

# SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL  
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXII

2009



Publicación de la

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO  
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

# SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

## REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

Publicación de la Fundación Seminario de Derecho romano Ursicino Álvarez

*Presidente de honor:* Juan Iglesias (†)

*Miembros de honor:* Alberto Burdese, Juan de Churruca,  
Jean Gaudemet (†), Antonio Guarino, Bernardo Santalucia

*Presidente:* Javier Paricio

*Vicepresidente:* Jaime Roset

*Administradora:* Mercedes López-Amor

### *Comité científico*

Hans Ankum (Amsterdam), Carlo Augusto Cannata (Genova), Francisco Cuenca (Cantabria), Wolfgang Ernst (Zürich), Alejandro Fernández Barreiro (La Coruña), Teresa Giménez Candela (Barcelona Aut.), Vincenzo Giuffrè (Napoli), Fernando Gómez-Carbajo (Alcalá), Michel Humbert (Paris II), Rolf Knütel (Bonn), Ulrich Manthe (Passau), Dario Mantovani (Pavía), Matteo Marrone (Palermo), Rosa Mentxaka (P. Vasco), J. Javier de los Mozos (Valladolid), Dieter Nörr (München), J. Michael Rainer (Salzburg), Giuseppe Valditara (Torino), Carlo Venturini (Pisa), Andreas Wacke (Köln), Reinhard Zimmermann (Hamburg)

### *Comité asesor externo*

Cosimo Cascione (Napoli), Amelia Castresana (Salamanca), Lucetta Desanti (Ferrara), Giovanni Finazzi (Roma TV), Julio García Camiñas (La Coruña), Luigi Garofalo (Padova), Patricia Giunti (Firenze), Amparo González (Madrid Aut.), Gustavo de las Heras (Castilla LM), Peter Gröschler (Mainz), Francesca Lamberti (Lecce), Carla Masi Doria (Napoli), Ingo Reichard (Bielefeld), M.<sup>a</sup> Victoria Sansón (La Laguna), Gianni Santucci (Trento), Emanuele Stolfi (Siena), Carmen Velasco (Sevilla PO.)

### *Comité de redacción y dirección*

Christian Baldus (Heidelberg), Jean Pierre Coriat (Paris II), Giuseppe Falcone (Palermo), Juan Iglesias-Redondo (UCM), José Ángel Martínez Sanchiz (UCM), Tammo Wallinga (Rotterdam)

Javier Paricio (*director*)

[jparicio@der.ucm.es](mailto:jparicio@der.ucm.es)

Esta publicación tiene carácter anual. El volumen XXII (2009) es doble y se vende al precio ordinario de 145 euros

Los pedidos deben realizarse a:  
MARCIAL PONS  
c/San Sotero, 6 - 28037  
Madrid (91 304 33 03)

<http://www.derecho-romano.org>

## ÍNDICE

CARLO AUGUSTO CANNATA: <i>Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana</i> .....	13
ALFONSO CASTRO SÁENZ: <i>Trebacio Testa: trayectorias</i> .....	33
ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO: <i>Democracia griega y república romana: dos referentes de la cultura política occidental</i> .....	113
LAURA GUTIÉRREZ MASSON: <i>Agere cum retentione ad effectum solutionis</i> .....	155
GÁBOR HAMZA: <i>Die Untergliederung der modernen Rechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition</i> .....	191
PAOLA LAMBRINI: <i>Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale</i> .....	225
TOMMASO DALLA MASSARA: <i>La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto</i> .....	251
ESPERANZA OSABA: <i>Ad hostes confugere, ad ecclesias confugere en la legislación conciliar visigoda</i> .....	293
JOSÉ-MANUEL PÉREZ-PRENDES: <i>La Princesa Galaswintha</i> .....	341
JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA: <i>La libertas como fundamento del derecho constitucional romano</i> .....	383
MARIO VARVARO: <i>Le Istituzioni di Gaio e il Ms. lat. fol. 308</i> .....	435
ANDREAS WACKE: <i>El interés de afección: hoy y en el derecho romano</i> .....	515
VARIA	
JAVIER PARICIO: <i>Notas sobre el ius controversum en la jurisprudencia romana</i> .....	543
JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA: <i>Observaciones sobre las elecciones sacerdotales</i> .....	555

## PÁGINAS DE AYER Y DE HOY

REINHARD ZIMMERMANN: *Europa y el derecho romano* ..... 563

## LIBROS

LORENA ATZERI, *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando. Il Codice Teodosiano e la sua diffusione ufficiale in Occidente* ..... 649  
 Recensión de Faustino Martínez Martínez.

ALESSANDRO CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia* ..... 672  
 Recensión de Amelia Castresana.

GIACOMO D'ANGELO: *La perdita della possessio animo retenta nei casi di occupazione* ..... 677  
 Recensión de Hans Ankum.

MARCO ANTONIO FENOCCHIO: *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende* ..... 684  
 Recensión de Alessandro Corbino.

PABLO FUENTESECA: *Estudios de Derecho Romano* ..... 690  
 Recensión de Ramón P. Rodríguez Montero.

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ ROMANILLOS: *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la lex Iulia de repetundis*. 704  
 Recensión de Julio García Camiñas.

E. JAKAB-W. ERNST (Hrsg.): *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen* ..... 708  
 Recensión de Tommaso dalla Massara.

LUIGI LABRUNA (dir.), COSIMO CASCIONE/MARIA PIA BACCARI (a cura di): *Tradizione romanistica e Costituzione* ..... 728  
 Recensión de Christian Baldus.

MARIO PANI/ELISABETTA TODISCO: *Storia romana. Dalle origini alla tarda antichità* ..... 735  
 Recensión de José María Ribas Alba.

BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ: *Un estudio sobre la ausencia en derecho romano: «absentia» y «postliminium»* ..... 738  
 Recensión de Javier Paricio.

NATALE RAMPAZZO: *Quasi praetor non fuerit. Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola de eccezione* ..... 742  
 Recensión de José María Ribas Alba.

FILIPPO RANIERI, <i>Juristen für Europa. Voraussetzungen und Hindernisse für ein «europäisches» juristisches Ausbildungsmodell</i> .....	755
Reseña de Francisco Cuenca Boy.	
RAIMONDO SANTORO: <i>Scritti minori</i> .....	756
Reseña de Javier Paricio.	
FRANCESCO MARIA SILLA: <i>La «cognitio» sulle «libertates fideicommissae»</i> .....	758
Recensión de Yuri González Roldán.	
ELENA TASSI SCANDONE: <i>Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana</i> ...	770
Recensión de José María Ribas Alba.	
MARIO VARVARO, <i>Ricerche sulla «praescriptio»</i> .....	790
Recensión de José María Ribas Alba.	

## IN MEMORIAM

<i>Werner Flume (1908-2009)</i> , por WOLFGANG ERNST .....	801
<i>Pablo Fuenteseca (1922-2009)</i> , por AMPARO GONZÁLEZ .....	809
<i>Juan Miquel (1933-2008)</i> , por FERNANDO GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA .....	813
<i>José Luis de los Mozos (1924-2008)</i> , por CARLOS ROGEL VIDE.....	823
<i>Feliciano Serrao (1922-2009)</i> , por CARLO VENTURINI.....	839
<i>Mario Talamanca (1928-2009)</i> , por GIOVANNI FINAZZI .....	843

# EL INTERÉS DE AFECCIÓN: HOY Y EN EL DERECHO ROMANO \*

P O R  
ANDREAS WACKE \*\*  
Universidad de Colonia

*SUMARIO:* 1. CONCEPTO Y EJEMPLOS.—2. VISTAZO A LA EVOLUCIÓN JURÍDICA EUROPEA.—3. LA NO CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS DE AFECCIÓN EN LAS FUENTES.—4. EL INTERÉS DE AFECCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN.—5. LA INDEMNIZACIÓN DEL INTERÉS DE AFECCIÓN COMO FIN Y CONTENIDO DE LA DEMANDA.—6. RETROSPECTIVA Y UTILIZACIÓN ACTUAL.

## RESUMEN

El interés de afección es la codicia de un individuo de adquirir o de mantener intacto un objeto determinado con la disposición conexa de pagar por él más que su valor de mercado. Debido a una relación subjetiva, sube el deseo de adquirir o mantener la cosa por encima de la valoración general. Los juristas romanos negaban su consideración sobre todo en la partición hereditaria y en la indemnización por la destrucción de cosas. En ocasiones, sí se estimaba el valor de afección como fundamento de la demanda. De acuerdo a los juristas «más inteligentes», especialmente en las pretensiones

---

\* Texto de una conferencia impartida por mí a inicios de febrero de 2009 en los Seminarios Complutenses y en la Universidad de Salamanca (con motivo de una visita de la *Schola Serviana* de Santiago de Chile). La traducción al español se la agradezco a la amable colaboración de mi doctorando Julio Peláez Solórzano de Guatemala. Para más información sobre el tema consúltese mi detallado ensayo en alemán: «Das Affektionsinteresse: heute und in römischen Rechtsquellen», en: *Ars Iuris, Festschrift für Okko Behrends* (Göttingen, Wallstein-Verlag 2009), 555-588.

