

III

V A R I A R O M A N A

I

LOS CÓNSULES DE 206 Y 227 d. C.—CJ. 5,14,1 y 2,3,10 presentan un curioso caso de geminación contradictoria: la misma ley, con el mismo destinatario (*Nica*), aparece en el primer lugar (iniciando el título) como de Severo y Caracala, con la datación *III k.Mart. Albino et Maximo cons.*, y en el segundo lugar (con *idem* dentro de una serie de leyes del mismo emperador, pero distintos años) como de Alejandro Severo, con la datación *VII k.Febr. Albino et Aemiliano cons.* Es decir, la misma ley aparece allí como del 206 y aquí del 227. (Cfr. Degrassi, *I Fasti Consulari*, págs. 58 y 63).

La contradicción ha sido recientemente examinada por H. J. Wolff, en *SZ.* 69 (1952) 128, que mostró el origen pregregoriano de la interpolación que se repite en ambas copias, de suerte que el error sería también anterior al Código Gregoriano, y por M. Amelotti, en *Studia Ghisleriana*, serie I, 2(1953)1 sep., a propósito de geminaciones en el Código de Justiniano.

El error entre la datación *Albino et Aemiliano* y *Albino et Maximo* resultaba tanto más explicable, si tenemos en cuenta que, así como *Albino et Maximo* sólo aparece referido al 227, *Albino et Aemiliano* aparece dos veces (CJ. 2,4,5, con *idem*, en una serie de Alejandro Severo y sin el nombre del destinatario, y 9,6,4) referido al mismo año 227 y no al 206, como es lo ordinario. Como veremos, no se trata de un nuevo error, pues el cónsul de 227 también era *Aemilianus*.

Nada sorprendente, pues, que, como suele admitirse (Krüger, Rotondi, Wolff, Amelotti), esta constitución, probablemente del 206, haya sido incluida por error entre las del 227, con la restitución del nombre con que aparecen las de este año: *Maximus*.

Pero ya el mismo Wolff (pág. 138, n.19) insinuó la duda de si acaso Emiliano y Máximo no serían la misma persona, y me parece que esto es muy probable, pues la larga serie de cognomina documentados para estos personajes parece permitir la identificación.

El primer cónsul de ambos años parece ser ciertamente el mismo: *Marcus Nummius Vmbrius Primus Senecio Albinus*, pero quizá no sea aventurado decir lo mismo del otro colega. Veamos para ello cómo aparece el nombre de este segundo cónsul (cfr. Groag-Stein, *Prosop. Imp. Rom.*, núm. 528).

El cónsul del 206 aparece como tal con los cognomina *Fulvius Aemilianus* (así, p. ej., en Ulp. Dig. 24,1,32 pr., para datar la *oratio Antonini* relativa a la convalidación de las donaciones entre cónyuges), pero en CIL. XV 7242 (Dessau, 7266) aparece como *G(avius) P(etronius) Aem(ilianus)*; todavía puede pensarse que tenía los cognomina de *Numisius* y, lo que es más interesante, de *Maximus*. Lo primero se deduce de aparecer ese cognomen en los que parecen padre e hijos de nuestro cónsul. Padre parece ser un *Lucius Fulvius Gavius Numisius Petronius Aemilianus* (Groag, núm. 541), que es, probablemente, aquel pretor tutelar al que se destinó el rescripto de Marco Aurelio referido por Ulpiano (FV. 189). Los dos hijos parecen ser *Lucius Fulvius Gavius N(umisius) Aemilianus* (Groag, número 540), que parece haber sido cónsul sufecto bajo Alejandro Severo, y *Fulvius Aemilianus* (Groag, núm. 529), cónsul en 244 y 249.

Por otro lado, *Maximus*. Una inscripción de Narbona (CIL. XII, 4324; cfr. 845) menciona otra pareja de cónsules: *Fulvius Max(imus)* y *Num(m)ius Alb[inus]*, cuyo año no se identifica. A pesar de la inversión, creo que se trata de los mismos cónsules del 206. Y lo mismo podría decirse de un *Fulvius Maximus* (Groag, núm. 551, que, contra Mommsen y Dessau, cree fué sufecto), cónsul en fecha también desconocida, pero anterior al 210, año en que aparece (*Ann. Epigr.*, 1944, núm 103; cfr. Degrassi, pág. 582) como varón consular. El que aparezca en CIL. XIII 8007 (Dessau, 1195) como *parens adultae prolis geminae liberum* parece aludir a los dos hijos antes mencionados.

Si nuestro cónsul del 206 fué también *Maximus*, la identificación con el del 227 me parece muy probable. Este último aparece como *Marcus Laelius (Fulvius ?) Maximus Aemilianus*. Es decir, tendría el cognomen *Laelius*; no documentado para el del 206, a la vez que no tendría documentados los cognomina *Gavius (Numisius?) Petronius*. Pese a esta diferencia, y teniendo en cuenta la gran fluctuación en los nombres de esa época, no me parece aventurado pensar que la misma pareja de cónsules se repite en 206 y 227. Ambos tendrían el mismo praenomen: *Marcus*.

