Para comprender el instituto de la lesión es necesario partir del efecto rescisorio hasta encontrarla, de allí seguir su recorrido secular¹¹ independientemente del efecto que supone, o encontrándose nuevamente con este dentro del sistema, si la explicación de la ciencia jurídica así lo reclama; lo que pretendo decir es que la historia de la lesión no es la entera historia de la rescisión, y que la necesidad actual no consiste en generalizar o no la rescisión antes que el instituto de la lesión, en términos de procurar un equilibrio contractual al que sin duda llama la equidad, teniendo claro que el efecto rescisorio –al menos originariamente– produce los efectos de la llamada “anulabilidad”; y el problema se hace más complejo en la consideración dogmática si se trata de dar un fundamento o razón de ser al efecto, es decir, en protección de quién o de qué ha sido establecido, todo ello a la luz de la moderna ciencia jurídica.

9 Para un comprensión de la categoría de la “anulabilidad” ya en el sistema medieval, cfr. por todos L. RAGGI. *La restitutio in integrum nella cognitio extraordinem*, Milano, 1965, pp. 244 y ss.

10 Me refiero en especial a los Principios de UNIDROIT, al Proyecto Lando y al Proyecto de Pavía.

11 Se debe admitir que la lesión es un instituto de difícil codificación que debe examinarse bajo el aspecto exegético, con el fin de precisar de él su efectivo contenido y efectos peculiares, y no bajo el aspecto sistemático y dogmático: G. MIRABELLI, voz ‘Rescissione’, en *Novissimo Digesto italiano*, XV, p. 581. Comparto la afirmación; sin embargo, paulatinamente el problema de la lesión va asumiendo una interpretación que lo lleva hacia su generalización, y es allí cuando se presentan arduos problemas de índole sistemática y dogmática, es decir, dicho ámbito no puede dejar de ser considerado.

Tal vez un poco de limpieza conceptual ayude antes de iniciar el camino de la lesión; veamos brevemente unas referencias no exhaustivas acerca del alcance del efecto rescisorio en las fuentes romanas y la falta de uniformidad en el uso de la terminología, para comenzar a trazar el camino originario.

2. SIGNIFICADO GENÉRICO DE 'RESCINDERE'

El verbo 'rescindere', en su significado más general, traduce *cortar, romper, desgarrar, seccionar, incidir*, o el figurativo *borrar, anular*¹². Un sentido amplio de la expresión emplea MELA en D. 43, 23, 1, 12 *Ulp. ad ed.*¹³, cuando en materia de *cautio damni infecti* afirma que es posible ir a la casa del vecino y romper el pavimento (*rescindat pavimenta*) con el fin de reparar la cloaca; también GAYO *Institutiones* II, 71¹⁴ en un sentido general emplea el verbo cuando explica por qué cuando el río separa una parte (*flumen partem resciderit*) de tu predio y la añade al mío, esa parte permanece tuya, y no se configura aluvión, pues no ha sido añadida lentamente (*paulatim adicitur*) al punto que sea imperceptible a la vista.

3. ÁMBITO DEL IUS CIVILE Y DEL IUS HONORARIUM

En el ámbito del *ius* el verbo asume en general un significado que expresa la anulación o cancelación –un efecto diríamos invalidante– de un acto en el *ius civile* en virtud de la ley (*per legem*)¹⁵, o *ipso iure*¹⁶, así también en el *ius honorarium* como lo evidencian los ejemplos siguientes.

- 12 Voz "Rescindere" en *Lexicon Totius Latinitatis* de A. FORCELLINI, t. IV, Gregoriana Edente Patavi, 1940, p. 104; para una noción en la literatura clásica cfr. A. CONTE. *Dizionario di latino*, Firenze, Le Monnier, 2004, al verbo "rescindere": CAES. Gall. 1. 7. 2 *pontem iubet rescindi* (ordena cortar el puente); VERG. *ge.* 1.280 *caelum rescindere* (desgarrar el cielo); CIC. Sull. 63 *res iudicatas rescindere* (anular las sentencias); VELL. 2. 90. 3 *turpe foedus senatus rescindit* (el senado rescindió el vergonzoso pacto); OV. *met.* 2.677 *nec rescindere magni iussa Iovis poterai* (no habrías podido romper las órdenes del gran Júpiter); SEN. *ben.* 3. 12. 4 *beneficium suum ipse insequenti iniuria rescidit* (él mismo hizo nula la buena acción con un daño sucesivo).
- 13 *Si ita praedium venierit, ut, si displicuisset, inemptum esset, facilius admittimus, interdictum emptorem habere, si modo est in possessione. Et si rescisso emptoris in alterius arbitrium conferatur, idem erit probandum. Idemque et si ita venisset, ut, si aliquid evenisset, inemptum esset praedium. Et si forte commissoria venierit, idem dicendum est.*
- 14 *Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet.*
- 15 Por ejemplo en virtud de la *lex Iuliam de vi publica* en Marcianus libro XIV *Institutionum*. D. 48, 6, 5 pr.: *qui coetu conversu turba seditione incendium fecerit: quique hominem dolo malo incluserit obsederit: quive fecerit quo minus speliatur quo magis funus diripiatur distrahatur: quive per vim sibi aliquem obligaverit nam eam obligationem lex rescindit.*
- 16 Se habla de rescisión *ipso iure* por fraude a la ley en una interpretación de TERENCE CLEMENTE *ad legem Iuliam et Papiam* libro V. D. 35, 1, 64, 1 (... *ipso iure rescindi quod fraudandae legis gratia esset adscriptum*).

4. LA JURISDICCIÓN RESCISORIA

En cuanto a quién rescinde, puede decirse que rescinde el *Praetor* los actos *mortis causa* del liberto en fraude de las razones sucesorias del patrono, pues son revocables mediante dos acciones pretorias: la *actio Faviana* y la *actio Calvisiana*, para la sucesión testamentaria y la sucesión *ab intestato* respectivamente; en este sentido, MARCIANO *libro III Regularum*. D. 38, 5, 2¹⁷ aclara que en estas acciones no solo se comprenden los frutos que se percibieren después de la *litis contestatio*¹⁸, sino también aquellos pasados; la razón de esto, dice el jurista, porque el pretor quiere rescindir todo acto fraudulento de los libertos¹⁹. También rescinde el *Praeses provinciae*, como se observa en SCEVOLA *libro IV Digestorum*. D. 18, 5, 9²⁰, cuando se ha vendido un fundo en razón del tributo a la República en una suma inferior a la debida y el deudor ha manifestado su voluntad de pagar el total; se pregunta si el efecto rescisorio acaecerá luego de la sentencia del *praeses*, a lo que el jurista responde que podrá rescindirse la venta sólo si el comprador no ha pagado aún el precio²¹. De rescisión *ad publicam utilitatem* de lo decretado por el llamado *ordo decurionum*, habla CALISTRATO *libro II de Cognitionibus*. D. 50, 9, 5²²; rescinde también el *Princeps* (vide *Infra* D. 31, 78, 1; D. 42, 5, 30), el *senatusconsultum* (GAI. I, 46), la *lex* (vide *Infra* GAI.

17 *In Faviana et Calvisiana actione recte dicitur etiam praeteritos fructos venire quatenus Praetor omnem fraudem libertorum vult rescindere.*

18 Tal como se lee en *Ulpianus libro XLIV ad Edictum*. D. 38, 5, 1, 28: *In banc actionem etiam fructus veniunt qui sunt post litem contestatam percepti.*

19 Rescinde también el pretor en D. 37, 1, 6, 1: cfr. *infra* lit. b. Téngase en cuenta que en materia de cosa juzgada, los compiladores incluyen un pasaje de PAULO *libro III Responsorum*. D. 42, 1, 42 en donde el jurista responde que el Pretor no puede rescindir una sentencia suya anterior (*Paulus respondit rescindere quidem sententiam suam praecedentem Praetorem non posse...*) y si falta algo respecto a absolver o a condenar, debe suplirse el mismo día (... *priori tamen sententiae desunt circa condemnandum reum vel absolvendum debere supplere scilicet eodem die*).

20 *Fundus qui Lucii Titii erat ob vectigale Reipublica venit sed quum Lucius Titius debitor professus esset paratum se esse vectigal exsolvere solidum quum minore venisset fundus quam debita summa esset Praeses provinciae rescidit venditionem eumque restitui iussit Lucio Titio quaesitum est an post sententiam Praesidis antequam restitueretur in bonis Lucii Titii fundus emtus esset? Respondit non prius quam empori pretium esset illatm vel si pretium nondum esset ab emtore solutum in vectigal satisfactum esset.*

21 Dos aspectos se resaltan en el pasaje en relación con la posibilidad de rescindir la venta: 1. Evitar el detrimento del patrimonio público, es decir, rescindir la venta hecha por una suma menor a la debida a la República puesto que el deudor pretende pagar toda la deuda; 2. La intangibilidad de la compraventa, que generalmente una vez perfeccionada no puede rescindirse; cfr. con D. 48, 19, 27 pr., interesante pasaje de CALISTRATO *libro V de Cognitionibus* en el que el jurista recuerda un rescripto de los *divi Fratres* a ARUNCIO CILÓN en el que se afirmaba que los presidentes de las provincias no suelen rescindir por sí mismos las sentencias que pronunciaron (*Divi Fratres Aruntio Ciloni rescripserunt non solere Praesides provinciarum ea quae pronuntiaverunt ipsos rescindere...*); se recuerda también otro rescripto dirigido a VETINA en el que se afirma que nadie puede cambiar su propia sentencia, y, al final, una conexión con la *restitutio in integrum* como excepción a esa regla.

22 *Quod semel ordo decrevit non oportere id rescindi divus Hadrianus Nicomedensibus rescripsit nisi ex causa: id est si as publicam utilitatem respiciat rescissio prioris decreti.*

I, 46; D. 48, 6, 5 pr.; D. 40, 7, 36), y en últimas el *homo privatus* (D. 5, 2, 25, 1; vide *Infra* D. 43, 24, 11, 13).

5. LA MATERIA RESCISORIA

En cuanto a qué se rescinde, la relación de las materias es variada; enunciemos algunas referencias específicas en materia de:

a) *Libertas*. Sobre rescisión de la *libertas* en virtud de la ley *Aelia Sentia*, JULIANO *libro LXIV digestorum*. D. 40, 9, 5, 2 (... *libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur.*); también a un efecto rescisorio de la *lex*, igualmente en materia de manumisiones, se refiere GAYO I, 46²³ cuando afirma que la *lex Fufia Caninia* rescinde todo aquello que se haga en fraude de ella (... *quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sint rescindit*); en otro caso, PAULO *responsorum libro XVII*. D. 41, 7, 8²⁴ es indagado sobre la posibilidad de rescindir una manumisión (... *quaero an possit rescindi libertas*); así también JULIANO *Digestorum libro XLIX*. D. 42, 8, 15 habla de rescisión de la *libertas* dada en caso de *fraus* (... *libertates ut rescindantur utrumque in eorundem persona exigimus et consilium et eventum et si quidem creditor cuius fraudandi...*), y precisamente SCAEVOLA *responsorum libro V*. D. 42, 8, 22²⁵, enuncia la vía jurídica de la rescisión en caso de fraude a los acreedores (... *et ea via iuris occurratur qua creditorum fraudes rescindi solent*).

b) *Capitis deminutio*. GAYO III, 84²⁶ habla del reconocimiento de una acción útil para fingir rescindida la *capitis deminutio* y así lograr los acreedores perseguir al deudor por sus deudas personales contraídas antes de la adopción, o la *coemptio* según sea el caso (... *tamen in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione...*); la cuestión se re-

- 23 *Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus testamento tutores dare, si post mortem nostram in patris sui potestate [iure] recasuri non sint. Itaque si filius meus mortis meae tempore in potestate mea sit, nepotes ex eo non poterunt ex testamento meo habere tutorem, quamuis in potestate mea fuerint, scilicet quia mortuo me in patris sui potestate futuri sunt.*
- 24 *Sempronius thetidi status quaestionem facere temptabat, quasi de serva sua nata sit. qui iam testato conventus a procula nutrice thetidis in solvendis alimentis respondit non se habere, unde alimenta eiusdem exsolvat, sed debere eam patri suo restituere lucio titio: idque ex illa in testationem redegisset, ut postea nullam quaestionem pateretur ab eodem sempronio, lucius titius seiae proculae solutis alimentis puellam vindicta manumisit: quaero, an possit rescindi libertas thetidis. paulus respondit, quoniam dominus ancillae, ex qua thetis nata est, thetidem pro derelicto habuisse videtur, potuisse eam a lucio titio ad libertatem perducere.*
- 25 *Quum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. Respondit, creditorem non id circo prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit, et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.*
- 26 *Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, quaeue in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit: tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure, is vero qui se adoptandum dedit, quaeue in manum convenit, desinit esse heres. De eo vero quod proprio nomine eae perneque coemptionator et ne ipse quidem qui se in adoptionem dedit quaeue in manum convenit, maneat obligatus obligatae, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et si aversus hanc actionem non defendatur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.*

visa nuevamente en sede de procedimiento, cuando en IV, 38²⁷ explica el mecanismo para no burlar a los acreedores con la adopción o la *coemptio*, esto es, una acción útil rescisoria en la que se finge que no ha existido *capitis deminutio* (... *introducitur contra eum eamue actio utilis rescissa capitis deminutione id est in qua fingitur capite deminutus deminutaue non esse*), para luego en IV, 80²⁸ fundamentar ese tipo de *iudicium* en el *imperium* del magistrado (*Sed cum rescissa capitis deminutione cum iis imperio continenti iudicio agitur...*); lamentablemente el final del n. 80 se pierde, siguen 24 líneas ilegibles en el manuscrito que ha llegado hasta nosotros. Un interesante pasaje de PAULO *ad edictum libro XLI. D. 37, 1, 6, 1*²⁹ en materia de *bonorum possessio* se refiere a una rescisión pretoria *propter aequitatem*, en la que se rescinde la *capitis* de los herederos del *capite deminutio*, con el fin de concederles el beneficio de la posesión de bienes (*quamvis enim iure civili deficiant liberi qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor...*); en este caso es el Pretor quien rescinde, importante la *ratio* que señala el jurista, toda la dimensión de la equidad.

c) *Iudicium*. De rescisión del *iudicium* habla PRÓCULO citado por JULIANO *ad Ursium Ferozem libro IV. D. 11, 1, 18*³⁰, cuando un coheredero dijo ser él solo heredero, el juicio se rescinde y puede ejercitarse la acción contra el verdadero heredero (... *quaerebat actor quum ipse solvendo non esset an rescisso superiore iudicio in eum qui re vera heres erat actio dari deberet? Proculus respondit rescisso iudicio posse agi idque est*); nuevamente PRÓCULO, esta vez citado por PAULO *ad Plautium. D. 15, 1, 47, 3*³¹, se refiere a la rescisión de un juicio (... *satis enim esse hoc solum ei tribui ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio...*); ULPIANO *ad edictum libro XL. D. 37, 5, 1 pr.*, en materia de *bonorum possessio contra tabulas*, además de resaltar el contenido equitativo del título