\*\* Profesor Dr. Dr. h. c. mult., Catedrático emérito en Derecho Romano, Derecho Civil y Derecho Procesal Civil en la Universidad de Colonia. e-mail: Andreas.Wacke@uni-koeln.de.

que se regían de acuerdo a la buena fe, se debía restituir el interés de afección. La estimación se daba (ante todo en el *Usus Modernus*) en virtud de la prestación de un juramento por parte del actor. La negación total de su restitución según la doctrina general alemana actual (contrario al Derecho austriaco) aparece sobre todo en los daños dolosos como injusta.

**Palabras clave:** Resarcimiento de daños ideales (inmateriales).

## ZUSAMMENFASSUNG

Affektionsinteresse ist das Begehren einer Einzelperson, einen bestimmten Gegenstand zu erwerben oder unbeschädigt zu behalten, verbunden mit der Bereitschaft, dafür einen höheren als den Marktpreis zu bezahlen. Wegen einer subjektiven Beziehung zur Sache übersteigt der Erwerbs- oder Behaltenswunsch deren allgemeine Wertschätzung. Die römischen Juristen verneinten dessen Berücksichtigung vor allem bei der Erbteilung und bei Sachbeschädigungen. Beachtet wurde der Affektionswert aber zuweilen als Klagegrundlage. Bei den sich nach Treu und Glauben richtenden Ansprüchen insbesondere war das Affektionsinteresse nach Ansicht einiger («klügerer») Juristen zu erstatten. Die Schätzung erfolgte (zumal im *Usus modernus*) aufgrund einer Eidesleistung des Klägers. Die gänzliche Versagung der Ersatzfähigkeit nach heutiger deutscher Rechtslehre (abweichend das österreichische Recht) erscheint zumal bei vorsätzlicher Schädigung als ungerecht.

**Schlüsselwörter:** Ersatz ideeller (immaterieller) Schäden.

## INTRODUCCIÓN

La diferenciación entre *danno patrimoniale* y *danno non patrimoniale* fue objeto de ponencias en el octavo Congreso de «Aristec» en junio de 2007 en Lecce<sup>1</sup>. Sin embargo, durante ese congreso el interés de afección no fue tratado. La literatura más importante sobre

<sup>1</sup> NILS JANSEN, *Il danno patrimoniale e non patrimoniale nella tradizione di diritto comune*, y C. A. CANNATA, *Il danno risarcibile in diritto romano: de pubblicazione imminente*; vid. el informe detallado por B. CORTESE, *Iura*, 56 (Napoli, 2006/2007), 458-464. Por último comp. también J.-Fr. GERKENS, «Réflexions sur *damnum* et

el interés de afección está expuesta aquí de manera introductiva<sup>2</sup>. De ella se destaca la monografía de Amalia Sicari (2007) dedicada a un fragmento de Javoleno (abajo Texto 6). Durante el estudio de dicha literatura me percaté de que en la terminología francesa no se hace, aparentemente, ninguna diferenciación entre *intérêt moral* e *intérêt d'affection*. Jean Macqueron y Roger Vigneron contemplan los términos *pretium doloris* y *intérêt d'affection* como sinónimos<sup>3</sup>. Sin embargo, la expresión *intérêt moral* es la premisa mayor y está en contraposición al interés pecuniario. En efecto, el interés de afección se moviliza en el límite entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales<sup>4</sup>.

## 1. CONCEPTO Y EJEMPLOS

1. El interés de afección es la codicia de un individuo de adquirir o de mantener un objeto determinado con la disposición conexa de pagar por él más que su valor de mercado. Más específico, se puede decir que en el interés de afección el deseo de adquirir o de mantener una cosa parte de una relación subjetiva hacia la cosa y se la valora más de lo que comúnmente se hace. Consecuentemente, el valor afectivo o sentimental es el excedente que el interesado está dispuesto (o estaría dispuesto) a pagar. Según los ejemplos aducidos en las fuentes se trata a un esclavo como hijo propio (*filius naturalis*) de su amo (Textos 1 y 3), o en un terreno se encuentra el sepulcro de los antepasados del interesado (Textos 5 y 6). Hoy, son objetos con valor sentimental personal, p. ej., recuerdos de poco valor econó-

---

dommage: l'histoire de deux faux amis»», en *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Hommage à Gilbert Hanard* (Bruxelles, 2009).

<sup>2</sup> F. RABER, «Zum “pretium affectionis”», en Fr. HORAK/W. WALDSTEIN (eds.), *Festgabe für Arnold Herdlitzka* (Manchen/Salzburg, 1972), 197-213, comentado por H. WIELING, *ZSS*, 89 (1972), 467 ss., D. STÖRMER, *Der Ersatz des Affektion-sinteresses in geschichtlicher Entwicklung* (Diss. Hamburg, 1977), policopiado, 137 pp.; A. SILVA SÁNCHEZ, *La patrimonialidad de la prestación y la protección del interés no patrimonial en el Derecho romano y en la dogmática jurídica moderna* (Cáceres, 2003), 338 pp.; A. SICARI, *Gli interessi non patrimoniali in Giavoleno. Studio su D. 38,2,36* (Bari, 2007), 300 pp.

<sup>3</sup> J. MACQUERON, «L'intérêt moral ou d'affection dans les obligations délictuelles en droit romain», en *Études offertes à André Audinet* (Aix-en-Provence/Paris, 1968) 173-188; R. VIGNERON, «L'intérêt d'affection en droit romain», *BIDR*, 100 (1997), 193-204.

<sup>4</sup> Por último, hay que mencionar la pequeña monografía de Luis Díez PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Madrid, 2008.

mico de un viaje a un país lejano (como Chile); o también el retrato de un antepasado que es poco conocido por la gente. Mero valor sentimental, por excelencia, tiene para un novio que está de luto el cuadro, si bien sin gran valor artístico, que su novia pintó en su lecho de muerte (o algún trabajo manual hecho por la moribunda). Piénsese, por último, también en un anillo de bodas, en un amuleto, un talismán o una reliquia religiosa.

Javoleno (Texto 6) menciona, entre otros ejemplos, a un esclavo (que pertenece a la masa hereditaria de un *libertus*), el cual *non pretio, sed affectu sit aestimandum*, es decir, el patrono aprecia al esclavo no por su valor económico, sino por su valor ideológico o sentimental. De ello debería asignársele también al patrono cuando él *animo potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat*, o sea, cuando el patrono calcula la sucesión de su liberado, *más bien según sus sentimientos que por el cómputo de otros*. Javoleno se percató aquí claramente de la contraposición entre el valor comercial y el valor sentimental o afectivo. El interés de afección es por lo tanto un interés personal; es un *interesse singulare*, a diferencia del *interesse commune* y del *interesse conventum*, según la división tripartita hecha en el Derecho común.

2. Como delimitación quiero mencionar algunos contraejemplos. No hay interés de afección en los siguientes casos: un estudiante de Tubinga (Alemania), dueño de un Volkswagen bastante viejo, descubre, para su sorpresa, en el título de propiedad del automóvil, entre los dueños anteriores, el nombre de Joseph Ratzinger, quien fuera entre 1966-1969 profesor de teología en la Universidad de Tubinga; el posterior cardenal sería elegido en 2005 como el Papa Benedicto XVI. Nuestro estudiante puso en Internet su vehículo antiguo en subasta. Más espectaculares, de acuerdo a las ganancias obtenidas, son los casos que hace poco publicara la prensa; según ésta, un Alfa Romeo «Pescara Spyder», que fuera propiedad del dictador italiano Benito Mussolini, fue rematado en una subasta en Londres por aproximadamente setecientos mil (700.000) euros. El décuplo, es decir, 7 millones de euros, fueron pagados por un postor por un «Ferrari Testarossa», con el que dos corredores de autos famosos ganaron en 1962 la carrera de 24 horas de Le Mans (Francia).

