

IV

VARIA ROMANA

I

San Pablo, jurisconsulto

En relación con el distico de San Fortunato, *de virgin.* VIII 69, que salió a relucir en nuestra «Varia Romana» del pasado volumen, me indica ahora muy oportunamente Rafael Gibert una cita de San Jerónimo, *epist. lxxvii ad Oceanum*, que nos presenta al Santo también como jurisconsulto: *Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi; aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecepit*. Evidentemente, si la legislación evangélica se opone a la imperial, la prudencia jurídica de San Pablo se opone a la de Papiniano, por muy cristianos que nos puedan parecer algunos dichos de Papiniano. Por otro lado, la contraposición que nos presenta San Jerónimo¹ sirve de indicio para confirmar la crítica adversa que obtuvo la hipótesis de Conrat, en *Mélanges Fitting* I 299, según la cual San Jerónimo habría sido el autor de la *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*, toda vez que el comienzo del título VII de dicha colección es un añadido posterior. Cfr. Schulz, *History of Roman Legal Science*, págs. 313 y 314, n. 4.

En el fondo de estas referencias a San Pablo como «jurisconsulto» debe verse la autoridad del Apóstol de los Gentiles como esclarecedor de la relación entre la Ley Vieja y la Nueva Ley del Evangelio. Especialmente, la Epístola a los Romanos constituye un monumento de especial importancia. Allí tenemos también los *cunabula* del *ius naturale catholicum*. En este sentido, San Pablo debe ser reconocido como *iuris consultus*, por más que nuestra mezquina mentalidad positivista nos ofusque a veces, y a mi también me ofuscó.

Si San Pablo puede y debe ser llamado *iuris consultus*, es claro que el Evangelio constituye una *lex*: precisamente la *lex spiritus* de que habla el Apóstol en *Rom.* 8, 2. La «juridicidad» del Evangelio es, por tanto, indiscutible. Sobre esto ha escrito muy bien B. Biondi (en *Jus*, 1951, pág. 23). Si no me

equivoco, ese *ius* del Evangelio es *ius naturale*, como lo es también el del Decálogo. Está muy claro en el Decreto de Graciano I *dist.* 1: *Ius naturale est quod in lege et in evangelio continetur*. La misma concepción me parece que late en la teoría justiniana del *ius naturale*. Cfr. lo que escribí en *Orientalia Christiana Periodica* 13 (*Miscellanea Jerphanion*, 1947), páginas 134 y ss., en relación con la *La actitud legislativa del Emperador Justiniano*.

Si el *ius naturale catholicum* constituye el único *dogma iuris* posible, como sostengo (cfr. *Jus*, 1951, 341), San Pablo es un verdadero jurista "dogmático": una fuente verdadera para el conocimiento del «dogma jurídico».

Si todo *ius*, y, por tanto, el *ius naturale* también, requiere esencialmente un *iudicium*, el del *ius naturale* como tal, ¿cuál será? Si no me equivoco, el *Judicium Universale*. El Juicio Universal constituye así un momento jurídico de suprema importancia, y los juristas deben considerarlo como tal. Cfr. mis observaciones a C. Schmitt en *Arbor*, 1952, enero

II

Cic. de leg. 1, 50

El lugar está muy corrompido en los códigos y los editores salen de la dificultad como mejor pueden. Séanos lícito hacer lo mismo. Cicerón viene hablando de que la virtud debe ser apetecida y el mal aborrecido por sí mismos, no por los respectivos premios o sanciones. En alusión probable a los Epicúreos, a los que ya zahirió anteriormente, dice: *Ac* (otros editores *at*) *me istorum philosophorum pudet qui... putant*. Los códigos dan (cfr. Ziegler, Heidelberg, 1950): *qui ullum* (o *nullum* o *illum*) *iudicium vitare nisi vitio ipso notatum* (o *mutatum* o *mutatum*) *putant*. Las correcciones fluctúan sobre la base de poner *vitium* en lugar de *iudicium*, o *vitari* en lugar de *vitare*, o *vitato* en lugar de *notatum*, añadiendo otros *honestum p*. Creo que más bien hay algo que suprimir. Quizá me atrevería a proponer: *qui ullum vitium nisi notatum putant*.