- 27 *Praetera aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatae sit et capite deminutus deminutaue fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere, sed ne in potestate eius sit us nostrum corrumpere, introducitur contra eum eamue actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutaue non esse.*
- 28 *Haec ita de his personis quae in potestate (sunt), sive ex contractu sive ex maleficio earum controversia sit, quod vero ad eas personas quae in manu mancipiorum sunt, ita ius dicitur, ut cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo cuius iuri subiectae sint in solidum defendantur, bona quae earum futura forent, si eius iuri subiectae non essent, veneant. Sed cum rescissa capitis deminutione sum iis imperio continenti iudicio agitur...* (24 líneas ilegibles).
- 29 *Bonorum possessionis beneficium multiplex est, nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum, vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem Praetor quoque tuendarum causa dat bonorum.*
- 30 *Qui ex parte dimidia heres erat, quum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisfactionis onus evitare posset, respondit se solum heredem esse, et condemnatus est, quaerebat actor, quum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore iudicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit, rescisso iudicio posse agi, idque est verum.*
- 31 *Si creditor servi ab emtore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait. Sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emtore et cum venditore experiatur, satis enim esse, hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, quum electo reo minus esset consecutus, et hoc iure utimur.*

que va a comentar (*Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam...*), se refiere al carácter rescisorio de la *bonorum possessio contra tabulas* (... *ut qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem...*)³²; en el *de Appellationibus* libro II. D. 49, 8, 1³³, EMILIO MACER se refiere a la rescisión de la sentencia que opera sin acudir a la apelación³⁴; tendremos presente –dice el jurista–, que si se cuestionara sobre si se haya juzgado o no, y el juez de esta cuestión hubiere declarado que no se juzgó, aunque se hubiere juzgado, se rescinde la sentencia.

d) *Testamentum*. Aquí GAYO en sus *Institutiones*, tratando de la que podríamos llamar invalidez de los testamentos³⁵, luego de comentar el antiguo régimen para invalidar el testamento alegando causa de error en el testador y probándola luego de la muerte de éste, se refiere en II, 143³⁶ al actual régimen en virtud de un senadoconsulto aprobado por el emperador ADRIANO, el cual prescribe que si se prueba la causa de error luego de la muerte del testador, se invalida el testamento (*rumpit testamentum*) siempre que el heredero haya sido omitido (*praeteritus*) en el mismo³⁷, pero si fue desheredado en aquel testamento, no será inválido (o rescindido, pues luego de decir *rumpit testamentum*, el jurista dice *testamenta rescinderentur*, nótese el uso de los verbos *rumpere* y *rescindere* indistintamente para referirse al mismo efecto dentro de la misma explicación). PAULO en *Quaestionum libro II*. D. 5, 2, 17 pr.³⁸, se refiere al testamento rescindido (*resciso testamento*) en virtud de la *querella inofficiosi testamenti*³⁹,

32 También al efecto rescisorio de la *bonorum possessio contra tabulas* se refiere el mismo ULPIANO libro XXXIX ad Edictum. D. 37, 4, 3, 5 cuando comenta que la rescisión no hace que un hijo legítimo deje de serlo, y que más bien se hace para que sea admitido a la posesión de bienes.

33 *Illud meminimus si quaeratur iudicatum sit nec ne et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaerit licet fuerit iudicatum rescinditur si provocatum non fuerit.*

34 Los comisarios inician con este pasaje el título VIII, libro 49 del *Digesto*; se lee en la rubrica del título VIII *Quae sententiae sine appellatione rescindantur*; téngase presente que en el título V del libro XVIII la rúbrica es *De rescindenda venditione et quando licet ab emtione discedere*.

35 Y digo podríamos, puesto que el verbo que emplea GAYO en los números 138 y siguientes del comentario segundo, es “*rumpere*”, que en latín significa, entre otros, romper, irrumpir, interrumpir, violar, anular; sin embargo, en II.143 *in fine*, emplea el verbo “*rescindere*”, en 144 retoma el verbo “*rumpere*” que domina en toda la redacción de estos numerales. Esto prueba lo difícil y sutil que resulta traducir y comprender correctamente el alcance de la noción de rescisión en las fuentes, en todo caso, bajo nuestra óptica moderna, un problema de validez del acto.

36 *Nunc vero ex novo senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, siquidem vivo patre causa probatur, aequae ut olim modo rumpit testamentum, se vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renovari non possent.*

37 Dado que para ser desheredado debe hacerse individualización específica (*nominitio*), cfr. A. BURDESE. *Manuale di diritto privato romano*, 4ª ed., (reimp.) Torino, 2003, pp. 666 y ss.

38 *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his, qui eandem querelam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatus ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset, hic, si obtinuerit, utetur rei iudicatae auctoritate, quasi Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, quum facerent intestatum, crediderint.*

39 Este mecanismo busca la nulidad del testamento cuando el testador no estuvo en su sano juicio al disponerlo, D. 5, 2, 2 *Marcianus Institutionum libro IV: Hoc colore inofficioso testamento agitur quasi non sanae mentis fuerunt ut testamentum ordinarent.*

(cfr. MARCIANO libro IV *Institutionum*. D. 5, 2, 2)⁴⁰, y comenta que la consecuencia de ella es la nulidad del testamento (... *nullum est testamentum*); se observa en general en esta materia el uso indistinto de una y otra expresión para referirse aparentemente a un mismo efecto. Así, en el mismo sentido, PAULO usa el verbo 'rescindere' todavía en *Quaestionum libro II*. D. 5, 2, 19 y en la misma materia de la *querella*; ULPIANO en *Disputationum libro II*. D. 5, 2, 25, 1⁴¹ habla de una rescisión *pro parte* del testamento también en virtud de la *querella* (... *ad querelam admissus pro parte rescindere testamentum tentet...*); un uso más complejo se encuentra en el discurso de PAPIANIO *Quaestionum libro XIV*. D. 29, 1, 34, 1⁴², en materia de testamento militar, una hipótesis en la que no se termina de hacer el testamento dentro del año de licenciamiento, es inválido con arreglo al derecho militar (atención a las palabras del jurista: ... *solutum ita esse testamentum...*), pero si fue válido conforme al derecho común (*iure communi*) entonces se entiende que no fue rescindido (... *alioquin si valuit iure communi non esse iure rescissum*)⁴³; el mismo PAPIANIO en *Definitionum libro II*. D. 40, 7, 36⁴⁴ al referirse al derecho de *statuliber* concedido a un esclavo que fue puesto en el lugar de un hijo en el testamento, dice que el hijo impúbero no podrá rescindir el testamento (... *ne patris testamentum puer filius rescindat...*). También se usa el verbo para referirse a la modificación de la escritura, así CELSO libro XXII *Digestorum*. D. 34, 4, 17: *Nihil prohibet priorem scripturam posteriore corrigere commutare rescindere*.

e) *Venditio*. AELIO MARCIANO en sus *libri singulari ad formulam hypothecariam*. D. 20, 5, 7, 1⁴⁵ en materia de venta de la hipoteca⁴⁶, se interroga sobre un pacto según el cual el deudor puede recuperar la hipoteca vendida si paga el precio dentro de un cierto tiempo, de modo que se rescinda la venta (... *et si quidem ita venierit ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit emptio rescindantur...*), pero si pasó el tiempo y

40 *Hoc colore inofficioso tetamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis, nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.*

41 *Si quis, quum non possit de inofficioso queri, ad querelam admissus pro parte rescindere testamentum tentet, et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet, et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectum cum querelam instituisse.*

42 *Milita nissu intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit; potest dici, solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si iure militiae fuit scriptum, alioquin si valuit iure communi, non esse iure rescissum.*

43 Usa primero el adjetivo "solutum" y luego aquel "rescissum", también aquí para referirse al mismo efecto.

44 *In tabulis secundis filio servorum data libertate substitutum iure statuliberi prudentes munierunt, quod utilitas recipit, acilicet ut cum sua causa alienaretur, ne patris testamentum puer filius rescindat, quae iuris auctoritas citra delectum ordinis ad secundum quoque vel tertium substitutum porrecta est.*

45 *Illud inspicendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recuperare? Et si quidem ita venierit, ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam, si vero tempus praeterit, aut si non eo pacto res venierit, non potest rescindi venditio, nisi minor sit annis viginti quinque debitor, aut pupillus aut Reipublicae causa absens, vel in aliqua earum causarum erit, ex quibus Edicto succurritur.*

46 Precisamente los comisarios justinianos abren en la rubrica del título V del libro 20 del Digesto con, *De distractione pignorum et hypothecarum*, todo lo relativo a la venta de la prenda en general.

no pagó, o si la cosa no fue vendida con ese pacto, no se rescinde (... *si vero tempus praeterit aut si non eo pacto res venierit non potest rescindi venditio...*), a no ser que —dice el jurista— el deudor fuera menor de 25 años, o pupilo, o estuviera ausente por causa de la República, o estuviera en alguna de aquellas circunstancias por las cuales lo ampara el Edicto (... *nisi minor sit annis vigintiquinque debitor aut pupillus aut Reipublicae causa absens vel in aliqua earum causarum arit ex quibus Edicto succurritur*), conexión esta del efecto rescisorio con el instituto de la *restitutio in integrum*. PAPINIANO en *Responsorum libro IX*. D. 31, 78, 1⁴⁷ en una interpretación de un rescripto de SEPTIMIO SEVERO en el que se rescindía la venta de predios de la República después de la muerte del testador, y se restituía el precio a los herederos, responde a la pregunta de si en caso que el comprador hubiese legado algún predio ¿se deberá también restituir al legatario parte del precio?, y afirma el jurista que debe hacerse así con arreglo a la estimación. PAPIRIO JUSTO en el *libro I de Constitutionibus*. D. 42, 5, 30⁴⁸ hace notar la intangibilidad de la compraventa consensual, la que ni siquiera mediante rescripto puede ser rescindida, de modo que si alguien cree que sus bienes no fueron vendidos con arreglo a derecho, sólo tiene la posibilidad de ejercitar la acción prejudicial⁴⁹. ULPIANO *libro XLIV ad Edictum*. D. 38, 5, 1, 12⁵⁰ (en materia de *si quid in fraudem patroni factum sit*) comenta un caso en el que un liberto vende una cosa de su patrono en fraude de este, dice el jurista que la venta no puede rescindirse —en virtud de la intangibilidad del contrato de compraventa— a menos que el comprador renuncie a la cosa y le sea restituido el precio, permanece suya la elección pues no ha actuado con dolo; a una rescisión de la venta concedida a un *alterius arbitrium* se refiere también ULPIANO *libro LXXI ad Edictum*. D. 43, 24, 11, 13⁵¹ en caso de venta con pacto de prueba o con pacto comisorio. Un rescripto de *Diocleciano y Maximiano a*

47 *Quum post mortem heredis venditionem Reipublicae praediorum optimum miximusque Princeps noster Severus Augustus rescindi venditis pretio restituito iussisset de pecunia legatario cui praedium emtor ex ea possessione legaverit coniectura voluntatis pro modo aestimationis partem solvendam esse respondi.*

48 *Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt eos quia bona sua negant iure venisse praediudicio experiri debere et frustra Principem desiderare rescindi venditionem.*

49 Acciones estas cuya fórmula sólo contiene la *intentio*, y mediante las cuales se busca la verificación de un hecho o situación específica, por ejemplo, el estado de libre o liberto, o el reconocimiento de un hijo, acciones que en la mayoría de los casos —salvo aquella que busca verificar la *libertas* pues se basa en la ley— tienen su existencia en la jurisdicción del pretor (I. IV, 6, 13: *Praejudiciales actiones in rem esse videntur quales sunt per quas quaeritur an aliquis liber vel an libertus sit vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet per quam quaeritur an aliquis liber sit: ceterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt*).

50 *Si quis in fraudem patronum rem vendiderit vel locaverit vel permutaverit quale sit arbitrium iudicis videamus. Et in re quidam distracta deferri conditio debet emtori utrum malit rem emtam habere iusto pretio an verso a re descendere pretio recepto nequomodo rescindere debemus venditionem quasi libertus ius vendendi non habuerit ne fraudemus pretio emtorem maxime quum de dolo eius non disputetur sed de dolo liberti.*

51 *Si ita praedium venierit, ut, si displicisset, inemptum esset, facilius admittimus, interdictum emtorem habere, si modo est in possessione. Et si rescisso emtionis in alterius arbitrium conferatur, idem erit probandum. Idemque et si ita venisset, ut, si aliquid evenisset, inemptum esset praedium. Et si forte commissoria venierit, idem dicendum est. Cabe decir que el jurista comenta la cláusula edictal del interdicto *quod vi aut clam*, que ostenta carácter restitutorio: *Ulpianus libro LXXI ad Ed. D. 43, 24, 1, 1: "Hoc interdictum restitutorium est..."*.*

Valeriano (293-304). C. 4, 51, 3⁵² ubicado por los comisarios justinianos en materia de enajenación de bienes ajenos, señala que quien por derecho hereditario sucede al vendedor no puede lícitamente rescindir la venta debidamente perfeccionada ni revocar el dominio (*iure perfectam recte venditionem rescindere ac dominium revocare non licet*); tal intangibilidad de la compraventa *iure perfecto* se confirma en otro rescripto también de los emperadores Diocleciano y Maximiano a Marciana (293-304), incluido por los compiladores justamente en materia de rescisión de la venta en C. 4, 44, 3⁵³; la cancillería imperial sustenta su respuesta en la buena fe, la que no permite separarse de una venta contra la voluntad del otro ni aún en virtud de rescripto. Sobre la misma inadmisibilidad de la rescisión de la venta en contra de la voluntad y en el mismo plano de la intangibilidad, todavía los mismos emperadores en otro rescripto a RUFO. C. 4, 44, 5 Diocleciano y Maximiano (293-305)⁵⁴, confirman la regla (... *quodsi iure perfecta venditio est a maiore viginti quinque annis intelligere debes consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse*); igualmente en C. 4, 44, 6⁵⁵ Diocleciano y Maximiano a Graciano, y C. 4, 44, 7⁵⁶ Diocleciano y Maximiano a Mucatraulo, se confirma la regla del carácter irresoluble de la compraventa⁵⁷. Sin embargo, se observa que tal regla parece no ser absoluta, no lo era en el derecho clásico y no lo es aún en el derecho posclásico, donde aparece en escena respecto de la venta una nueva excepción, conectada también al efecto rescisorio, y sustentada en la equidad (*humanum est*); hablamos del instituto de la *dimidia pars veri pretii* del rescripto del emperador DIOCLECIANO reportado en C. 4, 44, 2, la conocida lesión enorme, objeto de esta primera parte de nuestro estudio.

52 *Venditrici succedenti hereditario iure perfectam recte venditionem rescindere ac dominium revocare non licet: sed et si hoc ex persona sua vindicet vel exceptione doli mali si hanc viam elegeris tueri vel evicta re et si defensione monstrata nolueris uti quanti tua interest poteris experiri.*

53 *De contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur nec ex rescripto nostro quo iure fisco nostrum uti saepe constitutum est.*

54 *Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit, sciens, contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit. Quodsi iure perfecta venditio est a maiore viginti quinque annis, intelligere debes, consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse [a. 293-305].*

55 *Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen invitatus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.*

56 *Ratas manere semper factas iure venditiones, vestra etiam interest. Nam si oblato pretio rescindere venditionem facile permittatur, eveniet, ut, et si quod vos laboribus vestris a fisco nostro vel a privato comparaveritis, eadem lege conveniamini, quam vobis tribui postulatis.*

57 Cfr. V. ARANGIO-RUIZ. *La compravendita in diritto romano*, vol. 1, Napoli, 1987, pp. 114 y ss. La regla en materia de compraventa será aquella del "naturaliter se circumvenire" (D. 4, 4, 16, 4 y D. 19, 2, 22, 3), salvo que el vendedor haya recibido menos de la mitad del justo precio (C. 4, 44, 2 y 8), de donde la venta se entiende rescindible.

