

VI

VARIA ROMANA

I

RESOLUCIÓN DE EFECTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO. (Es reproducción, con pocas alteraciones, de parte de mi Prelección compostelana del curso 1947-8.)—La resistencia del Derecho romano para admitir las condiciones y los términos resolutorios difícilmente se puede explicar si no se abandona la construcción unitaria y abstracta que, dentro de la teoría general del negocio jurídico, se suele hacer de los llamados *accidentalia*.

Ya en otras ocasiones, principalmente en nuestro estudio sobre la *In diem addictio* (en ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO 16), hemos insistido sobre el inconveniente de la construcción unitaria de la condición y apuntábamos esa resistencia del Derecho romano clásico para configurar resolutorias. Como es sabido, la palabra *condicio*, la expresión *sub condicione*, etc., aluden siempre a una idea de suspensión. Incluso en textos donde se habla de resolución, por haber sufrido alteraciones tardías, como en Digesto 41, 4, 2, 3 (Paulo), el término *condicio* se reserva para la suspensiva y se emplea la palabra *conventio* para aludir a la resolutoria: ...*sed videamus utrum condicio est an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur*.—Fijémonos un momento en la explicación de esa particularidad.

El Derecho Civil antiguo, como es sabido, tenía una serie de negocios en los que la condición o el término resultaban inadmisibles. Papiniano, en el libro 28 de las *Quaestiones* (Dig. 50, 17, 77) nos da un catálogo de esos negocios, a los que llama *actus legitimi*. El texto resulta incompleto y está desfigurado por los compiladores. También hay que tener en cuenta otro fragmento de la misma obra conservado en *Fragmenta Vaticana* 329. Reconstruyendo la realidad del Derecho clásico, se puede decir que tales negocios eran, aparte el matrimonio, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, la constitución de servidumbres prediales, la manumisión *vindicta* y *censu*,

la emancipación, la adopción y la *datio tutoris* por el magistrado, el nombramiento de *cognitor*, la *acceptilatio* y la *expensilatio*, la adición de herencia, la *cretio* y la *optio servi*. Gayo 3, 146 también se interpreta a veces en el sentido de referirse a una antigua dificultad para admitir la condición en la venta y en el arrendamiento, pero es claro, como ya han visto algunos autores, que se trata allí especialmente de una venta o arrendamiento, en contrato único, como recíprocamente condicionados. Paulo, Digesto 19, 2, 20 pr. no hace al caso. Más dificultad presenta, en cambio, una constitución de Justiniano (Cod. 4, 37, 6) en la que se dice: *De societate apud veteres dubitatum est, si sub conditione contrahi potest...* El intento de Mitteis (Röm. PrivR. 168 n. 5) para eliminar el testimonio no me parece a mí más convincente que a Perozzi (Ist. I 155 n. 1). Quizá haya que pensar ahí en una característica procedente del antiguo sistema del *consortium* familiar, cuya influencia sobre la *societas* consensual ha sido convenientemente subrayada por los tratadistas modernos.

Así, pues, el campo en el cual se puede indagar la historia de las condiciones y de los términos es limitado: se reduce a la *tradio*, a las disposiciones testamentarias, a la estipulación y, muy principalmente, a los contratos de buena fe.

Ya en materia de traspaso de propiedad por *tradio* nos encontramos con la dificultad de que se pueda dar una resolución, pues rige en este punto el principio de que la propiedad no es transmisible *ad tempus*. Considerado este principio desde el punto de vista de las acciones, quiere decir que, para que se dé una resolución, es menester que exista una acción en virtud de la cual el dador pueda reclamar la devolución de la cosa entregada. Ahora bien, de la simple entrega no pueden derivarse acciones a favor del dador, sino únicamente a favor del adquirente. Una revocación automática de la propiedad era, por lo demás, inconcebible, ya que toda adquisición del derecho supone un acto especial, que aquí no se da. Por lo tanto, en el mismo acto traslativo no podía insertarse un convenio de resolución que operase *ipso iure*; la eficacia de tal convenio no podía superar a la de un simple pacto, que no produce acción.

La afirmación de que de la *datio* no puedan derivarse acciones para el dador podría parecer en contradicción con lo que ocurre en la *fiducia*, por ejemplo, donde el dador puede reclamar la devolución al ser pagada la deuda garantizada. Pero no olvidemos que se trata de una acción personal que hace propiamente de un contrato, de la *fiducia contracta*. Lo mismo ocurre en la *mutui datio* y en todas aquellas *dationes* en las que los antiguos veían un contrato, en el que se fundaba la eventual *condictio*.

