

SOBRE LA *QUERELA* Y LA *EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE*.

DERECHO ROMANO Y VICISITUDES MEDIEVALES

1. EL DERECHO ROMANO: I. Préstamo y documento en el Derecho romano clásico. Disparidad entre realidad y escrito. La *exceptio doli* y la *condictio* como primeros remedios procesales en favor de quien por el escrito resulta mutuario. II. Aparición de la *querela* y de la *exceptio non numeratae pecuniae*. El rescripto de Caracala en C.4.30.4 como primera referencia cronológica precisa. El Edicto de Valerio Eudaimon en cuanto hipotético precedente de la *querela*. La cancillería imperial a comienzos del siglo III y su posición frente a la carga de la prueba en el procedimiento *extra ordinem*. Causas de su actitud. III. Caducidad de los nuevos medios impugnatorios. Variaciones a través de las épocas. *Querela* y *exceptio non numeratae pecuniae* en el Derecho justinianeo. Aprovechamiento de sus características procesales para la reinstauración de la *obligatio litteris*.—2. VICISITUDES MEDIEVALES: IV. Generalidades. V. Fuentes españolas. Las Partidas y las Leyes del Estilo. Los Fueros de Valencia y las Costumbres de Tortosa. VI. Lo Codi. El eco del debate mantenido en la Glosa a propósito de la *exceptio non numeratae pecuniae*. VII. La Escuela de Orleáns. Jacobo de Révigny y su concepción de la *obligatio litteris*. VIII. Conclusión.

1

EL DERECHO ROMANO

I. Es sabido el desinterés mostrado por los juristas romanos de la época clásica en lo referente a la prueba¹, pero es difícil aceptar que esa actitud encerrara un absoluto desdén en cuanto al comportamien-

1. V. por ejemplo SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 2.^a ed. Oxford 1953, 84.

to de litigantes y juez cuando la solución del pleito estuviera íntimamente ligada al modo de valorar ciertos medios probatorios. Parece así inevitable que, tarde o temprano, se manifestara una preocupación específica en materia de documentación escrita. La extensión alcanzada por ésta y el explicable deseo de lograr las mayores cotas de seguridad en el tráfico jurídico hubieron de conducir a una contemplación detenida de los problemas planteados por la incertidumbre sobre la veracidad del documento. Dentro de este campo hay muestras evidentes de la atención suscitada por los escritos en que se documentaban préstamos de dinero cuando surgía la sospecha de que el mutuario no había recibido cantidad alguna.

Un problema de esa naturaleza (inexistencia de un préstamo real a pesar del documento) fue resuelto sin dificultad aparente por los juristas de fines de la República y de comienzos del Principado. En esa primera época clásica, si el deudor era demandado con base al documento, y no reflejando éste la realidad de lo ocurrido, cabría la posibilidad de una *exceptio doli*². O también, sin necesidad de esperar el ataque de quien en el escrito resultaba mutuante si el supuesto deudor veía con alarma que no se había verificado el préstamo en el tiempo previsto, podría recobrar el documento mediante una *condictio* basándose en la inexistencia de la causa³. En ambos casos no estaba pues inerte quien, atendido el documento, figuraba como deudor. Sin

2. Una posibilidad que se remonta por tanto al tiempo de creación de esta *exceptio*, presumiblemente ya existente cuando C. Aquilio Galo, el jurista amigo de Cicerón, creó o aconsejó la creación de la *actio de dolo* (v. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960 —trad. de SANTA CRUZ— §§ 1033 y 1040). Nótese por otra parte que lo dicho respecto al documento es aplicable cuando en lugar de éste se hubiera celebrado una *stipulatio* en la que se prometiera devolver el dinero recibido en mutuo y tal recepción no hubiera tenido lugar. En ese caso si el estipulante ejercita como acreedor la acción estipulatoria, el demandante opondría también la *exceptio doli mali* (Gayo IV 116.*). Hay pues una analogía aunque no pueda afirmarse que exista una absoluta igualdad, pues la *stipulatio*, al ser fuente creadora de obligaciones, es algo más que un mero instrumento probatorio. La acción surge de ella aunque en este caso sea, en tanto que *condictio certae pecuniae*, procesalmente igual a la del mutuo de dinero. Tratándose de un documento escrito, la acción que llegara a esgrimir quien se presenta como acreedor tendría en Derecho clásico como base jurídica aparente el supuesto préstamo.

3. C.4.30.7. Cfr. COLLINET, *La nature des 'querelae' des origines à Justinien*, en SDHI 19 (1953) 283, 285.

embargo, es una opinión muy extendida la de que su postura era incómoda en razón a la carga de la prueba, ya que si afirmaba el dolo del adversario tendría que probarlo y, asimismo, si perseguía la devolución del escrito tendría igualmente que probar la carencia de causa. Pruebas ambas no siempre fáciles en la práctica⁴.

II.—Se ha pensado que la preocupación por esa atribución de la prueba fue la que llevó a admitir el instrumento procesal que sería conocido comunmente con el nombre de *querela non numeratae pecuniae*. Por otra parte, hay indicios para situar la creación de este medio impugnatorio a comienzos del siglo III, es decir, en época clásica tardía, y para destacar el protagonismo de la cancillería imperial. El rescripto donde la *querela* se menciona por primera vez, un rescripto de Caracala dirigido a un tal Basso, se ha conservado en C. 4.30.4. No tiene fecha y por lo tanto sólo cabe decir, en atención al período de tiempo en que Caracala gobierna, que ha de datarse entre el año 212 y el 217.

Cum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris, intellegis de non numerata pecunia nimium tarde querellam te deferre.

Ahora bien, es evidente que esta primera mención no significa necesariamente que la *querela n.n.p.* haya sido creada en la fecha del rescripto. Basso, o quien asesorase a Basso, conocía ya la existencia de este medio impugnatorio y, por lo tanto es posible situar su creación en un tiempo anterior a Caracala. Se ha pensado incluso en que, muchos años antes de que fuera reconocida por la cancillería imperial, la *querela* habría tenido vigencia en áreas provinciales, de tal manera que sólo por la permeabilidad de aquel órgano central habría llegado a aplicarse en la metrópoli.

La hipótesis de un origen provincial ha podido apoyarse en el hecho de que la *querela* surge en las tramitaciones *extra ordinem*, deduciéndose de ahí la imposibilidad de que fuese aplicada en la Roma de comienzos del siglo III, en la que todavía las reclamaciones de cantidad que tuvieran como causa un mutuo o una *stipulatio* hubieran

4. Cfr. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains* 2.^a ed. París 1928, 434.

tenido que acomodarse al procedimiento ordinario⁵. Esta conjetura, sin embargo, presenta el inconveniente de conceder una excesiva primacía al procedimiento *per formulas*, el cual en ese tiempo no tenía ya un campo de aplicación tan amplio como en épocas anteriores⁶.

De una manera más precisa Collinet⁷ creyó ver en un documento del Egipto romano una prueba de origen provincial de la *querela*. Este documento consiste en la copia de un edicto hecho público en el año 138 por Valerio Eudaimon, prefecto de Egipto. Su traducción podría ser la siguiente⁸:

En el año 22 del divino Adriano, 20 Mecheir (mes egipcio = 14 de febrero de 138). Copia de un edicto: Valerio Eudaimon, prefecto de Egipto, dice: Siguiendo el ejemplo más ilustre, el parecer de su excelencia Mamertino y habiéndome yo persuadido personalmente de que

5. Cfr. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo «per formulas»*, en RIDA, III 1956, 383.

6. Conviene recordar que los pretores vieron ya cercenado su campo de actuación en tiempo de Adriano al ser creados por éste y para ejercer su jurisdicción en toda Italia, los llamados *consulares*. Abolidos éstos por Antonino Pío, Marco Aurelio vino a crear una magistratura análoga con el nombre de *iuridici*, magistratura que se conservará hasta la época de Diocleciano. Tanto los *consulares* como los *iuridici* se atuvieron al sistema procesal de la *cognitio extra ordinem* y parece que su competencia tuvo un carácter general, es decir, no limitada a materias singulares. Cfr. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, 2.ª parte, Nápoles 1975, 696 ss. Pero además, en la propia Roma, la posibilidad de que el Príncipe o sus delegados ejercieran facultades judiciales, bien en primera instancia o bien en apelación, suponía igualmente un ensanchamiento del procedimiento cognitorio a costa del procedimiento *per formulas*. Cfr. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich 1966, 349 ss.

7. *L'Edit du Préfet d'Egypte V. Eudaemon* (Pap. Oxy. II 237 col. VIII. 11.7-18) (138 ap.J.C.): *Une hypothèse sur l'origine de la querella n.n.p.*, en *Atti del IV Congresso Internaz. di Papirologia*, Milán 1936, 89 ss. Contraria a esta hipótesis MENKMAN, *The edict of V. Eudaimon prefect of Egypt*, en *Symbolae van Oven*, Leiden 1946, 191 ss.