Entonces, el hecho de que una cosa haya sido poseída por un personaje de fama mundial, hace que el valor de mercado de la cosa suba. Para ese tipo de cosas se encuentran algunos amantes, sobre todo (como ocurrió) en subastas por Internet. Además, con la oferta de subasta el dueño deja claro que para él el valor sentimental del

objeto no es tan importante (porque si no, no se desprendería de la cosa) como la obtención de un alto precio. En consecuencia, si se ofrece en el mercado de antigüedades o en el mercado de fincas un «Liebhaberobjekt» (objeto afectivo), su valor no es un mero valor sentimental. El término «Liebhaberwert» (valor afectivo) es consecuentemente equívoco (más preciso para diferenciar se habla a veces de puro valor afectivo, «reiner Liebhaberwert»). Se podría pensar también en la camiseta de una célebre estrella de fútbol, que anotó el gol decisivo en el campeonato mundial. Entonces, un valor «reconocido por muchos» es un valor de colección, pero no un puro valor sentimental.

3. El término «interés de afección», en alemán «Affektionsinteresse», lo tomó la teoría jurídica de la Europa continental de las fuentes romanas. Como expresión técnica, es utilizada tan comúnmente que sería difícil reemplazarla con una expresión alemana adecuada. Sin embargo, una buena traducción de las fuentes latinas al alemán tiene que ser completa (a pesar del deseo de transmitirla al lenguaje de destino, en la «Zielsprache») y no debe renunciar a la germanización de extranjerismos. Sobre todo, por medio de una precipitada utilización de la palabra «interés de afección» se podría suscitar la impresión de lenguaje técnico que para los antiguos juristas no era ni corriente ni familiar; esto conlleva a una fijación estrecha prematura. Lo que la multifacética expresión latina *affectio* (*affectus*) significa en las fuentes para cada caso particular, debe ser examinado cuidadosamente. La traducción constituye la coronación de una lograda interpretación. Quien no traduce sus fuentes, entrega algo incompleto.

En las fuentes romanas no se diferencia entre los sustantivos *affectio* y *affectus*. Sin embargo, una reproducción de *affectus* con «Affekt» no es posible en alemán. (A diferencia del español, p. ej., en la usual forma de saludar «con afecto», en alemán «mit Hingabe»). Las acciones punibles en estado afectivo («im Affekt») son impulsivas (lat. *impetu*), delitos cometidos por alteración temporal o hervor afectivo (*Gemütsaufwallung*), provocados en su mayoría por exacerbación (del latín *afficere*)<sup>5</sup>. Ejemplo: la venganza de un

---

<sup>5</sup> Una circunstancia atenuante según ADRIANO-MARCIANO D. 48,8,1,3; comp. § 213 deutsches Strafgesetzbuch (Codigo Penal alemán); *vid.* WACKE, «Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht», *RIDA*, 26 (1979), 505, 541 ss., ahora en WACKE, *Unius poena - metus multorum. Abhandlungen zum römischen Strafrecht* (Napoli, 2008) 37 ss. Comp. también el refrán medieval: *Affectus punitur, licet non sequatur effectus*: un inteligente juego de palabras.

cónyuge que mata al amante de su esposa, debido a que lo descubrió *in fraganti*. Al contrario, la «Affektion» como valoración individual de un objeto es un estado permanente y no temporal. La expresión latina *affectio* puede asociarse con la expresión *caro* en italiano, *cher* en francés, *teuer* en alemán.

*Caro* y *cher* significan «querido» (especialmente al tratar a alguien) y a su vez también «caro» (*tenere caro* = apreciar a alguien, un *attore caro al publico* = un actor querido y apreciado). En cambio, el español «querer», en alemán «lieben», no viene del latín *carus*, sino de *quaerere*, buscar, inquirir, pedir. El doble sentido ya lo tiene la raíz latina *carus* (por ej., *caro* [pretio] *vendere*; «querido» al contrario en: *libertos caros habere*). La significación básica común del italiano «caro» es «che suscita sentimenti d'affetto», por lo tanto «che si vende a prezzo elevato», de lo cual «pregrato, prezioso, costoso». La raíz indogermana la encontramos otra vez en el danés «kær» querido, «kærlighed» amor. La conexión caro-querido se muestra en tiempos de Goethe o de Biedermeier en el encabezamiento de cartas «Meine Teure!» «Teurer Freund». Comparar también inglés «my dear, darling». Otro, el argot musical *affetuoso*, abnegado, apasionado. Un «prezzo d'affezione» es por lo tanto un precio afectivo (*Liebhaberpreis*).

La raíz *affect* se encuentra en las fuentes jurídicas romanas sorprendentemente con frecuencia, de acuerdo a la *Biblioteca Iuris Antiqui* [BIA] 129 veces, de las cuales 81 en el Digesto. Sin embargo, de términos relacionados con la expresión moderna de interés de afección se encuentran solamente puntos de referencia. El término utilizado en el Derecho Común *pretium affectionis* es una expresión neolatina. El ALR prusiano y el ABGB austriaco germanizan éste como «valor de la predilección especial» (*Wert der besonderen Vorliebe*); usual era también el término «*Neigungswert*» (valor de inclinación). Los juristas romanos no utilizaron un término general para daños inmateriales; los adjetivos *materialis* e *immaterialis* derivados del sustantivo común *materia* no son términos del latín clásico. Ahora, *damnum pecuniarium* se encuentra tres veces en Ulpiano, de los cuales una vez contrario al mero interés de afección en D. 38,5,1,15 (Texto 3) *in fine*. Debido a que en el Derecho procesal romano cada sentencia civil debía ser pecuniaria, cualquier *damnum* que se tomaba en cuenta era forzosamente un daño material y en general no había una necesidad de diferenciar los daños con una oposición (daños inmateriales). Para la indemnización por daño personal (*Schmerzensgeld*), como rama de los daños inmateriales (Ila-

mado, no romano, *pretium doloris* o *pecunia pro doloribus*) se debe decir que no fue utilizado por la antigüedad; las fuentes antiguas no contienen ninguna palabra siquiera adecuada<sup>6</sup>. No obstante, la raíz *affect\** como modelo para nuestro implantado extranjerismo «interés de afección» lo utilizaban los juristas frecuentemente, pero con una significación no técnica.

## 2. VISTAZO A LA EVOLUCIÓN JURÍDICA EUROPEA

1. En lo que respecta a la consideración de los intereses de afección las fuentes romanas son contradictorias. En dos textos del Digesto (núms. 1 y 3), que posteriormente cobraron importancia, *niega* Paulo con palabras casi consonantes, citando a Sexto Pedio, en relación al cálculo de la deducción a prorrata de la parte legítima de la *lex Falcidia* (D. 35,2,63) y el cálculo de los daños según la *lex Aquilia* (D. 9,2,33pr.), con fundamentos detallados encabezando diversos ejemplos de casos, la consideración de la *affectio* a un determinado esclavo. Por otro lado, Papiniano en el Texto 8 (D. 17,1,54pr.) *apoyaba* en relación con un caso especial del derecho de mandato (un esclavo le encargó a un tercero de comprarlo de su amo para finalmente dejarlo en libertad) la consideración de la *affectio* del amo para dejarlo en libertad, y esto con el remarcable fundamento general, que según los juristas más razonables, en los contratos de buena fe se debía tomar en cuenta el interés de afección (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*). Por lo tanto, la pregunta en la época clásica tardía era controvertida. Para la afirmación de Papiniano pesaban los mejores argumentos; y con su partidismo en las pretensiones contractuales «elásticas» de buena fe Papiniano no estaba solo. En efecto, un ges-

---

<sup>6</sup> A. WACKE, «Vom “Schmachgeld” zum Schmerzensgeld und wieder zurück», en T. CHUISE (ed.), *Festschrift für Elmar Wadle* (Berlín, 2008) 1163-1185. *Vid.* también R. VIGNERON, «La douleur comme source de droits de l’homme à Rome?», en *Le monde antique et les droits de l’homme, Actes 50<sup>ème</sup> Session SIHDA* (Bruxelles 1996), 395-412. Fundamental es la monografía de UTE WALTER, *Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld* (Paderborn, 2004), 541 pp. Para el Derecho comparado *vid.* ahora la excelente monografía de Marcelo BARIENTOS ZAMORANO, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa* (Salamanca, 2007), 573 pp., comentado por C. VATTIER FUENZALIDA, *ADC*, 60 (2007), 1741 ss. BARIENTOS estudiaba la aportación del Derecho alemán a su temática bajo mi dirección durante unos meses de 2005-2006 en Colonia.

tor de negocios tiene que mantener tanto los intereses económicos como también los intereses ideales de su mandante.