Por lo que toca a las disposiciones testamentarias, ya sabemos que en la principal, en la institución de heredero, la idea de la resolución es inadmisibles por efecto del principio *semel heres semper heres*. Tampoco cabe una resolución en la manumisión testamentaria ni en el nombramiento de tutor testamentario. ¿Cabrán en los legados? Difícilmente. Porque, si se trata de un legado de efecto real, nos encontramos con la misma dificultad que en las transmisiones de propiedad para que surja una acción a favor del heredero. Si, en cambio, se trata de un legado de efecto obligacional, sabemos que tampoco se admitía la resolución por tropezarse con las mismas dificultades que para la estipulación. Pomponio, 8 *ad Sabinum*, Dig. 30, 55, decía que *nec tempore aut loco aut condicione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest*.

Un punto podría ofrecer todavía cierta duda: el del usufructo. En realidad se trata del legado de usufructo, ya que la *in iure cessio* era uno de aquellos *actus legitimi* que repugnaban todo término o condición. Así, pues, la duda se puede presentar respecto al legado de usufructo. ¿Podía adelantarse su fin, que correspondía a la muerte del titular, mediante una resolución impuesta en el mismo legado? Un texto de los *Fragmenta Vaticana* (48) parece afirmarlo tajantemente: *Ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest*. Pese a una declaración tan paladina, nos inclinamos a creer que aquí se habla simplísimamente de un posible efecto del Derecho honorario. Porque precisamente sabemos que la *in iure cessio* es *actus legitimus*, y aquí se dice, sin embargo, que se puede *in iure cedere ad tempus* un *usufructus*. El problema es, en realidad, el de siempre: del legado no puede surgir una acción a favor del heredero; lo que sí puede ocurrir es que el pretor desampare, a partir del *tempus*, al usufructuario frente a la reivindicatoria del heredero propietario, o que proteja a éste frente a la *vindicatio usufructus* del legatario. Pero esos son efectos de la *iurisdictio* y no consecuencias de una extinción *ipso iure*. Por lo tanto, en el rigor del *ius civile* tampoco se puede hablar de usufructo *ad tempus*.

En la estipulación tampoco caben las resolutorias. Respecto a la condición resolutoria, incluso se duda de si la inserción de la misma anulaba el contrato. La doctrina corriente sostiene que, si se inserta, se tiene por no puesta y la estipulación vale como pura. Una trasposición de copista en un texto de Paulo 74 *ad Edictum* (Dig. 44, 7, 44, 2), ya corregida por Mommsen, introdujo cierta confusión a este respecto. Dice el texto: *Conditio vero efficax est quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur —veluti «centum dare spondes, nisi navis ex*

Asia venerit?— *sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali.* El ejemplo separado debería colocarse en realidad tras *inseritur*, con lo que obtendríamos un caso normal de condición suspensiva. La ineficaz no sería, pues, una condición resolutoria, sino una condición pactada *a posteriori*. Partiendo de esta corrección, Mitteis (Röm. PrivR. 179 n. 52 Cfr. ZSS. 22, 135), acude a la comparación con la llamada *condicio praepostera* del tipo «*si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?*» (Inst. 3, 19, 14; Cod. 6, 23, 25) que, desde luego, era inútil en el Derecho clásico. En esa cree Mitteis (cfr. Appleton, NRH. 1879, 9 sg., cit. en Mitteis) que tenemos una verdadera resolutoria. Esta, por lo tanto, no se tendría por no puesta, sino que anularía la estipulación. Una gran seguridad, de todos modos, no puede haber en este punto. Observe-mos aquí que la condición resolutoria normal no es exactamente igual a la *condicio praepostera*, pues, en ésta hay una aniquiladora contradicción en el hecho de que sólo una vez transcurrido el *dies* se puede comprobar si se cumplió la *condicio*, siendo así que la obligación sólo dentro del *dies* se tenía que cumplir. En una condición resolutoria normal, en cambio, el evento puede ocurrir perfectamente sin que la limitación de un *dies* la aniquile, por ejemplo «*usque navis ex Asia venerit, dare spondes?*». Considerando esa diferencia, quizá se podría llegar a pensar, independientemente del trastocado texto de Paulo, que la condición resolutoria añadida a la estipulación tan sólo se tiene por no puesta, lo mismo que ocurre con los términos resolutorios. Para éste nos dice claramente el mismo Paulo, en el párrafo anterior, *placet autem ad tempus obligationem* (se entiende: *verbis*) *constitui non posse non magis quam legatum: nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi.* Es decir, la acción, una vez surgida, no puede ser eliminada *ipso iure* si no interviene un acto extintivo especial.