8. El edicto conservado es parte de unos documentos aportados al prefecto por una litigante llamada Dionisia y está escrito en griego. Fue traducido al inglés por GRENFELL y HUNT, *The Oxyrynchus Papyri*, part II 1899, 173, al francés por COLLINET, l. c. 90, al latín por BONFANTE (*BIDR* 1900-1901-XIII 56-57) y de nuevo al francés y al inglés por LEMOSSE (*Querela n.n.p. et contradictio*, en *Studi Solazzi*, 1948) y MENKMAN, l. c., respectivamente. Para la traducción castellana me atengo preferentemente a la de esta última autora.

muchos de aquellos que son requeridos de pago dejan de cumplir lo que es justo frente a sus acreedores al amenazar a éstos con los más serios cargos a fin de que el pago no se realice o se aplace, esperando así algunos intimidar a los pusilánimes con el riesgo para que llegue a convenirse una reducción y otros suponiendo que harán desistir a sus adversarios ante el miedo a un proceso, HAGO SABER: Que deberán abstenerse de tales villanías pagando lo que deben o persuadiendo a aquellos que reclaman, por lo cual cuando a alguien se haya exigido el pago de una deuda y (el así demandado) no hubiera negado inmediatamente la existencia de ésta, es decir, no hubiera declarado inmediatamente que el título del crédito está falsificado y no hubiera dicho por escrito que él acusará y (después) tratará de probar que hubo falsificación, engaño malicioso o fraude, esta clase de treta no le valdrá y será forzado a pagar inmediatamente lo que debe; en otro caso, si el dinero ha sido depositado para que quede asegurada la obtención del mismo cuando el pleito pecuniario llegue a su fin, entonces si tiene fe en las pruebas de la acusación, podrá intentar el litigio más serio, aunque no quede libre de todo castigo sino sujeto a las penas establecidas. En el 5.º año de Elio Antonino, Epeiph 24 (= 18 julio 142)⁹.

Pero de la lectura de este documento no se deduce la existencia de una *querela non n.p.* con la función procesal que ésta llegó a tener ya en el Derecho romano clásico. El prefecto en su edicto se limita a señalar que la impugnación del documento no puede demorarse una vez que el deudor se niega a pagar la deuda. La impugnación ha de ser, pues, inmediata y constar por escrito, pero no se dice que la carga de la prueba sufra una traslación sino que, al contrario, se deduce de las palabras finales del documento que quien afirma la falsedad de un título de crédito debe dar los siguientes pasos: 1) Impugnación inmediata; 2) depósito, en calidad de secuestro, de la cantidad que se dice debida, y 3) acusación por el hecho antijurídico que supone la reclamación de un falso crédito. No es verosímil que quien tiene que dar tales pasos se encuentre dispensado de aportar pruebas. Tampoco casa con tal exoneración el tono general de un edicto que, como

9. Esta segunda fecha se refiere probablemente al día de la consulta hecha por la interesada al jurista Ulpio Dionisidoro, que fue quien aportó el texto del edicto en apoyo de los derechos de su patrocinada. V. COLLINET, *L'Edit cit.*, 91, y MENKMAN, *l. c.* 195. V. también KATZOFF (*Precedents in the Courts of Roman Egypt*, en ZSS 89, 1972, 252), quien dedica una especial atención al pleito sostenido por Dionisia aunque su trabajo tenga el carácter general que denota el título.

ocurre con el de Valerio Eudaimon, presenta tan severas admoniciones contra los deudores reticentes¹⁰.

Parece, pues, que con las fuentes a nuestro alcance la *querela n.n.p.* tiene más posibilidades de haber nacido en el seno de la cancellería imperial y a comienzos del siglo III que en cualquier otro tiempo o lugar. Y que, junto con ella y para aquellos casos en que quien tomaba la iniciativa era el acreedor exigiendo el dinero que nunca había llegado a desembolsar, apareciera la correspondiente *exceptio*. Las noticias que tenemos de esta *exceptio n.n.p.* permiten afirmar que los juristas de la última época clásica la consideraban como de uso corriente¹¹.

Tanto la *querela* como la *exceptio* parecen obedecer a una clara finalidad: la de proteger al deudor de un aparente mutuo (la escritura parece denotar su existencia) cargando la prueba de que el dinero fue efectivamente entregado sobre la persona que se presenta como acreedora. El deudor —se ha venido diciendo— quedaba así liberado de la trabajosa tarea probatoria que, con anterioridad a la aparición de esos dos medios procesales, pesaba sobre él. Pero esta caracterización requiere algunas matizaciones, pues, como algunas investigaciones modernas han puesto de manifiesto¹², no hay una línea tan tajante como se

10. Evidentemente, el edicto de Valerio Eudaimon deja abiertas una serie de cuestiones, siendo de destacar la referente a la dualidad de procesos que en él se percibe («el pleito pecuniario» y «el litigio más serio»). No resulta claro cómo tenían lugar y cuáles eran sus características (v. a este propósito la serie de estudios citados en las notas 7 y 8 con las diferentes posturas mantenidas), pero, en cualquier caso, lo que es difícil de afirmar es que se descargase de la prueba al impugnante del documento. LEMOSSE, *l.c.* 475, trae a colación la característica impugnación de documentos crediticios del Derecho helénico (ἀντίρρησις), pero en el edicto de Valerio Eudamion no se menciona para nada la ἀντίρρησις. Cfr. LEVY, *Die Querela non numeratae pecuniae: Ihr Aufnommen und Ausbau*, en ZSS 70 (1953) 246 (= *Gesammelte Schriften* I, Colonia 1963, 444).

11. Así se deduce del conocimiento que de ella tiene Ulpiano (D.44.4.4.16 y D.17.21. pr) y del rescripto de Caracalla del 215 (C.4.30.3). Una prueba irrefutable de que la *exceptio n.n.p.* es prejustiniana la tenemos en el rescripto de Diocleciano de 294, luego integrado en el *Codex Hermogenianus* (*Fontes ital.* II 665) COLLINET, *La nature* cit. 284, 294) cree más moderna la *exceptio* que la *querela*.

12. Así, LEVY, *Gesam. Schrift.* cit. 428 ss. Sobre la carga de la prueba en el proceso clásico v. del mismo LEVY, *Beweislast im klassischen Recht*, en los mismos *Gesamm. Schrift.* 407 ss. (publicado antes en *Iura* 3 1952).

ha pretendido entre lo que ocurría antes de que la *querela* y la *exceptio n.n.p.* entrasen en escena y lo que ocurrió después.

Hay que decir, por lo pronto, que la explicación tradicional cuenta con muy débil apoyo en las fuentes. No hay, en primer lugar, ningún texto que afirme que quien esgrimiera la *querela* o la *exceptio n.n.p.* trasladara con ello al adversario la carga de la prueba de tal suerte que éste tuviera que demostrar que había hecho, previamente, efectiva entrega del dinero. Podría quizá alegarse que tal afirmación se encuentra en un rescripto de Caracala del 215 (C. 4.30.3) dirigido a una tal Demetria:

Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur.

Pero, como puede verse, junto a la *exceptio n.n.p.* figura aquí la *exceptio doli*¹³, con lo que se da a entender que la demandada, ya utilice una ya la otra, forzaría al demandante a probar que el dinero había sido entregado. Indiferencia tal lleva a pensar que la atención de la cancillería imperial no estaba puesta en la singularidad de la *exceptio n.n.p.* sino en el comportamiento del juez, un juez que, como veremos, pertenece al ámbito de la *cognitio extra ordinem*. Ello nos lleva a comparar su actuación con la del juez del *ordo*

Los intentos que desde el siglo XIX habían apuntado a la solución del problema centrándose en la relación existente con la carga de la prueba, no apreciaron quizá con justeza la función del juez clásico den-

En la misma línea que Levy, KASER, *Beweislast und Vermutung im röm. Formularprozess*, en ZSS 71 1954, 221 ss. En contra de tan amplia discrecionalidad PUGLIESE, *L'onore* cit. 349 ss. Por su parte LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* I Bolonia 1965, 106-107, tiende, en materia de prueba, a aceptar la existencia de principios que vendrían a gravitar sobre la conducta del juez, pero subraya con todo su carácter de «semplici regole di buon senso e non cogenti». Coincidiendo en líneas generales con Levy y Kaser, aun cuando sitúe las primeras manifestaciones de prueba reglada en época postclásica, G. LONGO (en *Archivio Giuridico* 149 —1955— 69, en *Iura* 8 1957 43 y en *Iura* 11 —1950— 149).

13. KRELLER (*Zur Geschichte der exceptio n.n.p.*, en *Studi Riccobono* II 1936; 304-305) sostuvo que la mención a la *exceptio doli* había sido añadida al texto originario, pero la sospecha no tiene base sólida

tro del *ordo iudiciorum privatorum*, es decir, en el marco del procedimiento formulario. La absoluta libertad de ese juez en orden a la atribución y apreciación de la prueba fue posiblemente mal enfocada y ello trajo consigo una reconstrucción del cuadro procesal alejada de la realidad. El juez clásico, dentro del *ordo iudiciorum privatorum*, no estuvo atado al principio según el cual quien opone una excepción debe probar los hechos que sirven de base a ésta. Es decir, no era un *robot* que solicitara pruebas indubitables en ese sentido y que ante las inseguridades probatorias del demandado se inclinase como movido por un resorte a dar la razón al demandante. Su actuación fue absolutamente libre tanto en materia de apreciación como de atribución de la prueba. Podía, por ejemplo, aceptar un alegato no demasiado fehaciente del demandado y, posteriormente, dirigirse de nuevo al actor para solicitar de éste pruebas suplementarias. La aparición de la *querela* (y de la *exceptio n.n.p.*) no supuso pues una revolución tan considerable si partimos de la idea de que tratándose de otros instrumentos procesales como la *exceptio doli* también podía darse el caso de que el actor se viera compelido a aportar nuevas pruebas tras unas simples alegaciones del demandado.