6. LA PROBLEMÁTICA A LA LUZ DEL TRATAMIENTO ROMANO DEL DOLO. LA BÚSQUEDA DEL FENÓMENO EN LA EDAD CLÁSICA

Si se considera el fenómeno de la lesión como una evolución natural del derecho civil, y que la rescisión en este caso no tuvo como fundamento el hecho objetivo del desequilibrio, por ende, el remedio no habría sido concebido como autónomo en su origen. Esto nos lleva a considerar, en especial antes de revisar la cuestión de su inicio en los conocidos rescriptos de DIOCLECIANO, si existe una relación originaria entre la lesión y la materia de la *exceptio doli*, dada la conducta del *deceptor* en la lesión, y así mismo, el posible tratamiento de la problemática en edad anterior a los rescriptos que más adelante serán analizados y que se consideran tradicionalmente como el antecedente de la *laesio enormis*. Esta afirmación se fundamenta en el hecho que, al margen del uso del término '*rescissio*', el contenido de la tutela concedida varía según los casos: *restitutio in integrum (ob dolum)*, *exceptio doli*, o la acción contractual correspondiente al negocio según el esquema de los *iudicia bonae fidei*⁵⁸; y por otra parte –como se verá más adelante–, ulteriores consideraciones podrían ayudar a esclarecer la interpretación medieval del instituto que lo relacionó expresamente con el dolo, en particular un *dolus re ipsa*, evidente en la *deceptio ultra dimidium*.

El derecho romano concibe un *dolus malus (sciens dolo malo, voluntas data opera)* que se distingue del normal '*licere circumvenire*' permitido en las negociaciones para la celebración de un contrato a título oneroso, y calificado como *dolus bonus*. Según ULPIANO (D. 4, 3, 1, 2), RUFIO definió el *dolus malus* como "*machinationem quondam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur ed aliud agitur...*", y LABEÓN lo definió como "*omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam...*", para el jurista imperial, la de LABEÓN "*vera definitio est*".

Por su parte CICERÓN, en *de off.*, 3. 15. 61, dice que hay un dolo del cual se nos protege mediante una ley (como en la tutela *ex duodecim tabulis*, o en la *circumscriptio* de los *adulescentes* y en la ley *Laetoria*), y uno del cual se nos defiende, incluso *sine lege*, directamente *iudiciis* (como sucede en los casos en los que se juzga '*ex fide bona*'): *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Laetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona.*

A este respecto, debe tenerse presente que el razonamiento de los juristas romanos no es tanto por institutos cuanto por acciones, de manera que la *actio* y la *exceptio doli* no son los instrumentos de tutela frente al dolo, sino que son los instrumentos en los que el dolo emerge *in se* y *per se*, y no como elemento de una relación ya tutelada con otros mecanismos. De esto eran conscientes los romanos desde los

58 Si se acepta la identidad entre el vicio que integra la lesión *ultra dimidium* y las hipótesis de *dolus* y de *metus*, no podría excluirse que el mecanismo utilizado por el vendedor para rescindir la venta pudo haber sido la *actio venditi*, conforme al esquema del *iudicium bonae fidei*, adaptado oportunamente al sistema de la *cognitio extra ordinem*: P. SCIUTO. *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, en *Labeo*, 3/2000, 431.

tiempos de CICERÓN, quien señala cómo ya antes de la invención de la fórmula de dolo de Aquilio GALLO, en el *ius civile* el dolo estaba tutelado por algunas *leges* (p. ej. la *lex Laetoria*), y sin acudir a una ley, en los *iudicia bonae fidei* (CIC., *off.* 3. 15. 61). Ciertamente, la más intensa y fructífera obra de la interpretación jurisprudencial romana está dirigida a extender el ejercicio de la *actio* y la *exceptio doli* fuera de su primitivo campo de aplicación⁵⁹.

AQUILIO GALLO (pretor en el 66 a. C.⁶⁰) habría introducido los mecanismos específicos de las *formulae* de dolo, la *actio* y la *exceptio doli*, pero no ciertamente introdujo un nuevo concepto jurídico, puesto que la posibilidad de una defensa encaminada a contrastar una demanda maliciosa del actor, no puede excluirse debido a la ausencia de *exceptio*, que no constituye el presupuesto de su relevancia procesal; lo que explica una serie de circunstancias injustificadamente olvidadas por la doctrina contemporánea, como p. ej. la insistente legislación contra las *usurae* excesivas, de la que se debieron ocupar las XII tablas (CAT. *de agr. Praef.* 1; TAC. *Ann.* 6. 16. 1-2), y otras intervenciones legislativas en años sucesivos (la prueba está en LIV. 7.21.5-8; TAC. *ann.* 6.16.2; DIO CASS. 37.2); por lo demás, se trata de un tiempo en el cual el proceso se desarrollaba todavía entre ciudadanos romanos, exclusivamente *per legis actiones*.

Ciertamente, la jurisprudencia romana se preocupó por intervenir para desestimular conductas maliciosas que se aprovecharan del formalismo de los actos negociales como instrumento para conseguir ventajas en perjuicio ajeno⁶¹. De esta manera, el llamado a la equidad conduce a esa exigencia de reacción al derecho estricto que connota el nacimiento de la acción y la excepción de dolo, el *factum* doloso podía justificar respectivamente la *actio* o la *exceptio*, si hubiese sido alegada por el actor contra el demandado o viceversa (según Paul. 71 *ad ed.* D. 44, 4, 1, 3). Innumerables son los ámbitos de aplicación de la *exceptio doli*, a menudo unida, en la respuesta elástica que da el jurista a la rigidez del *ius civile*, a la *exceptio pacti*⁶². De modo que un aspecto a tener en cuenta es la inherencia, además de la *exceptio doli*, de las *exceptiones metus* y *pacti*, a los *iudicia bonae fidei*: el demandado no está obligado a introducirlas, puesto que en la valoración del juez, marcada por la *bona fides*, ellas se tienen naturalmente en consideración⁶³.

59 Vide M. BELLOMO, voz "Dolo" (D. intermedio), en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 714.

60 La noticia es de CICERÓN *de off.* 3, 13, 6: "... C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas, in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat: cum esset aliud simulatum, aliud actum...".

61 A. CORBINO. "Eccezione di dolo generale: suoi precedenti", en *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, p. 29.

62 L. LABRUNA. "Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto", en *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 133.

63 R. FIORI. "Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio", en *Eccezione di dolo generale*, cit., p. 65; cfr. R. KNÜTEL. "Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'", en ZSS, LXXXIV, 1967, pp. 133 y ss.

Entre la *exceptio doli* y la *exceptio metus* hay una diferencia: mientras la primera se concibe *in personam*, o sea, indica el sujeto que ha realizado el dolo, la segunda es *in rem scripta* ('*si in ea re nihil metus causa factum est*') [Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 33], es decir, hace referencia al evento, de manera que puede ser opuesta al actor incluso cuando el temor se deba a la conducta de un tercero⁶⁴.

En general, debe observarse además cómo, desde siempre, fue una preocupación presente en el ordenamiento contrastar conductas que, valiéndose de una posición de ventaja, obtuviesen maliciosamente (dolosamente, con intención para ser precisos) beneficios indebidos (Cic. *off.*, 1. 10. 32), y respecto del estado de las fuentes, se observa que no fue tanto un paso improvisado de un ordenamiento sordo a las exigencias de la equidad a uno por el contrario atento a las mismas, cuanto un largo y trabajoso proceso de búsqueda de los remedios adecuados para vencer las malicias de los privados y su aprovechamiento injusto del formalismo negocial, entendido éste como instrumento de garantía⁶⁵.

Como señala DE MARTINO, "en la edad clásica corregir los abusos es un fin y una tendencia de todo el sistema"⁶⁶, así, "el esquema general de la *aequitas*, usado comúnmente para indicar la tutela pretoria de situaciones no protegidas por el *ius civile*, se resuelve todo en la *exceptio doli*, y esta pasa a identificarse con el concepto mismo de defensa"⁶⁷. Esta es, principalmente, la función de la *aequitas* en el derecho clásico: que permite actualizar los mecanismos del *ius vetus* y ampliar la tutela procesal a nuevos casos que se abren paso con el progresivo crecimiento del mercado, y, por lo mismo, de las probabilidades de conductas desleales.

Sabemos, gracias a GAYO (IV, 22), que en edad bastante alta (IV sec. a.C.) algunas leyes habían introducido una *manus iniectio pro iudicato* contra particulares deudores (*lex Publilia*) o incluso contra acreedores que hubiesen reclamado sumas superiores al límite permitido (*lex Furia de sponsu*), y que (IV, 23) en el curso del II siglo a. C. fue introducida, por una *lex Marcia*, la utilización de una *manus iniectio*, esta vez *pura*, *adversus* los *faeneratores* que hubiesen obtenido *usurae* superiores a las permitidas.

En este sentido, resulta verosímil considerar que las lagunas del *ius civile* respecto de remedios que sancionaran un enriquecimiento indebido, fueron colmadas mediante el *ius honorarium*, si se tiene en cuenta, p. ej., que una particular sanción por el enriquecimiento injusto se observa en la *exceptio doli* cuando, en virtud de su fórmula alternativa (*si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*), ella se basa, antes que en estar viciado por dolo el acto jurídico sobre el cual se basa la demanda del actor (*exceptio doli specialis seu praeteriti*), en ser dolosa, por hechos sobrevenidos

64 Cfr. FIORI. Ob. cit., p. 66.

65 El reconocimiento pretorio de la excepción de dolo se representa en la jurisprudencia clásica como "*Werkzeug*" (instrumento de trabajo) de la *aequitas naturalis*: cfr. LABRUNA. Ob. cit., p. 127.

66 DE MARTINO. "Individualismo e diritto privato romano", en *Ann. Dir. Comp. e St. Legisl.*, XVI, 1941, p. 35.

67 M. BRUTTI. *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, p. 720.

y circunstancias concomitantes, la deducción en juicio de la pretensión por parte del actor (*exceptio doli generalis seu praesentis*)⁶⁸. Se concedieron también en otros casos acciones pretorias (*in factum*) de enriquecimiento, encaminadas a obtener la condena del demandado *in id quod ad eum pervenit* o *in quantum locupletior factus est*, siempre con referencia a aquello de lo que se enriqueció inicialmente y no a lo que de dicho enriquecimiento le resta actualmente⁶⁹. El grupo principal lo constituyen las acciones por el enriquecimiento *in quod pervenit*⁷⁰, y junto a estas, análogas acciones por el enriquecimiento contra el titular de la potestad por cuanto derive del delito cometido por el sujeto a esa potestad (v. D. 13, 1, 4).

Es posible entonces que los remedios específicos de la *actio* y la *exceptio doli* hayan nacido como extensión de algunas reglas de tutela del *oportere ex fide bona*, y ello aparentemente se probaría con la *exceptio* de QUINTO MUCIO SCAEVOLA en su edicto de Asia del 94 a.C., citada por CICERÓN (Att. 6. 1. 15: *extra quam si ista negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*). Junto con esto, debe tenerse en cuenta igualmente la paulatina correspondencia entre *iudicia stricti iuris* y *iudicia bonae fidei*, que debió surgir particularmente en la contraposición *bona fides* y *exceptio doli generalis* o *praesentis* (Ulp. 76 ad. ed. D. 44, 4, 4, 18), en otras palabras, entre buena fe y excepción mediante la cual el demandado rechazaba el ejercicio doloso de la *actio*.

También parece probable que a una equivalencia sustancial entre *iudicia bonae fidei* y *iudicia stricti iuris* se haya llegado hacia finales de la jurisprudencia romana, cuando la *exceptio doli* amplió su propia esfera de eficacia y tendió a confundirse con los otros remedios para el demandado dispuestos por el pretor, asumiendo verdaderamente las características de una *exceptio generalis*⁷¹. La *exceptio doli* es pues una parte de la historia del acercamiento entre *iudicia stricti iuris* y *iudicia bonae fidei*.

Así concebida, la *exceptio doli generalis* es un instrumento, de tal manera general, que no se opone a un engaño perpetrado en un negocio (el así llamado *dolus praeteritus*), sino a cualquier comportamiento contrario a la *bona fides*, es decir, a esos cánones genéricos de corrección que debían ser propios de todo tráfico jurídico; comportamiento "doloso" manifestado en una injusta pretensión procesal⁷².

Otro hecho que debe considerarse en el análisis de la cuestión, es el paso de las *legis actiones* a las *formulae*, que consintió no ya la posibilidad de dar relevancia al dolo de la contraparte como circunstancia que pudiese justificar la resistencia

68 Cfr. ULPIANO en D. 44, 4, 2, 3: "... si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere...".

69 Cfr. A. BURDESE. *Diritto privato romano*, 4.ª ed., 1993 (reimpr. 2003), Torino, p. 504.

70 Como se deduce del *complexus* de los pasajes: D. 4, 2, 19; D. 4, 3, 26; D. 4, 3, 27; D. 4, 3, 28.

71 Así FIORI. "Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio", en *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, cit., pp. 72 y ss.

72 L. LABRUNA. *Note su eccezione di dolo generale e abuso del diritto*, cit., p. 127.

del demandado, sino la posibilidad de atribuir a tal defensa un decisivo carácter procesal (que incide sobre el *officium iudicis*)⁷³.

En el sistema de las *legis actiones* el juez está exclusivamente vinculado al derecho civil (pero expresado *legibus et moribus*, según la *interpretatio* que de unas u otras dan los juristas), en las *formulae* él debe tener en cuenta también las específicas instrucciones recibidas por el magistrado (sobre cuyo *imperium* precisamente se basa la fórmula), que puede por tanto imponerle también lo que el *ius civile* no le impone: superar, en particular, la relevancia de las formas⁷⁴.

Por su parte, en el sistema de las *formulae*, la situación cambia; ahora, obtenida una *exceptio*, el llamado a juicio tendrá la certeza que –probado el hecho que la justifica– el juez lo absolverá, estando esto dentro de las nuevas reglas del procedimiento, y, no ya en sus ‘poderes’, sino en sus ‘deberes’ definidos, en la específica actuación procesal, por el magistrado en la *formula* (el vínculo del *iudex* a la fórmula es absoluto, CIC. *verr.*, 2. 2. 12. 30-31).

De este modo se permite observar cómo el valor vinculante de las decisiones pretorias es tal que, cuando se quieren evitar riesgos conexos, se siente la necesidad de subrayar el deber del magistrado de no intervenir, si no en presencia de precisas condiciones de *circumscriptio* manifiesta (*Paul. 1 sent. D. 4, 4, 24, 1*)⁷⁵. Por otra parte, la absolución o la condena del llamado a juicio depende de la importancia que el juez haya dado (siendo evidentemente libre) a las razones de la forma (*ius*) o a las razones de la sustancia (*aequitas*, que no permite premiar las conductas maliciosas, violentas, o que eluden la ley).

Sin duda, la solución del problema está en la *formula* y en la relativa *conceptio verborum* de sus partes, así como también de la *exceptio*, pues ‘*si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*’, no es lo mismo que ‘*extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*’, que constituye, esto último, un autorizado intento de formulación de la *exceptio doli generalis*⁷⁶. Por ello quizás CICERÓN atribuye a AQUILIO GALLO el mérito, no de haber tenido en consideración el dolo, sino de haber predispuerto fórmulas en grado de contrastarlo con eficacia (CIC. *off.* 3. 14. 60); es sólo la *conceptio* de la *formula* la que permite a la circunstancia alegada en defensa (el dolo) asumir una relevancia decisiva, vinculando al juez a pronunciarse en consecuencia.

Considerado todo esto, cabe preguntarse junto con FIORI⁷⁷ ¿qué valor tiene una *exceptio* que se refiere a la buena fe? (Q. MUCIO según testimonio de CIC. *att.* 6. 1. 15). El juez que hubiese leído una *exceptio* en la que no se objetaba específi-

73 Cfr. CORBINO. Ob. cit., p. 46.

74 CORBINO. *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti*, cit., p. 40.

75 El juez está obligado a seguir siempre la *aequitas*, dice CIC. *de inv.*, 2. 4. 12, sin distinción: *in iudicis quid aequum sit quaeritur*, a ceñir su propia conducta a los valores corrientes de los cuales el pretor se constituye expresión y garantía; cfr. el análisis de CORBINO. Ob. cit., p. 44.