Juliano 52 Digest. (Dig. 45, 1, 56, 4) declara que el término se tiene por no puesto al decir: *qui usque in kalendas dari stipulator potest. quidem etiam post kalendas petere...*

Un caso especial presenta el supuesto de estipulación de renta vitalicia. Inst. 3, 15, 3 dice que la estipulación «*decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?*» se debe considerar como pura: *pure facta obligatio perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest.* Sobre ese testimonio, los tratadistas (v. gr. Girard, Manuel⁸ 763) afirman la inadmisibilidad de la estipulación de renta anual, a diferencia de lo que ocurre en caso análogo de legado. Como nos informa Paulo 62 *ad Edictum*, que invoca a Sabino, (Dig. 33, 1, 4): *Si in singulos annos alicui legatum sit... plura legata esse*

et primi anni purum, sequentium conditionalc... Es decir, cada año se considerará que vence un legado distinto cuyo objeto será la renta anual; el primer legado se podrá exigir sin más, *pure*, los sucesivos, en cambio, se considerarán suspensivamente condicionados: a la vida del legatario. A ese mismo recurso de la jurisprudencia —del *ius civile*, por tanto— alude Pomponio 6 *ad Sabinum* (Dig. 45, 1, 16, 1) al distinguir del caso del legado, en que éste finaliza con la muerte del legatario, el de la estipulación «*in annos singulos*». En esa estipulación, dice Pomponio, hay una obligación única, incierta y perpetua. Naturalmente había en tal estipulación un límite temporal implícito en la imposibilidad de estipular a favor de los herederos, de suerte que la renta había de ser tan sólo vitalicia. La obligación era única, a diferencia de los legados, porque sólo se podía pedir toda entera y no por anualidades; incierta, porque la cantidad debida dependía de los años de vida del estipulante; perpetua, porque la acción se podía entablar incluso después de la muerte del acreedor. —Contra la opinión común, Mitteis op. c. 193 y n. 90 opina que la estipulación de renta vitalicia, por lo tanto la admisión de un *tempus* extintivo, era posible para la jurisprudencia romana, y que los compiladores de las Instituciones introdujeron por descuido la palabra «*annuos*», de suerte que el texto se debería referir a la estipulación de un capital (no de una renta anual) *quoad vivam*, lo que se consideraba desde luego como inadmisibile. Para ello se apoya en Africano 7 *Quaestiones* (Dig. 4, 6, 43), donde, según Mitteis, se reconoce el efecto *ipso iure* de la estipulación «*in annos singulos quoad in Italia esset*». En efecto, dice Africano que en caso de ausencia *rei publicae causa*, el pretor debe dar una *actio utilis*, lo que parece significar que, de no haber ocurrido tal ausencia, la acción ordinaria se habría dado sin dificultad. Pero quizá sea lícito pensar que tal acción era perpetua y que, después de la muerte, sólo podía quedar paralizada en virtud de una *exceptio* concedida por el pretor. Mediante el recurso de una *praescriptio* se superaba el carácter de unicidad, de suerte que se podía entablar cada año nuevamente, por la renta anual, sin que quedara por ello consumida. Pero todo esto es gracias a la *iurisdictio*. Para el *ius civile* propiamente dicho la limitación resolutoria era inútil. En favor de la perpetuidad civil de la acción de renta vitalicia me parece que aboga el texto de Ulpiano I de las *Opiniones* (Dig. 2, 14, 52, 3) que cita el mismo Mitteis: ...*certa quantitas quoad viveret...* (que la *quantitas* es una cantidad anual, aunque no se diga expresamente, se deduce de la misma relación del caso propuesto) *praestaretur factus est: produci ad perpetuam praestationem id pactum*

postulabatur. El rescripto imperial es adverso a esa pretensión, pero ésta debía de fundarse sin duda en una analogía con la estipulación.

Sea lo que sea de la renta vitalicia, es evidente que la estipulación no era susceptible de supeditarse a una resolución. Si se fijaba un *tempus ad quod* en la estipulación, tal limitación valía tan sólo como pactada, es decir, podía quedar defendida por una *exceptio*, pero era irrelevante para el *ius civile*.