Por otra parte, y como ya había advertido Pernice a fines del siglo pasado¹⁴, la *querela n.n.p.* tuvo su aplicación exclusiva dentro del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*. Es para esta forma de proceso para la que se construye la *querela*, es decir, va a ser el juez de la *cognitio*, y no el libérrimo *iudex* del procedimiento *per formulam*, quien va a entender de aquellos casos donde se plantee tal impugnación. El juez-funcionario propio de la *cognitio* será así el destinatario de las primeras manifestaciones de prueba reglada, entre ellas, precisamente, la que se impone cuando haya mediado el ejercicio de la *querela* (o de la *exceptio*) *n.n.p.* El juzgador carece en el presente caso de libertad para atribuir la carga de la prueba pues se le impone autoritariamente la norma de que sea el acreedor quien pruebe el desembolso del dinero en favor de quien según el documento escrito, aparece como deudor. Así, pues, lo que en el procedimiento formulario pertenecía enteramente a la absoluta discrecionalidad del juez, es ahora, con el procedimiento cognitorio, objeto de reglamentación estricta ya que la simple impugnación del título de crédito mediante la *querela*

14. *Parerga*, en ZSS 13 (1892), 277.

o la *exceptio* vuelca toda la carga de la prueba sobre quien se afirma acreedor, el cual, con independencia del escrito donde se documenta el crédito, tendrá que probar, con otros medios, que el presunto deudor recibió previamente en préstamo la cantidad en cuestión.

Como hemos visto antes, la primera mención textual de la *querela n.n.p.* aparece el rescripto de Caracala recogido en C. 4.30.4 pero la primera huella de que el juez está mediatizado en materia de atribución de prueba la encontramos en otra disposición del mismo emperador: el también antes citado *rescripto* que figura en C. 4.30.3. En él se tuvo sin duda en cuenta que su destinataria, Demetria, había reconocido por escrito mediante la correspondiente *cautio*, la recepción del dinero objeto del préstamo. No es imposible que además, y fuera de la constitución de la hipoteca que se expresa, la propia Demetria hubiera celebrado también una *stipulatio* con la promesa de devolver la cantidad en cuestión. Ahora bien, presentada la objeción de que el dinero no le fue entregado, y ya se instrumente la alegación mediante una *exceptio doli* ya mediante una *exceptio n.n.p.*, el juez no puede contentarse para fallar con el documento escrito (*cautio*) o con la probada celebración de la *stipulatio*, sino que, por encima de esas evidencias, debe exigir, a quien aparece como acreedor, la prueba de que previamente entregó el dinero. Y, si esta prueba no se consiguiera, el presunto deudor quedaría absuelto sin que en el campo probatorio hubiera tenido necesidad de mover un dedo. Es lo que se le viene a decir a Demetria: *compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur*¹⁵.

Según la reconstrucción que parece más convincente, ese fue pues el cambio operado con la introducción de la *querela* y de la *exceptio n.n.p.* Un cambio que sería exagerado calificar de revolucionario puesto que, al fin y al cabo, no representaba sino un moderado recorte a la libertad judicial en materia de prueba.

Pero, aceptado el cambio, queda por plantear el problema de cuál fue su causa. ¿Cuál pudo ser la razón que impulsó a la cancillería imperial a ofrecer al deudor esas facilidades defensivas? A primera vista la decisión de aplicar una medida limitadora en orden a la práctica de la prueba parece paradójica si consideramos que quienes ostentaban

15. Fiel a la idea de que la prueba reglada no existe en la época clásica, G. LONGO en *Iura* 11 —1950— 177) estima que la frase *quo non impleto absolutio sequetur* es un añadido tardío.

la jurisdicción en la *cognitio extra ordinem*, fuesen magistrados o fuesen funcionarios del Príncipe, no estaban sujetos a las trabas formales que imperaban en el procedimiento formulario¹⁶. Y, sin embargo, penetró en la *cognitio* medida tan contraria a la pura discrecionalidad de los juzgadores.

Como antes se ha señalado, la idea de un origen provincial no ha dejado de tener partidarios. Con arreglo a esta concepción la decisión de la cancillería imperial habría obedecido a la recepción de prácticas procesales no romanas. Dicho de otra manera, las influencias helenísticas habrían sido el factor determinante en la creación de la *querela* y de la *exceptio n.n.p.*¹⁷. Sin embargo, la cosa no está clara. Como ha señalado Levy, faltan pruebas que sostengan tal parecer, ya que las fuentes griegas no ofrecen un modelo en el que hubieran podido inspirarse los creadores de tales instrumentos procesales. Hay que recordar que cuando Justiniano, o antes que él el emperador Zenón, quieren encontrar el término técnico que sirva en griego para indicar la *exceptio n.n.p.* emplean la palabra *ἀναρρησία*, ajena totalmente a las fuentes jurídicas griegas. Y el edicto de Valerio Eudaimon antes referido no sirve tampoco para probar los supuestos enlaces, en este punto concreto, entre las concepciones griegas y las romanas.

Pero fueran o no la *querela* y la *exceptio n.n.p.* creaciones autóctonas de la tardía jurisprudencia clásica enquistada en la cancillería imperial, y más bien parece lo primero que lo segundo, quedaría por explicar el porqué de su implantación. Steinacker¹⁸ creyó verlo en la reacción suscitada por la práctica helenística del documento abstracto. Con arreglo a este punto de vista, y en su deseo de extender el Derecho romano a los ciudadanos de nuevo cuño, que antes de la adquisición de la nacionalidad romana (en el 212 como consecuencia de la *constitutio Antoniniana*) habían seguido aquella práctica, la cancillería imperial habría concedido medios procesales específicos para

16. V. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit. 341.

17. V. los autores citados en las notas 7 y 8. Además TAUBENSCHLAG, *The Law of Graeco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 2.ª ed Varsovia 1955, 315 y 342. Admite también la influencia helenística KASER, *Das römische Privatrecht* I, 2.ª ed. Munich 1971, 542, y II, 2.ª ed. 1975, 380, nota 46.

18. *Antike Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde* 1927, 87. No he podido consultar directamente este trabajo. Cfr. D'ORS, *Derecho privado romano* 4.ª ed. Pamplona 1981, nota 1, 431.

con ellos debilitar la fuerza del documento. Sin embargo, esta explicación no es muy convincente pues prescinde de que los documentos griegos en los que se expresaba una deuda no siempre eran abstractos y, cuando lo eran, su abstracción no tenía un carácter absoluto pues cabía la posibilidad de una impugnación basada en la relación causal¹⁹. Las gentes de nueva ciudadanía no necesitaban pues de instrumentos romanos que fueran equivalentes a los que habían venido usando en su Derecho de origen, o, mejor dicho, no había la necesidad de construir para ellos esos instrumentos toda vez que la *exceptio doli* hubiera podido ser empleada a tales fines.

Otro camino a seguir para encontrar la justificación de la medida consistiría en atribuir la creación al deseo, por parte de Caracala, de disminuir la prepotencia de los prestamistas²⁰. Pero a esta solución cabe objetar que tanto la *querela* como la *exceptio n.n.p.* no afectaban a esa imaginable situación de poder abusivo. Ni es pensable que en términos económicos el volumen de los préstamos llegara a menguarse por la innovación introducida, ni jurídicamente representaban la *querela* o la *exceptio n.n.p.* peligro alguno para quien ejerciese la profesión de prestamista y de verdad prestase. Este, y fuera de que exigiera la redacción del correspondiente documento o la celebración de la oportuna *stipulatio*, podría siempre precaverse contra el ejercicio de la *querela* o de la *exceptio* mediante la adopción de una mínima medida: la de dejar huella de la entrega del dinero al prestatario, bien llamando testigos para que contemplasen el hecho, bien haciendo la entrega a través de un banquero, bien extendiendo un recibo como documento complementario, o, en fin, utilizando cualquier otro medio que sirviera para dar constancia de la recepción de la cantidad prestada. Mediante el empleo de esa simple medida precautoria la *querela* y la *exceptio n.n.p.* perdían su virtualidad.

Parece, pues, que la explicación hemos de buscarla por otra vía, y quizá sea ésta la de considerar que la cancillería del tiempo de Caracala tuvo la preocupación de hacer frente a dos problemas: uno, el representado por las prácticas fraudulentas en materia de préstamo de

19. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, en ZSS 28 (1907), 334 ss.; KUNKEL, Enciclopedia Pauly-Wissowa, 2.^a serie IV 1382. Con ellos LEVY, *l.c.* 443.

20. A esta explicación se siente inclinado D'ORS, *l. c.*; PUGLIESE, *L'onere* cit. 384 alude también a consideraciones político-sociales surgidas como consecuencia de los abusos cometidos por los acreedores y de la debilidad de los deudores.

dinero consistentes en documentar relaciones de crédito que carecían de base efectiva por falta de entrega previa al mutuuario, y otro el derivado de la extensión creciente de la *cognitio* y de la consecuente ampliación de las tareas asignadas en este campo a magistrados y funcionarios imperiales. Es cierto que ya en épocas precedentes había en cuanto al primer problema el claro remedio de la *exceptio doli*, pero no hay duda de que con los nuevos medios el presunto engañado resultaba ahora mejor defendido encontrando además protección en casos en que el dolo fuese incierto o inexistente. Así sería, por ejemplo, en el supuesto de que el heredero del acreedor intentase hacer valer el crédito resultante de un documento y fuese ignorante de la falta de *numeratio* previa. En cuanto al segundo problema, se puede conjeturar el explicable deseo de Caracala de uniformar y de aligerar la tarea de los órganos judiciales ante los que se seguía el procedimiento, en continuo auge, de la *cognitio*. Con el nuevo sistema se obviaban largos debates y se simplificaba el papel del juzgador²¹.