76 CORBINO. Ob. cit., p. 44.

77 R. FIORI. Ob. cit., pp. 74 y ss.

camente el *dolus*, ni el *metus*, ni la existencia de un *pactum*, ni una compensación, sino genéricamente la *bona fides*, no habría podido hacer otra cosa que dirigirse a la interpretación jurisprudencial en materia de *oportere ex fide bona*.

La hipótesis de un nexo genético entre la *exceptio muciana* y la *exceptio doli* de AQUILIO GALLO parecería no poder ser acogida. La excepción muciana pertenece a la historia de los *iudicia bonae fidei*, su vínculo con la excepción de dolo corresponde, al máximo, a la relación que hay entre *bona fides* y *dolus malus*: dos principios cuya actuación procesal deriva de las mismas exigencias de *aequitas*, pero que siguió caminos formularios distintos y permitió soluciones de diversa amplitud⁷⁸; sin olvidar que las reflexiones de los juristas sobre la dimensión funcional del remedio se impone en contra de las consecuencias inicuas de la aplicación del derecho en las formalísticas *actiones stricti ius*, y sirve para bloquear solicitudes procesales que pretendan ser instrumento para un ilegítimo enriquecimiento (*dolo facti, qui petit quod redditurum est*: Paul. 6 ad Plaut. D. 44, 4, 8), y de esta manera reestablecer el equilibrio económico entre las partes—lo que señala los problemas más complejos del abuso del derecho en la experiencia romana.

Ahora bien, ¿qué papel juega la *ultra dimidium* de los rescriptos de DIOCLECIANO del III siglo en todo esto? Si se piensa que la desproporción que supera el límite legal es reflejo de unas condiciones inicuas impuestas por un contratante, y, aceptadas por el otro (*laesus*) debido a su estado de necesidad, del cual el primero se aprovecha (*exploitation*) para lucrarse en daño del otro, parece verosímil creer que en edad clásica el mecanismo que tutelaba el tipo de situación apenas descrita, habría sido la excepción de dolo, pero, sin embargo, la *dimidia pars* de los rescriptos imperiales de los años 285 y 293, presenta una complejidad de circunstancias en su interior, particulares matices en su estructura que superan el remedio tradicional para contrastar un indebido enriquecimiento, sin excluir una conducta que puede calificarse bien como dolosa, pero que en materia de lesión calificamos de 'aprovechamiento', 'nutzung', o 'exploitation'.

Pero volvamos al efecto rescisorio; ya se señaló en las anteriores referencias el amplio campo del efecto rescisorio en algunas fuentes romanas⁷⁹, efecto que se muestra, en general, como anulación o cancelación de un acto, si bien con motivos diversos pero con algo en particular: restablecer siempre un estado equitativo

78 R. FIORI. Ob. cit., p. 87.

79 La "sutileza" de los confines entre rescisión, nulidad y anulabilidad, al menos en Italia, estaba todavía presente bajo el Código Civil de 1865, cfr. A. PICCIRILLO. voz "Rescissione", en *Novissimo Digesto Italiano* (d. romano), cit., p. 574; dicha "sutileza", especialmente entre nulidad y rescisión, acompaña toda la interpretación secular; incluso ya antes en el Código Civil francés de 1804 es confuso el lenguaje (cfr. arts. 1109, 1111, 1116 y 1117), esto lo evidenciaba ya GARCÍA GOYENA en el comentario a la sección X del Proyecto de Código Civil español de 1851 que excluyó la lesión, y el comentario al artículo 1164 del mismo proyecto: cfr. F. GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpr., Madrid, Universidad de Zaragoza, 1952; en el mismo sentido también VELEZ SANSFIELD en nota al artículo 943 del Código Civil argentino de 1869 que también excluyó la lesión.

de cosas⁸⁰; así, tal efecto rescisorio puede ser aplicado en la compraventa como excepción a la intangibilidad de la misma, siempre que se trate de especiales circunstancias, como por ejemplo de restitución por entero al menor de 25 años, o de venta hecha en fraude de los acreedores; sin embargo, a partir de DIOCLECIANO encontramos una nueva situación en virtud de la cual se somete la venta al efecto rescisorio, esto es, cuando no se ha pagado el justo precio que debía ser al momento del contrato, configurándose la que llamamos lesión enorme, y por la cual decimos que se rescinde el contrato, de allí que, de haber lesión, se configura un desequilibrio de carácter inicial, pero con una particularidad, la opción de conducir a la equidad, al equilibrio, esto es, reequilibrar las prestaciones; en el caso concreto del origen de la figura, completar el justo precio. Una decisión así entrará en tensión con la fuerza vinculante de la compraventa consensual, y, en especial, con la libertad contractual de las partes en cuanto a la determinación del precio⁸¹.

Este camino ha sido ampliamente recorrido por la más aguda y autorizada doctrina, pero resulta importante reflexionar acerca de cuál sea el valor actual del instituto, revisar la ubicación hoy de la materia y su relación con la protección en caso de contrato celebrado en estado de necesidad o de peligro, y, verificar así nuevamente su ámbito de aplicación y los remedios establecidos a partir de sus elementos estructurales, elementos estos que deben ser analizados desde el posible o los posibles orígenes de la figura, su lectura secular y su explicación a la luz de la ciencia jurídica, teniendo en cuenta sus vicisitudes y tratando de especificar de cuál principio jurídico se informan.

La indagación romanista es de vital importancia, pues, en aras de encontrar la mejor comprensión de un instituto, siempre es altamente conveniente remontarse a su origen para tener el conjunto completo de la *ratio* en que se funda, observar sus transformaciones y la suerte que ha tenido y tiene especialmente hoy en las codificaciones modernas. Según Patrizia SCIUTO⁸², la así llamada *laesio enormis* en su estado actual solo se parece a aquella del *Codex repetitae praelectionis* apenas en la etimología del nombre; dice la autora que el ámbito actual de aplicación del instituto no se compadece con su tratamiento original, además de ser fruto de una errónea reconstrucción dogmática; pero, ¿acaso debería ser siempre así? ¿Acaso la ciencia jurídica permanece inmóvil?, son precisamente esos cambios la prueba de la plasticidad de la experiencia, en especial de aquella jurídica.

La abstracción y generalización del saber jurídico contenido en el *Corpus* fue el trabajo fundamentalmente aportado por la ciencia jurídica de los siglos XVIII y

80 Acerca del efecto rescisorio y su relación con la restitución por entero y en general el problema de la llamada "anulabilidad", cfr. L. RAGGI. *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, cit., cap. VI, pp. 242 y ss.

81 Acerca de la intangibilidad de la compraventa cfr. C. 4, 44, 3 (293-304); C. 4, 44, 4 (293-305); C. 4, 44, 5 (293-305); C. 4, 44, 6; C. 4, 44, 7; C. 4, 44, 8; C. 4, 44, 13; C. 4, 44, 16; C. 4, 45, 1 y 2.

82 *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, en *Labeo*, 3/2000, p. 432.

XIX, y es que, ciertamente, la manera en que los juristas dan la *rerum notitiae* depende mucho de su entera *forma mentis*, en fin, de su *Weltangshauung*. Lo que no cambia es la estructura básica inicial de un instituto dentro del sistema; es el desarrollo dado por la ciencia jurídica al punto de revisar su importancia y justificación actual y no esencialmente la correspondencia entre su planteamiento inicial en las fuentes romanas y su ubicación a partir del dictado legislativo de la codificación. Claro está, siempre que tal ubicación sea determinante, que limite la total y correcta operatividad del instituto en términos de justicia contractual; argumento importante que evidencia SCIUTO⁸³, ese más general de la actual noción de rescisión, su fundamento y el problema de su ubicación dogmática, especialmente a partir del dictado del Código Civil italiano vigente (arts. 1447 y 1448) que la circunscribe a la lesión enorme y a la figura del contrato en estado de necesidad y aquel en estado de peligro, concediéndole independencia y buscando eliminar el problema de la terminología.

No obstante, la interpretación del instituto de la lesión puede hacerse desde un punto de vista distinto al de sus efectos: una visual más acorde con el principio que informa la figura (la equidad) y el fin que se propone en materia contractual (el equilibrio, reflejo de la imposición de esa equidad) en la satisfacción mutua de los contratantes; todo lo que, en últimas, propende por una justicia contractual. Por esto, el intento de reconstrucción del instituto de la lesión atiende no tanto a exigencias sistemáticas, lógicas o incluso éticas, sino simplemente al deseo de remover una evidente injusticia.

Me atrevo a pensar que la ciencia jurídica actual debe continuar la sistemática en esta ocasión bajo la horma de los principios que informan el sistema.

En el *Codex repetitae praelectionis* libro IV, se lee en la rúbrica del título 44, *de Rescindenda emptione*, y se elencan rescriptos —en gran medida del emperador DIOCLECIANO— en los que se afirma la libertad contractual respecto de la determinación del precio en la compraventa, así como también dos rescriptos que se constituyen en una excepción a tal principio de libertad. La cuestión se coloca principalmente sobre dos constituciones imperiales llegadas a nosotros en C. 4, 44, 2 (a. 285) y C. 4, 44, 8 (a. 293), las dos del emperador DIOCLECIANO; la discusión acerca de la autenticidad del rescripto de 44, 2 fue tratada sólo a partir de THOMASIVS (†1728), luego ya en el siglo XIX por GRANDEWITZ, a quien contestó, con dura crítica en 1916 LANDO LANDUCCI, y, a éste último lo hizo en 1921 SIRO SOLAZZI⁸⁴. De aquí en adelante, la cuestión ha sido ampliamente considerada en la doctrina romanista y civilista de occidente.

83 *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, cit., p. 412 nota 30.

84 Para O. T. SCOZZAFAVA. "Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XXXII, 1978, pp. 309 y ss., SOLAZZI habría comprobado definitivamente la interpolación de la *lex secunda*, no obstante, las posiciones de la doctrina están aún encontradas.

7. AUTENTICIDAD DE LOS RESCRIPTOS. LA POLÉMICA GRADENWITZ-LANDUCCI

El comportamiento oscilante de la jurisprudencia de la edad clásica frente al problema del contrato desequilibrado fue definitivamente superado con la sanción de la lesión *ultra dimidium*; y si bien resulta verosímil que la atenuación de los rígidos esquemas del *ius civile* se haya debido también a la influencia de doctrinas cristianas, por otra parte debe someterse a revisión la opinión según la cual la aparición de la *laesio enormis*, en su carácter innovativo respecto del orden jurídico precedente, fue la consecuencia natural de la doctrina moral del justo precio.

El origen del instituto de la lesión parece encontrarse mencionado en dos rescriptos, el primero del año 285 y el segundo del 293, proferidos por la cancellería de DIOCLECIANO e incluidos por la comisión de JUSTINIANO en:

C. 4, 44, 2 Immpp. *Diocletianus et Maximianus A.A. Aurelo Lupo: Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretio te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* PP. Vk. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons. [a.285]

C. 4, 44, 8 Idem AA. Et CC. *Aureliae Euodiae: Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortui vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditor de eo quod petierat detrabente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto prospiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ulla rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii disceparationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda.* D.K Dec. AA. Cons. [a.293]

El primero de los rescriptos, la célebre *lex secunda*, llamada a partir de UGO-LINO en sus *Dissensiones Dominorum*, sin más, *laesio enormis*, ¿reforma antejustiniana u obra de los comisarios justinianos? La pregunta permanece aparentemente sin respuesta y ha sido el centro de la discusión romanista en esta materia. Durante siglos la cuestión pasó inadvertida; fue THOMASIVS⁸⁵ el primero en elevar una crítica sobre la autenticidad del rescripto, y no extraña la expresión con que presenta su disertación: *de aequitate cerebrina* (una equidad bizantina)⁸⁶. En 1889, el

85 C. THOMASIVS. *Dissertationum academicarum*, vol. 4, Halae Magdeb p. 1706, Diss. LXXII de *aequitate cerebrina legis II Cod. de rescindenda venditione eiusque usu pratico*, pp. 62 y ss.

86 Según C. THOMASIVS. *Dissertationum academicarum*, cit., pp. 1200 y ss., sólo la medida *ultra*

romanista alemán OTTO GRADENWITZ se pronunció⁸⁷ sobre el rescrito de C. 4, 44, 2 y 44, 8, y los señaló como notables ejemplos de interpolación: Si DIOCLECIANO realmente hubiese hablado de una venta hecha en tales condiciones –dice GRADENWITZ–, ¿por qué no lo habría dicho inmediatamente, en vez de poner el agregado "*minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*"?, continua el autor afirmando que considera interpolado en la Ley 8.^a toda la parte que va desde *nisi minus* hasta el final, DIOCLECIANO no habría podido referirse así en 293 a un rescrito del 285, afirma GRADENWITZ; pero agrega un argumento adicional, la presencia en el *Codex Theodosianus*⁸⁸ de una serie de constituciones posteriores a DIOCLECIANO en las que se excluye una posible rescisión por lesión y, además, una de tales leyes en su inserción en el *Codex Iustiniani* habría sufrido una interpolación al decir "*paullo minoris pretii nomine*" en vez de "*pretii nomine vilioris*", siendo así coherente según el a. con el nuevo instituto de la rescisión por lesión. Es la propuesta de GRADENWITZ, duramente criticada por LANDUCCI que consideró el instituto como creación diocleciana⁸⁹; más recientemente siguen esta última postura KAROLY

dimidia en C. 4, 44, 2 sería justiniana; escribe el jusnaturalista alemán: "*Ut vero palpabiliter sentias ut Tribonianus eam falsam aequitatem propagaverit vel etiam novo invento ornaverit sic paucis rem tene Initio non est vero dissimile, Diocletianum in lege nostra simpliciter respondisse, rem venditam ob minus pretio quodeumque (quod tamen alicuius momenti esset), posse rescindi, adeoque non sitinxisse inter laesionem infra aut supra dimidium*"; además, CHRISTIAN THOMASIIUS, activo en Halae y muerto en 1728, se mostró como severo crítico del derecho romano (G. WESEBERG y G. WESENER. *Storia del diritto privato in europa*, Padova, 1999, p. 191); no extrañan sus palabras elevando crítica a los justinianos por dejarse seducir de la que llama *humanitate cerebrina*, dice el jurista alemán: "*collectores iuris iustiniani, humanitate illa cerebrina prioris rescripti semel inescati, cum posterius Diocletiani rescriptum viderent cum priori non bene convenire, putarunt distinctione illa inter minus dimidium et dimidio non minus duo ista rescripta conciliari posse rell.*"; dura es la crítica del cultísimo THOMASIIUS, el error, en su sentir, sería debido a la ignorancia de los justinianos: "*Totus hic error communis debetur ignorantiae speculi Justiniani...*" (THOMASIIUS. Ob. cit., 62 §10); cfr. L. LANDUCCI. "La lesione enorme nella compra e vendita, esame storico-critico d'una rinnovata proposta di interpolazioni iustinianeae", en *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze lettere ed arti*, LXXV, 1915-1916, nts. 70 a 78.