Esta repugnancia de la estipulación por las modalidades resolutorias resulta muy explicable si atendemos al mecanismo de las acciones. En efecto, si tenemos en cuenta que la obligación estipulada *ad tempus* puede cumplirse o exigirse inmediatamente, tendremos que buscar una acción para que el promitente-dador (en caso de un hacer resulta más difícil una resolución) pueda reclamar la devolución de lo entregado. Ahora bien: una tal acción no puede surgir de la estipulación, ya que ésta, como contrato unilateral, no produce acción más que a favor del estipulante. Era menester, pues, hacer una nueva estipulación por la que el promitente se hiciera prometer una devolución bajo condición suspensiva o *dies a quo*.

Fué el Derecho pretorio el que, como ya hemos visto y como se declara en muchos de los textos citados, acudió a respetar el *tempus* convenido mediante una *exceptio*: *plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli exceptione summoventi poterit* (Dig. 44, 7, 44, 1). Es decir, el pretor consideraba que el *tempus* había sido «pactado», y que ese pacto adjunto tenía el valor que, en principio, tienen todos los pactos: el engendrar una *exceptio*, no una acción. A falta de aquella nueva estipulación por la que se convenía la resolución, se entendía que había un pacto.

Como ya señalábamos en nuestra Relección compostelana del curso 1946-7, la *stipulatio* tuvo una influencia decisiva en los contratos consensuales; nada sorprendente, por tanto, que la particularidad de la estipulación respecto a las modalidades resolutorias hayan influido en estos contratos de buena fe. Aquí ya la resolución podía convenirse en el mismo contrato, pues es sabido que en los juicios de buena fe las excepciones se consideran implícitas. Pero la jurisprudencia no se apartaba de la concepción antigua al considerar, como se admite comúnmente (vid. por ej. Arias Ramos³ 123), que el contrato era puro, pero que se le agregaba un pacto de resolución suspensivamente condicionado o con un *dies a quo*. Es decir, los romanos no pensaban, en casos de resolución, en un «Te vendo esto, pero si ocurre tal cosa (o en tal día) resolveremos el contrato», sino en un «Te vendo esto. Si ocurre tal cosa, resolveremos...» La necesidad de la doble esti-

pulación había desaparecido, ya que se trataba de contratos bilaterales, pero no se había olvidado del todo. Sólo la doctrina post-clásica fué capaz de olvidar el régimen de la *stipulatio*.

II

LEGE OBLIGARI.—Que la ley «obliga» porque es coactiva será muy natural para una mentalidad moderna o justiniana, pero no lo es para los clásicos. No es discutido ya que la *obligatio ex lege* es una construcción post-clásica (itpp. Dig. 13, 2, 1; 44, 7, 41 pr; 44, 7, 52, 5). pues supone, como vió Perozzi, *Istituzioni* II 22, una confusión entre las *obligationes* propiamente dichas, que sólo nacen *ex contractu* o *ex delicto*, y los «*obblighi*» o deberes generales derivados de la norma jurídica. De ahí que no se pueda considerar clásica la *condictio ex lege* de Dig. 13, 2 y Cod. 4, 9. De ahí también que, si no me equivoco, debemos considerar espúreos los pasajes en que se habla de *lege obligari*. No me refiero a *lege teneri*, que nos exigiría una consideración más amplia; como es sabido, la palabra *teneri* —*teneri actione* principalmente— sirve para designar precisamente lo que no es la *obligatio*.

Caracala, Cod. 8, 35 (36) 1, del año 212: *Debitorum quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvistis quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, doli mali exceptione adversus alios agentes tueri te potes.*—Los herederos no están obligados por la ley, sino por los contratos del *de iuris*. Pero alguien quiso aprovechar este pasaje para recordar que, como también se dice en Cod. 3, 36, 6, los créditos hereditarios quedaban divididos en virtud de la ley de las Doce Tablas, la *antiqua lex*.

Modestino, 12 *pandect.*—Dig. 48, 10, 30 pr.: *Lege Cornelia testamentaria obligatur qui signum adulterium fecerit sculpsit.*—Estamos en el título *de lege Cornelia de falsis* y esa ley Cornelia testamentaria podría ser en todo caso la famosa ley de la ficción para convalidar los testamentos de los prisioneros. Me parece que se trata de una glosa inepta.