2. En la discrepancia expuesta nos encontramos en el Uso Moderno de las Pandectas. Bartolo siguió a Papiniano en sus consideraciones en los contratos *bonae fidei*; en su contra Alciato, después Kreittmayr. La pregunta quedó controvertida<sup>7</sup>. Según las causas para las diferentes consideraciones de los intereses de afección —por un lado para la cuantificación de los bienes hereditarios en el derecho de herencias y para la cuantificación de daños delictuales (Aquilianas)— por otro lado para los contratos regidos por la *bona fides*, por lo tanto según el fin normativo o según el campo jurídicamente tutelado, aparentemente no se preguntó en la historia dogmática.

3. Las codificaciones de Derecho natural de la primera ola (por 1800), clasificaban el ámbito de la obligación de indemnizar según los grados de la culpa. Diverso del Derecho romano, las codificaciones no diferenciaban en esto entre daños delictivos y contractuales. El ALR prusiano de 1794 ordenaba en la Parte I, Título 6, § 87: «Para el valor de la predilección especial es responsable el causante del daño solamente cuando el daño se ha causado deliberadamente». De acuerdo al *iusiurandum in litem* del proceso romano clásico, según la opinión general prusiana, el valor se tenía que establecer por juramento.

De similar manera el ABGB austriaco del año 1811 en su § 1331, todavía vigente, obliga «zum Ersatz des Wertes der besonderen Vorliebe» (es decir a la indemnización del «valor a la predilección especial») solamente por un daño ocasionado por una acción punible deliberada o por alegría de mal ajeno. Al contrario, el Derecho territorial de Baden excluyó expresamente en art. 1151a (uno de sus numerosos artículos complementarios al art. 1382 del *Code Civil* francés), la indemnización del mero «valor de inclinación o de afección del damnificado», incluso para los daños dolosos. El interés de afección quedó desatendido también en el BGB sajón de 1865 (§ 78) y en el proyecto de Dresden de 1866 (art. 223).

4. Friedrich Mommsen (quien no fue tan famoso como su hermano Theodor Mommsen), como pionero representante de la dogmática pandectística, diferenció en su monografía básica *Zur Lehre*

<sup>7</sup> Para una exposición más detallada de la evolución dogmática *vid.* STÖRMER (*supra* n. 2); sintéticamente H. COING, *Europäisches Privatrecht I: Älteres Gemeines Recht* (München, 1985), 438 ss.

*von dem Interesse* (1855)<sup>8</sup>, relacionada con una antigua tradición revertible a Godofredo y Enrique de Cocceji, entre el interés de afección como fundamento de la acción e interés de afección como fin y contenido de la acción. Este fructuoso pensamiento de sistematización no fue retomado en nuevas investigaciones. No obstante, yo lo voy a tomar como base para la clasificación de las fuentes. Según Mommsen los juristas romanos contemplaban el interés de afección solamente dentro de la primera significación, o sea como fundamento de la acción. Mommsen intentó marginar a los testimonios que se oponían, sobre todo al mencionado Texto 8 de Papiniano D. 17,1,54pr. Sin embargo, en esto no hay que suceder a Mommsen. El hecho de que Papiniano haya atribuido a los «juristas más inteligentes» su opinión contraria, en relación con los *bonae fidei iudicia*, hubiera podido iniciar movimientos para investigar sus causas. Sin embargo, ese potencial impulso no se siguió. La teoría pandectística estaba empeñada, separándose de los supuestos grados de la responsabilidad (culpa), en desarrollar una teoría general del alcance del daño a reparar. En primer plano estaba el derecho de los ilícitos civiles, y para ellos estaban como modelo los dos enunciados concordantes de Pedio-Paulo (Textos 1 y 3). No se percató del hecho de que en las pretensiones contractuales el interés de las partes puede ser diferente.

A favor de la consideración de valores ideales se comprometió, sin embargo, especialmente Rudolf von Jhering muy efusivamente (al final del siglo XIX)<sup>9</sup>; sus observaciones culminaron en las preguntas: «¿Entonces, el patrimonio es el único bien, que el derecho civil debe proteger? ¿Son todos los otros bienes cosas sin valor, sobre las cuales el juez no tiene por qué preocuparse? ¿Conoce el juez sólo el interés de la cartera (o bolsa)? ¿Termina el derecho, donde termina la cartera?». La imperante «opinión de nuestros juristas actuales» fue reprochada por Jhering, siguiendo las palabras críticas de Papiniano *prudenterioribus placuit* (los antiguos juristas más inteligentes eran de la opinión contraria).

5. En la asesoría para la elaboración del BGB alemán, se separó, alejándose conscientemente del ALR prusiano y del ABGB austriaco, en la acción de reparación o indemnización del grado de

<sup>8</sup> La monografía ha tenido gran éxito, *vid.* COING II (1989), 446 ss.

<sup>9</sup> JHERING, «Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn», en *Jherings Jahrbücher*, 18 (1880), 1-128 = JHERING, *Gesammelte Aufsätze III* (Jena, 1886, reimpresión Aalen, 1969), 87-210, 159 ss.

la culpa. Según los autores del BGB, lo que se debía indemnizar era el puro daño cuantificado, sin adjudicación por daños culposos especiales, es decir «liberado de valor» (wertfrei) prescindiendo de la función de desagravio<sup>10</sup>. Esto condujo hacia el principio de «todo o nada» en el derecho indemnizatorio. En contra de la indemnización del interés de afección se argumentó (como en la anterior teoría pandectística) que su cuantificación era dificultosa.

Hoy en día, el hecho de que la lesión del interés de afección no conlleve el derecho a reclamar una suma monetaria, es un dogma incontrastable, un axioma afianzado, que ya no se cuestiona y que ya no necesita justificación. Por otra parte, el contenido de una obligación no debe ser, según la opinión de los redactores del BGB (que en esto siguieron a Windscheid)<sup>11</sup>, solamente un interés pecuniario; también un interés ideal es suficiente. No obstante, los daños no patrimoniales están excluidos de la indemnización pecuniaria de acuerdo con el § 253 párrafo 2, BGB. Esto conlleva a la consecuencia paradójica, que la conservación del interés de afección puede ser contenido del contrato, pero su quebrantamiento queda sin sanción [en el caso de que no haya otra sanción, ya sea una pretensión de no hacer o una sanción contractual (cláusula penal)]. Una restitución natural, la restitución al estado original, sería en la regla para nuestros casos, eliminada. Se puede pensar en el caso en que un retrato de un ancestro haya sido culposamente destruido o que haya sido extraviado por parte de un restaurador. Sobre el valor del retrato para la familia, debió haber sido comunicado por parte del comitente; el valor se puede también deducir de las circunstancias, es decir, por medio de interpretación. El catálogo enumerativo de la indemnización permitida se puede complementar contractualmente; la limitación del § 253 BGB es dispositiva. Por este camino nos acercamos al pensamiento de Papiniano, que la lesión pactada contractualmente del interés de afección puede obligar a restituir (D. 17,1,54pr., Texto 8). Ahora, en nuestra era todos los contratos se interpretan de acuerdo a la buena fe (§ 153 BGB).

No obstante, una ampliación contractual fracasa (y esto es consecuente), en el Derecho de ilícitos civiles (Deliktsrecht). El interés de afección es un interés relativo: Una sola persona le da a una cosa un valor mayor que otras personas. Esto lleva a la pregunta filosófica

---

<sup>10</sup> Para esta tendencia de «despenalización» véase INA EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht* (Tübingen, 2004), 248 ss.

<sup>11</sup> B. WINDSCHEID/TH. KIPP, *Pandekten II* (9.<sup>a</sup> ed., 1906), § 250, n. 3.

básica (puesta ya por Rudolf von Jhering): «¿Están protegidos los bienes jurídicos de tal manera que no solamente tienen valor para el beneficiario, sino que para otros también? ¿Siempre y cuando tengan valor en la vida jurídica se dejan “platear”? ¿En la compensación monetaria se encuentra la esencia del patrimonio?» (Hasta aquí las palabras de Jhering, *vid. supra* n. 9). En efecto, nosotros definimos el concepto del patrimonio como la suma monetaria, apreciable en dinero, de los bienes de una persona.

La destrucción del valor sentimental sería entonces un daño no patrimonial. Su indemnización se asemeja a la indemnización por daño moral (Schmerzensgeld). La similitud funcional de los dos conceptos la podemos encontrar en el Derecho francés, en el cual la indemnización al daño moral se da incluso al dar muerte a un animal favorito de su amo.