III

El más antiguo fragmento de jurisprudencia romana directamente conservado

Como se trata de una revista que puede escapar a la atención de los juristas, me atrevo a avisar aquí de la publicación

en *Emerita* 19 (1951) de un brevè estudio en el que propongo una nueva interpretación, con rectificación de lectura, del Papiro Michigán 456 recto, que Sanders (*Latin Papyri-Michigan Papyri* VII, 1947) presenta como un «record of court proceedings». Si mi interpretación no es totalmente errónea, se trata de un fragmento de libro de Jurisprudencia, quizá del tipo de los libros de *quaestiones*. Como la letra de ese lado del papiro se fecha en los fines del siglo I o principios del II d. C., resulta que podemos considerar el P. Mich. 456 r. como el más antiguo fragmento de libro de Jurisprudencia romana directamente conservado.

Reconozco que más discusión puede haber acerca del tenor literal de la reconstrucción que propongo para las 15 líneas del papiro en cuestión. Aunque se trata de una conjetura, me atrevo a reproducir aquí esa hipótesis de reconstrucción:

e]tsi deducta [fuerit res in
iudicium, vi]deamus qua[.....
(agere?) deb]eamus: Aps[entis enim
nomine ger]ere sub ex[ceptione pro-
5 curator ex] edicto pra[etoris debet.
Causa cautio]nis mota, [si iudex dixe-
rit eius a]uctoris sti[pulationem
commissam] et eum in [id condemnave-
rit quod eu]m d. f. o., ibi [aestimatis
10 rebus ubi ve]nierunt, eu[m tamen prae-
senti domino] cuius bona [omnia is pro-
curator ges]serit nobi[s videtur ob
cam rem tene]ri posteaqu[am procuratio-
nem in eo iudi]cio acceperi[t dominus et
15 id quod de ea]re iudex d[ixit.

Las siglas *d. f. o.*, como acertadamente adivinó Wenger, deben resolverse como *d(are) f(acere) o(portere)*.

Mi hipótesis supondría un dato nuevo: la transferencia en cabeza del *dominus absens* de la acción ejecutiva obtenida por su *procurator* (se trataría ahí de un juicio de evicción por *stipulatio habere licere*) cuando aquel *dominus* se presenta y ratifica la gestión del *procurator* después de la sentencia.

Por otro lado, tendríamos un caso que mostraría cómo en esa época todavía la *actio empti* por sí misma no servía para cubrir la responsabilidad por evicción.

Finalmente, se documentaría como clásica la frase *movere causam* o *actionem*, que muchos, y yo mismo, hemos considerado muchas veces como sospechosa.

Para otras explicaciones me remito a mi citado artículo de *Emerita*, 1951.

IV

Las citas de Gayo en Juan Lido

Ioannes Lydus, contemporáneo de Justiniano, cita en sus tres libros de *magistratibus* (περὶ ἀρχῶν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας) algunos nombres de juristas romanos; quizá fuera interesante estudiar de cerca esas citas, por si pueden dar alguna luz acerca del tipo de «libro» que manejó Juan Lido. A título de muestra, llamó la atención sobre las dos citas que hace de Gayo, Manejo la edición de R. Wünsch (Bib. Teub., 1903).

En lib. I, cap. 26 (pág. 29, 5): Γάιος τοίνυν ὁ νομικός ἐν τῷ ἐπιγραφόμενῳ παρ' αὐτοῦ *ad legem XII tabularum* — οἶον εἰς τὸν νόμον τοῦ δωκαίδεκαδέλτου — αὐτοῖς ῥήμασι πρὸς ἐρμηνείαν ταῦτά φησιν: ὡς δὲ τὸ γαζοφυλάκιον τοῦ δήμου εἰς ἐπίδοσιν ἦλθε, προεχειρίσθησαν κυαίστορες ὑπὲρ τῆς αὐτοῦ φροντίδος ἀπὸ τῆς περὶ ποιήσεως καὶ φυλάκης τῶν χρημάτων οὕτως ὀνομασθέντες. ἐπειδὴ δὲ περὶ κεφαλικῆς τιμωρίας οὐκ ἔξην τοῖς ἀρχουσι κατὰ Ῥωμαίου πολίτου φηφίσασθαι, προεβλήθησαν κυαίστορες παρρικιδίου, ὡσανεὶ κριταὶ καὶ δικασταὶ τῶν πολιτῶν ἀνεκόντων.