III.—Establecidas la *querela* y la *exceptio n.n.p.* como terminantes medios impugnatorios pronto debió advertirse el peligro de una excesiva protección a quien resultaba deudor por el documento (o por la *stipulatio*) en detrimento de quien aparecía como acreedor, pues algunas de las pruebas con que éste podía contar para mostrar que había entregado el dinero (tal los testigos) podían debilitarse o desaparecer con el paso del tiempo. Resultaba en tales casos que el acreedor, a causa de la insuficiencia del mero título de crédito, quedaba inerte ante el ejercicio de la *querela* o de la *exceptio*. No puede extrañar que pronto se saliera al paso de tal riesgo mediante el señalamiento de un plazo para la utilización de los referidos medios impugnatorios²². Este

21. Desde una perspectiva más amplia, la medida adoptada era además coherente con las tendencias intervencionistas que se acusan en la política imperial, ya desde Adriano, en cuanto a la amplia discrecionalidad gozada hasta entonces por los órganos judiciales. V. a este propósito, PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato*, Turin 1980, especialmente 163 ss.

22. Como ha señalado AMELOTTI, *Le prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milán 1958, 107-108, así como la anualidad de las acciones pretorias de carácter penal reflejaba la exigencia de que la satisfacción siguiese rápidamente a la ofensa, en los medios procesales de la *cognitio extra ordinem* la restricción temporal obedecía al deseo de que determinadas controversias no se mantuvieran en pie indefinidamente y de que ciertas situacio-

plazo fue inicialmente de un año y es posible que fuera ya fijado por la propia cancillería de Caracala, aunque fijación tan temprana suscite algunas dudas en razón a la falta de datos directos y expresos. El hecho de que la primera mención al plazo se encuentre en una Constitución de Alejandro Severo del 228 (C. 4.30.8) hace pensar en que fuera este emperador el autor de la limitación temporal, habida cuenta además de que ninguna de las constituciones de Caracala llegadas a nosotros tratan del plazo. Sin embargo, este último hecho tampoco puede ser esgrimido como argumento decisivo pues los rescriptos de Caracala que figuran bajo la rúbrica *De non numerata pecunia* en el Código justiniano (C. 4.30) no son más que tres y en ellos se va directamente al concreto problema jurídico planteado que, en ninguno de los tres casos tiene nada que ver con el tiempo de ejercicio de los medios impugnatorios. Se puede por tanto aventurar que en su redacción original los rescriptos de Caracala contenidos en el Código justiniano no abordaran la cuestión del plazo, aun estando ya éste determinado, por considerar que en esos supuestos concretos constituía un factor irrelevante, pero igualmente verosímil es la supresión en esos textos por parte de Justiniano de cualquier mención ocasional, especialmente si se precisaba el límite del año. Por el contrario, no había necesidad de modificar nada en expresiones como *tempus legitimum definitum* o *legitimum tempus* amoldables a cualquier tipo de plazo. Esto es lo que ocurre en la referida constitución de Alejandro Severo en la que las expresiones aludidas han venido siendo consideradas como amaños bizantinos. Cabe aducir aquí que si lo que aparecía en el texto originario era el plazo anual, más fácil hubiera sido a los compiladores sustituir esa mención por el *biennium* decidido por Justiniano que no intercalar las inconcretas expresiones aludidas. Es en cambio más verosímil que fueran utilizadas por la cancillería de Alejandro Severo pues los redactores del rescripto darían por sabida la magnitud del plazo, no sólo por lo reciente de su determinación sino también porque una vez fijado no había experimentado —como ocurriría después— variación alguna, factores ambos que no jugaban en el caso de los compiladores bizantinos²³.

nes que habían llegado a ser pacíficas no fueran luego removidas. Es decir, la razón de fondo estribaba en el deseo de lograr el mayor grado de estabilidad y de certeza en los derechos atribuibles.

23. La postura que mantuvo MESSINA VITRANO (*La litterarum obligatio*

El límite de un año se mantuvo hasta que Diocleciano, por razones que desconocemos, decidió su ampliación. La noticia ha llegado a nosotros merced a los restos visigóticos del Código Hermogeniano (*Ex corpore Hermog. I/Fontes ital. II 665*). Se trata de un rescripto dirigido a Aurelio Alexio en el año 294:

Exceptionem non numeratae pecuniae non anni sed quinquenni spatio deficere nuper censuimus²⁴.

No sabemos que Diocleciano introdujera otra modificación en el régimen de la *querela* y de la *exceptio n.n.p.* Si ésta fue la única se obtiene la impresión de que la construcción establecida por Caracala se consolidó bajo Alejandro Severo y Diocleciano y, en el espacio que media entre este último emperador y Justiniano, los llamados tiempos postclásicos, no hay rastro de que se hayan producido modificaciones respecto de las cuales el emperador bizantino hubiera tenido que tomar postura. Las disposiciones de Honorio en 421, tal como pueden leerse en el Código Teodosiano bajo la rúbrica *Si certum petatur de chirografis* (C. Th. 2.27.1) parecen respetar el esquema básico de tiempos anteriores²⁵ y no hay tampoco señales de que las corrientes vulgariza-

nel Dir. giustiniano, en *Archivio Giuridico* 80, 1908, 119 ss.) desconociendo la existencia en el Derecho prejustiniano de cualquier tipo de plazo sólo puede tenerse en pie mediante la aceptación de drásticas alteraciones textuales. Pero tales modificaciones resultan difícilmente creíbles y tropiezan desde luego con el testimonio del Código Hermogeniano de que se hace mención más adelante.

24. El texto, tal como ha sido transmitido, presenta algunas dificultades. La palabra inicial *Exceptionem* se piensa, ya desde Cuyacio, que es la correcta, en lugar de *Ex cautionem* que son las expresiones transmitidas. V. a este respecto, lo indicado por KRELLER, *Zur geschichte* cit 312 y por AMELLOTTI, *La prescrizione* cit. 133-134. En todo caso la voluntad de ampliar el plazo de uno a cinco años resulta evidente. La *interpretatio* visigótica lo entendió también así: *Secundum legem ex corpore Theodosiani si certum petitur de chirographis quia de quinquennio habetur expositum ideo hanc legem ex Hermogeniano credidimus adiungendam, quae tempus intra quod contestari convenit de cauta et non numerata pecunia, id est intra quinquennium, evidenter ostendit.*

25. El quinquenio establecido por Diocleciano es también recordado por la *interpretatio* de CTh. 2.27.1 en la *Lex Romana Wisigothorum* y por la *Lex Romana Burgundionum* (31.2).

doras hagan aquí mella especial²⁶. El propio Justiniano tampoco se propuso cambiar sustancialmente el régimen de la *querela* y de la *exceptio n.n p.* Es cierto que cambió el plazo que había venido rigiendo desde Diocleciano, convirtiendo los cinco años en dos (C. 4.30.14 pr.), pero este retoque no puede calificarse de innovación fundamental²⁷. Y lo mismo cabe decir respecto de otras intervenciones. Así, la prohibición de que la *exceptio* fuera utilizada cuando el negocio base no fuera un préstamo, es decir, se tratase de depósito, de pago de contribuciones públicas o de constitución de una dote (C. *eod.* § 1), o la reducción del plazo de ejercicio cuando quien la esgrimiera fuera el acreedor en aquellos casos en que hubiera dado recibo de haber sido parcialmente satisfecha la deuda o los intereses (C. *eod.* § 2). Igualmente accesorias parecen otras disposiciones. Así, las de carácter procesal con que finaliza la referida constitución 14 (§§ 4 y 5) y las constituciones 15 y 16 que cierran el título. En la 15 se pretende evitar el perjuicio de terceros como consecuencia de la inhibición del llamado a interponer la *exceptio*, y en la 16 se subraya la irrelevancia del juramento en cuanto a los actos básicos para el ejercicio de la *querela* o de la *exceptio*.

Justiniano vino así a aceptar en sus líneas fundamentales lo que Caracala había establecido tres siglos antes. Pero, como es sabido, la existencia de la *querela* y de la *exceptio* con sus plazos de caducidad, produjo un efecto insospechado. Un efecto que no se relacionaba directamente con los problemas prácticos que podían aquejar a las personas intervinientes en negocios de préstamo dinerario, sino que se daba en el área de las construcciones conceptuales con fines escolásticos. La persistencia del régimen de la *querela* sirvió, mediante un ingenioso aunque criticable aprovechamiento, para dar nueva vida a la clásica clasificación cuatripartita según la cual las obligaciones contractuales considerado su origen o son reales, o son consensuales, o son verbales o son literales (Gayo 3.89). Justiniano, apoyándose en

26. V. LEVY, *Weströmische Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, 48-50.

27. *In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuuum ut eo lapso nullo modo querella n.n p. introduci possit*

los elementos sobre los que se asentaba la *querela* y especialmente en la caducidad de ésta logró llenar el molde (de otra manera vacío) de las obligaciones llamadas literales. En sus Instituciones es bien explícito a este respecto (Inst. 3.21: *De litterarum obligatione*):

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina odie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit ut et hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est ut ultra bienni metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

La historia de la *exceptio n.n.p.*, iniciada como hemos visto en el siglo III de nuestra era, tuvo así con Justiniano esta curiosa derivación²⁸. Sin embargo aún daría hilo que torcer cuando los juristas medievales establecieron contacto, directo o indirecto, con los textos pertinentes del *Corpus iuris*. Las líneas que siguen van dedicadas a descubrir algunos aspectos de lo que podría calificarse como segunda parte de aquella historia.