### 3. LA NO CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS DE AFECCIÓN EN LAS FUENTES

1. Nuestro análisis de las fuentes tiene que empezar con las dos referencias más citadas y casi sinónimas en contra de la consideración del interés de afección<sup>12</sup>, inicialmente en el

**Texto 1:** D. 35,2,63pr. [parte 1] (Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam): *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest; nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit...*

«El precio de los bienes no se rige según el afecto o la utilidad de individuos, sino por la (apreciación de la) generalidad. Por ello, quien posee un hijo natural no es más rico, si, cuando el hijo está en posesión de otro, él lo comprase por más dinero (del que vale). Pero

<sup>12</sup> Ambas fuentes extensamente interpretadas por G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno Aquiliano* (Milano, 1992), 29 ss.; M. MIGLIETTA, *Servus dolo occisus* (Napoli, 2001), 264 ss.; CR. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio* (Milano, 2005), 208 ss.

tampoco quien posee un hijo que es ajeno, tiene plusvalía (en su patrimonio) por el hecho de que pueda vendérselo (por más valor) al padre; y no hay que esperar hasta una (futura) venta, sino que se lo valore según su precio actual, no como hijo de alguien, sino (en su calidad) como esclavo. En la misma situación se encuentra un esclavo que causó daños; porque nadie será más valioso por razón de haber cometido un ilícito...».

Esta simple constelación básica no trata preguntas sobre responsabilidad o sobrevuelco de daños, sino sencillamente trata sobre la estimación del valor de la herencia para el propósito de la cuantificación de la porción legítima en el marco de la *lex Falcidia*. Aquí, responsabilidades o atribuciones quedan sin consideración. Así, se desprende de sí mismo que el valor se determina bajo criterios objetivos (comparar § 2311 BGB; como el actual balance bajo resolución de amortizaciones y fondos de reserva empresariales fiscales). Esto se desprende también de Ulpiano D. 35,2,62,1: *Corpora si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem aestimanda erunt, hoc est secundum praesens pretium...* (Los objetos materiales que se encuentran en la masa hereditaria del causante deben ser valorados de acuerdo a la realidad, o sea, de acuerdo a su valor actual).

Por medio de la mezcla de intereses de afección el valor de la herencia no se incrementa ni se disminuye. Cuando se cumple un legado con la entrega de una cosa muy apreciada por el recipiente, se favorece a los restantes (especialmente a los herederos principales), porque a ellos les resta más de los bienes hereditarios. Ellos tienen entonces la ventaja, si un destinatario haya recibido una cosa con más valor en consecuencia de su interés de afección. El caso contrario sería si cada legatario o beneficiario se empeña en que la cosa a recibir sea estimada con un menor valor. Para evitar tales situaciones, se debe dar a los objetos de la herencia un valor realmente objetivo.

La frase introductoria de Paulo (atribuible a Sexto Pedio, *vid.* Texto 3) se lee como una directiva de cuantificación económico-científica. El interés singular del parentesco sanguíneo entre un esclavo y su potencial comprador como motivo para una oferta alta, no debe inclinar la balanza; tampoco se debe especular (*nec exspectandum est*) que un comprador de esa naturaleza se pudiera encontrar en el futuro. Lo determinante es el valor que tiene el esclavo de acuerdo con sus conocimientos y habilidades para cada persona. Eficaz es el argumento final de absurdidad *delinquendo nemo pretiosior fit*: por un hecho dañoso un esclavo muy querido no sube de valor por el

motivo que su amo, en vez de entregarlo al dañado, pague el valor del daño (es decir *noxam sarcire* en vez de *noxae dedere*).

Como es sabido, en el proceso civil romano el *iusiurandum in litem* evitó que la parte vencedora perdiera la cosa en contra de su voluntad, debido a que cada sentencia era pecuniaria. Normalmente se cuantificaba solamente de acuerdo con el valor objetivo (*quanti ea res est*). Pero bajo juramento podía el demandante decidir cuánto valía la cosa para él personalmente. El juramento para la estimación podía ir por encima del valor de la cosa<sup>13</sup>; así se podía tomar en consideración el interés de afección personal del demandante. El excedente se tomaba como pena pecuniaria por la *contumacia* del demandado, por no haber querido restituir la cosa dañada. Por consiguiente, esta obligación pecuniaria debía afectar al demandado heredero personalmente y en ningún caso podía cargar la herencia: esto viene del siguiente Texto 2. En efecto, las penas tienen que ser personales.

**Texto 2:** D. 35,2,60,1 (Iavolenus *libro quarto decimo ex Cassio*): *Legato petito cum in litem iuratum est, ratio legis Falcidia non eius summae, in quam legatarius iuravit, haberi debet, sed eius, quanti re vera id fuit quod petitum est: nam id quod poenae causa adcrevit, in legem Falcidiam non incidit.*

«Cuando en la reclamación de un legado se hubiera estimado su valor bajo juramento, para el cómputo según la ley Falcidia no debe tenerse en cuenta aquella suma que el legatario juró, sino según el valor real de lo reclamado, porque lo que fue añadido como pena, no entra en consideración para la ley Falcidia».

2. Para la cuantificación de los daños de la *lex Aquilia* se expresa Paulo casi igualmente en el

**Texto 3:** D. 9,2,33pr. (Paulus *libro secundo ad Plautium*): *Si seruum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Peditus ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiores esse, quod*

<sup>13</sup> Ulpiano D. 12,3,1: *...non enim res pluris fit per hoc (iuramentum), sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium* (No es que en virtud del juramento el objeto del litigio aumente de valor, sino que a causa de la contumacia se estima más allá del valor real).

*eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.*

«Si le diste muerte a mi esclavo, los valores sentimentales o de afección, según mi opinión, no se deben incluir. Por ejemplo si alguien mata a tu hijo natural, a quien tú comprarías por un precio más alto del que vale, sin embargo el precio real es el que la generalidad le daría. Sexto Pedio dice también que el valor de los bienes no se rige por la afección o utilidad individual, sino de acuerdo a lo que la generalidad considera. Por ello, quien posee un hijo natural no es más rico, si él lo comprase por más dinero (del que vale) cuando el hijo está en posesión de otro. Pero también quien posee un hijo que es ajeno, tampoco tiene plusvalía (en su patrimonio) por el hecho que se lo pueda vender (por más valor) al padre. Según la *lex Aquilia*, los daños nos serán restituidos, cuando sufrimos una pérdida, cuando pudiéramos adquirir algo o cuando debimos obligatoriamente gastar en algo».

La cuantificación del valor objetivo de la cosa destruida, también para la estimación de los daños según la *lex Aquilia* (originalmente una demanda penal mixta) no era evidente. Sin embargo, Paulo sigue la opinión de Sexto Pedio. Podría cuestionarse, si en un homicidio doloso de un esclavo el interés de afección quedase también excluido de la indemnización; pero la pregunta queda sin respuesta. En la conclusión del texto se definía qué se tenía que entender como «daño» (*damnum*).

3. Por los servicios perdidos que un esclavo ya no puede realizar, tampoco se debe restituir el interés de afección, según Ulpiano

**Texto 4:** D. 7,7,6,2 (Ulpianus libro quinquagesimo quinto ad edictum): *Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit.*

«Tampoco será cuantificado el placer o el afecto, así cuando el amo lo hubiese querido mucho (a su esclavo) o lo hubiese tenido para sus placeres».

Se trata de una indemnización de los servicios de un esclavo, de los que se privó. La causa de la responsabilidad no queda clara. El esclavo pudo haber sido secuestrado o incitado a escapar, encerrado o lesionado de tal manera que es incapaz de trabajar. Falta una explicación en la fuente de por qué se denegó al dueño la pretensión

de indemnizar el valor de su inclinación personal. Una indicación la da el § 1 precedente. Ahora bien, los servicios de un esclavo que no alcanza los cinco años de edad, de un lisiado o de alguna manera incapaz de trabajar no deben indemnizarse; en efecto mantenerlos a ellos cuesta más de lo que pueden rendir. Según nuestro Texto 4 no se valora una predilección individual de un amo por este esclavo. «*Diligere*», apreciar, valorar, describe adecuadamente el interés de afección<sup>14</sup>. En este caso es permitido que la palabra se utilice con la significación (aunque rara) de amor carnal, es decir, también en una relación (si bien innecesaria) homo-erótica<sup>15</sup>. Elisabeth Hermann-Otto esquematizó impresionantemente la triste existencia de los envejecidos *delicati* (o *dilecti*)<sup>16</sup>: después que su belleza se esfumaba, sus servicios sentimentales raramente volvían a ser valorados. En todo lo demás y lo que respecta a la vida no aprendieron nada. Sin embargo, años atrás su bella faz atrajo la cautivación de algunos señores. Es adecuado según el Texto 4, cuando la pérdida de estos servicios inmorales, más que inquietantes, de un esclavo no se debían restituir.