Evidentemente, esta cita tiene su correspondencia, no en Gayo, sino en el *enchiridium* histórico atribuido a Pomponio (cfr. Schulz, *History of Roman Legal Science*, pág. 170), en los párrafos 22 y 23 (Dig. 1, 2, 2): *Deinde cum aerarium populi auctius esse coepisset, ut essent qui illi praeessent, constituti sunt quaestores [qui pecuniae praeessent] dicti ab eo quod inquirendae et conservandae pecuniae causa creati erant. (23) Et quia, ut diximus, de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus ius dicere, propterea quaestores constituebantur a populo, qui capitalibus rebus praessent: hi appellabantur quaestores parricidii, quorum etiam meminit lex duodecim tabularum.*

Al comparar la cita griega con el texto del Digesto, resalta el glosema que ya señalan los editores e indicamos con los corchetes, pero, por lo demás, hay otras diferencias. La traducción, desde luego, no es literal, ni mucho menos; sobre todo, se aparta en la última frase *qui capitalibus rebus praessent*. Pero, además, se observa la falta de la frase *ut diximus*, y de las palabras *iniussu populi, lege y a populo*, aparte toda la coletilla final *hi appellabantur... tabularum*.

Así, pues, Lido refleja un texto ligeramente distinto y atribuido a Gayo, no a Pomponio.

Esto no sería demasiado sorprendente por si sólo, si no

fuera que nos volvemos a encontrar con el mismo fenómeno en la segunda cita de Gayo.

En el mismo lib. I, cap. 34 (pág. 34, lín. 14):

Γάιος ὁ νομογράφος μετὰ τῆν των κραιστόρων τῆν δεκανδρικὴν ἀρχὴν ἀναφέρει, ῥήμασι πρὸς ἐρμηναίαν τοῦτοις: πολλῆς δὲ συγχύσεως τῶν νόμων, οἷα μὴ γράμμασι τεθειμένων, τοῖς πράγμασι γινομένης ἐκ τῆς τῶν ἀργόντων καὶ τοῦ δήμου διαφορᾶς, δόγματι κοινῶ τῆς βουλῆς καὶ τοῦ δήμου πάντες μὲν οἱ ἀργοντες ἐκινήθησαν, δέκα δὲ μόνοις ἀνδράσι τῆν φροντίδα τῆς πολιτείας παρέδωσαν.

También aquí debemos buscar el pasaje correspondiente en el mismo fragmento del *enchiridium* pseudo-pomponiano, y precisamente en el párrafo siguiente (Dig. I, 2, 2, 24) a los traducidos en el pasaje arriba transcrito de la obra de Lido: *Et cum placuisset leges quoque ferri, latus est ad populus, uti omnes magistratu se abdicarent, quo decemviri constituti anno uno, et cetera.*

Aquí la versión discrepa notoriamente del modelo latino, sin que, por otro lado, deje de ser evidente la relación entre ambos.

Nos encontramos, pues, en estas dos únicas citas de Gayo en el *de magistratibus* de Lido con el mismo fenómeno: que el texto correspondiente se halla, no en Gayo, sino en el *enchiridium* pseudo-pomponiano. Pero, por otra parte, vemos que el mismo Lido cita (lib. I, cap. 48: pág. 51, lín. 6) a Pomponio —una única vez— y precisamente en alusión clara al mismo *enchiridium* § 34.