Esta identidad explicaría el hecho de que el segundo cónsul del 227 aparezca tanto *Maximus* como *Aemilianus* y el error de la contradictoria ley geminada. Quedaría siempre por ex-

plicar, en este error, la diferencia en el día y mes. Pero esto es algo cuya causa es tan fácilmente imaginable como indemostrable. Wolff. (pág. 138) sugiere la posibilidad de un error ocasionado al tomar el dato de viva voz. Puede tratarse igualmente de una extensión de la fecha de CJ. 2,12,10, ley a la que la nuestra del 206 pudo ser aproximada por adición de un copista, etcétera. No debemos olvidar nunca que los textos de las constituciones no fueron tomados siempre de los archivos oficiales, sino de registros de publicación (*libri libellorum propositorum*), repertorios particulares, citas de autores, etc., y que en la transmisión fueron posibles toda clase de errores.

Si esta identificación que aquí sugiero es exacta, tendríamos que guardar una prudente reserva acerca de la atribución al 206 o al 227 de cualquiera de las constituciones que aparecen referidas a uno u otro año (vid. la lista en la ed. de Krüger, páginas 490 y 492).

II

UNA PRECISIÓN SOBRE LA PATERNIDAD DE CTh., 5,20,1.—Se trata, también aquí, de una corrección de la *subscriptio* en una constitución imperial: CTh., 5,20 (Krüger, 27) [= Brev. Alar. y Haenel, 12] *de longa consuetudine*, ún. (Krüger, 2): *Iulianus A. ad Maximum. Venientum est temporum disciplina stare veteribus institutis. Ideoque, cum nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt permanebunt. Dat IIII [alg. codd.: III] k. Mart. Constantinopoli, Iuliano IV et Sallustio cons.*—De esta ley hablamos en nuestra pasada *Varia Romana*, en *AHDE.*; 1956, pág. 773, y la presente nota viene a ser un «addendum».

La atribución de esta ley a Juliano, y no a Constantino, ha sido defendida por todos, salvo Sichard y Cujas, primero, y luego Mommsen y Krüger. Más recientemente, se ha ocupado de ella Scherillo, *Sul valore della consuetudine nella lex Romana Wisigothorum*, en *RSDI.*, 1932, pág. 459 (especialmente, 487 y ss.) En realidad, se trata de un trozo desgajado de una más amplia ley de carácter político religioso sobre los *venientia tempora*. Traduzco así el comienzo: «Doctrina propia de los tiempos que se avecinan es el mantenerse dentro de la tradición de los antepasados...». Pharr (que sigue la atribución mommseniana) traduce: «To insist upon the ancient customs is the discipline of future times...». Estos *venientia tempora* son, naturalmente, los de la esperada restauración del paganismo, según soñaba el Apóstata.

La autoridad de Mommsen (vid., por lo demás, su *Pról. ad Th.*, p. ccxxxvii, con una hipótesis que no pasa) y de Krü-

ger parece haber impuesto el error de que el Brev. Alar. atribuye a Constantino esta ley, de suerte que los defensores de la atribución a Juliano tienen que afrontar la corrección de la *inscriptio*. Esta impresión es falsa. La verdad es que la mayoría de los codd. del Brev. (vid. el apar. crítico del CTh. de Haenel, pág. 477), y entre ellos nuestro código de León (vid. la ed. facsímil de la Real Acad. de la Historia [Madrid, 1896], página 87), dan correctamente en la *inscriptio* de esta constitución el nombre de *Julianus*. Así pues, la *inscriptio* está bien y no debe ser corregida.

La *causa publica* a que alude Juliano, si no me equivoco, viene a ser algo como el interés del Fisco (vid. nuestra cit. *Varia Romana*), y esto no es lo mismo que cuando Constantino, en CJ. 8,52,2, pone como límite de la *longa consuetudo* la *ratio* (el derecho) y la *lex* (las constituciones imperiales en contraposición al *ius*). Esto, como observación a Lombardi (que, contra Scherillo, no quiere ver discrepancia entre esta constitución y la de Juliano), en *SDHI*. 1952, 76. En cambio, me parece acertada la crítica de Lombardi a la idea de que los visigodos, en el 506, necesitaban defender su propio derecho (por lo demás, romanizado profundamente) a título de «costumbre». Los visigodos, en esa fecha, contaban ya con un medio siglo de legislación.

La *subscriptio*, decíamos, sí debe ser corregida. Porque Juliano estaba el 26 de febrero de 363 en Antioquía y no en Constantinopla. De Antioquía saldría en marzo (cfr. todavía CJ. 8,35 [32] 12) para ir a la guerra contra los Persas, y morir en ella. Lo que hay que corregir es el nombre de la ciudad. Pero hay que observar que ese mismo 26 de febrero daba Juliano otra constitución (CTh. 3,13,2) y otra el 27 (CTh. 11,3,4), ambas sin indicación de ciudad en el CTh. Probablemente, lo mismo ocurría quizá con nuestra ley: no llevaría el nombre de Antioquía; sólo que un completómano oficioso e ignorante del «anticonstantinopolitismo» de Juliano habría puesto el nombre de la que le parecía la «capital».