Paulo, 10 *ad Sabinum.*—Dig. 9, 2, 28: *Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt... lege Aquilia obligati sunt...*—Como digo, no discuto que se pueda decir *lege teneri* (por más que *lex tenet* sí me parece espúreo, v. gr., en Dig. 1, 2, 32), pero creo que

Paulo no escribió *lege Aquilia obligati sunt*, sino *actione legis Aquiliae tenentur*. Tengo dos indicios: que en el mismo texto se dice a continuación: *at si in aliis locis ubi fieri solent fecerunt, nihil tenentur*; que en el párrafo siguiente empieza diciendo Paulo: *Haec tamen actio...*

III

ULP. 4 AD EDICTUM —DIG. I, 3, 30; *Fraus enim legi fit ubi quod fieri noluit fieri autem non vetuit id fit*[: *et quod distat ῥητόν ἀπὸ δianoία; hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit*].

El texto vuelve a caer bajo mis ojos, citado en el libro de un procesalista español (J. Lois, *Teoría del fraude en el proceso*. Santiago, 1948), y vuelve a asaltarme una vieja duda. Me refiero a la parte final *et quod distat* etc., pues el *enim* ya había sido criticado (vid. *Index Interp.*). El fondo de la distinción entre el *contra legem* y el *in fraudem legis* es claro y vuelve a repetirse en el libro 5 ad legem Cinciam de Paulo (Dig. h. t. 29). La *sententia legis* a la que se refiere Paulo es la misma *dianoía*, opuesta al *rhetón* o letra de la ley. También es natural que Ulpiano, a propósito de la palabra *fraus* que aparecía en el Edicto del Pretor (IV-10), diera una distinción entre el fraude y el *contra legem*. Pero, a pesar de todo eso, ese inciso final «huele a bizantino».

Sorprende en primer lugar que no haya un perfecto paralelismo *fraus-dianoía* y *contra legem-rhetón*, sino que los términos estén invertidos. En segundo lugar, la frase griega toda ella, no simplemente los términos que se traen a comparación. Por último, el *distare* en sentido no material. (Vid. nota siguiente.)

Todavía: Ulpiano, en el libro anterior (Dig. 50, 16, 6, 1) decía: *Verbum «ex legibus» sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis*. ¿Supondremos que sólo en el libro siguiente *ad Edictum* le pudo venir a Ulpiano la ocurrencia de decir eso mismo en griego? Este pequeño detalle es lo que también me inclina a creer que se trata de una interpolación compilatoria, y no una glosa, como pudiera parecer a primera vista.

Pocos títulos del Digesto estarán quizá más retocados que el 1 y el 3 del primer libro, y, sin embargo, pocos han tenido tanto eco entre los autores modernos.

IV

DISTARE.—La crítica del fragmento anterior me lleva a revisar los pasajes en que *distare* se da en sentido traslaticio, es decir, no en sentido material, como cuando se dice que una cosa consta *ex corporibus distantibus* o que *aedes meae distant a tuis*, sino para significar una diferencia intelectual. No niego que tal uso pertenezca al latín clásico y aun al ciceroniano, pero ya se sabe que no todo lo ciceroniano tiene entrada en el vocabulario de la jurisprudencia clásica. Creo que todos los pasajes en que aparece ese uso del verbo *distare* están alterados: siempre, probablemente, por mano prejustiniana.

Unas veces se trata de distinguir un supuesto de otro; otras veces, de distinguir un término de otro; otras, una acción de otra. En el comentario *ad Edictum* de Ulpiano aparece con especial frecuencia.

Gayo I 3: *plebs a populo ea distat quod...*; III 121: *eo igitur distat haec epistula a lege Furia*. Ya criticados: Beseler, ZSS. 50 (1930) 73; Solazzi, en *Studi Riccobono* I 73 n. 1.

Javoleno, 4 *epist.*: Dig. (50, 16) 115: El comienzo *quaestio est fundus a possessione vel agro vel praedio quid distet...* no corresponde a la falta de dudas que anima el resto del texto. *Possessio ab agro iuris proprietate distat* es una forma burda de decir lo que se dice después: *possessio ergo usus, ager proprietatis loci est*. Resulta difícil separar lo genuino de lo espúreo.

—, 2 *ad Plaut.*: (45, 3) 34: *distat ista causa eius qui...* Ya criticado por Beseler, ZSS. 43 (1922) 554.