87 O. GRADENWITZ. "Interpolazioni e interpretación", en *BIDR*, II 1889, p. 14.

88 C. th. 3, 1, 1 (319); C. th. 3, 1, 4 (383); cfr. con C. 4, 44, 15.

89 L. LANDUCCI. *La lesione enorme nella compra e vendita*, cit., pp. 1189 y ss.; antes de LANDUCCI, ya GLÜCK y WINDSCHEID no dudaban que fuese de DIOCLECIANO la reforma. Las críticas de LANDUCCI corren a lo largo de todo el artículo en el que en más de 70 páginas se revela en contra de GRADENWITZ, tal como afirma S. SOLAZZI. "L'origine storica della rescissione per lesione enorme", en *BIDR*, 31, 1921, pp. 51 y ss. Luego del incisivo artículo de LANDUCCI, SIRO SOLAZZI opinó también en el *Bullettino* en defensa de GRADENWITZ, BONFANTE y FERRINI atacados por LANDUCCI; el grado de la discusión lo dicen las palabras de SOLAZZI: "*Il mio articolo è stato scritto nell'autunno del 1917 ed è vivace nella protesta contro le sciocchezze che volevano essere manifestazioni d'italianità e di patriottismo*" (SOLAZZI. Ob. cit., p. 51 n. 1); más adelante se lee: "*Il Landucci scrive senza risparmio, perchè è afflito dall'idea che i romanisti italiani abbiano negato a Diocleziano la paternità dell'istituto solo per obbedienza al detto di un romanista tedesco. Facit indignatio versus! Se non che la nostra dottrina resiste al verboso attacco*" (ibíd., p. 52). Piensan que el origen es justiniano: O. GRADENWITZ. "Interpolazioni e interpretación", en *BIDR*, II 1889, p. 14; FERRINI. *Pandette*, 2.^a ed., 1904, p. 681; P. BONFANTE. *Diritto Romano*, Firenze, 1900, p. 387; PEROZZI. *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1908, p. 220; E. COSTA. *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1911, p. 391; S. SOLAZZI. "L'origine storica della rescissione per lesione enorme", en *BIDR*, 31, 1921, pp. 51 y ss.; E. ALBERTARIO. "Iustum pretium et iusta aestimatio", en *BIDR*, 31, 1921, pp. 1 y ss.;

VISKY⁹⁰, OBRAD STANOJEVIC⁹¹, GIULIANO CRIFÒ⁹², MICHAELA REINKENHOF⁹³, PATRIZIA SCIUTO⁹⁴, J. GARCÍA SÁNCHEZ⁹⁵, RICCARDO CARDILLI⁹⁶, entre otros. Intermedia puede decirse es la postura de TAPANI KLAMI⁹⁷ y BOUDENWIJN SIRKS (?)⁹⁸.

Para LANDUCCI⁹⁹, no resulta claro dónde observa GRADENWITZ la interpolación de la ley 2, inicialmente habla del *tu vel*, y finalmente, más adelante, pone en duda todo el agregado *minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*, de modo que si se quita el *tu vel* y el *minus autem* hasta el final, lo único espurio sería la medida de la mitad del verdadero precio, mas no, empero, el instituto de la rescisión por lesión de la venta hecha *minoris pretii*. En mi sentir, una hipótesis interesante en cuanto al origen del rescripto del 285, es aquella que sigue CARDILLI¹⁰⁰ conforme a los planteamientos de HONORÉ¹⁰¹, según la cual habría sido el *magister libellorum* Gregorio el redactor del rescripto, y que probablemente mediante el *Codex Gregorianus* habría llegado a manos de los justinianos¹⁰².

- P. DE FRANCISCI. "Iustum Premium", en *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Le Monnier-Firenze, Felice, pp. 211 y ss.; V. ARANGIO-RUIZ. *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 144; P. S. LEICHT. "Laesio enormis et justum Premium", en *Studi in onore di C. Calisse*, 1, Milano, pp. 37 y ss.; G. MIRABELLI. *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951; S. DI MARZO. *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1950, p. 265.
- 90 K. VISKY. "Appunti sulla origine della lesione enorme", *Iura* 12, 1961, pp. 40 y ss.
- 91 O. STANOJEVIC. "Laesio enormis et contadini tardoromani", en *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana VIII*, Perugia, 1983, pp. 217 y ss.
- 92 G. CRIFÒ. "A proposito di humanitas", en *Ars boni et aequi Festschrift für Wolfgang Waldstein*, zum 65 Geburtstag, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1993, p. 83 nota 52.
- 93 M. REINKENHOF. "Die Anwendung gemeinen Rechts in der Republik San Marino", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 1997, pp. 321 y ss.
- 94 P. SCIUTO. "Sulla c.d. rescissione per lesione enorme", en *Labeo*, 3/2000, pp. 404 y ss., quien afirma (p. 412) que la dificultad para encontrar claridad al instituto se debe, en primer lugar, a una errada colocación medieval que conecta el concepto de rescisión a la constitución justiniana, y en segundo lugar, a la reconstrucción de la dogmática moderna que ha pretendido dar autonomía al instituto rescisorio.
- 95 J. GARCÍA SÁNCHEZ. "La laesio enormes", *RIDA*, 3.ª serie, t. XLVIII, 2001, p. 119.
- 96 R. CARDILLI. "Bona fides" tra storia e sistema, Torino, 2004, pp. 111 y ss.
- 97 H. T. KLAMI. "Laesio enormis in Roman law?", *Labeo*, 33, 1987, p. 63.
- 98 B. SIRKS. "Quelques remarques sur la possibilité d'une règle dioclétienne sur la rescissione d'une vente à cause de lésion énorme", en *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana V*, Perugia, 1983, 47.
- 99 L. LANDUCCI. *La lesione enorme nella compra e vendita*, cit., pp. 1193; 1236 notas 38, 48 y 49
- 100 R. CARDILLI. "Bona fides" tra storia e sistema, cit., p. 117.
- 101 T. HONORÉ. *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1981, pp. 114 y ss.; cfr. G. G. ARCHI. *Giustiniano Legislatore*, Bologna, 1970, pp. 22 y ss.
- 102 Nótese que también lo advertía THOMASIIUS. *Dissertationum academicarum*, cit., pp. 62 y ss.: "His suppositis probabile est, Tribonianum has leges Diocletiani deprehendisse in Codice Gregoriano et Hermogeniano..."; cfr. L. LANDUCCI. *La lesione enorme nella compra e vendita*, cit., 1242 (54) n. 75 y nota 92, para quien, no obstante, falta una prueba segura; cfr. también S. SOLAZZI. *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, cit., 71.; importante también el hecho de que los códigos gregoriano y hermogeniano hayan sido considerados como obras de *ius* por cierta corriente del pensamiento a ellos contemporánea, como afirma G. G. ARCHI. "Sulla cosiddetta 'massimazione' delle costituzioni imperiali", *SDHI*, 58, 1986, p. 165, y en p. 183 observa el autor: "È certamente esistita nel IV e V sec., nell'ambiente della cultura giuridica, una corrente, che ha apprezzato come autonoma creazione l'attività di quei giuristi, che ancora come GREGORIO

El rescrito está dirigido a AURELIO LUPO, quien se lamenta de la venta de una cosa (¿fundo?) de mayor precio hecha por su padre a un precio menor, tal como se desprende del tenor literal de la decisión (*Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit...*), acto seguido, el fundamento de la intervención imperial, una solución más conforme al hombre (... *humanum est...*)¹⁰³, aquella de la restitución¹⁰⁴

ed ERMOGENIANO hanno raccolto i rescritta imperiali, facendo opera di scelta e di sistemazione". Ya B. WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*, cit., p. 131 n. 2 consideraba el instituto de origen diocleciano.

103 En fulcro fundamental se erige la *humanitas*, como criterio que sustenta la decisión imperial; acerca de *humanitas*, cfr. G. CRIFÒ. *A proposito di humanitas*, cit., pp. 79 y ss., para quien en la *humanitas* se reconoce sin duda el mismo valor y la misma función expresadas por la *aequitas*; cfr. R. CARDILLI. "*Bona fides*" tra storia e sistema, cit., p. 122, quien observa el *humanum est* en términos de desviación del *ius vetus*, donde la motivación corresponde más a una razón moral (*humanitas*), dice el autor "nella quale forse è sintetizzato un problema economico sociale, come la tutela dei piccoli proprietari terrieri dai *potentiores*" (CARDILLI. Ob. cit., p. 122 nota 19); cfr. J. GARCÍA SÁNCHEZ. *La laesio enormis*, cit., p. 122; relevante también en el sentido que explica A. PALMA. *Benignior interpretatio*, Torino, 1997, p. 3: "Sul piano dello sviluppo storico del fenomeno giurisprudenziale romano è ormai del tutto consolidata la constatazione che termini come *humanitas*, *benignitas* ecc. costituiscono il fondamento esplicito delle motivazioni giuridiche a cominciare dall'età adrianea, epoca in cui i giuristi, partendo dall'ambito del *ius novum* e della *cognitio imperiale*, assegnano a se stessi il ruolo di rifondatori delle regioni di una nuova giuridicità, contrassegnata dal perseguimento quotidiano del *bonum et aequum*, ed in misura sempre più ampia perciò libera dal peso di una nobile ma ingombrante tradizione, rispetto alla quale, peraltro, mai i prudentes avevano assunto un ruolo eccessivamente fideistico"; para F. SCHULZ. *Principles of roman law*, Clarendon Press, Oxford, 1936, pp. 189 y ss., la palabra *humaitas* es una creación original romana, cuyo concepto compromete educación moral e intelectual, pero también amabilidad, virtud y simpatía; en el tardo *Usus modernus* observaba en el *humanum est* la equidad, F. GLÜCK (†1797). *Commentario alle pandette*, lib. XVIII, Milano 1888-1907, p. 866. En su imponente obra de comentario a las *pandectas*, el diligente jurista expresa respecto de la *lex secunda* (cito de la trad. italiana): "Un secondo e più forte argomento lo si desume da ciò che gli Imperatori fanno consistere nell'equità il fondamento de la loro decisione. Ora questa equità non ha manifestamente la propria base in uno speciale favore per il venditore, ma bensì nell'enorme lesione dello stesso. Il beneficio di questa legge è quindi un *beneficium causae, non personae*".

104 Importante y significativo el planteamiento de R. CARDILLI. "*Bona fides*" tra storia e sistema, cit., p. 121: "Sul piano degli strumenti tesi a riportare le conseguenze giuridiche della vendita allo stato precedente ad essa, la terminologia del rescritto sembra indicare la strada della *restituito in integrum cognitioria*, la quale sarebbe inclusa in un'*actio rescissoria*". En este sentido y en general sobre la *actio rescissoria*, afirma E. CARRELLI. "*L'actio Publiciana rescissoria*", en *SDHI*, 3, 1937, p. 20, que la *actio rescissoria* y la *actio restitutoriae* tienen su origen en un provvedimento puesto en acción por el pretor caso por caso, de modo que vienen estas dos acciones a conectarse con uno de los más importantes institutos del derecho pretorio: la *restituito in integrum*; en todo caso, CARRELLI (op. cit., p. 31) afirma que una *actio rescissoria* independiente de la *restituito in integrum* no ha existido jamás ni en el derecho clásico, donde antes que hablar de *iudicium rescissorium* se entiende referirse a una ya concedida *restituito i.i.*, ni en el derecho justiniano, donde el reajuste de algunos textos puede hacer pensar en una acción de tal género; esto último lo justifica así el autor: "ciò è dovuto da una parte al fatto che, avendo i compilatori fuso i due editti riguardanti l'*actio metus* e la *restituito in integrum propter metum*, ciò ha provocato necessariamente una *contaminatio* fra i due mezzi, dall'altra alla mutata natura della r.i.i. nel diritto giustiniano, il cui fondamento sin dall'età post-classica si è spostato dall'imperium del magistrato alla legge", concluye el autor (op. cit., p. 39) que "... i numerosi testi, che si richiamano ad un'*actio rescissoria*, nel pensiero dei giuristi classici, si riferiscono a quella azione che veniva concessa dal pretore in conseguenza della r.i.i. da

de precio y cosa (... *ut vel pretium te restituyente emptoribus fundum venditum recipias...*) siempre conforme a la *auctoritas* del *iudex* (... *auctoritate intercedente iudicis...*), a menos que el comprador (*emptor* y no ya *emptoribus* como se lee al inicio) elija completar el justo precio (... *vel si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipies...*); una aclaración final: se considera que el precio es menor (... *minus autem pretium esse videtur...*) si no se hubiere pagado ni siquiera la mitad del verdadero precio (... *si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*).

La reflexión exegético-gramatical del rescripto presenta interesantes matices, por ejemplo el inicio con "*Rem...*" y luego el cambio a "*fundum*"; el "*tu vel pater tuus*" y luego el verbo en 3ª persona "*distraxit*"; también al inicio se refiere a los compradores "*emptoribus*" y luego al comprador "*emptor*"; el "*recipias*" inicial es subjuntivo y el "*recipies*" después está en modo indicativo futuro; igualmente compleja de explicar es la referencia al "*humanum est*"; y en últimas, la relación entre *maioris et minoris pretii*, e *iustum et verum pretium*.

Si aceptamos la hipótesis de GRADENWITZ y quienes lo siguen, y damos por interpolado el *si tu vel pater tuus* y el inciso final *minus-sit*, el emperador habría concedido sólo la restitución, es decir, la rescisión de la venta a *minor pretium*, y los comisarios habrían solamente agregado el criterio de la *dimidia pars*, lo que mantendría el origen del instituto en el 285; sin embargo, eso no resuelve la duda acerca del *rem* y el paso a *fundum*, que, no lo dice GRADENWITZ, pero podría estar relacionado con una idea de generalización del instituto esta vez sí de mano justiniana¹⁰⁵.

Imposible, a mi juicio, determinar una interpolación en el *humanum est*, dado su amplio uso sobretodo a partir de la época posclásica¹⁰⁶. No obstante, no parece

lui operata..."; observaba en la *lex secunda* el remedio de la *restitutio in integrum* JOHANNIS VOET (1647-1713). *Compendium juris juxta seriem pandectarum, adjectis differentiis juris civilis et canonici ut et definitionibus ac divisionibus praecipuis secundum institutionum titulos...* accurante U. J. D. rev. d. O. FIGHERIO, Neapoli: apud Dominicum Terres, 1774, p. 250.

105 Se trata del llamado "poder legislativo" del *princeps* (*princeps legibus solutus est*), que es en el fondo manifestación de la voluntad de éste más que cualquier otra cosa, independientemente del evidente diálogo entre *princeps* y jurisprudencia, e interesante resulta observar el valor general que paulatinamente fueron asumiendo los *rescripta* especialmente a partir del IV siglo. Cfr. G. G. ARCHI. "Sulla cosiddetta 'massimazione' delle costituzioni imperiali", *SDHI*, 58, 1986, pp. 161 y ss.; a ello puede unirse la idea de una 'massimazione' de las constituciones imperiales, de lo que se observa con aparente lógica la intención de los compiladores de modificar por ejemplo C. 4, 44, 2 aparentemente en el '*rem*' para procurar un alcance más general, refiriéndose ya no sólo al 'fundo' (*fundum*) sino a cualquier 'cosa' (*rem*); F. GALLO. "Sul potere normativo imperiale", en *SDHI*, 48, 1982, pp. 413 y ss., habla del 'poder normativo' imperial, y afirma que tal argumento en la literatura no refleja el estado de las fuentes. Referido a la generalización del *fundum* a *rem* y de allí pensar en ampliar el remedio al comprador y a todos los contratos sinalagmáticos, opinaba B. WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*, cit., p. 131 n. 2, que no existe base alguna para una interpretación extensiva en la que el remedio se amplíe también al comprador y similarmente a todos los contratos sinalagmáticos. Decía el famoso jurista alemán que había sido una práctica general aquella que da también al comprador el derecho de rescindir la venta por causa de lesión en más de la mitad.