Que se trate de un simple error, de que Lido haya mencionado a Gayo dos veces en lugar de Pomponio, al que menciona otra, me parece poco probable, tanto más cuanto que consta que Lido se daba buena cuenta del valor histórico del *enchiridium*, cuando dice (I, cap. 48, cit.): τὰυτα ὁ Πομπόνιος, ὡς ἔοικε, τὸ πλῆθος καὶ ποιητικὸν τῆς ἱστορίας διαφυγόν.

¿Qué explicación cabe?

Debemos observar, ante todo, que el título del Digesto cuyo fragmento 2 está integrado por un largo trozo del *enchiridium*, tiene un fragmento 1 extraído del libro I *ad legem duodecim tabularum* de Gayo. Un trozo de estilo retórico (cfr. Schulz, *History* cit., pág. 187), con el que se introducía al lector a un previo (*prius*, en lugar de la corrección de Mommsen *p(ropuli) r(omani) ius*, aparece ahora defendido por Berger, en *Iura* 2 (1951) 102) estudio de la historia jurídica, con el fin de no entrar en materia de interpretación jurídica «*illotis manibus*».

Ahora bien; no parece que Lido maneje esos textos según la edición compilatoria del Digesto.

A título de conjetura, me atrevería a sugerir esta hipótesis:

un *enchiridium* (*liber singularis*) sobre el origen e historia de las magistraturas y fuentes del Derecho Romano, obra post-clásica tomada de diversos libros extrajurídicos (algo parecido a lo que ocurre con las «Etimologías» de San Isidoro), circulaba en las escuelas de Derecho, en distintas versiones, con distintos títulos, unas bajo la paternidad de Gayo y otras bajo la de Pomponio. Los compiladores prefirieron tomar una versión atribuida a Pomponio, cuyo carácter post-clásico ya fué delatado por Ebrard, en *SZ.* 45 (1925) 117 y 46 (1926) 167 nota 3. De la de Gayo podría decirse lo mismo. Pero los compiladores no dejaron de conservar el comienzo retórico del manual pseudo-gayano, para hacer de él el fragmento introductivo del título. Lido habría manejado indistintamente los dos tipos de versiones: es decir, los dos pasajes que citaba como gayanos los habría leído en un manual que circulaba bajo el nombre de ese favorito; el de Pomponio, en un manual bajo el nombre de Pomponio. Lido los habría manejado en latín y habría traducido él al griego: *πρὸς ἐπιτηρείαν.*

Otra cosa, por lo demás, es digna de consideración: que habiendo escrito Lido entre el 554 y el 565 (cfr. Wünsch, op. cit., pág. VI), es decir, cuando ya se había terminado el Digesto, éste parece tan desconocido por Lido como parece serlo por San Isidoro, en el extremo Occidente.

V

Ex-arrendamientos

El historiador del Derecho no puede permanecer indiferente al sesgo del Derecho de locación. Ignacio Nart, con esa *vis inquirendi* que supo aprender de su insigne maestro, don Manuel Miguel Traviesas, habla (en el *ADC.* de 1951) de «ex-arrendamientos». También un joven colaborador en la Universidad de Santiago, el civilista José Bonet Correa, publica ahora una *Exposición sintética del Derecho de arrendamientos* (en la «Colección de escritos jurídicos compostelanos» de la Editorial Porto) en que se presenta una visión general de las transformaciones en cuestión, y todos los civilistas no pueden menos de observar que ese viejo derecho «personal» se está «realizando». Nart llega incluso a abogar por su «enfiteuticación». También se está discutiendo ahora sobre la prórroga o no del arrendatario de un usufructuario, y es posible que el punto más flojo de la cuerda, por donde ésta se rompa, sea el 480 del C. c.; pero esto querrá decir que el usufructuario no podrá «gravar» la finca con un «verdadero» arrendamiento. También la hipo-

teca del derecho arrendaticio, que ha estudiado Vallet de Goytisoló, es un aspecto interesante de la transformación a que aludimos.

Todos estos aspectos de la «realización» del derecho del *conductor* son muy interesantes; pero quizá detrás de todo eso hay algo muy digno de meditación.