Por último, si queremos pensar en una «mentira piadosa» al preferir que la ley sea de Constantino y no del Apóstata, como ocurre a veces, que se atribuye al Pío Antonino lo que en realidad se debe al fratricida Antonino Caracala, esa falsedad no tiene por qué imputarse a los visigodos, sino a algún copista del Brev. Alar.

Esperemos que se desvanezca la impropia autoridad de Mommsen en este error de considerar como atribuida por los visigodos a Constantino esta ley de Juliano.

III

OBSERVACIONES SOBRE EL ORDEN DEL EDICTO * .—En primer lugar ¹, conjeturamos que, tratándose en el título XVII de la *compensatio* del banquero y exclusivamente de ella, y siendo la acción del banquero la misma *condictio*, es muy probable que no hubiera un edicto de *compensationibus* al final de aquel título, como estableció Lenel ², ni tampoco después de la *actio de pecunia constituta*, como creía Rudorff, sino que se trataba de la *condictio cum compensatione*, en relación con la *condictio cum loci adiectione* (convertida por la doctrina en una acción especial de *eo quod certo loco debetur*, o *actio arbitraria* de los postclásicos), al final de la parte dedicada a la *condictio*, antes, por tanto, de la *actio in factum* del *constitutum*.

Contra esta conjetura hay, sin embargo, dos datos. El primero está en el orden de las *Pauli Sententiae* 2,5, en las que aparece una referencia a la *compensatio* después del *pignus*, lo que llevaría la *compensatio* al final del título del crédito. Pero el orden de las *Pauli Sententiae* no es muy seguro, dada la evidente reelaboración reiterada a que aquéllas fueron sometidas ³, y por eso el mismo Rudorff desatendió ese dato. Más valor tiene, en cambio, el otro dato, en que se apoyan tanto Rudorff como Lenel: el hecho de que un fragmento del libro 28 de Ulpiano *ad edictum* (Dig. 16,2,7) se refiere a la *compensatio*, siendo así que Ulpiano había dejado tratada la *actio de pecunia constituta* en el libro 27. Sólo suponiendo un error de copista, que no es cosa insólita, y corrigiendo XXVII en lugar del XXVIII, podemos llegar a nuestra colocación anterior al *constitutum*, pero esta corrección me parece justificada por la indiscutible conexión de la *compensatio* con la *condictio*.

En el segundo lugar, Lenel coloca la *actio depositi* en cabeza del título dedicado a las acciones contractuales *bonae fidei*, antes de la *actio fiduciae*. Para esa colocación vuelve a presentar un apoyo el orden de las *Pauli Sententiae* 2,12 [13 de los editores], que contiene una referencia a la *fiducia* después del depósito. Pero que la reelaboración ha alterado aquí el primitivo orden edictal parece indicarse ya en la misma rúbrica del 2,4, que reza así: *de commodato et deposito pignore fiduciave*.

(*) Reproducimos una parte de nuestra *Prelección* del curso 1956-57.

(1) Sobre este punto vid. *SDHI*, 1953, 173 ss.

(2) Lenel pensaba que este apartamiento se debía a la consideración de la especial profesión (de banquero) que daba lugar a aquel tipo de reclamación.

(3) Las rúbricas que en ellas figuran fueron introducidas, probablemente, en la reelaboración que se operó a fines del siglo IV, estrato B de Levy.

Esta rúbrica muestra cómo, para el postclásico, el comodato atraía hacia sí al depósito y el *pignus* a la fiducia, desdibujada así la distinción entre el título del crédito y el de las acciones contractuales «de buena fe». Todavía, como Gayo trata en su libro 9 *ad edictum provinciale* del depósito y aparece en el 10 un fragmento (Dig. 50,17,16) que puede referirse a la fiducia, se pensó en la precedencia de la acción del depósito. Pero la verdad es que ese fragmento puede referirse a otros muchos supuestos y no necesariamente a la fiducia. Por tanto, podemos decir que la acción del depósito se hallaba próxima a la acción de la fiducia ⁴, pero no que la precediera. Si tenemos en cuenta que la acción *in ius* para el depósito es, como pensamos, de una fecha no muy anterior a Salvio Juliano y que por ella fue atraída al título XIX la *actio in factum* del depósito, parece obligado pensar que esta atracción se hizo tomando como base la fiducia, que presentaba, en su forma de *fiducia cum amico*, gran afinidad con el depósito. Ahora, si el depósito fue atraído al edicto XIX por la fiducia, resulta más verosímil que se colocara a continuación y no antes de la misma fiducia. Por eso nos inclinamos por rectificar en este sentido el orden de Lenel. Quedaría todavía un punto oscuro en el hecho de que Gayo trate del depósito (y suponemos que de la fiducia, antes) en el libro 9 y no en el 10, que es el propio de los contratos de buena fe. Según Fuenteseca ⁵, Gayo habría iniciado la extensión del concepto de *creditum* traspasando ya la acción contractual del depósito al edicto XVII. La observación es ingeniosa, pues resulta evidente que Gayo es, en ese sentido de relajar el concepto clásico del *creditum*, un precursor: de todos modos, me inclinaría a pensar que esa colocación del depósito en el libro 9 se debe a razones materiales, de extensión de los libros, y no a conexiones del fondo del depósito con las acciones crediticias.