106 Como bien lo señala G. CRIFÒ. *A proposito di humanitas*, cit., p. 79, gracias a nuevos testimonios ha sido abandonada la vieja opinión sostenida por KRÜGER y compartida por SCHULZ,

decisiva la referencia general a la equidad expresada en el inciso *humanum est*, puesto que, si se observa con atención, también un contrato desproporcionado en la medida *infra dimidium* podría resultar inicuo, y entonces se presentaría una incongruencia entre el criterio adoptado y el principio sostenido; tampoco se puede considerar resuelta la cuestión afirmando simplemente que el instituto de la lesión representó una total novedad respecto de la experiencia jurídica precedente. Quizás no se trata de una verdadera y propia innovación, sino de una evolución natural del derecho clásico, el cual, sin haber elaborado aún el concepto de *dolus incidens*, se encontraba a menudo en una posición de incerteza en cuanto a los confines exactos entre *dolus bonus* y *dolus malus*¹⁰⁷. Al margen de esta última consideración, no puede negarse que una tradición interpretativa que se remonta quizás a la edad antoniana, contribuyó incluyendo valores jurídicos que permitieron al jurista actualizar los más antiguos institutos del *ius civile*, además, la *ratio humanitatis* puede interpretarse como parámetro para la adecuación de los principios jurídicos antiguos a la realidad actual; así, la *humanitas* podría entonces calificarse como un 'standard', en cuanto criterio de hetero-integración, basado en conceptos meta jurídicos que, según la opinión común, operan en la realidad social¹⁰⁸.

La interpolación que observa GRADENWITZ parece no cambiar el origen de la lesión, a menos que se pensara en una manipulación tal que rehiciera el entero rescripto –y entonces ¿por qué mantener la inscripción de DIOCLECIANO?–, aceptando extremos, el rescripto sólo podría estar interpolado en *rem* y, eventualmente, en el inciso final *minus-sit*, pero, como quiera que sea, la rescisión por lesión parece haber sido introducida por DIOCLECIANO. Al margen del problema originario, la cuestión es de importancia secundaria, lo que interesa es comprender la *ratio* del instituto, y de este modo proporcionar una explicación lógica a la solución técnica escogida, en especial al criterio de la mitad.

El análisis del rescripto del 285 se enlaza con aquel del 293 atrás citado incluido en C. 4, 44, 8 también del emperador DIOCLECIANO. En esta ocasión la cancellería se dirige a AURELIA EVODIA, esta vez, seguramente, es el *magister libellorum* HERMOGENIANO quien escribe: EVODIA se lamenta de la venta de un fundo hecha por un

de que cada vez que se encontraba la palabra *humanitas* en textos de proveniencia clásica, ello debía considerarse una interpolación. Un profundo estudio acerca de la *humanior interpretatio* en época clásica realizó A. PALMA. *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da adriano ai severi*, Torino, 1992. La *humanitas* en la literatura, p. ej., de SÉNECA, es un valor moral con precisa ubicación en la *paideia* del *bonus vir* (SEN., *Ep.* 88.30: *Humanitas vetat superbum esse adversus socios...*); se trata de una virtud que veta la *superbia* en las relaciones sociales, veta la avaricia, el egoísmo, e impone respecto de todos un comportamiento amable y cordial en las palabras, en las acciones y en los sentimientos.

107 Cfr. G. SCHIAVONE. *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 72.

108 Es plausible considerar, a la luz de las fuentes, la presencia en la cultura jurídica del III siglo de valores de equilibrio, adoptando como fundamento decisiones que superaban el *strictum ius*: cfr. A. PALMA. *Humanior interpretatio*, cit., en especial pp. 75, 84 y 152; cfr. también NÖRR. "Spruchregel und Generalisierung", en *ZSS*, 89, 1972, pp. 18 y ss.

hijo suyo y con su autorización (*Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit...*), la cancillería le contesta diciendo que debe probarse el dolo por la astucia y la insidia del comprador, o se debe demostrar miedo de muerte o inminente tormento corporal (... *dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortui vel cruciatus corporis imminens detegi...*), para que no se considere válida la venta (... *ne habeatur rata venditio...*), luego, el razonamiento, pues al parecer EVODIA afirma que se vendió por precio un poco menor *paulo minori pretio*, esto sólo, que se vendió por precio un poco menor no es suficiente para rescindir la venta (*Hoc enim solum quod paulo minori pretio fundum venundatum significas ad rescindendam emptionem invalidum est...*), y se refiere aquí HERMOGENIANO al *quid* de la cuestión, la *substantia* del contrato de compraventa¹⁰⁹, en el que el comprador siempre busca comprar por menos y el vendedor vender por más, y así poco a poco llegan a un acuerdo sobre el precio (... *quod si videlicet contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi venditor cariore distrabendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones paulatim venditore de eo quod petierat detrahente emptore autem huic quod obtulerat addente ad certum consentiant pretium...*); si EVODIA hubiese sido consciente de ello, vería que ni la buena fe permite ni razón alguna concede que se rescinda un contrato terminado por el consentimiento argumenta el rescripto (... *profecto perspiceres neque bonam fidem quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii disceptionem...*)¹¹⁰, y para finalizar, la aclaración que para algunos, junto con el *paulo minori pretio*, es intervención justiniana, y que recuerda directamente al rescripto de ocho años atrás en 285: ... *nisi minus dimidia iusti pretii quod fuerat tempore venditionis datum est electione iam emptori praestita servanda (a no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio que había sido al tiempo de la venta, debiéndosele reservar al comprador la elección ya concedida)*¹¹¹.

109 De conformidad con el principio de libertad de las partes en la determinación del precio, la regla de POMPONIO incluida en *Ulpianus libro XI ad Edictum*. D. 4, 4, 16, 4: "*Idem Pomponius ait in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*"; protegido por la fuerza vinculante de la compraventa consensual, que expresa PAULO *Libro XXXIII ad Edictum*. D. 18, 5, 3: "*emtio et venditio sicut consensu contrahitur ita contrario consensu resolvitur antequam fuerit res secuta...*", todo lo que entra en tensión con el efecto rescisorio; para LANDUCCI. *La lesione enorme nella compra e vendita*, cit., p. 1204 (16) no hay duda que las dos constituciones a LUPO y EVODIA tienen carácter excepcional y están dominadas por el principio de la libertad contractual, además de establecer a éste un límite extremo.

110 Nótese que los comisarios, al introducir el título *de rescindenda emptione*, no dejan de incluir rescriptos que afirman el principio de libertad contractual –en términos de libre determinación del precio– en la venta; cfr. especialmente C. 4, 44, 3; 44, 5; 44, 13.

111 La cuestión del "justo precio" presenta serio análisis; cfr., para una noción, E. ALBERTARIO. *Iustum pretium e iusta aestimatio*, cit., pp. 1 y ss.; P. DE FRANCISCI. *Iustum pretium*, cit., pp. 211 y ss.; P. S. LEICHT. *Laesio enormis e iustum pretium*, cit., pp. 37 y ss.; representativa la opinión de S. SOLAZZI. *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, cit., p. 377, quien reconoce que la idea del justo precio y de la necesidad de que existiese un equilibrio entre las prestaciones contractuales, había ya penetrado en la conciencia social mucho antes de JUSTINIANO, pero atribuye al arbitrio legislativo la fijación del límite de la mitad.

GRADENWITZ sostiene interpolado el trayecto que va desde *nisi minus* hasta *praestita servanda*, dice el autor que la frase está interpolada sea por la forma sea por el sentido, pues DIOCLECIANO no se habría podido referir así en 293 a un rescripto del 285¹¹²; sostiene además que el *nisi minus-servanda* no se compadece con el entero discurso del rescripto que hasta ese momento es desfavorable a EVODIA, según el autor no tiene sentido el agregado final, como tampoco lo tendría en aquel del 285¹¹³. Justamente la decisión imperial es desfavorable a EVODIA, puesto que el precio poco menor del caso no llegaba al límite de la lesión, la libertad de las partes en la determinación del precio no se tocaba —puesto que *licere se circumvenire*¹¹⁴ y el equilibrio al que llama la equidad no se afectaba; hemos referido atrás que no puede probarse la alteración en 4, 44, 2, no hay forma para creer que, aún aceptando las interpolaciones, el remedio de la rescisión por lesión no sea diocleciano; ello replantea la lectura de 4, 44, 8: con el *excursus* argumentativo la cancillería aclara el significado de la decisión negativa a EVODIA, se explica el principio de libertad contractual, y se fijan las coordenadas dogmáticas del problema¹¹⁵; HERMOGENIANO conecta la decisión del 293 con aquella del 285¹¹⁶, y agrega el *quod fuerat tempore venditionis*, criterio ausente en el rescripto anterior; precisamente la tarea no era fácil, muchos podrían dirigirse a la cancillería y solicitar tendenciosamente¹¹⁷ la rescisión de las ventas por precio poco menor '*paulo minore pretio*'; resultaba entonces necesario circunscribir las tendencias interpretativas, eso hizo HERMOGENIANO

112 O. GRADENWITZ. *Interpolazioni e interpretazioni*, cit., p. 14; cfr. V. ARANGIO-RUIZ. *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 147: "Ma di nuovo un segno tipico del rimaneggiamento è nelle parole finali, *electione iam emptori praestita servanda*: che cosa è questa scelta? e chi l'ha precedentemente offerta al compratore del fondo di Evodia".

113 O. GRADENWITZ. *Interpolazioni e interpretazioni*, cit., p. 14.

114 Respecto de la libertad en la determinación del precio V. ARANGIO-RUIZ. *La compravendita in diritto romano*, vol. I, Napoli 1987, p. 143, afirma que "aparte de las consideraciones terminológicas, el comportamiento de la jurisprudencia clásica respecto de la determinación del precio es manifiestamente el de dejarla completamente al libre juego de la oferta y la demanda, con la máxima indulgencia hacia los artificios de las partes para aumentar o disminuir el precio de la mercancía siempre que no se trate de uno de aquellos errores que hacen nula la venta, y que no se verifique en la conducta de las partes el engaño (*dolo*)"; el gran romanista italiano propone la lectura de dos pasajes centrales en materia del '*naturaliter se circumscribere*', uno de POMPONIO citado por ULPIANO 11 *ad. Edictum* D. 4, 4, 16, 4: *Idem Pomponius ait in pretio emptianis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*, y otro de PAULO 34 *ad edictum* D. 19, 2, 22, 3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*.

115 R. CARDILLI. "*Bona fides*" *tra storia e sistema*, cit., p. 135.

116 Precisamente HERMOGENIANO realiza una *interpretatio* del rescripto del 285 armonizando la esfera de principios existentes en el derecho privado, esto es, el *naturaliter invicem circumvenire* con la lesión *ultra dimidium* a la luz del *humanum est*; cfr. CARDILLI. "*Bona fides*" *tra storia e sistema*, cit., p. 138, que recuerda cómo ello es lo que sucederá ejemplarmente en la tradición romanista con G. NOODT (1647-1725), en *Opera omnia*, IV, Neapoli, 1786, pp. 102 y ss.

117 Cfr. C. 4, 44, 4 (295-305); C. 4, 44, 7; C. 4, 44, 8; C. 4, 44, 12; C. 4, 44, 15 (383).

aprovechando el caso de Evodia, que llegó a los justinianos esta vez mediante el *Codex Hermogenianus*¹¹⁸.

Por otra parte, del tenor de los rescriptos se observa que, al margen de la crítica interpolacionista, fijar la medida de la desproporción significa determinar con certeza cuándo el *damnum* se considera *enorme*, y, por ende, relevante; además, en este sentido la *dimidia pars* se constituye acá como un criterio que, entre otras, limita con precisión los poderes del juez. Por otra parte, a la luz de los rescriptos, puede pensarse que el dolo era el único instrumento puesto a disposición para dar relevancia a la *lesión*, a pesar de las incertezas características de su operatividad.

A esta última consideración no podemos escapar con facilidad, ella está relacionada con la explicación del instituto *de quo*, que quizás no habría sido completamente una innovación posclásica, sino más bien una evolución natural del derecho civil, dada la ausencia del concepto de *dolus incidens*; así, en cuanto a los principios que en el derecho clásico hicieron posible la *restitutio*, o en alternativa, la revisión del

118 Una teoría acerca del origen de la lesión en época postclásica es aquella planteada por DICKSTEIN, citado por P. S. LEICHT. "Laesio enormis e iustum Premium", en *Studi in onore di C. Calisse*, vol. I, Milano, 1940, p. 43, hipótesis bien arriesgada, según la cual en el derecho hebraico el adquirente tenía la posibilidad de actuar para obtener la rescisión del contrato cuando hubiese pagado un precio 1/6 superior al precio normal, tal derecho se llamaba *Ona-ah*, y según DICKSTEIN tal noción desarrollada aparentemente por el Rabí IOHANNAH de la Academia hebrea de Tiberiades hacia los años 279-280 d.C., habría penetrado en la escuela jurídica romana de Cesarea y se habría difundido en el mundo romano, de donde habría sido tomada por DIOCLECIANO. Nótese que mucho antes S. PUFENDORF (1632-1694). *Of the law of nature and Nations, Eight books*, BASIL KENNETH (ed.), Oxford, Lichfield, 1703, p. 17, en el libro v cap. III sobre la equidad que concierne a los contratos de intercambio, luego de referir la importancia de la lesión (num. IX), explicar que el daño debe estimarse respecto de la exorbitancia del precio o de la pobreza del afectado que lo hace intolerable para él, y sugerir extender el remedio tanto al vendedor como al comprador, comenta la existencia en el derecho hebraico de una lesión en la sexta parte del justo precio (cito de la traducción inglesa) "Among the Jews, if one defrauded another, whether Buyer, or Seller, the Law afforded no Relief, if the Cheat came under the sixth Part of the just Price. But if it exceeded the sixth Part, the Buyer might either immediately, or at any time during the Negotiation rescind the Bargain, and recover the whole Price..."; una interpretación distinta planteará desde el derecho privado THOMASIUS, quien rechazó el remedio (cfr. *Supra* nota 86). Lidera la hipótesis según la cual habría sido la crisis económica del siglo III la causa de la creación del instituto K. VISKY. *Appunti sulla origine della lesione enorme*, cit., p. 53, quien afirma que la desvalorización y la disminución del poder adquisitivo del dinero en la época causaban grandes y fuertes fluctuaciones de los precios, de allí que se facilitara un ambiente en el que el vendedor inexperto no llegara a recibir el equivalente del verdadero valor de la cosa. VISKY (op. cit., p. 60) pretende también conectar el instituto de la lesión con el *edictum de pretiis rerum venalium* del año 301 también atribuido al emperador DIOCLECIANO, en el que se fijaron los precios máximos para unos mil artículos de consumo y materias primas, manufacturadas y transportadas, jornales y salarios, lo que sin embargo no detuvo la desvalorización de la moneda en circulación, y los precios continuaron subiendo; cfr. J. LEDESMA. "Bases romanísticas de la protección al consumidor", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXXII, 1980, p. 348. Uno de los primeros que intentó explicar la lesión enorme a causa de la realidad socio-económica del imperio, tal y como afirma O. STANOJEVIC. "Laesio enormes" e contadini tardoromani, cit., p. 224, fue ZACHARIAE. *Zur Lehre von der laesio enormis*, 1889, pp. 49-60, seguido por MONNIER. "Études de droit byzantin", *NRHD*, 1900, pp. 62 y ss.

precio, la incerteza a superar es la del *discrimen* entre *dolus bonus* y *dolus malus*, es decir, entre un dolo irrelevante porque habría determinado un desequilibrio mínimo, y un dolo que, por la entidad de la desproporción, se tenía como sancionable; en este sentido, quizás la *dimidia pars* habría tenido la función de una presunción de dolo, o si se quiere, de evitar una solución arbitraria estableciendo con certeza el objeto de la prueba. De esta manera, puede también pensarse que el instituto de la lesión habría sido introducido como expediente para superar las incertezas de la doctrina del dolo, en un momento histórico caracterizado por una difundida necesidad de tutela de las clases menos favorecidas, expuestas a cotidianos abusos¹¹⁹.