El derecho de enfiteusis, al que el arrendamiento tiende a asemejarse, sólo se puede concebir cabalmente como concesión de un dominio útil sobre una finca de propiedad pública o soberana. Tal proceso de «realización» de los derechos arrendaticios rústicos y urbanos, ¿no querrá decir que nos acercamos a una concepción según la cual el suelo es siempre del Estado?

Si bien nos fijamos, la limitación que el nuevo Derecho de arrendamientos impone al propietario no tiene carácter privado, sino público. Es el Estado el que quiere decididamente proteger al que se halla en la «situación» de arrendatario. En el fondo se trata de una intromisión estatal para reducir la potencia de los propietarios soberanos.

Y es que el dominio del territorio es fundamentalmente un rasgo de soberanía. La ocupación del suelo—«Landnahme», según la terminología de Carl Schmitt—es el acto originario de toda la serie concatenada de situaciones y relaciones jurídicas que integran el sistema jurídico válido sobre aquel territorio. Sobre las otras cosas, las cosas muebles, cabe un título de apropiación privado, como la ocupación o la especificación; pero sobre el suelo todo título de propiedad privada es siempre derivativo, y tiene el carácter de una concesión que hace el poder soberano—llamémosle Estado—a unos particulares. En tanto se trata del terruño que el mismo propietario ocupa o trabaja, esa concesión puede tener un carácter más estable; pero cuando el concesionario se convierte a su vez en concedente a otros concesionarios inferiores—en forma de foro o arrendamiento—, entonces se produce como una subrogación de soberanía. El verdadero soberano puede, en estos casos, hacer dejación de su dominio originario y eminente, y así ocurre en la matizada gama de regímenes feudales; pero nunca se puede impedir que el soberano quiera recuperar su dominio. El signo por el que su dominio sigue señalándose es la contribución territorial. La contribución territorial es, en el fondo, la merced por la concesión, aunque la nueva ciencia fiscal le quiera dar otro carácter. En algunas propiedades especiales, como la de minas, ese dominio eminente del Estado resulta más visible, pero, en realidad, toda la propiedad inmobiliaria de explotación, es decir, destinada a la concesión arrendaticia, está bajo la espada de Damocles de la recuperación dominical por el Estado. Por aho-

ra, el Estado no hace más que intervenir, imponiendo su *imperium* en forma de leyes autoritarias destinadas a la protección del arrendatario. Pero puede llegar en cualquier momento el acto más decisivo de una confiscación o expropiación forzosa, que viene a ser lo mismo.

Lo que el Estado tiende a ver como usurpación de su soberanía territorial es precisamente la concesión por el que ya es su concesionario. Esto es lo que hace que las leyes de arrendamientos protejan al propietario o arrendatario que cultiva o habita directamente el suelo, en tanto tienden a restringir la cesión y el subarriendo a un subconcesionario, precisamente porque en ese caso el arrendatario empieza a comportarse como un pequeño soberano.

En realidad, todo el suelo es «provincial», y en él, como dice Gayo 2, 7, «*dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur*».

«My home is my castle». Es verdad; pero dar un castillo, eso no lo puede hacer más que un rey.

VI

El Prof. Santa Cruz, "pro more italico"

No puede menos de complacer la decisión y gallardía con que nuestro admirado colega de Valencia, el Prof. Santa Cruz, toma posición en su conferencia del día 2 de marzo de 1951 (*Valoración del Derecho Romano como factor cultural de Europa*, en las «Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación», cuaderno 28). En España suelen ser más frecuentes, me refiero al campo de la ciencia jurídica, las doctrinas eclécticas; de suerte que la actitud polémica y definida de Santa Cruz debe merecer nuestros plácemes.