En tercer lugar, Lenel coloca al final del título XIX, con duda, un edicto para la *actio de aestimato*. Para ello tiene que enmendar la *inscriptio* de Dig. 19, 3, 2, que remite al libro 30 *ad edictum* de Paulo, y llevar ese fragmento, que parece referirse al contrato estimatorio, al libro 34, donde se trata de la *locatio conductio*, a modo de apéndice final de todo el título XIX. Ulpiano, en su libro 32, trata también de esa figura, pero aquel libro 32 comprende todavía, antes de la *locatio*

(4) Tanto Paulo (lib. 31), como Ulpiano (lib. 30), como Juliano (lib. 13 *dig.*) tratan de ambas figuras en el mismo libro.

(5) P. Fuenteseca, en su muy útil artículo sobre *Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales*, en *AHDE*, 1953 (p. 539-577) p. 545 y 572.

conductio, la *emptio venditio*. Como dice acertadamente Fuenteseca (p. 543), ese fragmento que aparece en el libro 30 (donde Ulpiano comentaba todavía el título XVIII) y Lenel coloca en el 34, no presenta una base suficiente para construir un edicto *de aestimato* al final del título XIX⁶. En realidad, si buscamos de dónde puede haber partido la atracción para colocar en este título la *actio in factum* del contrato estimatorio, parece evidente que sólo puede haberse ejercido tal atracción por la *emptio venditio*. Así me parece lo más probable que a continuación de la compraventa se tratara de la *actio de aestimato* y quizá también de la *actio in factum* de la permuta.

Habría, pues, que corregir la *inscriptio* del fragmento de Paulo en XXXIII y no en XXXIV, como quería Lenel. Todavía hay que observar que Lenel coloca el tratamiento del contrato estimatorio, en los *digesta* de Juliano, dentro del libro 14 y no del 15, (que les es el de la compraventa y locación; pero, si bien nos fijamos, los dos fragmentos (238 y 239 de Lenel) no tienen nada que ver con el contrato estimatorio.

Así, pues, el esquema de los títulos XVII y XIX podría ser el siguiente⁷:

| | XVII. <i>De rebus creditis.</i> | Paul. | Ulp. | Gai. | Iul. |
|------|--|-------|------|------|------|
| 95. | Si certum petetur | 28 | 26 | 9 | 10 |
| 96. | Si quod certo loco dari oportet petetur | | 27 | | 11 |
| 97. | Si argentarius petet | | | | |
| 98. | De pecunia constituta | 29 | | | |
| 99. | Commodati | | 28 | | |
| 100. | De pigneraticia | | | | |
| | XVIII. <i>Quod cum magistro navis, institore eove qui in aliena potestate est, negotium gestum erit.</i> | | | | |
| 101. | De exercitoria actione | | | | |
| 102. | De institoria | 30 | | | |
| 103. | De tributoria | | 29 | | 12 |
| 104. | De peculio, de in rem verso, quod iussu | | | | |
| 105. | Ad senatus consultum Velleianum | | | | |
| | XIX. <i>De bonae fidei iudiciis.</i> | | | | |
| 106. | Fiduciae | 31 | 30 | | 13 |

(6) En las *Pauli Sententiae* 2, 4, el contrato estimatorio ha sido atraído al edicto del crédito (!).

(7) Incluimos para no alterar la secuencia, el ed. XVIII en el que, de momento, no introducimos modificaciones. Subrayamos los números en cuyo contenido discrepamos del orden de Lenel.

| | Pau. | Ulp. | Gai. | Iul. |
|-----------------------|------|------|------|------|
| 107. Depositi | | | | |
| 108. Mandati | 32 | 31 | 10 | 14 |
| 109. Pro socio | | | | |
| 110. Empti venditi | 33 | 32 | | 15 |
| 111. De permutatione | | | | |
| 111 bis. De aestimato | | | | |
| 112. Locati conducti | 34 | | | |

IV

RE, VERBIS, LITTERIS, CONSENSU.—A. G. Archi, en su reseña (*SDHI.*, 1956, pág. 410) a Kaser, RPR., se muestra disconforme cuando éste propende a negar una clasificación de los contratos y a considerar la cuatripartición gayana como una invención escolástica. Esta censura, como dice expresamente Archi, también me afecta. En efecto, fué para mí motivo de confianza el ver la coincidencia de Kaser en mi crítica de la cuatripartición. Todavía, yo creo que se trata de una invención concretamente gayana, en lo que viene a coincidir Schulz. La crítica de Archi también se dirige contra este punto de vista.

«Ritengo impossibile togliere dalle fonti classiche ogni acceno alla classificazione». Ahora creo haber hecho una crítica de los pocos textos en que tal cuatripartición parece aludida, y no basta hacer una afirmación tan apriorística como que «es imposible»; hace falta presentar otros textos que yo pueda haber olvidado o rectificar mi crítica. En tanto esto no se haga, me inclinaré a seguir pensando, como en 1948, que no hay cuatripartición fuera de Gayo.