2

VICISITUDES MEDIEVALES

IV.—Aunque no puede desconocerse el salto de siglos que media entre el tiempo de Justiniano y el de los primeros glosadores, es tam-

28. Lo que no deja de ser sorprendente es que la invención justiniana sólo tuvo acogida en las Instituciones. Recuérdese que junto al texto arriba transcrito hay otros (3.13.2; *eod.* 20; *eod.* 22, y 4.1.) donde también resulta aludida. La interpolación de pasajes del Digesto o la inclusión de la idea en alguna de las constituciones del propio Justiniano incorporadas al Código no llegó a practicarse. Este hecho ha llevado a pensar (así en el caso de MESSINA VITRANO, *La litterarum obligatio* cit. 94 ss.) que la construcción que encontramos en las Instituciones justinianas es atribuible a Triboniano, Teófilo y Doroteo, los cuales habrían llegado a ver una *obligatio litteris* donde lo que había era una obligación *ex lege* resultante de la establecida presunción *iuris et de iure* en favor de la veracidad del documento.

bién notorio que en la historia jurídica de Occidente ambas épocas tienen una contigüidad que deja para un segundo plano consideraciones cronológicas²⁹. La resurrección y difusión del *Corpus iuris* planteó de nuevo el problema del contrato literal justiniano y con él, inevitablemente, la contemplación de la *querela n.n.p.* Las fuentes bajomedievales denotan una diversidad de posiciones a este respecto pues si bien a veces cabe percibir en ellas preocupaciones de índole doctrinal, en otras ocasiones lo que parece aflorar es una respuesta provocada por la vida jurídica real. En todo caso el tratamiento del tema dista de ser uniforme, y ello a pesar de las conexiones existentes entre unas fuentes que al fin y al cabo obedecían, todas ellas, al gran impulso de la Glosa boloñesa.

Las referencias que van a continuación presentan pues un cierto grado de heterogeneidad y esto en un doble sentido. Por un lado están las distintas reacciones ante el problema, tal como queda dicho, pero por otro está también la propia desigualdad de las fuentes examinadas, dispares en cuanto a sus pretensiones y dispares asimismo en cuanto a su localización geográfica. Sin embargo, y a pesar de esta disparidad, una nota les es común: el núcleo de problemas que Justiniano transmitía y con el que tenían que enfrentarse. Y aún habría que sumar otro punto de coincidencia: el esfuerzo desarrollado por lograr unas normas coherentes y aplicables.

V.—El texto central del Código alfonsino merece ser transcrito tras el pasaje antes visto de las Instituciones justinianas. Se trata de Partidas 5.I.9, es decir, de la penúltima ley del título I (*Que habla de los empréstitos*) de la Partida Quinta:

Fiuza, e esperança, fazen los omes a las vegadas unos a otros de se emprestar alguna cosa, e aquellos a quien fazen esta promesa fazen carta sobre sí ante que sean entregados della otorgando que la an resçebida, e despues acaesce que les fazen demanda sobre esta razón, bien assí como si les oviessen fecho el prestido verdaderamen-

29. Las manifestaciones jurídicas del Alto Medioevo no pueden considerarse próximas a las creaciones de la jurisprudencia clásica ni directamente ni a través de la compilación justiniana. Sobre la supervivencia de las tradiciones romanas en la Alta Edad Media y sobre el propio concepto de *continuidad*, v. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.^a ed. Gotinga 1967, I, 2, y la bibliografía allí citada.

te. E quando tal cosa cono esta acaesciere, dezimos que éste que fizo la carta sobre si debe esto querellar al Rey o a alguno de los otros que judgan en su logar, como aquel que le prometió de prestar maravedis, e non ge los quiso prestar nin contar nin dar, e deve pedir que le mande dar la carta que tiene sobre él de los maravedís que le prometió de prestar. E si se callare que lo non muestre assí, ante que dos años passen despues que fizo la carta dende en adelante non podría poner tal querella. E si ge la demandasse después sería tenuto de darle los maravedís bien assí como si los oviesse rescebido. E si ante que los dos años se compliessen, lo querellasse, segund que es sobredicho, non sería tenuto de responderle por tal carta nin de pagarle los maravedís. Fueras ende si el otro pudiere provar que le avia dado e contado los maravedís que le prometiera de prestar, o si el debdor que avía otorgado que avía rescebido los maravedís prestados, renunciase a la deffensión de la pecunia non contada. Ca estonce non se podría amparar por esta razón, si este renunciamento atal fuesse escrito en la carta.

Como se puede ver, el esquema justiniano estaba presente en la mente de quien redactó la exposición que antecede. Es de destacar, sin embargo, en tanto que elemento no justiniano, la expresa mención a la renuncia de la *exceptio n.n.p.* (o, dicho en romance, a la «defensión de la pecunia non contada») por parte del llamado a esgrimirla. Siempre que tal renuncia se haga constar expresamente en el mismo escrito donde consta el préstamo, el documento parece alcanzar el mismo grado de validez que cuando la impugnación se hizo imposible por haber transcurrido el plazo fijado para ella³⁰.

El modelo de escritura de préstamo de cosas medibles, contables o pesables que aparece, junto con otros formularios, en la Partida Tercera (Partida 3.18.70) alude también a esa cláusula («... renunciando el prestatario Gonzalo Vicente e quitándose de toda ley e de todo fuero e de toda costumbre eclesiástica e seglar de que el se podiesse

30. La idea de que con esa ley las Partidas permitían la vigencia de un *contrato literal* pervive aún en una curiosa sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1874 en la que, entre otras cosas, se contempla la eficacia de la *exceptio non numeratae pecuniae*. En dicha sentencia se rechaza expresamente que la Novísima Recopilación (a través de la ley 1.ª del título 1.º del libro 10, que en realidad no hace sino reiterar el principio espiritualista consagrado por el Ordenamiento de Alcalá) haya derogado la construcción del Código alfonsino. Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil IV*, Madrid 1899, pp. 379-380.

ayudar. *E señaladamente, que él non pueda decir que estos dineros sobredichos non le fuessen contados e dados»*). Aunque haya de tenerse en cuenta que se trata de un modelo para ser extendido por escribano público, no hay obstáculo para pensar en la aplicación de una cláusula de tal género en un documento extendido y sellado por el propio prestatario³¹.

Dentro aún del Derecho castellano bajomedieval, las Leyes del Estilo, la colección de sentencias e interpretaciones dadas por el Tribunal del Rey en un período que abarca desde Alfonso X hasta Fernando IV, registran una referencia a la *exceptio n.n.p.* que, aunque sólo fuera por la índole de este repertorio, lleva a pensar en algo distinto a una mera preocupación erudita por un vestigio histórico.

Ley 184. Otrosí de fuero es en las preguntas de los Alcaldes de Burgos que se fizieron al rey D. Alfonso, que de dos años adelante non se debe probar la defensión de los dineros contados: porque el demandador sea tenido de probar después de los dos años que gelos contó et que pasaron a su poder; nin se a porque salvar despues de los dos años. Pero el alcalde de su oficio, non en pedimento de la parte, puede mandar, según uso de la corte, a la parte que diga sobre juramento si gelos pagó aquellos dineros, o parte dellos, en guisa

31. Recuérdense las diversas formas de escritura que en esta misma Partida III establece la ley 1.ª del tít. 18. En cuanto a los precedentes de estos formularios y en especial de la cláusula excluyente del ejercicio de la *exceptio n.n.p.* hay que remitirse a la actividad de los notarios boloñeses. V. a este respecto el *Formularium tabellionum* atribuido a Irnerio (en *Bibliot. iuridica medii aevi*, I 1888, 225; hay una 2.ª ed. de 1913) y también el *Ars notarie* de Salatiele (ed. de G. Orlandelli) 2 vols. Milán 1961, y el texto correspondiente al *Instrumentum solutionis et confessionis facte de soluto* (p. 304 del vol. 2.º). También lo indicado por NUÑEZ LAGOS, *El documento notarial y Rolandino*, p. V en la edición a cargo del Colegio Notarial de Madrid (*Comentarios de Rolandino insigne notario de Bolonia sobre la Suma del arte notarial titulados Aurora con las adiciones de Pedro de Anzuola notario de Bolonia, obra que los modernos llaman Meridiana*, Madrid 1950), y lo expuesto por BONO, *Historia del Derecho Notarial español* I, 1, Madrid 1979, 245 ss. En los referidos *Comentarios de Rolandino* v. la expresa exclusión de la *exceptio* en el modelo de la p. 439. Como puede verse más adelante (*Comentarios de Rolandino insigne notario de Bolonia sobre la Suma excluyente*. Sobre ella y sus consecuencias en el Derecho español anterior al Código civil, trata LA SERNA, *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español* II (5.ª ed.) Madrid 1874, 270.

que pasasen a su poder dél, o dé otro por él, que los rescibiese por su mandado.

Se percibe que los Alcaldes de Burgos, en su calidad de juzgadores, no se dirigieron al rey para presentarle una cuestión doctrinal propia de ambientes académicos, sino que lo hicieron movidos por una preocupación nacida en círculos forenses. Y ésta, sin duda, era la relativa a la trascendencia del escrito cuando en la práctica, y a pesar de haber alcanzado aquél la impugnabilidad como consecuencia de haberse enervado la *exceptio n.n.p.* dado el transcurso de los dos años, pesaba aún sobre él la duda de que el dinero no había sido recibido previamente por el mutuario. Es evidente que se acepta la caducidad de la *exceptio* según las pautas del Derecho justiniano pero la decisión real que se contiene en esa ley 184 añade un elemento nuevo: la posibilidad de que el juez fuerce al demandante a jurar que hizo previa entrega del dinero. El juez dispone así de un arma con la que eventualmente puede privar de eficacia a un escrito que, de otra suerte, transcurrido ya el plazo de dos años, era inmune a la *exceptio*. Pero con el reconocimiento de esa facultad judicial se restaba valor a la escritura en cuanto acto constitutivo de la obligación pues el juramento venía a jugar el papel de una prueba contraria a lo declarado en aquélla.