Trifonino, 17 *disput.*: (38, 2) 50, 5: *Si patronus... restituerit, non poterit... Longe distat ab hoc patroni filius quem libertus adrogaverit...* Obsérvese que *hoc* no es el patrono, sino todo el supuesto anterior: «Muy distinto es el caso del hijo del patrono arrogado por el liberto...» Otros trozos del texto ya fueron criticados por Beseler, *Beiträge* IV 218. *Longe* es también palabra sospechosa (vid. *Indice de Guarneri Citati*). Creo que el párrafo empezaba con algo como *<sed> [—] patroni filius...*

Pomponio, 6 *ad Sab.*: (30) 36, 2: El párrafo parece incrustado ahí sin mucha relación con el contexto. Cfr. (33, 2) 40.

Juliano, 22 *digest*: (38, 1) 23 pr.: *Hae operae... multum distant a fabrilibus... operis*. Parece una glosa marginal de carácter rectificativo, pues la continuación del texto no refleja esa distinción para nada.

Escévola, 3 *respons.*: (33, 2) 38: *quo distat hoc legatum (de reditu) ab*

usu fructu... La diferencia podría verse, en todo caso, entre legado de rédito y legado de usufructo. La contestación, por lo demás, es demasiado inexpresiva. Parece haber ahí un resumen mal hecho. Cfr. *Index Interp.*

Paulo, 16 *ad Plaut.*: (40, 4) 39: *inter libertatem et legatum nihil distat*. Ya criticado por Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, 41

Ulpiano, 1 *inst.*: (43, 26) 1, 2: *Precarium distat a donatione eo quod...* Distinción escolástica ya criticada por Beseler, *ZSS.* 50 (1930) 75.

—, 5 *ad Sab.*: (28, 5) 9, 8: [*quod paene nihil a nomine distat*].

—, 9 *de off. proc.*: (48, 19) 8, 11: *hoc enim distat (distant, edd.) a ceteris, quod instituuntur venatores...* (*hoc casus*).

—, 4 *ad Edic.*: vid. el texto criticado en la nota anterior.

—, 17 *ad Edic.*: (8, 5) 8, 2: *distant actiones inter se*. Ya criticado por Beseler, *ZSS.* 45 (1925) 231.

—, 27 *ad Edic.*: (13, 4) 2, 7: [*sed— fin*]. Ya criticado por varios autores. Cfr. *Index Interp.*

—, 29 *ad Edic.*: (15, 1) 3, 9: *et est vera Sabini et Casii sententia existimantium semper obligari patrem de peculio [et distare in hoc a servo]*. ¿Quién *distat a servo*: el pater?

—, 45 *ad Edic.*: (37, 13) 1 pr.: *quamquam enim distet condicio militum ab his personis...* En todo caso: *ab condicione harum personarum*. Ya criticado por Perozzi, *Ist.* 1 108 n. 1.

—, 70 *ad Edic.*: (43, 19) 3, 13: *Hoc autem (interdictum) a superiori distat quod...* El *oporteat* final resulta insólito. Algunas sospechas fundadas sobre este párrafo y el 12, en *Index Interp.*

—, 70 *ad Edic.*: (43, 20) 1, 31: Tiene cierto parecido con el criticado en la nota anterior. Cfr. para la crítica: Beseler, *Tijdschrift* 10 (1930) 177.

—, 76 *ad Edic.*: (44, 4) 4, 34: Paráfrasis ya criticada por Schulz y otros. Vid. *Index Interp.*

Por más que en algunos de estos textos, aisladamente, pudiera dudarse, en conjunto, creo que se puede decir que la palabra, empleada en ese sentido traslativo, es post-clásica.

V

ULP. 2 DE ADULTERIIS —DIG. 48, 5, 14^o (13) PR.: *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non*

prohibebitur si modo ea sit quae in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit.

Que yo sepa, este texto no ha sido criticado (vid. Karol Rebro, *Konkubinát v Práve Rímskon od Augusta do Justiniána*, Bratislava 1940, pg. 41 y 177 del resumen alemán). Sin embargo, creo que, si leemos con atención, no cabrá duda de que no está todo en orden ahí. Es natural que se quiera distinguir la concubina de la *uxor*, pero ¿será necesario decir para ello que la *uxor* «no estaba en adulterio»? Creo que hubiese bastado, en todo caso, con decir *non uxor sed concubina*. Tal como está redactado ese párrafo, incluso llegaría uno a pensar que se trata de un *vir* que tiene a la vez una *uxor* y una concubina, fiel aquélla e infiel ésta, pero tal supuesto es absurdo, entre otras razones porque el concubinato era incompatible con el legítimo matrimonio (Sent. Pauli 2, 20, 1: *eo tempore quo quis uxorem habet concubinam habere non potest*; cfr. Cod. 5, 26, 1 y 7, 15, 3).