«Non basta, per pronunciarsi in proposito, fare l'esegesi dei testi nei quali la quadripartizione o in tutto o in parte ritorna: ciò che bisogna ancora riconsiderare è se davvero quella quadripartizione abbia una sola funzione didattica, come si vorrebbe sostenere, o non si innesti piuttosto in tutto quel faticoso lavoro di sistemazione, che a partire de Labeone fu proprio alla giurisprudenza classica nel campo della *obligatio* e del *contractus*.» Yo no negué nunca la posibilidad de que la cuatripartición fuera pre-gayana, pero sigo afirmando que falta el mínimo indicio para creerlo así. Aquel esfuerzo, de ordenación diría yo mejor que de sistematización, de la jurisprudencia clásica parece haber sido totalmente extraño a la cuatripartición. Ni el orden edictal ni el mismo orden sabiniano, ni ningún otro orden clásico se acerca para nada a la clasificación gayana. Me remito para esto al importante artículo de P. Fuenteseca en este ANUARIO, 1953, 539. Es decir, por mucho que «reconsideremos» aquella posibilidad

que sugiere Archi, el resultado me temo que ha de ser negativo.

«Certo per risolvere il problema e decisivo il carattere dell scrittore e dell'opera sua: ma siamo proprio sicuri che Gaio sia una figura così secondaria como i colleghi d'Ors e Kaser mostrano di credere? Io non voglio turbare le loro convinzioni; chiedo a loro solo di lasciare ancora in sospenso la questione per gli altri romanisti, che accanto alla tesi della mediocrità di Gaio si vedono prospettata anche quella della sua vivace originalità». A Gayo, naturalmente, hay que juzgarle por su obra, y yo dejo libertad, como no puede ser menos, para que cada cual haga esta estimación por su propio criterio. Únicamente deseo aclarar que la mediocridad es compatible con la originalidad, en este sentido: Gayo no es un jurista clásico como los demás, no fué conocido por sus contemporáneos ni por las generaciones inmediatamente siguientes; su *auctoritas* es más bien mediocre; su gran fama es sobrevenida. Pero Gayo parece haber inventado muchas cosas—entre ellas, la cuatripartición de los contratos—y, en este sentido, es un innovador, lo que le da este especial valor de precursor, de «pre-postclásico».

Es natural que esta discusión, que afecta a un punto crucial de la sistemática establecida en las Instituciones de Derecho romano, no se resuelva en poco tiempo. Pero para facilitar el camino, me parece oportuno prevenirse contra una contradicción que asoma en algunos de mis críticos y más veladamente en el mismo Archi: la de creer que Gayo es un jurista original, y digno de aprecio, pero no tan original como para haberse inventado él la cuatripartición. Para ello conviene tener siempre presente que, en una tradición de autoridad como es la de la jurisprudencia romana, la nota de originalidad no es lo más decisivo. Por lo demás, siempre será un buen principio metodológico el de atenerse a los textos que tenemos y, sin negar la posibilidad de que otros perdidos dijeran lo mismo, no extraer conclusiones de tal mera posibilidad.

V

DE NUEVO SOBRE CE. 312.—El gran conocedor del derecho romano vulgar y, por tanto, del derecho visigótico, Ernst Levy, ha presentado en *Eos* 48,2 (1956) [= *Symbolae Taubenschlag II*] 367-374, una nueva interpretación *Zum Kapitel 312 des Codex Euricianus*. Allí (p. 372, n. 17) se refiere a mi propia interpretación (que conoció tan sólo después de haber entregado su original a la imprenta) en *La territorialidad del derecho de los visigodos*, en *Estudios visigóticos I* [= *Cuadernos del Instituto Jurídico Español en Roma* 5] 99 ss., di-

ciendo que juzga preferible su interpretación. Francamente, yo seguía allí demasiado pegado a la opinión común, y debo reconocer lo acertado del punto de vista crítico de Levy, pero, con todo, sus afirmaciones no me parecen todas del mismo valor, y creo que vale la pena volver a considerar el problema teniendo en cuenta que no se trata de una ley Euriciana, sino Teodoriana y adaptada por Eurico a su propio código.

Como ya hice en mi mencionado artículo, vuelvo a dar cotejados el texto del palimpsesto de París (ahora, según mi lectura) y el de la revisión Leovigildiana de la ant. LV. 5, 4, 20.

CE. 312

Ro]manus qui Gotho donaverit rem que [est i]udicio repetenda aut tradederit [occupa]ndam priusquam adversarium iu[dicio s]uperarit, si etiam eam Gothus inva[serit, tum] possessor rem suam per executio[nem iu]dicis quae occupata fuerint statim [recipia]t, nec de eius postmodum repeti[tione] pulsetur etiam si bona sit causa re[peten]tis. Sed Romanus Gotho eiusdem meriti [rem aut pretium repensare cogatur, quia rem antequam vindicaret fecit invadi].

eiusdem meriti rem aut pretium ei a quo victus fuerit repensare cogatur, quia rem, antequam vindicaret, fecit invadi.

Ant. LV. 5, 4, 20

Si quis rem quae est per iudicium repetenda, priusquam adversarium iudicialiter superaret, ita vendiderit vel donaverit alicui aut forsitan tradiderit occupandam ut absque audientia iudicantis privetur dominium possessoris, ipse qui possedit per executionem iudicis rem quae occupata fuerat statim recipiat, nec de eius postmodum repetitione contentione contendat, etiam si bona sit causa petentis. Ille vero qui hoc vendidit aut donabit vel occupari precepit quod iuste vindicare nullatenus potuit

En una como cuestión previa hay que dar ya la razón a Levy, a saber: en que con la frase *quae est iudicio repetenda* no se designa una cosa en litigio, sino una cosa que está en posesión de tercero y debería ser reclamada judicialmente de aquel *possessor*.