En el reino de Aragón y en fuentes que desde un punto de vista temporal no están alejadas de las Partidas, no faltan tampoco referencias a la *exceptio n.n.p.* y a sus consecuencias. En la versión latina de los Fueros de Valencia y bajo la rúbrica *De numerata pecunia* el enfoque dado al tema es digno de atención³²:

1. Si quis promiserit alicui quod alicui sibi mutuet et debitor sibi instrumentum fecerit, in quo confiteatur se illud debitum recepisse et in veritate ipsum non receperit, sit in electione illius debitoris quod velit, vel recuperare instrumentum vel petere illud quod promisit sibi dictus creditor mutuare.

— In hoc foro addidit et ipsum arromanzavit dominus rex. Declarat dominus rex in hoc foro quod si aliquis promiserit alicui quod aliquid sibi mutuet et in instrumento debiti non sit dies certa assignata ad debitum persolvendum, si infra annum ille debitor non petierit, ex quo erit legitime etatis vel conquestus fuerit curie, quod sibi tradi fatiat a creditore illud, quod promisit sibi mutuare, quod anno elapso, curia instrumentum sequatur; sed si in instrumento debiti

32. *Fori antiqui Valentiae* (ed de DUALDE) Madrid-Valencia 1950-1967, LXV.

fuerit terminus assignatus debitori ad solvendum debitum creditori, quod elapso termino, currat annus, scilicet quod conqueratur debitor de creditore quod sibi tradat quod sibi mutuare promisit; alioquin si hoc non fecerit, anno elapso post talem terminum in instrumento debiti contentum, debitor creditori debitum solvere compellatur.

2. Si debitor taceat quod non petat infra terminum contentum in instrumento illud, quod sibi quis promisit mutuare, instrumentum sequi teneatur et non stetur dicto petitoris; et dictus debitor teneatur solvere creditori debitum sicut continetur in instrumento.

El texto presenta algunas dificultades³³ pero se mantiene claramente que quien aparece como mutuario en el documento tiene, al no haber recibido el dinero del mutuante, dos posibilidades: o bien recuperar el escrito, o bien exigir del mutuante el dinero que había prometido. Ahora bien, si no se decide a seguir uno de esos dos caminos y permanece inactivo la deuda le podrá ser exigida tal como consta en el *instrumentum*.

33. Tal como aparece revela al menos dos estratos: el fondo antiguo y la intervención del rey. Esta última, con algunas expresiones que no resultan claras, parece movida únicamente por el deseo de establecer una diferencia entre escritos que contienen fecha de pago y aquéllos otros que la omiten. Por otra parte, en la edición cit. de DUALDE, la rúbrica LXV antes transcrita es reproducida en dos tipos de letra sin que se vea la razón de esa diversidad tipográfica. En la traducción castellana que aquí ofrezco aparece *curia* como femenino (la versión valenciana, de los *Fori da cort*) pero queda la duda de si no se estará aludiendo a la persona individual encargada de administrar justicia (v. el prólogo de la ed. cit. de DUALDE p. XV y también LALINDE, *El «curia» o «cort» (una magistratura medieval mediterránea)* en *Anuario de Estudios Medievales*, IV, Barcelona 1967, 239 ss.). Sobre el proceso de formación de los *Fori* y de su versión romanceada GARCÍA I SANZ en *Costums de Tortosa (Estudis)* Tortosa 1979, 291, con bibliografía. Una edición de lujo de esta versión romanceada (con trad. castellana no muy fidedigna) ha aparecido últimamente (*Els Furs. Adaptació del text de Jaume el Conqueridor i Alfons el Benigne de l'edició de J.F. Pastor (Valencia 1547) a l'ordre del mateixos furs en el manuscrit de Boronat Péra de l'Arxiu Municipal de la Ciutat de València feta per A. Garcia i Sanz, Valencia 1979*). Allí (p. 86) puede leerse la versión valenciana del texto antes transcrito. En sustancia se dice lo mismo, aunque la decisión del rey va en el texto valenciano al final y no en el centro. Otra edición en valenciano es la de Lamberto Palmer de 1482. Se trata de la edición príncipe, reproducida a facsímil por la Universidad de Valencia en 1977. De la edición crítica de GARCÍA I SANZ y COLÓN han aparecido tres volúmenes (Barcelona 1970, 1974 y 1977).

Tal tratamiento refleja los rasgos de la vieja *querela n.n.p.*, pero es evidente también que los *Fori Valentiae* no adoptaron sin más el Derecho justiniano. Vemos que existe un plazo (que aquí sólo es de un año) para que el deudor según el documento proceda contra el acreedor y vemos igualmente que si esa reacción no se produce en el plazo previsto la obligación es firme merced al escrito. Pero, frente a lo que la articulación de la *querela n.n.p.* romana, sorprende el reconocimiento del derecho que asiste a quien iba a ser el mutuario para exigir del señalado como mutuante la cantidad acordada, como si la redacción del documento y su posterior inadecuación a lo ocurrido realmente diera pie a una relación obligatoria con el futuro mutuario en calidad de acreedor.

Una fuente que tan estrecha relación guarda con los *Fori* valencianos como las *Costums* de Tortosa no adopta sin embargo en esta materia, ni formal ni materialmente, la misma actitud³⁴. El tratamiento general del tema revela en las *Costums* tortosinas una más depurada técnica, la cual no puede obedecer sino a un mayor acercamiento al Derecho justiniano o a los trabajos de la Glosa.

El texto se contiene en el libro IV y aparece bajo la rúbrica *Non numerata pecunia*.

I. Si algun fa carta de deute a altre per esperança que li liure aquel deute en que fos obligat en aquella carta e el creador aquel deute liurar no li volra: lo deutor pot demanar aquella carta que li sia reduda e restituida per lo creador dintre dos ayns apres que la carta sera feyta. Mas si lo creador qui te la carta dins dos ayns se vol clamar del deutor daquel deute que nombrat ne liurat no aura, lo deutor li pot posar excepcio de non numerata pecunia et doli. En qualque cas daquests aja feyta lo deutor renunciacio a aquesta excepcio de non numerata pecunia et doli, la dita carta es ferma e estable, sens tot contrast que no li pot esser fet per aquesta excepcio ne per altra rao ne excepcio. Si la dita renunciacio en la carta no es, lo creador deu prouar que aja liurats los diners que son contenguts en la carta al deutor e, si no proua, per sentencia dels ciutadans deu esser restituida la carta al deutor. Si dins dos ayns daquesta cosa fera feta questio

34. Para la relación entre ambas fuentes v. en los *Estudis* antes citados no sólo el mencionado trabajo de GARCÍA I SANZ, sino también los de MASSIP I FONOLLOSA (*La gestació dels Codis de 1272 i 1279*), IGLESIA FERREIRÓS (*Las Costums de T. y los Fori/Furs de Valencia*) y mis propias páginas (*Regulae iuris en las Costums de T. y en las Consuetudines de Valencia*).

ne demanda per nenguna de les parts³⁵: car de dos ayns aenant la carta es ferma e estable, si que hi aia renunciacio si que no hi aia.

II. Si algun hom prometra a altre a prestar diners o altra cosa e sera empres que d'aquel deute lo deutor faça carta al creador et lo deutor aura manada ab consentiment del creador far la carta al Escriva, segons que entr'els empres sera, lo acreedor no's pot excusar que no faça aqued preste; e si ne fa demanda lo deutor pot ne e deu ne esser forçat lo creador d'aquel preste a fer. A lo meteix es entes de tot altre hom qui promet metre et liurar cabal a altre o de restituir lo don et es electio³⁶ del prometedor que promet a liurar lo cabal.

III. Confessio que sia feta per lo creador si auer agut e cobrat lo deute o part daquel o daltres coses e feta la confessio per aventura ia sia que el aia la confessio fata per fe que la cosa li fos liurada com nou fos, dins XXX dies apres que aura feta la confessio pot posar e demanar aquella cosa o aquel deute, no contrastan la confessio sobre dita si doncs l'altre no prouaua quel agues pagat. Pasats los dits XXX dies la dita confessio es tenguda per vera e no si pot posar la excepcio de non numerata peccunia ne altra.

Como vemos, se expone en el apartado I, y según el trazado justiniano, el juego de la *querela* y de la *exceptio non numerata pecunia*, para establecer en consecuencia la firmeza absoluta del escrito una vez transcurridos los dos años, firmeza que también adquiere, y de modo inmediato, en el caso de que se hubiera introducido una cláusula de renuncia a aquellos medios procesales³⁷. En el apartado II hay un reconocimiento expreso de la posibilidad que asiste a quien le fue prometido dinero en préstamo de dirigirse contra el promitente para forzarle a hacer efectivo el mutuo. Probablemente en una versión no

35. Parecen faltar palabras, aunque el sentido de la exposición parezca claro. Tanto en OLIVER (*Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, III, Madrid 1879, 208) como en el manuscrito del Archivo municipal de Tortosa (sigo la edición facsímil hecha por el Instituto de Estudios Tarraconenses «Ramón Berenguer IV» en 1972) aparece el texto en esa forma.