Ulpiano (aunque no se demuestre en la Palingenesia) acabaría de hablar precisamente de la *uxor* que cometía adulterio y de cómo el marido podía acusar su delito *iure mariti* (Cfr. Collatio 4, 6, 1: *In uxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam sponsam*). De la prometida o *sponsa* iba a hablar también él en el párrafo 3 de nuestro fragmento.

Conjeturo, pues, que Ulpiano decía simplemente: *si non uxor sed concubina sit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, iure tamen extranei* etc. El desorden habría venido por haberse introducido al comienzo del texto una glosa o acotación marginal que decía: *si uxor non fuerit*. Con esta anotación marginal se quería señalar el pasaje en que se hablaba de la *non uxor*. La semejanza de la glosa con el comienzo hizo que un copista prejustiniano, tomando la glosa por una corrección, escribiera: *si uxor non fuerit sed concubina sit...* Posteriormente, quizá en el mismo momento de la compilación, al separar el fragmento de la parte anterior referente al adulterio de la *uxor*, fué necesario recordar que se trataba de la hipótesis del adulterio y se añadió, retocando ligeramente, el texto: *si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit...* Pero he aquí que con esto aparecían dos antecedentes gramaticalmente posibles para el *eam*, la esposa y la concubina, y fué necesario aclarar a cuál de las dos se refería, con una explicación: *... eam non poterit, quae uxor non fuit...*

Si no se acepta esta conjetura, queda siempre por explicar la razón que llevó a Ulpiano a decir, para el supuesto de adulterio de una concubina, que la esposa *non fuerit in adulterio*.

VI

LA LLAMADA «AUTHENTICA "SI QUA MULIER"».—Esta nota ha surgido de la lectura de un artículo del distinguido registrador de la propiedad don Francisco Ruiz Martínez, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 24 (1948) 209 sgs., titulado: *La Authentica «si qua mulier» (Comentarios a una resolución)*.—Deseo que no se busque en mis observaciones ninguna intención crítica, sino tan sólo mi buen deseo de colaborar para el más depurado manejo de las fuentes legales romanas, de aplicación supletoria, como es sabido, en Cataluña y en Navarra.

Convendrá recordar unos datos elementales. La segunda edición del Código de Justiniano, la que se conserva en el *Corpus Iuris*, es del año 534 d. C. Posteriormente, aquel mismo emperador promulgó otras constituciones que se llaman constituciones «nuevas» o «Novelas», escritas, en su gran mayoría, en lengua griega. La colección más amplia de ellas abarca hasta 168, pero entre los glosadores medievales y legistas se popularizó otra colección de sólo 134 Novelas, la cual presentaba para ellos la ventaja de ofrecer, además de los pocos textos originales latinos, unas versiones latinas de las constituciones griegas, versiones muy defectuosas hechas sobre unos modelos griegos ya en parte corrompidos. Esa colección parece proceder de Italia, por más que no se pueda decir que fuera la edición oficial para el Occidente. Se la conoce por el nombre de *Authenticum*. El nombre se debe a que el gran glosador Irnerio, que sólo conocía de las Novelas un resumen latino —el *Epitome Iuliani*— hecho privadamente por un profesor de Constantinopla del siglo VI, acabó por reconocer la «autenticidad» de esa colección de 134 Novelas, que al principio miraba con recelo. Los utilitarios juristas medievales consideraron que de esas Novelas, cuya defectuosa versión latina manejaban, sólo 96 eran verdaderamente *authenticae*, y las restantes fueron postergadas como *inutiles*. Esas «auténticas» en sentido estricto se insertaron, para mayor facilidad y no sin alteraciones, en los lugares pertinentes del Código de Justiniano. De las modernas ediciones críticas del Código, naturalmente, desaparecieron.