Observa Levy (p. 370) que la prohibición de vender y donar cosas en litigio está ya recogida en CE. 298 (que sigue CTh. 4, 5, 1 c. Int.): *Rem in contemptione positam non liceat donare nec vendere*. La sanción, en ese caso, era simplemente la nulidad del acto. No sería imposible, contra lo que dice Levy, que el legislador, deseoso de castigar especialmente la donación de cosa litigiosa de un Romano a un Godo, no se contentara con declarar nula tal donación, lo que perjudicaría al Godo, y estableciera una regla especial contra el Romano, presuponiendo incluso la nulidad del acto, consistente en hacerle perder su derecho. Pero lo más probable es que no se trate de cosa en litigio o, mejor, no exclusivamente de ella. El punto de gravedad del precepto está en el hecho de la *invasio* contra un tercero poseedor, sin previa declaración judicial. Aunque el Godo había hecho la invasión de la finca, el Romano que se la había hecho invadir era propiamente considerado *invasor* en este

caso. Así, pues, yo me inclinaria a decir que el legislador no piensa en si la finca está en litigio o no, sino simplemente en que la posee un tercero, y no ha recaído una sentencia contra el poseedor.

El delito de *invasio* —figura muy importante del derecho romano vulgar— estaba sancionado a modo de hurto. Fuera cual fuera el derecho del *invasor*, éste perdía la cosa en beneficio del poseedor, pero si, además, la cosa no le pertenecía, debía abonar al propietario otra finca del mismo valor. La norma aparece en CTh. 4, 22, 3 c. Int. y el mismo rey Eurico la recoge en su ant. LV. 8, 1, 2: ... *et alium tantum quantum invasit reddat expulso*. Así se dice claramente en el final de la ant. LV. 5, 4, 20 de Leovigildo: *eiusdem meriti rem aut pretium ei a quo victus fuerit repensare cogatur*, etc.

Este final de la revisión de Leovigildo —este es el punto central de la crítica de Levy— no sirve para reconstruir la laguna final de CE. 312, pues aquí no se trata de una indemnización penal a favor del dueño, sino a favor del donatario Godo, e independiente del que el Romano fuera o no propietario de la finca invadida. Evidentemente, resulta una inconsecuencia el obligar a pagar otro tanto al donatario, *quia rem antequam vindicaret fecit invadi*, lo que justifica más lógicamente una indemnización a favor del propietario expulsado de la posesión.

La indemnización a favor del Godo tiene más parecido con la que se debe al comprador en caso de evicción, pero esto no tiene sentido para la donación, ya que los visigodos habían adoptado el negocio de donación a la romana (sin la *vicisitudo* remuneratoria de otros derechos de pueblos germanos).

Esta indemnización tenía, en cambio, razón de ser cuando se trataba de la entrega por un Romano a un Godo en cumplimiento de la ley de las *sortes Gothicae*, ya que entonces, el Godo no podía quedar privado de lo que le correspondía. Levy trae a colación la ant. LV. 10, 1, 9, donde se dice que, cuando uno de los *consortes* se apropia de una parte de *silva* común por roturación (*fecerit fortasse culturas*), debe compensar al otro con una *paris meriti terra*. En CE. 312 se daría una situación similar, ya que el Godo se veía privado de una tierra dada por el Romano y que éste perdía por haber dado antes de recuperarla judicialmente de la posesión de un tercero.

Así, pues, deduce Levy, de las dos hipótesis a que se refiere CE. 312 —donación y *traditio ad occupandum*—, sólo en esta última, relativa a la entrega de la *sors Gothica*, cabía aquella indemnización que se presenta en el final del capítulo. Por tanto, la redacción del suplemento debería restringir a este segundo caso la obligación de que el Romano indemnizara al Godo. A una hipóte-

sis de suplemento no se atreve Levy, teniendo en cuenta que la laguna del palimpsesto permite pensar que el capítulo era mucho más largo.

Esta crítica de Levy al suplemento establecido por Zeumer sobre la comparación un poco precipitada con la nueva redacción Leovigildiana me parece justa, pero con alguna reserva que expondré brevemente.

De acuerdo con la opinión común, CE. 312 fué motivado por el régimen de las *sortes Gothicae*. Pero parece lo más probable que tal norma no se diera mucho después del asentamiento en Aquitania II y Novem Populonia. Se trataría, por tanto, de una ley de Teodorico I. Esta ley no habría hablado de *donatio*, sino tan sólo de *traditio ad occupandum* referida a la *sors Gothica*. Para ella se habría tomado como modelo la norma romana de la *invasio*, pero con una importante modificación: que la indemnización no debía ser para el poseedor expulsado, sino, fuera cual fuera el derecho del *Romanus* cedente, para el *Gothus* que se veía privado de su parte. Después de todo, la misma ley de las *sortes Gothicae* era también una norma romana desfigurada en favor de los intereses góticos. Eurico incorporó esa ley a su propio Código, pero en un momento en que el reparto de *sortes* no tenía ya actualidad. La extensión territorial que tuvo lugar bajo su reinado no presentaba ya los mismos problemas del primer asentamiento en las Galias, y no fué seguida ya de nuevos repartos. En España me atrevería a decir que nunca tuvo lugar tal reparto, contra lo que parecen suponer los autores modernos. Así, pues, para mantener aquella norma especial, había que generalizarla y encontrar para ello una sede apropiada; así fué cómo la ley vino a extenderse a la *donatio* y se insertó en el título *de donationibus*. Esto está perfectamente visto por Levy, página 368.