36. «Electió» aquí no parece tener sentido, pues si el promitente queda obligado no se comprende entre qué puede elegir. Probablemente entre «electio» y «del prometedor» han caído las palabras donde vendría a decirse: «del deutor demanar que la carta li sia reduda o demanar». Cfr. el § 1 antes transcrito de los *Fori Valentiae*.

37. Recuérdese lo indicado a propósito del análogo régimen seguido por Las Partidas. V. atrás p. 17-19.

defectuosa de ese texto podríamos leer que junto a esa facultad estaba también la de exigir la entrega del escrito ofreciéndose así al señalado como mutuario la posibilidad de elegir entre ambas vías³⁸. Resultaría de ello la existencia en este punto de un claro paralelismo entre las *Costums* y los *Fori* valencianos, aunque con la diferencia, no insignificante, de que la colección catalana parezca requerir la presencia de Escribano en el otorgamiento del escrito³⁹. Por último, en el apartado III, puede observarse la extensión del régimen de la *exceptio n.n.p.* a los reconocimientos de pago. Aunque en el texto no se dice expresamente parece que ha de entenderse que la confesión de haber recibido el pago tiene constancia escrita y que es precisamente ese escrito el que adquiere firmeza si hubieran transcurrido treinta días sin ser impugnado⁴⁰.

Las fuentes españolas a que nos hemos remitido muestran todas ellas, y a pesar de su reconocida disparidad, la huella del Derecho romano justiniano. Pero en esta evidente relación es imposible pasar por alto el papel jugado por la Glosa, pues fue ésta al fin y al cabo la causa inmediata de que la *querela* o la *exceptio n.n.p.* fueran tenidas en cuenta por los juristas que desarrollaban su actividad al sur de los Pirineos. La Glosa, desde luego, había aceptado la inatacabilidad del escrito una vez agotado el plazo para ejercitar la *querela* pero, como veremos, no hubo unanimidad a la hora de interpretar el pasaje justiniano en el que se señalaba el bienio como plazo límite tras el cual no cabía la impugnación. Ante este texto⁴¹ hubo glosadores que se inclinaron por una interpretación literal y estricta mientras que otros siguieron criterios menos rigurosos.

VI.—El eco de esas divergencias no se acusa en las fuentes españolas a que acabamos de pasar revista, pero sí en otro texto jurídico de notable circulación en la España bajomedieval. Me refiero a la obra provenzal conocida con el nombre de *Lo Codi*. En su traducción

38. V. atrás nota 36. En el manuscrito del Archivo Municipal de Tortosa y bajo esta misma rúbrica hay otros errores indudables. Así, por ejemplo, la innecesaria repetición en el apartado I de la frase «e si no proua per sentència dels ciutadans... al deutor».

39. V. atrás p. 21.

40. Cfr. OLIVER, *o. c.* 206-209. En realidad las *Costums* no hacían aquí sino acoger lo dispuesto por Justiniano C.4.30.14.2. v. atrás, p. 15.

41. Se trata de C.40.30.14 pr. V atrás nota 27

castellana⁴² y en el capítulo 51 del libro IV, bajo la rúbrica «Qual derecho es si algún ome se obligó a aquello que non reçibió e por ventura ge lo demanden», se dice lo siguiente:

Si algun ome quier mallevar dineros d'otro e a él fecho escripto, diz que él a fecho carta, enantes que los resçibiesse porque cuidó que ge los emprestaría o que cuidó que ge los avía emprestados, e aviene despues que él non resçibiesse aquellos dineros por alguna guisa, si ome ge los quiere demandar porque aya fecho escripto, él se puede bien deffender fasta cabo de dos años si el demandador non podrá provar este aver, et dirá assí: «amigo, este aver que vos me demandades yo non vos lo devo, maguera yo aya fecho escripto o dado fiador o péñora si vos non provades que yo vos lo deva, ca nunca me lo vos emprestastes». Otrossi puede costreñir delante el iuez que lo libre de aquel escripto o sea que él aya dado péñora o sea que non, si aquel que demanda el aver non puede provar que ge los diera. Mas pues que son pasados los dos años non se puede deffender que non pague los dineros maguera que los non aya avidos, ca semeiança es por el escripto que es fecho, e por los dos años que son pasados e por la péñora que es dada, que los deva. Mas si él es menor de XXV años o él querelló lealmiente dentro en los dos años, non le empesçe nada maguera que sean los dos años pasados. Estòs dos años deven ser contados d'aquel dia adelante que fue fecho el escripto de los dineros. Mas otros omes que son sabios dizen que <si> aquel ome que fizo el escripto puede provar despues que los dos años son pasados <que non le fue prestado aquel aver> pudesse deffender a todos tiempos que él non pagará este aver maguera sean pasados los dos años sin querella. D'aquesto es tal argumento: si algún ome se cuida ser debdor d'otro e él non lo es, si él ge lo pagó <el dinero él lo puede recobrar fasta XXX años> e <si> el lo puede cobrar fasta XXX años mucho más lo puede retener. Et esta razón parece más derecha. Aquesta razón que es dicha de suso, si alguno a fecho escripto qu'él resçibe aver d'otro que él se puede deffender si él non lo resçibe, otra tal razón es si él non fizo escripto mas prometió de ge lo dar o si él dio péñora o si él dio fiador⁴³.

42. Los dos únicos códices a través de los cuales nos es conocida esa versión castellana son dos manuscritos del siglo XIV (el ms. 6416 y el ms. 10816) que se encuentran en Madrid en la Biblioteca Nacional. Una edición impresa con base a esos manuscritos está en vías de publicación.

43. Las palabras comprendidas entre ángulos faltan en los códices de la Biblioteca Nacional. Se insertan tomando como base el texto provenzal editado por DERRER, *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII Jahrhundert* Zurich 1974, y el texto latino editado por FITTING (v. nota siguiente).

Como se puede ver, el autor de *lo Codi* tuvo clara noticia de las opiniones contrarias a una interpretación literal y estricta del texto justiniano («Mas otros omes que son sabios dizen...⁴⁴) y optó por seguirlas. Resulta curioso comprobar cómo la rotundidad con que primero se afirma la inimpugnabilidad del escrito una vez transcurridos los dos años, se desvanece al final del capítulo en cuanto se sopesa la opinión de otros «omes sabios».

¿Quiénes eran estos «omes sabios»? Por lo pronto uno de ellos, el autor de la llamada *Summa Trecensis*⁴⁵. He aquí sus manifestaciones según aparecen tras la rúbrica *De non numerata pecunia* (IV.32):

§ 3. Opposita quidem hac exceptione ille qui dicit se numerasse compellitur quidem ad numerationis probationem. Hoc ideo quia reus excipiendo negat: qui enim factum negat probatio eius nulla est. Set hoc non est perpetuum: intra biennium enim creditor ad probationem compellitur, vel si intra biennium exceptio perpetua sit, vel si minor debitor sit. Alioquin biennio transacto precise debitor compellitur ad solutionem, nisi malit in se suscipere probationem, quia numeratio nunquam intercessit. Alias enim absurdum foret eum condemnari, cum et in hoc casu et doli seu in factum exceptiones competant, quae perpetuae sunt, et insuper incerti conditio ad condicendam liberationem perpetuo competit: cui enim datur actio, multo magis eidem de eadem re exceptio danda est, ut in Responsis (*es decir, en el Digesto*) continetur...

Hay constancia de que fueron contrarios a tal interpretación Búlgaro, Alberico⁴⁶ y Placentino (*Summa Institutionum* III.20 y *Summa*

44. La versión latina (FITTING, *Lo Codi in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus*, Halle 1906 [reimpresión Aalen 1968] p. 112) se expresa en iguales términos: *set quidam sapientes dicunt...* En el original provenzal las palabras correlativas eran: *Mas tal savi ome sunt que dido...* (DERRER, *o. c.* p. 80).

45. Editada por Fitting con el nombre de *Summa Codicis des Irnerius*, Berlín 1894. La atribución a Irnerio se tiene hoy por errónea; v. KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Aalen 1969, 145 y ss., con las razones ofrecidas para señalar a Rogerio como un autor. Según esta hipótesis la obra habría sido escrita en Bolonia hacia 1150. La *Summa Codicis* (*Summa Tubingensis*) atribuida a Rogerio (ed. por PALMIERI *Bibl. iur. medii aevi*, I 1888 —2.ª ed. 1913—) y que parece constituir una versión mejorada de la *Summa Trecensis*, no coincide aquí con ésta pero registra la postura de los sostenedores de la impugnabilidad *transacto biennio*.

46. V. *Dissensiones dominorum* ed. por Haenel, Leipzig 1834 [reimpresión Aalen 1964], 207 ss.

Codicis IV.30). Pero, antes que ellos, el propio Irnerio había mantenido también la opinión de que el escrito, una vez que hubiera transcurrido el plazo del bienio, no podía ser ya objeto de impugnación⁴⁷.

El camino seguido por la *Summa Trecensis*, y posteriormente por *Lo Codi*, fue iniciado según parece por Martino Gosia y por Hugo⁴⁸ y a él se acomodó también Jacobo⁴⁹. La interpretación laxa adoptada por Martino y sus seguidores era consecuencia de utilizar *prima facie* criterios de equidad que, si no resultaban incompatibles con la letra del texto en cuestión, eran en cambio inaplicables en otros casos⁵⁰.