La primera parte de la conferencia se dedica al elogio de las virtudes del Derecho Romano, con algunos ejemplos: moralidad, flexibilidad, *libertas*, *humanitas*, etc. Pero en la segunda parte es donde se proclama la defensa de la aplicación actual del *mos Italicus* y la censura del *mos Gallicus*, continuado hoy por la actitud del romanismo histórico-crítico. Dice Santa Cruz: «Si se quiere conquistar de nuevo el interés por el Derecho Romano, si se quiere dar a los estudios de esta disciplina el ambiente cálidamente propicio que tuvieron en épocas pretéritas, sí, pero no remotas, es forzoso seguir la tradición de los glosadores del *mos Italicus*, y, sobre todo, de la Pandectística alemana. Hay que esforzarse por infundir sentido moderno al *Corpus Iuris*» (pág. 32). Y más adelante: «Al estudiante hay

que ofrecer—no nos cansaremos de insistir sobre este punto— las instituciones jurídicas de Roma en las facetas más destacadas de su evolución hasta llegar a las del Derecho actual; debemos esforzarnos en proseguir la gloriosa línea del Pandectismo alemán, imbuyendo en el *Corpus Iuris* un sentido de plena modernidad; hay que construir un Derecho nuevo, sí, pero sobre los cimientos del Derecho Romano» (en nota, cita de I. Martín; págs. 34 y sigs.).

Naturalmente, si en la primera parte de la conferencia Santa Cruz menciona justamente a F. Schulz, en esta segunda se apoya en la autoridad de Koschaker, al que ya evoca el mismo título de la conferencia, y en la de otros romanistas, entre los que no debiera haber olvidado a Riccobono, paladín indiscutible del *mos Italicus* en nuestro siglo.

Francamente, todavía me queda cierta duda de que se puedan presentar facetas de una evolución histórica, como quiere Santa Cruz, siguiendo un método tan anti-histórico como el del Pandectismo. (pese a haber nacido en el seno de la llamada Escuela Histórica). Lo que a mí me parece claro es que el Derecho de Pandectas no es Derecho Romano, sino Derecho civil. Hace algunos años que vengo explicando también Derecho civil, y si me obligaran a explicar las Pandectas de Windscheid, pongamos por caso, creo que no lo haría en mi cátedra de «Romano», sino en la de «Civil». Por lo demás, es evidente que el Derecho de Pandectas es perfecto, en el sentido de que tiene agotadas todas sus posibilidades de investigación y progreso. Pero no es cosa de explicar aquí mi posición. Ya en 1943 quedó expuesta en *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, y en otras ocasiones he insistido sobre mi punto de vista acerca de la función del Derecho Romano como elemento formativo del jurista moderno, especialmente en mi conferencia pronunciada en el «Ateneo» de Madrid en diciembre de 1950 y publicada ahora, en versión italiana, en *Jus* 1951. No es necesario repetir aquí las mismas ideas.

La discusión, si no me equivoco, debe trasladarse ahora a los resultados obtenidos por las aplicaciones concretas, y, no tanto quizá en el terreno del interés y aprovechamiento de los alumnos, pues sería difícil y enojoso hacer ahí una comparación, cuanto en el de nuestros esfuerzos por perfilar mejor las instituciones jurídicas romanas. Por mi parte, he procurado aplicar el método histórico-crítico en varios trabajos monográficos; así, en mis estudios sobre el pacto de *in diem addictio* y sobre el legado de *optio servi*, publicados en este ANUARIO, o en mi crítica de la cuatripartición gayana de los contratos y de todo el sistema sobre tal cuatripartición incardinado (*Re et*

verbis, en los *Acti Verona*). Si el método que procuro observar es erróneo, ello no podrá menos de saltar a la vista en esos trabajos.

Santa Cruz, por su parte, ha escrito varios trabajos que podrían ilustrar la primera parte de su conferencia, en los que con gusto entraría en diálogo con el autor; pero no se trata ahora de eso, ya que esos trabajos, muchos de ellos sobre fuentes literarias, nada tienen que ver con el *mos Italicus* ni con el Pandectismo. Que yo sepa, Santa Cruz no ha escrito aún ninguna monografía que pueda insertarse en esa línea del *mos Italicus*. Es de esperar que su gallarda y simpática defensa de esa actitud vaya seguida de aplicaciones concretas. Si esto no sucede, creo, sin embargo, que no será por culpa del autor, sino por esterilidad del método. El mismo Riccobono, en su sonada defensa del *mos Italicus*, no ha hecho más que eso mismo: afirmar, confirmar, ratificar, proclamar su posición, con un desbarrazo siempre creciente, siempre olímpico, siempre contundente y mordaz, pero sin resultados positivos concretos. Los mejores trabajos de Riccobono siguen siendo los anteriores a su anti-crítica. Al menos, así nos parece a los que estamos «nell'altra sponda».