Pero esta generalización no fué del todo consecuente, pues se trataba siempre de la donación de cosa en posesión de tercero, pero de un Romano a un Godo. Si Eurico hubiera querido eliminar toda norma de favor para los Godos, creo yo que hubiera hecho lo que hizo más tarde Leovigido: hubiera eliminado la referencia a Romano y Godo. Al no hacerlo así, ello quería decir que todavía aquella norma tenía para Eurico un sentido especial. Esto es lo que me detiene para eliminar, como quiere Levy, toda relación con la *translatio ad potentiores*. Ya en su *Obligationenrecht*, página 153 (donde anuncia el presente estudio) denunció el error de tal aproximación, y ahora insiste en lo mismo.

Si no estoy equivocado, la norma relativa a la *translatio ad potentiores* que cabe invocar aquí no es la de CTh. 2, 13, 1 (año 422), que trata del traspaso de *cautiones*, es decir, de acciones personales, a un *potentior*, sino la ley siguiente, CTh. 2, 14, 1 (año 400). La lectura de esta ley hace pensar que la hipótesis en ella prevista

es la de un poseedor demandado que se prevale para su defensa del nombre de un *potentior*, y así parece entenderlo Levy, *Property*, página 28. Pero me parece que no se debe excluir la aplicación a la hipótesis de que el fraude sea hecho por el demandante. La *interpretatio* de esa ley, al menos, parece entenderlo así, al decir: *quicumque conventus de re in qua dominus esse dinoscitur, si alterius nomine se voluerit defensare aut alium alterius nomine inquietare praesumpserit, causam perdat*. Así, aunque no parezca con claridad la figura de una "cesión de acción", creo que ésta es la norma pertinente cuando se trata de *translatio ad potentiores* de las acciones reales. Es natural que la mentalidad del derecho romano vulgar tienda a ver ese supuesto más desde el punto de vista social que del punto de vista de la técnica jurídica de la cesión, y de ahí que el mismo Eurico, en ant. LV. 2, 2, 8, trate de ese supuesto —no sólo en caso de acciones personales, sino también, y quizá principalmente, de acciones reales— como acto de *se conferre ad maiorem personam, ut in iudicio per illius patrocinium adversarium suum possit obprimere*. La idea de la *translatio*, como observa rectamente Levy (*Obligationenrecht*, p. 153, y aquí, p. 370), parece haberse desvanecido, pero no diría que se trate exclusivamente de "cesión de créditos". El *Edictum Theodorici* 43 y las *Formulae* parecen, en cambio, conservar con más pureza la idea de cesión.

Esta idea de que el que cede su causa a un *potentior* pierde en todo caso su derecho, aunque no estuviera presente en la primera redacción de CE. 312 me parece que puede haber influido en el pensamiento de Eurico al generalizar aquella ley a toda donación, pero tan sólo toda donación de un Romano a un Godo. El que no se hable ya de otras penas además de la de perder el derecho, eso puede explicarse por el tenor de la cit. ant. LV. 2, 2, 8, enderezada contra el *potentior*, pero el que tampoco el *potentior*, el Godo, sufra aquí ninguna sanción especial, eso se explica por el carácter originario de esta ley, que estaba establecida precisamente en su favor. No se trata, pues, de que la idea de una *translatio ad potentiores* haya influido en la redacción de CE. 312, sino de que puede haber estado presente en el ánimo de quien quiso conservar aquella ley tan especial con un valor extendido a toda donación de cosa en posesión de tercero hecha por un Romano a un Godo. En este sentido puede entenderse lo que decía (*La territorialidad*, cit. p. 100) de que esta norma "se involucra" en la de la *translatio ad potentiores*. Pero no excluyo la posibilidad de que tenga razón Levy al eliminar toda concomitancia con tal figura; sólo que entonces no acierto a ver por qué motivo no generalizó Eurico suprimiendo la referencia a Godo y Romano, como había de hacer Leovigildo.

Evidentemente, este precepto generalizado en parte y en parte

restringido resultaba anómalo. La razón de que el Godo privado de la finca donada hubiera de ser indemnizado ya no tenía actualidad en la época de Eurico, y mucho menos un siglo más tarde. Así, si Leovigildo conservó esa ley, fué a costa de cambiar radicalmente su sentido. En cierto modo, Leovigildo vuelve al modelo de CTh. 4, 22, 3, pues distingue entre el caso de que el cedente fuera propietario del que no lo fuera; en el primero, la sanción por la *invasio* se limitaba a la pérdida del derecho, en el segundo, se agravaba con la indemnización del otro tanto a favor del dueño vencedor. Pero, reconducido así el principio al modelo romano, no había motivo para limitarse a la *invasio* por donación o *traditio ad occupandum* (lo que ya no tenía un sentido concreto en esta época), y por eso se extendió al supuesto de venta. En efecto, el acto de la *invasio* podía obedecer a cualquier causa.