El criterio de que el documento es impugnable aunque se hayan dejado pasar los dos años previstos para el ejercicio de la *querela* es, por otra parte, perfectamente coherente con todo lo que sabemos sobre las tendencias de Martino «campeón de la equidad frente a Búlgaro, el sumo sacerdote del *ius strictum*»⁵¹. Siguieron las corrientes martinia-

47. Así resulta de una glosa a C.4.30.8.2 (v. PESCATORE, *Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte* 1896, IV 86). Una fuente que parece ha de incluirse entre las más tempranas manifestaciones de la Glosa como es la *Summa Institutionum «Iustiniani est in hoc opere»* (edición de LEGENDRE, Frankfurt 1973) es también tajante a este respecto cuando se enfrenta con el tema de la obligación literal (III.12).

48. *Dissensiones* cit. 11, 107 ss., 207 ss.

49. *Dissensiones* cit. 28, 79, 208.

50. Así ocurría, por ejemplo, con un pasaje como C.4.30.8.2, donde se expresa la ineludible necesidad del pago una vez transcurrido el plazo establecido para el ejercicio de la *querela*. V. KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies* cit. 155.

51. KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies* cit. 87. De acuerdo con tal disparidad de posiciones no es extraño que se formasen dos corrientes de seguidores: los partidarios de Búlgaro y los que aceptaron los criterios de Martino. Los primeros se consideraron siempre a sí mismos como verdaderos continuadores de Irnerio y mantenedores de la ortodoxia jurídica. Son los *nostri doctores* mientras que los contrarios son los *Gosiani*, según su propia terminología. Los *Gosiani* contemplados desde el sector opuesto constituyen el grupo herético que transita por la ruta equivocada. La «*aequitas martiniana*» es motejada de «*ficta*», «*bursalis*» «*capitanea*» queriéndose expresar con tales términos su carácter arbitrario. Por otra parte conviene recordar que entre los eminentes juristas que siguieron la línea de Búlgaro se encuentra Azón, Odofredo y el propio Acursio. No se opusieron a Martino, aunque tampoco llegaron a ser sus directos discípulos, Vacario, Rogerio, Placentino y Pilio. Para mayores precisiones sobre esta disparidad de tendencias, KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies* cit. 88, CORTESE, *La norma giuridica*.

nas, como ha quedado antes apuntado, Hugo, Jacobo y el autor de la *Summa Trecensis*⁵². Y fue ésta, muy verosímilmente, la que influyó en *lo Codi*⁵³.

VII.—En otros círculos jurídicos emparentados con la Glosa, pero que merecen una consideración propia encontramos nuevos enfoques en cuanto a la validez y límites de la *obligatio litteris*. Dentro de la llamada Escuela de Orleáns o de los *Ultramontani*, según el calificativo empleado por los juristas italianos de aquel tiempo para referirse a estos comentaristas del Derecho romano, cabe destacar la figura de Jacobo de Révigny que enseña en aquella ciudad francesa entre 1260 y 1275. Su pensamiento en este campo no guarda relación con las teorías sustentadas por la Glosa en cualquiera de sus manifestaciones⁵⁴. El eje de esta nueva construcción se encuentra en la idea de que la *obligatio litteris* constituye una categoría equiparable a la de la *obligatio verbis* o contrato estipulatorio, de lo que se deduce que cualquier convenio con pretensión de crear obligaciones puede ser enmarcado en un acto escrito y convertirse así en un negocio abstracto creador de la relación obligatoria pretendida⁵⁵. Queda establecida de este modo

Spunti teorici nel diritto comune classico, 2 vol. Milán 1962-64 II 321; PIANO MORTARI, *Dogmática e interpretazione. I giuristi medievali*, Nápoles 1976, 140 ss. más la bibliografía citada en nota 82 (publ. antes en *Studi medievali* III sr VI 1965, 289 ss.) y también PARADISI, *La renaissance du droit romain entre Italie et France*, en *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovia 1978, 146 ss. Sobre la influencia de Martino en Francia, GOURON, *La science juridique française aux XI et XII siècles: Diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'a Gratien*, en *Ius Romanum Medii Aevi* I 4 d, e, Milán 1978, passim y 114-116.

52. V. atrás nota 45. No es inverosímil que fuera Rogerio el autor, pero v. GOURON, *La Science juridique* cit. 93-95.

53. Sobre las fuentes utilizadas para la redacción de *lo Codi* y, concretamente, sobre la relación entre esta obra provenzal y la *Summa Trecensis*, v. FITTING, *Lo Codi* cit. 13-15. Cfr. GOURON, *La Science Juridique* cit. 93-94.

54. Sobre esto MEIJERS, *La theorie des ultramontani concernant la force obligatoire et la force probante des actes sous seing privé*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 12 (1933) 38-106 (= *Etudes d'Histoire du Droit* IV, Leyden 1966, 52-106, especialmente 57 y ss. Cfr. PARADISI, *La Scuola di Orleans: Un'epoca nuova del pensiero giuridico*, en *SDHI* 26 1960, 347 ss.

55. La única diferencia importante entre *stipulatio* y *obligatio litteris* sería la relativa a la presencia de las partes, imprescindible en aquella e innecesaria en ésta. Cfr. MEIJERS, *Etudes* cit. 59.

una forma contractual general que, en efecto, viene a jugar el mismo papel que había ya llegado a desempeñar la *stipulatio* clásica. Sin embargo, cosa curiosa, con esa forma general coexiste la especial *obligatio litteris* cuya causa aparente era un mutuo y respecto de la cual el instrumento impugnatorio (*querela* o *exceptio n.n p.*) no había sido utilizado en tiempo hábil. Para Jacobo de Révigny esta última *obligatio litteris* —en realidad la única posible en una interpretación estricta del Derecho justiniano— era distinta de las demás obligaciones literales, pues así como en éstas el vínculo surgía en cuanto quedaba ultimada la redacción del escrito, en aquélla el nacimiento de la relación obligatoria quedaba aplazado hasta que hubieran transcurrido dos años.

Los discípulos de Jacobo de Révigny continuaron la línea de su maestro, pero ese nuevo concepto de la *obligatio litteris* tuvo una repercusión limitada, ya que ni penetró en Italia ni hay eco de él al sur de los Pirineos. Sólo en Inglaterra en el caso del «deed» y, tardíamente, en el Código civil alemán aflora esa genérica idea de la obligación literal⁵⁶.

VIII.—Es evidente que la historia de la *querela* y de la *exceptio n.n p.* en su período puramente romano, es decir, en el comprendido entre la tardía época clásica y Justiniano, presenta una serie de puntos oscuros. La fragmentaria información ofrecida por las fuentes a nuestro alcance nos arrastra, en mayor medida de lo que hubiera sido de desear, al campo de la conjetura, en especial cuando tratamos de determinar el origen y primeros pasos de esos medios impugnatorios. Frente a esa incierta primera historia no hay duda de que las disposiciones justinianas ofrecen por contraste un cuadro más claro, adivinándose tras ellas la postura de los juristas bizantinos aunque a éstos también afectase la dificultad derivada de una conservación defectuosa de los textos clásicos. Siglos más tarde, cuando se produce en Occidente la recepción del Derecho romano justiniano, éste, en los temas que aquí nos interesan, no pudo tener una fácil asimilación. La propia composición del *Corpus iuris*, con su variedad de materiales,

56. El «deed» se configura efectivamente como una escritura generadora de obligaciones y, en cuanto al código civil alemán son exponente de una tal doctrina los artículos 780 y 781 como lo habían sido precedentemente BÄHR en su obra *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* 1855. Sobre estas cuestiones v. de nuevo MEIJERS, *Etudes* cit. 61-62.

hacía difícil la comprensión y puesta en práctica de tales medios impugnatorios. Por otro lado, la construcción justiniana de la obligación literal, apoyada precisamente en el mecanismo que en ellos se desarrollaba, contribuyó sin duda a aumentar la dificultad. Si además añadimos la sentida necesidad de llevar a la práctica una formulación viable, comprenderemos los titubeos, las simplificaciones y la búsqueda de soluciones que advertimos en los juristas medievales. No puede, pues, sorprendernos que en las fuentes de la época, y a pesar de los esfuerzos armonizadores de la Escuela de Bolonia, encontremos un cuadro que dista de ser uniforme. Por otra parte, no olvidemos tampoco que, tal como queda expuesto, ni siquiera los maestros boloñeses estuvieron concordes a la hora de calibrar la virtualidad del escrito cuando éste hubiera traspasado el límite temporal fijado para el ejercicio de la *querela*.

Sin embargo, pese a las incertidumbres que el *Corpus iuris* transmitía y a las discrepancias surgidas en el seno de la propia Escuela boloñesa, cabe advertir a través de las fuentes examinadas y aún dentro de su heterogeneidad, algunos puntos de coincidencia.

A despecho de las posturas martinianas a que antes hemos hecho referencia, las cuales contribuían sin duda a debilitar el valor de la escritura al quedar ésta siempre expuesta al riesgo de la impugnación, y a despecho también de ocasionales decisiones judiciales como la que encontramos en las Leyes del Estilo, parecen advertirse corrientes poderosas que pugnan por lograr una *obligatio litteris* de mayor alcance que la descrita en la compilación justiniana. No sólo se inscribe en ese movimiento el esfuerzo que en un plano teórico realiza Jacobo de Révigny. También la cautelosa introducción de las cláusulas de renuncia al ejercicio de la *exceptio n.n.p.* que, por influencia de la práctica notarial, se acusan en Colecciones legislativas como las Partidas o las *Costums* de Tortosa, e incluso la inclinación a aceptar la escritura como fuente obligatoria que permite al futuro mutuario exigir del mutuante la entrega del dinero (tal como vemos en las mismas *Costums* tortosinas y en los *Fori* valencianos) aparecen como manifestaciones de una actitud francamente favorable a una eficaz contratación escrita.