La versión latina medieval de la Novela 134 capítulo 8 (hay que manejar la edición de Schoell y Kroll, incorporada al *Corpus Iuris* de Mommsen y Krüger), capítulo que empezaba diciendo: *Et illud vero praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier...*, se insertó a

continuación de la constitución 22 de Código 4, 29, título que se refiere al Senadoconsulto Veleyano. Reza así:

Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus huiusmodi nullatenus tenere aut valere, sive semel sive multotiens huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse ac si —en algunas ediciones se añadió aquí: neque factum quidquam— neque scriptum esse: nisi manifeste probetur quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint.

A esta sùmula se ha venido llamando la Auténtica «*Si qua mulier*».

Profundas diferencias respecto a la versión latina del *Authenticum* y al original griego no se advierten, y por eso no es demasiado trascendente que la práctica se haya contentado con manejar ese resumen medieval, pero sí conviene tener en cuenta que ese texto no fué «promulgado» por Justiniano.

Por lo visto, en la práctica forense de Cataluña no deja de discutirse el ámbito de esa auténtica «*si qua mulier*», y esto es lo que dió pie al registrador señor Ruiz Martínez para redactar la nota que comentamos. Nuestro comentario se reduce a una aclaración sobre el sentido del texto en cuestión.

El señor Ruiz Martínez (pg. 125) descompone la primera parte del texto en estas dos proposiciones:

1. *Si qua mulier instrumento crediti consentiat proprio viro aut scribat.*
2. *Si qua mulier instrumento crediti se ipsam obligatam faciat aut propriam substantiam.*

«En la oración primera —dice el autor— falta el término de la disyuntiva puesto a *scribat*, y que debe ser *faciat*, ya que más tarde aparece la oración complementaria *ac si neque factum neque scriptum esse*.» Pero ya dijimos que esa oración complementaria es un añadido de algunos editores.

Y continúa diciendo: «La segunda oración es por completo independiente de la primera y no le afecta para nada el término *proprio viro*. En ella están presentes los dos términos de la disyuntiva.» A consecuencia de

lo cual viene a traducir el señor Ruiz Martínez en la siguiente forma: «Si una mujer casada, en un contrato de préstamo, conviniere en unión de su propio marido, de hecho o por escrito (lo hiciera o lo suscribiera), y si ella por sí sola se obligara a sí misma u obligare sus propios bienes, mandamos... etc.»

Temo que esta traducción no sea del todo exacta. Si no me equivoco, no hay tal independencia entre las dos oraciones, sino que la segunda viene a completar la primera. Para apoyar la traducción del señor Ruiz Martínez deberíamos leer entre ambas oraciones una disyuntiva y no la copulativa *et*. El original griego tampoco favorece la interpretación del señor Ruiz Martínez. En la traducción latina moderna de Schoell-Kroll, a pesar de que en el texto griego da η las dos veces, se introduce precisamente un *vel* en lugar del segundo *aut*, para aclarar el matiz de dependencia respecto a la oración disyuntiva anterior. Por lo demás, una nota de la edición de Godofredo a que se refiere el señor Ruiz Martínez (pg. 217), no pertenece al texto y no sirve para interpretarlo.

En mi humilde opinión, la Novela 134 cap. 8 debe entenderse referida tan sólo a la intercesión de la mujer en favor de su marido. La novedad de la disposición consiste en que tales actos de intercesión se declaran nulos *ipso iure*, siendo así que hasta entonces continuaba vigente el efecto que era de esperar en la prohibición de un senadoconsulto, pues del Senadoconsulto Velejano se trata, esto es: la *exceptio*. Por el contrario, el señor Ruiz Martínez (pg. 215) cree que la prohibición «abarca los contratos de préstamo que hiciera en unión de su marido y los que ella sola realice con obligación personal o real». Tampoco la legislación histórica que se aduce viene a corroborar tal interpretación, pues se refiere siempre a los actos de intercesión por el marido únicamente.

El problema de Derecho moderno que parece agitarse es el de si el acto de postponer la hipoteca dotal de la mujer a otra hipoteca de un tercero entra dentro de la prohibición o no.

Me inclinaría a pensar que un tal acto no puede declararse comprendido en la hipótesis de la Auténtica «*Si qua mulier*», contra lo que el señor Ruiz Martínez piensa, pues ese acto no supone un *obligare propriam substantiam*, como sería el constituir una hipoteca. Pero, como acto de intercesión que es, quedaría bajo la prohibición del Senadoconsulto Velejano, con su consabida nulidad *ope exceptionis*, por lo que, a efectos registrales, no podemos hacer diferencia respecto a la conclusión de fondo formulada por el señor Ruiz Martínez.

ALV. D'ORS