8. LA TRADICIÓN BIZANTINA

En la tradición bizantina de las *Schola Basilicorum* se lee la rúbrica del título X del libro XIX, *De edicto aedilicio et de re redhibenda et de rescindenda venditione et minori pretio dato*, allí, luego de tratar el edicto edilicio y la acción redhibitoria, en el § 65 los profesores bizantinos se refieren a la rescisión de la venta en general¹²⁰, celebrada *per vim coactus*, acorde con C. 4, 44, 1¹²¹; en el § 66 comentan la *lex secunda* atrás mencionada, nuevamente aquí planteando el caso en términos generales "*si quis rem suam minimo pretio distraxerit...*"; luego dicen que precio mínimo es aquél *quod nec dimidiam aestimationem aequat*, nótese la referencia a la equitativa estimación del precio, y la aclaración en cuanto que la venta se rescinde *si ultra dimidium facta fuerit circumscriptio vel plus datur vel rescinditur venditio*, conciliando también la rescisión por lesión con la regla de la libertad en la determinación del precio, y permaneciendo igualmente la elección de 44, 2; en el § 70 se incluye la c.8 también ya mencionada, mas no

119 En particular G. SCHIAVONE. *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 74. Una situación que quizás tiene inicio (luego de la distinción más que secular entre ciudadanos y peregrinos) en aquella distinción que se abrió paso luego entre *honestiores* y *humiliores*, clasificación imprescindible en toda organización política con estructura fundamentalmente burocrática: los *humiliores* constituyen la gran masa de la población, los *honestiores* son la clase dirigente, central y local, una clase dirigente rica y burocratizada; cfr. L. AMIRANTE. *Una storia giuridica di roma*, Napoli, 1992, p. 550.

120 Como es conocido de esta fuente bizantina y su metodología, no siempre los pasajes de la compilación justiniana son incluidos en su texto completo; en gran medida se trata de sólo una parte del pasaje o de una paráfrasis del mismo (en este caso confróntese C. 4, 44, 1 con Bas. 19, 10, 65 y así en general). En todo caso, el comentario del *antecessor* a la c. 1 es: "*Venditio per vim facta non valet imo qui coactus est et heres eius pretio reddito, venditionem rescindunt*". Nótese que el profesor bizantino parece observar una invalidez (*venditio per vim facta non valet*) del contrato *per vim factam*, y la consecuencia es la rescisión.

121 Que en todo caso la c.1 dice "... *vim coactus domum vendidit ratum non habebitur...*"; en Bas. 19, 10, 65 se lee "*venditionem per vim facta rescindere*"; del rescripto del emperador ALEJANDRO fechado en 222 que se refería a la venta de una casa –tégase presente la naturaleza de los rescriptos como decisiones aplicables a casos particulares–, los profesores bizantinos deducen la regla y la plantean (*Qui per vim cactus rem vendidit...*) para la venta de cualquier cosa *rem*. Respecto del cambio de *fundus* a *rem* operado por los profesores bizantinos especialmente en Bas. 19, 10, 66, como un primer paso hacia el universalismo de la *lex secunda*, cfr. O. STANOJEVIC. "*Laesio enormes*" e *contadini tardoromani*, cit., p. 224.

se hace comentario, pues han explicado ya en el § 65 el entero de la cuestión, operando igualmente la interpretación de HERMOGENIANO¹²². Ciertamente, en el derecho greco-romano no se perdieron las huellas de la lesión enorme¹²³, los pasajes fundamentales se leen en el *Hexabiblos* (tit. *De emtione et venditione* III 3, §72) de CONSTANTINO HARMENÓPULO¹²⁴.

9. LA INTERPRETACIÓN MEDIEVAL DE LA FIGURA

Fue en la interpretación de los Glosadores¹²⁵ que la *dimidia pars veri pretii*, la constitución 2 de *Codex* 4, 44 conocida como *lex secunda*, comenzó a ser llamada *laesio enormis*, y aparentemente a UGOLINO PRESBITERI (†1233), jurista de la tercera generación entre IRNERIO y ACURSIO, es a quien se atribuye la expresión¹²⁶.

La interpretación de la *ultra dimidium* originó división entre los *doctores*. Mientras AZÓN, seguido por ACURSIO y la mayor parte de los *doctores*, sostuvo que se trataba del exceso en la mitad superior al precio, es decir, si valía diez pagar más de quince –tal como afirmó la tradición jurídica posterior–, MARTINO, PLACENTINO y ALBERICO duplicaron el precio, si valía diez pagar veinte. Sin embargo, la mayoría extendió también la aplicación del instituto tanto al vendedor como al comprador

122 Efectivamente el profesor bizantino afirma que "*contrabentibus se invicem circumvenire licet etiam ad semissem usque pretii...*", pero si "... *ultra semissem pretii circumscribit aut eum qui cum ipso contrahit...*", puesto que "... *laedit vel reddit quod semissem excedit...*", toda la venta se resuelve y rescinde (*vel tota venditio resolvitur et rescinditur*). De modo que se piensa en la rescisión por *laesio ultra dimidium* como excepción a la regla de POMPONIO sobre el *se invicem circumvenire*.

123 L. LANDUCCI. *La lesione enorme nella compra e vendita*, cit., nota 97.

124 Transcribo las líneas de la edición de G. E. HEIMBACH. *Const. Harmenopuli Manuale legum sive Hexabiblos*, Lipsia, 1851. *De emtione et venditione* III 3, §72: "*Contrabentibus se invicem circumvenire licet etiam ad semissem usque pretii, quo res de qua contrahunt, digna est. Qui autem ultra semissem pretii quem circumscribit aut contrahentem secum laedit, vel redhibet quod semissem excedit, vel tota venditio resolvitur ac rescinditur*". Nótese que el criterio es similar también en las Basílicas.

125 Sobre el método de los glosadores cfr. B. BRUGI. "Il metodo dei glossatori Bolognesi", en *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, vol. 1, Pastiglia, Palermo 1936; C. A. CANNATA y A. GAMBARO. *Lineamenti di storia della giurisprudencia europea* II, Giappichelli, 4.ª ed., Torino 1989, pp. 15 y ss.; sobre el aporte dogmático G. WESENER y G. WESENER. *Storia del diritto privato in europa*, cit., pp. 52 y ss.; P. GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, 11.ª ed. Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 154 y ss.

126 Para R. DEKKERS. *La lesión enorme*, Sirey, Paris, 1937, p. 46, la expresión *laesio enormis* aparece por primera vez en CINO DA PISTOIA. No obstante, en el sistema de la escuela y durante todo el derecho común, es recurrente también la referencia a una *deceptio ultra dimidium*; de *laesio* habla BALDO en sus *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib. Summo studio & labore collatis vetustissimis exemplaribus innumeris prope mendis purgata* –*Hac postrema editione omnia sunt suis locis appositissime reposita, addito tractatu de pacis & de constituto. Adnotationibus insuper Doctissimorum Iurisconsultorum illustrata. Communes opiniones ab auctore citatae hoc signo praenotantur*, Lugdvni, 1585, en el comentario a la rúbrica *de rescindenda emptione* n. 2, habla de '*enormis lesio quia est ultra dimidia iusti pretii*'; en el siglo XVII J. VOET. *Compendium juris juxta seriem pandectarum...*, cit., p. 249 se referirá igualmente a una '*laesio enormis quae est ultra dimidium iusti pretii*'; cfr. P. S. LEICHT. "*Laesio enormis et iustum Premium*", en *Studi in onore di C. Calisse* I, Milano, p. 46; J. GARCÍA SÁNCHEZ. *La laesio enormis*, cit., p. 124.

y fundamentó el derecho con base en la *actio ex vendito*¹²⁷, por lo que la prescripción de la acción era de 30 años. Pero en el derecho común¹²⁸ prevaleció la opinión de PLACENTINO que ubicó el remedio de la lesión junto a la *restitutio in integrum*¹²⁹. Como quiera que sea, la interpretación del instituto por parte de los glosadores fue bastante prudente, puede decirse que el remedio se aplicaba habitualmente en los contratos de adquisición, generalmente de inmuebles¹³⁰.

La Escuela construyó el instituto confrontando la *deceptio* especial y propia que era una parte del dolo (*dolus in re ipsa*)¹³¹, con aquella *deceptio* genérica perteneciente a la fisiología de las negociaciones contractuales (*Ulpianus libro XI ad Edictum. D. 4, 4, 16, 4*¹³²); esta interpretación del instituto lo ubicó en el sistema de la invalidez¹³³. El texto justinianeo era un libro con reglas internas de interpretación, un

127 LEICHT. *Laesio enormis...*, cit., p. 46; en particular sobre la interpretación medieval del instituto, cfr. por todos las páginas de Severino CAPRIOLI, voz 'Rescissione' (storia), cit., pp. 933 y ss.

128 Cfr. DE LUCA (1614-1683). *Theatrum, veritatis et iustitiae, de empt, disc.* 54 n. 6, Neapoli, ex typographia Lucae Laurentii, 1758; J. VOET. *Compendium juris juxta seriem pandectarum...*, cit., p. 250; cfr. acerca del punto LEICHT. *Laesio enormis...*, cit., p. 46.

129 Se discutía, además, acerca de la renuncia preventiva de la acción reforzada con juramento. La mayoría de los *doctores* y la glosa de ACURSIO aceptaban la validez de la renuncia, sólo PLACENTINO estaba en contra. A la regla general del *se circumvenire* los *doctores* JACOBO, AZÓN y PLACENTINO oponen la enseñanza del apóstol PABLO (*Thess., I, 4, 6*): *ne quis supergrediatu neque circumveniat in negotio fratrem suum*.

130 Es claro que, como lo evidenció para todos S. CAPRIOLI, voz 'Rescissione' (storia), cit., p. 951, los *doctores* constataron que la disciplina de la compraventa, en cuanto vista *exempli causa*, es común a todo contrato, por lo que no siempre observaban necesario aducir argumentos textuales específicos cuando escribían que todos los contratos *bonae fidei* eran rescindibles; el catálogo de contratos que la Escuela sostenía rescindibles se ampliaba incluso a la enfiteusis, y no sin problemas de grave sistemática y además de hermenéutica, también a la división y a la donación.

131 Nace una noción "objetiva" de dolo interpretado como negocio constituido de manera objetivamente injusta; la *ratio* del instituto para los *doctores* medievales está en la *deceptio* de la parte lesionada, que creaba un principio de engaño: un *dolus in re ipsa*. Los *doctores* suponían la *machinatio*, pero el apelativo *laesio enormis* no se debía a un *fraus* manifiesto, pues el remedio no fue la *actio doli*. Sobre la discusión entre los *doctores*, fundamental ver S. CAPRIOLI, voz 'Rescissione' (storia), cit., pp. 944 y ss.; M. BELLOMO, voz 'Dolo' (dir. intermedio), en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, pp. 729 y ss. Para la tradición de los Países Bajos cfr. J. DAMHOUDER (1507-1581). *Praxis rerum civilium, praetoribus, propraetoribus, consulibus, proconsulibus, magistratibus, reliquisque id genus iustitiariis, ac officariis in quacunque republica forensen administrationem assumentibus, apprime utilis et necessaria, cum nonnullis iconibus, materiae subiectae convenientibus. Auctore clariss. viro D. Iodoco Dambouderio... cum... indice copiosissimo...* Antuerpiae ex officina Ioannis Belleri, apud viduam, 1596, num. 28, p. 73. En el siglo XVII, E. DAOYZ. *Iuris civilis summa seu index copiosus...*, Mediolani, Sumptibus Jo. Baptistae Cetti, 1742, t. II, p. 1, a la voz '*laesio*' elenca las expresiones '*deceptio*' y '*decipere*', y, en la voz '*decipere*' identifica también el *dolus*: "*Decipere se licitum est contrahentibus de rigore iuris civilis sed ille rigor mitigatur cum est immensa deceptio sicut et quando est dolus*" (t. I, 260). En parte todavía sobre la misma elaboración se ubicará R. J. POTHIER. *Traité des Obligations*, Paris, Chez Debure, 1761, § IV, n.º 33 y 342. De '*deceptio*' hablará toda la ciencia jurídica desde los medievales hasta los humanistas, en todos los países de tradición romanista.

132 *Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

133 El problema que se le presentaba a la Escuela era grave, aquel del concurso entre autonomía privada y disciplina legal, haciéndose más dramático al explicarse la primera en una

sistema, y de una pequeña parte se tomaba el todo, de allí el empleo precoz de un instrumento hermenéutico que funcionaba como regla de integración para el punto de vista adoptado, lo que la *Schola* resumía en la breve máxima: "*ubi eadem ratio, ibi eadem ius statui debet*", y de este modo los *doctores* argumentaron la simetría comprador-vendedor respecto de la procedencia del remedio, no obstante haya sido fundamentado textualmente en la equidad¹³⁴. Una '*deceptio*' entonces será establecida para la procedencia del remedio tanto a comprador como a vendedor, una igualdad geométrica y respectivamente aritmética.

Para los refinados intérpretes de la Escuela medieval, el principal objetivo era establecer la máxima coherencia posible entre los textos del *Corpus*, a la vez que procurar una solución a los casos de la realidad; de esta manera, los Glosadores, conscientes de los límites de la configuración justiniana de la lesión, no dejaron de tener en cuenta el reclamo de justicia de quien sufrió un desequilibrio inferior a la *dimidia pars*. A esta última hipótesis se intentó dar una respuesta no completamente separada de la evolución justiniana del dolo contractual, creando así la figura del *dolus incidens*. ¿Por qué dar entonces una interpretación distinta a problemas que tenían sólo matices diferentes? Puesto que *ubi eadem ratio, ibi eadem ius statui debet*, se pone en práctica así una *reductio ad unum* considerando el dolo como causa de la lesión, o si se quiere, la lesión como especie del dolo.

En este contexto, y en ausencia todavía de un sistema teórico que configurase la violencia o el dolo como vicios de la voluntad, la Escuela centró su interpretación sobre la identidad de los efectos, esto es, sobre el daño como consecuencia del contrato desequilibrado. De esta forma desplazó su interpretación de los efectos hasta llegar al fundamento de la figura, por lo que no dudó en emplear para la *laesio* la conocida fórmula del *dolus re ipsa*. Al configurar la lesión como hipótesis de dolo la acción no se basaba sólo en la mera entidad del desequilibrio —lo que presentaba problemas dada la regla del *naturaliter invecem se circumvenire*—, sino también porque a la disposición de intereses recíprocos en el contrato se había llegado como resultado

forma cargada de creencias de índole religiosa: cfr. S. CAPRIOLI, voz '*Rescissione*' (storia), cit., p. 942.

134 Cfr. S. CAPRIOLI, voz '*Rescissione*' (storia), en *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 948 y 949, para quien hablar de simetría no basta; la Escuela no fue acorde en modular esa igualdad y en atención a posiciones contrarias fue constreñida en el debate a construir con rigor el instituto y a darle una interpretación menos ingenua. Dice el respetado medievalista (p. 949): "... la Escuela llegó a una simetría que no dejó prevalecer los *verba* sobre la *vis* de la norma; y dimensionó las prestaciones intercambiadas con los efectos que ellas habían producido sobre el patrimonio: legitimado a la demanda de rescisión será por ello el vendedor que resulte *amittere* en el intercambio más de la *medietatem rei sue*, el comprador que se encuentre a *amittere* más de *medietatem pecunie sue*; esto es, el vendedor que haya entregado un bien cuyo valor superaba el doble de la prestación correlativa recibida, el comprador que haya pagado un precio que superaba el doble del valor de la cosa recibida...". Esta fue la interpretación aparentemente iniciada por MARTINO y que encontró oposición pues la norma hablaba de la mitad y no del doble.

de una *deceptio* que había superado el juego normal de las negociaciones (*invecem se circumvenire*) y la desproporción *ultra dimidium* era entonces su manifestación¹³⁵.