4. Por un mero interés de afección tampoco puede un patrono impugnar las disposiciones onerosas de su esclavo liberado:

**Texto 5:** D. 38,5,1,15 (Ulpianus libro quadragesimo quarto ad edictum): *Et alias videamus, si dicat patronus rem quidem iusto pretio venisse, verumtamen hoc interesse sua non esse venundatam inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis vel vicinitatis vel caeli vel quod illic educatus sit vel parentes sepulti, an debeat audiri volens revocare. sed nullo pacto erit audiendus: fraus enim in damno accipitur pecuniario.*

«También debemos considerar si el patrono alega que un terreno haya sido vendido a un precio adecuado, pero le interesaba que no se vendiera, y que el fraude estaba en haberse vendido una posesión que tiene para él un valor afectivo —sea por su localización o los alrededores, sea por su vecindad, por su atmósfera, porque allí haya sido criado, o porque sus antepasados se encuentren sepultados allí—. (Se cuestiona) si puede ser oído alegando tener un derecho de

<sup>14</sup> Cfr. *Fraterna caritate diligere*, en Paulo D. 28,5,59,1.

<sup>15</sup> D. DALLA, *Ubi venus mutatur: Omosessualità e diritto nel mondo romano* (Milano, 1987), 37 ss.

<sup>16</sup> E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus. Untersuchungen zu den hausgeborenen Sklaven etc.* (Stuttgart, 1994), 309 ss., también 18, n. 69 ss.

revocación. Pero en ningún caso se le va a escuchar: pues el fraude se entiende aquí solo para los daños pecuniarios».

El patrono tenía un derecho a una parte legítima en la herencia, cuando su *libertus* muriese sin dejar a algún familiar como sucesor. Esto se debe a que solamente después de su *manumissio* el *libertus* tenía derecho a adquirir patrimonio propio. Si el *libertus* hubiera cometido fraude, o sea con la intención de dejar fuera a su patrono de la parte legítima, entonces respondía el adquirente a la restitución por medio de las *actiones Fabiana* o en su caso *Calvisiana*<sup>17</sup>. Ulpiano se pregunta si la enajenación de una finca a su valor real puede perjudicar al patrono, cuando la finca tiene un valor de afinidad para él. Como ilustración, Ulpiano señala diferentes motivos de actuar. Es una suerte que los compiladores, a pesar de sus tachaduras masivas, nos hayan transmitido los ejemplos mencionados, en los cuales el interés de afección de un patrono puede superar el valor de mercado<sup>18</sup>. La pregunta se niega apodícticamente con el fundamento que solamente los intereses patrimoniales del patrono pueden ser protegidos. Como profundización de esto se pueden alegar dos argumentos. Primero: siempre y cuando el patrimonio del *libertus* proceda de donaciones del patrono (mientras el patrono no le haya sustraído bienes de su peculio en el momento de su manumisión)<sup>19</sup>, entonces el patrono ya se ha desentendido, por sí mismo, de su interés de afección. Segundo: la revocación de objetos que el *libertus* ha vendido a precios adecuados, sería inaceptable de acuerdo al interés del adquirente y de los usos comerciales. *Emptorem non esse inquietandum*, enseñó Paulo (citando a Pomponio) en el § 14 precedente, para una disposición *bona fide sine ulla gratia*. Por consiguiente, el patrono puede solamente intentar comprar la cosa nuevamente (posiblemente a un precio más alto). De la última frase se desprende la conclusión: El interés de afección no es un *damnum pecuniarium*; no puede cuantificarse monetariamente (aquí se hace alusión al concepto de daños no patrimoniales).

<sup>17</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht I* (2.<sup>a</sup> ed., 1971), 709; M. G. ZOZ DE BIASIO, *I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari* (Milano, 1978); C. MASI DORIA, *Bona libertorum* (Napoli, 1996).

<sup>18</sup> Sin embargo, *vicinitas* y *caelum* ya son cualidades de una finca (estimadas por varias personas); no se trata de un mero interés de afección. Cfr. también A. PALMA, *Iura vicinitatis* (Torino, 1988), 47 ss.

<sup>19</sup> WACKE, «*Peculium non ademptum videtur tacite donatum*. Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung», *Iura*, 42 (1991), 43-95.

## 4. EL INTERÉS DE AFECCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

1. Contrario a lo dicho anteriormente, se afirma la impugnación de un testamento de un liberto por parte del patrono en casos similares del Texto 6:

**Texto 6:** D. 38,2,36 (Iavolenus libro octavo epistularum): *Libertus, qui solvendo non erat, praeterito patrono extrarios relinquit heredes: quaero, an possit patronus petere contra tabulas bonorum possessionem. respondit: cum a scriptis heredibus adita est hereditas, patronus contra tabulas bonorum possessionem petere potest, quia solvendo hereditas est, quae inveniat heredem. et sane absurdum est ius patroni in petenda bonorum possessione contra tabulas aliorum computatione, non iudicio ipsius patroni aestimari auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est. multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat patrono petere bonorum possessionem, quamvis aeris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii eius excedat, veluti si praedia sunt aliqua ex bonis liberti, in quibus maiorum patroni sepulchra sint et magni aestimat patronus bonorum possessione iura pro parte ea ad se pertinere, vel aliquid mancipium, quod non pretio, sed affectu sit aestimandum. non ergo ideo minus habere debet ius petendae bonorum possessionis, qui animo potius quam aliorum computatione bona liberti aestimat, cum eo ipso sufficere patrimonium videri possit, quod et heredem habeat et bonorum possessorem.*

«Un liberto insolvente pretirió a su patrón e instituyó a herederos extraños. Pregunto si el patrono puede exigir la posesión hereditaria en contra del contenido del testamento. Él responde: después que los herederos instituidos se han incorporado a la masa hereditaria, puede el patrono exigir la posesión hereditaria en contra del contenido testamentario, ya que una herencia que llega a tener herederos está solvente. Sería realmente absurdo, concederle al patrono el derecho posesorio en contra del testamento según el cómputo de otros, y no según su valoración subjetiva, privándole así de la cantidad módica que él puede conseguir. En efecto, se pueden encontrar varios casos en los que conviene al patrono pedir la posesión de los bienes, aunque la cuantía de las deudas que dejó el liberto exceda del haber de la herencia, por ejemplo cuando se trata de inmuebles donde se encuentran enterrados los antepasados del patrono y el patrono valora mucho que a él le correspondan en parte los derechos sepulcrales, o hay un esclavo que se estima no por su valor real, sino de acuerdo a cierta afección. Por lo tanto no se le puede negar al patrono el derecho a la posesión hereditaria, porque él estime más que

otros el valor del patrimonio del liberto, ya que se puede considerar como suficiente un patrimonio por el hecho mismo de que encontró tanto un heredero como un poseedor de los bienes».

La parte legítima del patrono no parece ser perjudicada, cuando la herencia del liberto está sobrecargada de deudas. No obstante, el valor objetivo cuantificado de la herencia no constituye para Javoleno un límite para la solicitud del patrono para el otorgamiento de la posesión hereditaria *contra tabulas*. Las reflexiones detalladas de Javoleno<sup>20</sup> consideran de una manera realista el hecho práctico de que algunos individuos están dispuestos, por avidedeces subjetivas, a pagar por ciertas cosas un precio mayor del valor de mercado. En otras palabras, la insolvencia de la herencia puede ser compensada por otros medios, o sea, el interés de afección del patrono a ciertos bienes hereditarios. Hasta qué punto la relación entre la insolvencia y el interés de afección puedan ser una ventaja para él, depende de su valoración subjetiva. Aquí, en la sucesión hereditaria, los intereses de otros adquirentes, especialmente el de los herederos testamentarios no se protegen. Por ello, el derecho de propuesta del patrono puede ser interpretado ampliamente por Javoleno —contrario a la interpretación estricta de Ulpiano en los casos similares mencionados anteriormente (Texto 5). La contemplación del interés de afección depende entonces del contexto correspondiente, de la situación de los intereses y, por último, del objetivo tutelado por una norma.

2. Condición para la solicitud, pero no el fin de la demanda, crea el interés de afección en el siguiente fragmento de Hermogeniano Texto 7, que raramente ha sido tratado y no resulta fácil de traducir:

**Texto 7:** D. 4,4,35 (Hermogenianus *libro primo iuris epitomatum*): *Si in emptionem penes se collatam minor adiectione ab alio superetur, implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse emptam ab eo rem fuisse adprobetur, veluti quod maiorum eius fuisset: tamen ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori.*

«Si en una subasta (previamente arreglada) la puja de otro superara la oferta del menor, se le debe escuchar (al menor) en su solicitud de restitución al estado original, cuando su interés en

<sup>20</sup> Bien interpretadas por B. ECKARDT, *Javoleni epistulae* (Berlín, 1978), 190 ss.; MASI DORIA (*supra* n. 17), 291 ss.; SICARI *passim* (*supra* n. 2).

adquirir esta cosa sea probado, por ejemplo si la cosa perteneció a sus antepasados; no obstante para obtener la adjudicación (el menor) deberá ofrecer el mismo precio (que el otro oferente) al vendedor».