ALVARO D'ORS

VII

Dig. 7, 4, 17

R. Ambrosino, en un sugestivo estudio sobre *Usus fructus e communio* (*SDHI*, 16, 1950, 183-220), sostiene la posibilidad de un acrecimiento de la propiedad al usufructo (págs. 208-9), apoyándose en Dig. 7, 4, 17 (*Iulianus 35 Dig.*):

Si tibi fundi usus fructus pure, proprietas autem sub condicione Titio legata fuerit, pendente condicione dominium proprietatis adquisieris, deinde condicio extiterit, pleno iure fundum Titius habebit neque interest, quod detracto usu fructu proprietatis legata sit: enim dum proprietatem adquisiris, ius omne legati usus fructus amisisti.

Para mejor inteligencia de este texto propone Ambrosino que se lea colocando un punto después de *adquisieris* y la condicional *si* después de *deinde*. La pendencia de la condición actúa, según el autor, de modo que la *proprietatis* no permanezca sin *dominus*¹. El usufructo se comportaría como *pars domini*

1. Cree hallar un apoyo para esta idea en Dig. 7.2.6 (*Ulp. 17 ad Sag.*): *Si mihi usufructus fundi pure, tibi sub condicione legatus sit, potest dici totius fundi usum fructum ad me pertinere interim et, si capite minutus fuero, totum amittere: sed si extiterit condicio totum usum fructum ad te pertinere.*

según una concepción que todavía perviviría en la época de Juliano, y por eso éste no adopta la actitud de presentar una novedad. Juliano ilustraría un caso en que, hallándose pendiente la condición a que fué sometido el legado de propiedad, el usufructuario adquiere también la propiedad en sentido técnico (*dominium proprietatis*) por acrecimiento. Al verificarse la condición el usufructuario perderá todo, también el usufructo, que *interim* se habrá extinguido por consolidación. Pero esta efectiva consolidación sería prueba de un efectivo acrecimiento. Tal es la interpretación completa que Ambrosino da al texto que nos ocupa.

A nuestro modo de ver, lo que se deduce del fragmento de Juliano respecto al usufructo es la pérdida de éste por consolidación, simplemente, y no parece viable otro sentido. Se trata de un legado del usufructo de un fundo sin condición (*pure*), mientras se lega a otro la propiedad de este fundo (*Titius*) sometida a condición, y en tanto ésta se halla en estado de pendencia el legatario adquiere la propiedad, consolidándose así usufructo y propiedad. Ahora bien, esta adquisición de propiedad se dará a favor del legatario por negocio realizado con el heredero o incluso con otro tercero que antes haya adquirido dicha propiedad del heredero, pero no por un fenómeno de acrecimiento de la propiedad al usufructo considerando a éste como *pars domini*. Por otra parte, tampoco puede pensarse que la propiedad quede sin *dominus*: éste será el heredero o aquel a quien la haya transmitido este *heres*. Existirá luego, por ejemplo, responsabilidad por evicción—si hubo compraventa y no se ha pactado la no evicción—contra el *heres* si la condición se cumple y Ticio reclama la propiedad que le ha sido legada *per vindicationem*.

Que la propiedad, *pendente condicione*, pertenecía al *heres* en la hipótesis de Juliano que nos ocupa es fácil de probar.

En primer lugar tenemos una clara afirmación de Gayo, 2, 200:

Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset: nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servuum esse; sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

si forte capite deminutus sum: ceterum cum in meo statu maneo, communicandum usum fructum. Observa un semejante *modus operandi* de la condición.