Una vez configurada la lesión como hipótesis de dolo, la figura ofreció nuevas soluciones al problema, en especial frente al límite angosto de C. 4, 44, 2. Esto influyó en gran medida sobre otra importante construcción de la Glosa en materia de dolo, me refiero a la distinción entre *dolus causam dans* y *dolus incidens*, en particular a partir de la interpretación de *Ulpianus libro XI ad Edictum D. 4, 3, 7 pr.*¹³⁶. El concepto de dolo propio de la Escuela, a diferencia del concepto moderno que se basa sobre un vicio de la voluntad, tenía una relevancia más amplia y comprendía todo comportamiento contractual causa de un daño. Así concebido el dolo, la respectiva *actio doli* se convirtió pues en un remedio común para todos los contratos, incluso aquellos de buena fe, y esto hizo que en materia de lesión los presupuestos sustanciales de la acción no se basaran ya tan solo en el hecho objetivo del *damnum* —que resta siempre intolerable—, sino también en la relación causal entre la conducta *ad circumveniendum* del *deceptor* y la determinación del otro contratante a la celebración del contrato¹³⁷. En esta misma línea interpretativa concebida la lesión como *dolus re ipsa*, el concepto de *restitutio*, que era el efecto práctico del ejercicio de la *actio doli*, pasó a identificarse con la *rescissio*¹³⁸.

10. IUS CANONICUM Y AMPLIACIÓN DE LA BASE DEL INSTITUTO. LA INFLUENCIA DE LA AEQUITAS CANÓNICA E INTERPRETACIÓN DE LOS COMENTADORES

Una extensión de la aplicación del instituto más enérgica se introdujo por obra del derecho canónico¹³⁹; a la regla general de POMPONIO ya mencionada se opuso el texto de SAN PABLO (*Thess. I, 4, 6*¹⁴⁰), y teóricamente se recurrió a la *Summa Theologica*

135 CAPRIOLI. Op. cit., p. 948; por último G. SCHIAVONE. *Approfittamento e lesione infra dimidium*, cit., p. 81.

136 *Et eleganter Pomponius haec verba: "si alia actio non sit", sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit; aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est...*

137 Cfr. MANTOVANI. "Vizi incompleti" del contrato e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, p. 42; L. MENGONI. "Metus causam dans e metus incidens", *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 21; P. D. MARSCH. *Comparative contract law. England, France, Germany, Hampshire*, 1996, p. 126.

138 ZANI. "L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento", *Riv. it. scienze giur.*, 1927, p. 377.

139 Acerca de la presencia jurídica de la Iglesia del siglo XIII en adelante, es ilustrativo P. GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 115. Se trata del momento del llamado derecho canónico clásico, "momento de aguda conciencia, de construcciones dogmáticas, de definiciones, de manifestación plena y madura".

140 "... que ninguno agravie ni engañe en nada a su hermano; porque el Señor es vengador de todo esto..."; del vínculo con este texto dio noticia a su vez J. NIDER (1380-1438). "Compendiosus tractatus de contractibus mercatorum", en *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium auctororum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, Ludgdu-

de SANTO TOMÁS (*Summa* II, IIae, c. 77)¹⁴¹ en cuanto a la igualdad aritmética que debía reinar en los negocios de intercambio¹⁴². Una *deceptio* de la contraparte no es permitida a un cristiano que debe actuar como hermano con su semejante; así, la influencia del derecho canónico sobre el derecho civil favoreció una relación entre *fides* y *consensus* que benefició la identificación entre la violación del acuerdo contractual y el *peccatum*, de este modo para los canonistas tampoco se justificaba más la distinción romana entre *iudicia stricti iuris* y *iudicia bonae fidei*¹⁴³. Esta es la razón del derecho canónico por lo cual la aplicación del instituto se amplió a la transacción, la permuta, la enfiteusis, la división hereditaria, y en general a todos los llamados contratos conmutativos¹⁴⁴.

La *aequitas* estaba seguramente en el escenario cuando la comisión de JUSTINIANO decidió incluir (¿o modificar?) el rescripto de DIOCLECIANO. Pero el orden jurídico medieval presenta características intrínsecas distintas: la *aequitas* no es más un mero instrumento de interpretación, sino razón de existencia de la norma jurídica, y, sin más, una de las fuerzas evolutivas del sistema normativo. En un marco conceptual así concebido se pretende que el sistema no tenga fracturas internas y se busca por ello su armonía sustentada en la justicia; por este motivo, la ciencia canonista no dudó en transponer las propias categorías conceptuales al derecho de las obligaciones y

ni, 1610 reimp., Bottega d'Erasmus 1971, p. 617 num.11: "*Omnia talia prohibet Apostolus d.c.l. ad Thess. 4, Haec est voluntas Dei: ne quis circumveniat, ne superegre diatur in negotio fratre suum...*". Una regla en contra del aprovechamiento en el derecho romano y que tiene gran potencial dogmático se observa en D. 23, 3, 6, 2 Pomponius libro XIV ad Sabinum: [...] *succurrendum est quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*.

141 Sobre el fraude que se comete en las compraventas.

142 Una noción como esta, en la doctrina francesa del siglo XVIII empleará R. J. POTHIER. *Traité des obligations*, Paris, Chez Debure, 1761, § IV, n.º 33 y 34.

143 En igual sentido BALDO: "*Ego puto, quod de aequitate canonica omnes contractus mundi sunt bonae fidei, non quantum ad titulum actionis, sed quo ad mentem et substantiam intentionis*": BALDUS, en c. 9 de *plus petit*. Más adelante, en el humanismo jurídico G. NOODT (1647-1725). *Operum omnium*, t. II, Lugduni, 1724, p. 357 repudió definitivamente la distinción, considerándola contraria a la *naturalis ratio*.

144 Es justamente el derecho canónico el que llevó, de un lado, al incremento de los efectos del remedio, y del otro, a una ampliación de su base, de lo que dependió la formación del concepto de lesión *enormissima* –que fue luego excluido de la tradición jurídica: había lesión enorme si el vendedor obtenía solo las 2/3 partes del justo o verdadero precio, y había lesión *enormissima* en caso de *laesio ultradimidia*, diríamos, *ex lex secunda* (C. 4, 44, 2). Cfr. LEICHT. *Laesio enormis...*, cit., p. 50; J. GARCÍA SÁNCHEZ. *La laesio enormis*, cit., p. 125. Acerca de un posible alcance general del instituto en la época de DIOCLECIANO, cfr. C. 2, 20, 5; C. 2, 6 y 7; C. 5, 18, 6 y C. 3, 38, 3; cfr. A. PICCIRILLO, voz '*Rescissione*' (d. romano), en *Novissimo Digesto Italiano* XV, Torino, 1968, p. 380; P. SCIUTO. *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, cit., pp. 419 y ss. Por otra parte, en cuanto a la generalización del ámbito de aplicación del instituto nótese que ya a finales del siglo XIX WINDSCHEID. *Diritto delle pandette* II, cit., p. 134, LANDUCCI. *La lesione enorme nella compra e vendita*, cit., nota 99, y MONNIER. *Études de droit byzantin*, cit., p. 181, consideraron aplicable la lesión sólo a la compraventa. De aplicación sólo en la compraventa, recientemente P. SCIUTO. *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, cit., pp. 431 y ss., para quien, además, el estado actual de la figura sería fruto de una errónea reconstrucción dogmática.

de los contratos, elevando precisamente la *aequitas* como principio sistemático de la *reductio ad aequitatem*¹⁴⁵.

Fue la influencia de la *aequitas* la que contribuyó a la extensión de la base del instituto por parte del *ius canonicum*, a partir del aporte de los primeros glosadores en el sentido de mitigar la rigidez del *strictum ius*, diríamos en términos de *humanitas*, puesta en práctica ya en tiempos de DIOCLECIANO (*humanum est*), y fundamental todavía para JUSTINIANO que incluyó el rescripto en C. 4, 44, 2; no obstante ello, el Derecho canónico agregó el elemento espiritual al discurso de los civilistas¹⁴⁶, y asumió entonces especial importancia una *ratio peccati vitandi*. De equidad se hablará con obsesión en todas las grandes decretales de la edad clásica¹⁴⁷.

Es válido afirmar entonces que la influencia de los autores cristianos no trastornó completamente el orden clásico sino que actuó sensibilizando a los juristas y llamándolos a cumplir una interpretación evolutiva del derecho romano, acorde con la teología moral y la doctrina canónica imperantes en la época y reflejadas en los nuevos matices de las reglas romanas sobre obligatoriedad de la promesa¹⁴⁸ y en la autosuficiencia del acuerdo siempre que subsista una voluntad libre.

145 G. SCHIAVONE. *Approfittamento e lesione infra dimidium*, cit., p. 86.

146 P. GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 213 expresa: "Los glosadores hablaban el mismo lenguaje, bastaba solamente dar un contenido espiritual a los hechos invocados por los civilistas [...] Así fue: la equidad canónica es el edificio que nace de las piedras acumuladas por la Escuela de Bolonia, piedras sin embargo cimentadas y compuestas en una arquitectura compleja que las transfigura por completo. La equidad canónica tomó para su construcción estímulos y materiales provenientes del análisis jurídico laico pero los desnaturizó según sus finalidades típicas". Se trata de la que F. SCHULZ. *Principles of roman law*, cit., p. 210, llamó humanización del derecho privado bajo la influencia del sentimiento cristiano, sentimiento que reclama la unidad entre los seres humanos, el deber y la necesidad de ayudar al débil. "Todo el plano en el cual se basa el derecho romano se eleva para unirse con la fuente eterna de lo justo: la espiritualidad medieval le comunicará en edad madura su influencia mística y enseñará por boca de un glosador civilista: *auctor iuris homo, iustitiae deus...*". F. CALASSO, voz 'Equità' (storia), en *Enc. dir.*, xv, Milano, 1966, p. 67.

147 P. GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 211 y ss. Se trata de la exaltación medieval de la equidad a la luz de la cual la *interpretatio* de los *doctores* comprendió el fenómeno de la lesión. Es interesante en la actualidad la referencia a una 'inequidad aparente' que hace anulable el contrato en la Ley china sobre el contrato económico en su artículo 59: "Una parte tiene el derecho de pedir a los tribunales o a los árbitros modificar o anular los siguientes actos civiles: a) Los actos cumplidos por una parte en razón de un error grave de su contenido; b) Los actos cumplidos que aparentemente no son equitativos": cfr. J. PING. "Proyecto de ley contractual unitaria de la República Popular China", *Roma e America*, 5, 1998, pp. 248 y 249.

148 "In cura mercatorum, ubi de negotio potest decidi bona aequitate, quod non potest opponi ista exceptio: non intervenit stipulatio sed pactum nudum fuit": BARTOLUS a SAXO FERRATO. *In secundam digesti veteris partem lucidissima commentaria*, Venezia, 1543, p. 110.

Una concepción moderada se observará en la interpretación de los Comentadores. BARTOLO (1314-1357)¹⁴⁹ y BALDO (1327-1400)¹⁵⁰ extendieron la aplicación del instituto de la lesión a todos los contratos conmutativos, siempre sobre la base de la rescisión, y admitieron la renuncia tal cual la mayoría de los *doctores* de la escuela precedente. En su comentario al *Codex* justiniano, BARTOLO exigió para la validez de la renuncia sólo que fuera expresa, y admitió también la validez de la cláusula con la que el vendedor donaba la diferencia del precio en caso de que el justo precio fuese superior a la suma pagada¹⁵¹. La idea de ampliación de la base del instituto¹⁵² fue tomada luego por BENVENUTO STRACCA (1509-1578)¹⁵³, primer mercantilista importante de la edad moderna.

- 149 BARTOLUS a SAXO FERRATO. *In secundam Codicis partem /.* Cum adnotationibus Alex. Barb. Parisij, Claud. a Seissel. And. Poma. Ioan. Franc. Roue. atque aliorum [...] Præstitimus nouissimæ huic editioni Alexandri etiam, & Barb. nomina in eorum additamentis [...] multis abhinc annis suppresserant. Conciliationes quoque contrarietatum Bart. & infinita prope summaria [...] Præterea Bartoli vitam..., Venetiis: apud luntas, 1570 (Venetijs: apud luntas, 1570), pp. 162 y ss., com. a 4, 44, 2 num. 3 a 7 'Hæc lex habet etiam locum in emptore decepto atque in omnibus contractibus bonæ fidei, stricti iuris et in contractu transactionis'; respecto de la venta aceptó el remedio tanto en caso de bienes inmuebles como de muebles (num. 24: "... et hoc est veru in rebus immobilibus in rebus vero mobilibus que consistit in numero, pondere vel mensura quæ debeat fieri...").
- 150 BALDO UBALDI. *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib. cit., com. a 4, 44, 2 num. 16:* "... an hæc lex habeat locum in omnibus contractibus bonæ fidei & ut non [...] quia omnibus contractibus bonæ fidei eadem est æquitas, & ratio ergo idem ius debet esse [...] ita sit veritas non solu in contractibus nominatis, sed etiam in permutatione, quæ est contractus innominatus, & bonæ fidei, & per hoc habet locu [...] Dico etiam æquitas huius extendit ad contractus stricti iuris in quibus hinc inde par debet nasci obligatio secundum naturalem æquitatem, & hoc per locu a proportionem & quo remedio agatur", cfr. con num. 5: "... quidam dicunt quod aut loquimur contractibus bonæ fidei in quibus desideratur summa æquitas ut bona fides...". Para BALDO el contrato afectado de lesión debe rescindirse pues se trata de un daño intolerable: com. a 4, 44, 2 num. 2: "... aut contractus debet rescindi per intolerabile damnum...".
- 151 BARTOLUS a SAXO FERRATO. *In secundam Codicis partem*, cit., com. a 4, 44, 2, num. 14 'Iuramento venditionis si dicatur, quod ilud quod plus valet, donat tanquam benemerito, an tollatur beneficium huius legis' y 15 'Clausula si plus valet, donat, quod referatur ad modicum'.
- 152 Cfr. LEICHT. *Laesio enormis...*, cit., p. 49, que explica cómo este ajuste del instituto fue el producto de la libre interpretación del derecho romano realizada por los bartolistas, en la que, como es conocido, se contemplan las ideas romanistas con la influencia canónica. Se puede considerar a GUGLIELMO DURANTE (1237-1296). "*Speculum iudiciale*", manuscrito consultable en G. MURANO. *Manoscritti prodotti per exemplar e pecia conservati nelle biblioteche austriache*, Verlag der Osterreichischen Akademie der Wissenschaften Austrian Academy of Sciences Press, Viena, 2003, como uno de los primeros en mantener una visión restringida de la aplicación del instituto, siendo él todavía intérprete restrictivo del derecho romano – no obstante las *additiones* de BALDO al *Speculum* de DURANTE, como señala E. CONTE. "Cose, persone, obbligazioni, consuetudini. Piccole osservazioni su grandi temi", en *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle)*, (convegno Lione 1993), Roma, 1995, *Collection de l'École Française de Rome*, 206), pp. 27-39.
- 153 *De Mercatura Decisiones et Tractatus varii et de rebus ad eam pertinentibus, in quibus omnium auctorum, precipue Benvenuti Stracche continentur*, Ludgduni, 1610, reimp., Bottega d'Erasmus 1971, pp. 157 y ss. Acerca de la noción de *æquitas* que emplea STRACCA, ya antes J. NIDER. "Compendiosus tractatus de contractibus mercatorum", en *De Mercatura Decisiones* cap. 1, 532, en la p. 617 num. 9 es evidente: "Cum tam secundum Theologos quam per Philosophos in omni contractu æqualitas debeat servari. Et autem æqualitas nihil aliud quam aestimatio mutua voluntaria bona fide facta: qua nec intenditur inæqualitas, nec inesse cognoscitur".