Un menor de 25 años fue perjudicado (*captus*) al no ser él, sino otra persona quien recibiera por medio de una puja más alta la adjudicación. Como perjuicio basta para el menor, según Hermogeniano, su interés ideal a percibir una cosa, porque ésta pertenecía a un antepasado suyo. El *minor* recibe entonces por medio de solicitud, la restitución *in integrum*; pero él tiene, consecuentemente, que pagar el precio más alto correspondiente a la puja que el otro ofreció. El menor puede entonces elegir, adquirir la cosa pagando el precio más alto, o alejarse de ella. Si él acepta pagar el precio más alto, entonces cambia la persona del comprador; los intereses del vendedor no se ven afectados.

El interés de afección no se afora judicialmente y no se retribuye al menor monetariamente. Para la valoración (inclusive valores sentimentales individuales) sirvió más el remate judicial. Lo que no queda claro es por qué el menor recibió la adjudicación, pero la cosa se le concedió a otra persona. ¿Será que el menor recibió la cosa bajo reserva, mientras durante un plazo, no se haya hecho una mejor oferta? Fuera de esto, la solución a segunda vista no es tan salomónica como Hermogeniano resuelve el conflicto entre los dos oferentes. Para una restitución al estado original real, la subasta debería haber sido ser repetida o continuada: el menor debería, para obtener la adquisición, subir la puja, bajo el riesgo que su oferta vuelva a ser superada. Ya es una ventaja para el *minor* que él ya no tenga que pagar más que su contrincante. Sin embargo, una posibilidad de repetición no es contemplada por el jurista; además se infiere que el contrincante no subió la puja, porque aparentemente para su adquisición no existe un interés de afección igual o equivalente. Por último se encuentra el riesgo que, debido a la participación de un menor (sin consultar a su curador), cada subasta pueda ser impugnada; pero esto atentaría gravemente contra la seguridad jurídica. En conclusión, se debe tener en cuenta que más allá de los meros intereses económicos de un menor, su interés ideal de percibir un objeto perteneciente a su familia estaba protegido.

## 5. LA INDEMNIZACIÓN DEL INTERÉS DE AFECCIÓN COMO FIN Y CONTENIDO DE LA DEMANDA

Hasta aquí hemos tratado el interés de afección como fundamento de la demanda. Para el interés de afección como fin de la demanda tenemos ahora dos textos a tratar.

1. El texto clave para la indemnización del interés de afección está en el ya mencionado texto de Papiniano, Nr. 8:

**Texto 8:** D. 17,1,54pr. [parte 1] (Papinianus *libro vicesimo septimo quaestionum*): *Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse; placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam...*

«Cuando un esclavo le encargue a un tercero comprarlo, el mandato es nulo<sup>21</sup>. Pero si el mandato fue contratado con el fin de manumitir al esclavo, y no se le deja en libertad, el dueño conseguirá el precio como vendedor, y por razón de su afección demandará con la acción de mandato. Supóngase que (el esclavo) sea su hijo natural o hermano. Pues admiten los juristas más sabios que debe tenerse en cuenta el interés de afección en los juicios de buena fe...».

Un esclavo encarga a un tercero, comprarlo de su amo y dejarlo libre. Por qué su amo mismo no lo dejó libre, no está claro. Tal vez el amo no había alcanzado la edad mínima exigida por la *lex Aelia Sentia*, o la comparecencia ante el pretor *in iure* con el fin de la *manumissio vindicta* le parecía onerosa, o el esclavo quería ser poseído por el comprador y su dueño quería otorgarle los derechos patronales al comprador. Además el dueño recibirá como indemnización, por ceder los derechos patronales, el precio de la venta. El precio convenido no pudo haber alcanzado el valor comercial, debido a la imposición de liberar al esclavo; además, cuanto menos tiempo tuviera el comprador para la propia utilización del esclavo hasta el tiempo de la *manumissio*, llevaba a que el precio bajara<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Comp. DIOCL.-MAX. C. 4,36,1pr.: *quoniam qui mandat, ut a se res comparetur, inutiliter mandat*; R. KNÜTEL, «Das Mandat zum Freikauf», en D. NÖRR/S. NISHIMURA (eds.), *Mandatum und Verwandtes* (Berlin, 1993), 353 ss., 369.

<sup>22</sup> Comparar *e contrario* ARISTO-ULPIANO D. 39,5,18,1: La dación de un esclavo bajo la condición de dejarlo libre en el término de 5 años, es durante los 5

El negocio fiduciario se compone por lo tanto de una acumulación de venta del esclavo y un encargo de liberación; por consiguiente el vendedor tiene derecho a dos acciones o prestaciones de hacer. Con la recepción del precio los intereses del vendedor no están totalmente satisfechos; el pago del precio es solamente una parte de las prestaciones a cumplir por el comprador encargado. Al vendedor le resta la *actio mandati directa* por el mandato de su esclavo a la ejecución del encargo, o sea «*affectus ratione*». Esto no se puede referir al interés pecuniario del vendedor, que éste haya vendido a su esclavo con la imposición de liberación, por debajo de su valor comercial<sup>23</sup>. Este interés monetario lo tomó en cuenta Papiniano en conexión con Sabino ya en D. 18,7,6,1. Si el interés monetario estuviera en debate, entonces no hubiera sido necesaria la doble citación al interés de afección en nuestro Texto 8 del mismo Papiniano. Además, el interés monetario fracasa ya como fin de la acción, porque se demanda aquí no *ex vendito*, sino por medio del inevitablemente gratuito *mandatum*<sup>24</sup>. En efecto, un mandatario debe seguir el encargo de su mandante de acuerdo a la buena fe y respetar sus intereses, o sea desde los meros intereses económicos hasta los intereses ideales. En esto se diferencian fundamentalmente las obligaciones de la gestión de negocios, de puras directivas de valoración (Texto 1) y de las responsabilidades por daños materiales (Texto 3). La poca evidente configuración de los hechos en el texto de Papiniano que afirma la obligación de indemnizar la afección fue posiblemente la causa de que no se lo tomara en cuenta en la época postromana de igual manera, como sí las manifestaciones que la niegan de Pedio-Paulo (Textos 1 y 3).

La frase fundamental *placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam* es el «contenido histórico más valioso del fragmento»<sup>25</sup>. Para ser justo a su contenido no lo situé, a

---

años hasta el final una donación (*donatio aliqua*), o sea un beneficio patrimonial; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione* (Padova 2008), 77 ss., *passim*.

<sup>23</sup> En este sentido D. MEDICUS, *Id quod interest* (Köln/Graz, 1962), 154, pero en contra, y con razón, H. HONSELL, *Quod interest in bonae fidei iudicium* (München, 1969), 154.

<sup>24</sup> Subrayado ya por R. COHNFIELD, *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht* (Leipzig, 1865), 74.

<sup>25</sup> O. BEHREND, *Studi Sanfilippo V* (1984), 32, n. 66 = BEHREND, *Institut und Prinzip II* (Göttingen, 2004), 860, n. 66. En favor de su autenticidad KNÜTEL (n. 21), 368 ss.; A. SICARI, *Leges venditionis: Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano* (Bari, 1996), 298 ss.

diferencia de las ediciones corrientes, en paréntesis. En rara alusión a los *prudenciores* (los juristas más inteligentes) se encierra una decente autoalabanza. Papiniano, conocido por sus opiniones moralistas, se sitúa dentro de los partidarios de la indemnización del interés de afección. Si los compiladores de Justiniano hubieran insertado la frase, se hubiesen expresado menos reservados. Además, los escritos de Papiniano se quedan respetados de ser modificados en el posclásico, debido a los honores recibidos por mártir. Por la tradición literaria de esta manifestación debemos estar agradecidos.

Aquí (divergente de los casos presentados anteriormente) el interés de afección está dirigido a que el esclavo vendido —quien como familiar sanguíneo del vendedor está cercano a éste— reciba su libertad, o sea a la ejecución del mandato. Los *prudenciores*, en conformidad con Papiniano, afirmaban la obligación de indemnizar este interés aún en otros *bonae fidei iudicia*. Se puede pensar en la no ejecución de contratos de compraventa dirigidos a la adquisición de un *filius naturalis* o de la casa paterna. Una mera devolución del precio de la venta (o la exoneración de la obligación de pagar) —es decir una resolución del contrato— no sería aquí suficiente para la satisfacción del interés de cumplimiento del comprador. Con el fin de estimar el interés de afección, el demandante fue posiblemente autorizado a prestar juramento *in litem* para la valoración, como era admitido en todos los *bonae fidei iudicia* (D. 13,6,3,2).