Como se ve, los sabinianos consideraban propietario al heredero. Juliano, el gran maestro de esta escuela, sin duda daba por admitida implícitamente esta idea en el fragmento a que nos referimos. Basta observar, simplemente, cómo atribuye la *condictio* al *heres* en Dig. 13, 1, 14 (22 *Digestorum*):

Si servus furtivus sub condicione legatus fuerit, pendente ea heres conductionem habebit...

Es curioso observar que juristas posteriores como Pomponio (de la época de los Antoninos, como Gayo, pero a quien no pueden suponerle partidismos de escuela) y Ulpiano (más distante todavía de las escuelas clásicas) comparten las ideas sabinianas. Ulpiano de modo explícito en Dig. 10, 2, 12, 2 (19 *ad Edictum*):

Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est et ideo venit in familiae eriscundae iudicium et adiudicari potest cum sua scilicet causa, ut existente condicione eximatur ab eo cui adindicata est aut deficiente condicione ad eos revertatur a quibus relicta est. idem et in statulibero dicitur, qui interim est heredum, existente autem condicione ad libertatem perveniat.

Y todavía Ulpiano reafirma de modo claro su posición en Dig. 29, 5, 1, 4:

Servi appellatione etiam hi continentur, qui sub condicione legati sunt: nam medio tempore heredis sunt, nec quod condicio existens efficit, ut desinant esse heredis, facit ne videantur interim eius. idemque erit dicendum in statulibero.

Pomponio opera tácitamente con la misma idea. Así en Dig. 35, 1, 105 (5 *Epistolarum*):

Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione legavit, post existentem condicionem, quae priore testamento praeposita fuerat, [neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit: sed et imposita servitus finitur existente condicione]².

Si el *heres* no fuese considerado propietario no podría legar el fundo al cual alude el fragmento porque constituiría un legado *per vindicationem* de cosa ajena. Y no puede pensarse en un legado *per damnationem*, porque en este caso, una vez cumplida la condición impuesta por el testador, no existiría el problema de anular los derechos reales creados en virtud del legado posterior realizado por el *heres*—la servidumbre aludida en el fragmento—porque el legatario *sub condicione* debería conformarse con una indemnización, en todo caso. También Betti

2. Cfr. *Index Interpolationum*. Vidé nota 3.

supone aquí un legado *per vindicationem*³ y atribuye la decadencia de la situación creada por el segundo legado a una manifestación de «dudosa clasicidad» de la retroactividad de la *condicio*. Este segundo aspecto del fragmento no nos interesa ahora, ni la reconstrucción del pensamiento clásico en la parte alterada.

No cabe dudar, después de las razones aducidas, que Julia no daba por admitido en el fragmento objeto de nuestro análisis (Dig. 7, 4, 17) el hecho de que el legatario de usufructo había adquirido la propiedad por un medio idóneo y no por acrecimiento respecto al usufructo como pretende Ambrosino. Así queda aclarado el inciso, *pendente condicione dominium proprietatis adquisieris*, base de su argumentación⁴.

PABLO FUENTESECA

3. *La retroattività della condicio (facti o iuris) in diritto giustiniano*, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, Università di Pavia, Milán, Hoepli, 1943, pág. 491. Asimismo ve un legado *per vindicationem*, GUARNERI CITATI, en *Studi Bonfante*, III, 441, quien afirma que la doctrina sabiniana se convirtió en *communis opinio*. Sobre esta cuestión, y en particular sobre el fragmento que nos interesa ahora (D. 35, 1, 105), vid. BIDR (27), 1914, 196-200. Aquí VASALLI admite la interpolación señalada por nosotros en el texto. Puede verse, además, acerca de la cuestión del legado *pendente condicione*, WLASSAK, ZSS, 31 (1910), 276 ss.

4. No podemos dejar de advertir, al paso, que una de las ideas fundamentales en el aludido trabajo de AMBROSINO, la de la divisibilidad del usufructo, no nos parece viable. Aparte de que el *usus* no es divisible, aunque lo sea el *frui*, puede probarse que al usufructo no le era aplicable la *actio communi dividundo*. Vid. acerca de esto, *El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)*, de A. D'ORS Y BONET CORREA, en *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1952.