2. Por último, también se debía indemnizar el interés de afección cuando se malcria a hijos de casa dolosamente o cuando se les despoja de la patria potestad. Aunque la fuente no habla de *affectio*, se llega a la *actio servi corrupti* delictiva por medio de la analogía:

**Texto 9:** D. 11,3,14,1 (Paulus libro nono decimo ad edictum): *De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset: et pauperiorem se factum esse dominus probare potest dignitate et fama domus integra manente. sed utilis competit officio iudicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.*

«Por la corrupción de un hijo o una hija de casa no hay aplicación de este edicto, porque esta acción se estableció para la corrupción de esclavos que se encuentran en nuestro patrimonio: y el dueño puede probar que él se empobreció (por la corrupción), ya que él quiere mantener íntegra la dignidad y reputación de su casa. Pero compete una acción útil, que debe ser estimada de oficio por el juez, ya que es nuestro interés que el alma de nuestros niños no sea corrompida».

Por efecto de la seducción de un esclavo, sufre su amo un daño patrimonial, ya que un esclavo al que se ha malacostumbrado tiene un precio comercial más bajo. La seducción de un hijo de casa es más condenable aún, ya que esto es muy difícil de corregir, en lo que un amo sí se puede desprender de un esclavo malacostumbrado. A quien declare a la *actio utilis* con la opinión general como interpolada<sup>26</sup>, le falta el olfato de saber lo que es una tragedia familiar. Si se incita a los niños a apostar, consumir alcohol o estupefacientes, se está actuando en contra de la autoridad paternal, se les aparta de ellos, o se lleva a los niños a círculos extremos o terroristas; con esto se dan graves ataques al derecho paternal de educar y se atenta gravemente contra la paz familiar. Contra este tipo de ataques de terceros pueden los padres actuar judicialmente, según el § 1632 párrafo 2 BGB, para prohibir ese tipo de juntas. Para los romanos el mantenimiento de la paz casera era un alto mandamiento jurídico. La transmisión del pensamiento de la *actio servi corrupti* se acerca a esto. El nivel de inhibición psicológico para una equiparación de los *liberi* con los *servi* quedó también superada con la garantía de una *utilis actio legis Aquiliae* para las lesiones corporales<sup>27</sup>. Para el rapto de un hijo de casa se utilizaba incluso la *actio furti* (*directa* y no *utilis*)<sup>28</sup>. En este marco se integra la *actio filii corrupti* harmónicamente. Con la pura constatación negativa de la primera frase, Paulo no podía contentarse.

En contra del seductor de un esclavo se imponía como multa el doble de la pérdida de valor por la seducción (*quanti servus vilior factus est*: D. 11,3,14,8). Así debe también el juez determinar la multa en la *utilis actio*. Ya que los niños no tienen valor comercial, falta un fundamento exacto para la cuantificación. Como parámetro de comparación se podría utilizar la manera injusta de obrar del seductor: Ya que la seducción de hijos libres era más grave que la de esclavos, la multa por seducción de hijos no podía ser, en ningún caso, menor que la multa para la seducción de un esclavo.

---

<sup>26</sup> Así B. BUONFIGLIO, *Corruptio servi* (Milano, 1998), 110 ss. Acentuado MACQUERON (*supra* n. 3), 183 ss.: «Paul n'a jamais rien dit de semblable [...] Ce père soucieux de ne pas laisser "corrompre l'âme de ses enfants" est un père chrétien [...] L'action *utilis de filio corrupto* est un invention de basse-époque [...] Elle est totalement étrangère au droit romain classique».

<sup>27</sup> R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht* (München, 1972).

<sup>28</sup> Ulpiano D. 47,2,14,13: *Si filius familias subreptus sit, patrem habere furti actionem palam est*. Igualmente Gaio Inst. 4,39.

## 6. RETROSPECTIVA Y UTILIZACIÓN ACTUAL

1. La no indemnización del interés de afección no era para los juristas romanos y para los defensores del *Usus Modernus* un dogma. El interés de afección, como se mostró, quedó sin ser tomado en cuenta, sobre todo para la estimación de la herencia en la *lex Falicidia* (esto es lógico) y para la cuantificación de daños de la *lex Aquilia*. Los dos enunciados claros en las fuentes para este fin (Textos 1 y 3) estuvieron en la historia de la recepción en primer plano, por ello se generalizaron. Se afirmó, en cambio, la indemnización del valor sentimental o afectivo (partiendo del mandato, por el cual también se deben percibir los intereses ideales del mandatario) en los *bonae fidei iudicia* por Papiniano y los (anónimos) juristas que él llamara «más sabios» (Texto 8). La no muy clara y un poco escondida manifestación de los hechos hacia la opinión minoritaria no pudo mantenerse siempre en la historia de la recepción a la par de las otras opiniones negativas.

Para la consecución de objetos con valor sentimental servía, sobre todo, en los *bonae fidei iudicia* y en las acciones arbitrarias con el fin del *restituere*, el *iusiurandum in litem*. El valor estimatorio jurado por parte del demandante, que iba por encima del valor real, llevaba forzosamente al demandado a cumplir de manera natural o a restituir la cosa. La diferencia era un recargo penal, una multa obligatoria (Texto 2). Condición para su imposición era la *contumacia*, la negativa consciente del demandado. Desde los juristas boloñeses el *iuramentum in litem* era, en la historia del Derecho privado, abundantemente practicado. Del *iuramentum in litem veritatis* se diferenciaba al aquí aplicable, directamente así llamado *iuramentum in litem affectionis*<sup>29</sup>.

2. ¿Cómo puede nuestra dogmática actual condenar una opinión, que Papiniano, uno de los juristas romanos más grandes, denominó como la «más inteligente»? Con la base del actual concepto predominante del daño patrimonial, es la exclusión del interés de afección consecuente. En la responsabilidad extracontractual con culpa leve o sin culpa alguna es la exclusión (por falta de previsión) también adecuada. Sin embargo, la consideración

<sup>29</sup> H. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechts-theorie* (Münster/Köln, 1955), 46-55; H. J. WIELING, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum BGB* (Köln/Wien, 1970), 123-129.

no está libre de contradicciones, y el resultado es, para el daño doloso, injusto.

Que las prestaciones condicionadas por contrato no tengan que tener un valor patrimonial, pero que su no cumplimiento quede prácticamente impune (*supra* 2.5), no es consecuente ni justo. Los intereses ideales deben mantenerse, sobre todo para relaciones de gestión de negocios ajenos (también sin mandato, o por un ejecutor testamentario). Que el interés de afección no deba ser indemnizado ni siquiera por los daños dolosos o en contra de las buenas costumbres, es al final injusto. Quien extrae un ordenador con cientos de fotos digitales en un hurto, no tiene que restituir (monetariamente) este enorme daño personal. El antes vigente Derecho prusiano y el actual Derecho austriaco deciden de una manera más justa, porque después de un daño doloso o intencionado sí se obliga a restituir el interés de afección (*supra* 2.3). El argumento introducido por parte de los redactores del BGB y luego muchas veces repetido, que es difícil estimar este daño, ya no convence a la fecha, después que el sufrimiento de dolores corporales y lesiones del derecho de la personalidad obliga a compensaciones pecuniarias. El riesgo de un desbordamiento es leve, ya que los casos del interés de afección lesionado (en comparación con las indemnizaciones mencionadas que se dan día a día) son poco frecuentes. En conclusión abogo por la obligación de restituir el interés de afección en dos casos. Primero: por los daños dolosos. Segundo: en el caso de lesión contractual, cuando el interés de afección se haya convertido en el contenido del contrato.

Del *iuramentum in litem* del Derecho común quedó la disposición del § 287 párrafo 1 ZPO (Ordenamiento de procedimiento civil alemán); nuestros tribunales deberían de hacer más uso de él. Los elementos penales no quedan totalmente excluidos según el sistema de sancionamiento civil. La tendencia de despenalización (cfr. *supra* n. 10) fue llevada demasiado lejos por parte de nuestro legislador y la doctrina predominante. El leal saber y entender del juez es libre y puede considerar el grado de culpa, cuando se confiesa que allí (partiendo del valor de la cosa) se debe imponer una sanción pecuniaria (como desagravio o satisfacción, *Genugtuung*), de la manera de la que se parte en las fuentes romanas (cfr. Texto 2).