Ahora bien: esta extensión de CE. 312 al supuesto de *venditio* fué acompañado, como advertía en mi mencionado trabajo, página 101 s., de la extensión de CE. 289, que se refería al caso de evicción en la venta, al supuesto también de *donatio*, pero no, naturalmente, para obligar al donante por evicción (la indemnización es tan sólo *emptori*), sino para tipificar conjuntamente el delito de disponer de una cosa ajena, sea por venta sea por donación. Ese acto era similar al de la *invasio*, y de ahí que el que lo comete *duplum cogatur exolvere* al dueño vencedor. Ya en CE. 298, reducido al caso de venta, se enfocaba la situación de evicción, no desde el punto de vista de las obligaciones del vendedor, sino desde el punto de vista del delito que supone vender lo ajeno, y de ahí la concentración procesal, de la responsabilidad por evicción en la persecución por *invasio*. Sigo creyendo (cfr. op. cit. p. 115) que CE. 289 nada tiene que ver con el "Anefang", pues no aparece allí lo que es típico de ese procedimiento germánico, a saber, la persecución de los sucesivos garantes; pero debo confesar incurri en precipitación al interpolar una nota en pruebas (p. 115, n. 80), en que señalaba una publicación (que acababa de llegar a mis manos y no había podido leer con la debida calma) de F. Wieacker como en oposición a la idea de un influjo germánico en CE. 289, sostenida por Levy.

En resumen: la crítica de Levy al final reconstruido de CE. 312 me parece interesante, pero que no obliga a rechazar totalmente tal reconstrucción. Me parece admisible que, a pesar de la introducción de la hipótesis general de *donatio*, Eurico hubiera mantenido la obligación de indemnizar al Godo, según establecía la ley Teodoriana para el caso de *traditio ad occupandum* de la *sortis Gothica*, sin el miramiento de apartar tal obligación del nuevo supuesto de simple *donatio*. Así, me inclinaría a conservar el final: *Sed Romanus Gotho eiusdem meriti rem aut pretium repensare cogatur*. En cambio, no extendería a CE. 312 la justificación de

la ant. LV. 5, 4, 20: *quia repm antequam vindicaret fecit invadi*, que es propia del nuevo giro dado por Leovigildo a ese final de la ley.

Esta tolerancia de la falta de distingos exigidos por la crítica lógica de Levy me parece justificada ante una ley inelegantemente adaptada por Eurico, y que, como otras, fué racionalizada por Leovigildo.

VI

CE. 277 Y LA FECHA DEL CE.—Nuestro distinguido colega J. García González ha dedicado, en *AHDE*. 1956, 701, una nota a la interpretación de este capítulo. Aunque parte de una observación nuestra (en *La territorialidad*, cit. en mi nota anterior, p. 113, n. 71), cree que no es admisible la fecha que ordinariamente se asigna a dicho Código, y que yo colocaba en el 476. Como se trata de una discrepancia importante, pues el CE. resultaría un decenio más antiguo, creo que conviene volver sobre este punto. La crítica de García González es meritoria, pero el resultado no me parece admisible.

CE. 277 establece una serie de plazos de prescripción, a saber:

A. No se admiten reclamaciones sobre cuestión de *sortes Gothicae* presentadas después de haber pasado 50 años del reparto de tierras. Tampoco respecto a esclavos fugados que aparezcan después de ese plazo.

B. No se admiten reclamaciones sobre los *termini antiqui* (probablemente los anteriores al reparto de tierras), como ya había dicho Teodorico I.

C. Los litigios pendientes, los juicios sobre propiedad de esclavos y las deudas prescriben a los 30 años, con multa de una libra de oro para quien reclame después de ese plazo.

D. Las sentencias anteriores al año 451 (año de la muerte de Teodorico I) son irrevocables.

Se dice generalmente: Como D supone un plazo excepcional, más breve que el general de 30 años (C), CE. 277 y CE. han de ser anteriores al 481, año en que se cumplen los 30 años de la muerte de Teodorico I (451). Esto es inexacto, dice García González, ya que, como observaba en mi cit., artículo, D, se refiere a sentencias y no a causas pendientes de ella, como ocurre en C. Hasta aquí estoy de acuerdo con García González.

Pero éste sigue: El plazo de A no puede haber transcurrido ya en el momento de establecerlo la ley; como el reparto de tierras tiene lugar en el 419, hay que colocar el 469 (419 + 50) como término *ante quem* de CE.; éste sería así de una fecha entre el 466 y el 468. Esto no es apremiante, pues nada obliga a pensar que Eurico quiso dar un cierto tiempo futuro para tales reclamaciones.

Si no me equivoco, A. tiene la misma finalidad que B. y D., a saber: considerar definitivamente consolidadas las situaciones antiguas; en estas prescripciones se trata de evitar toda reclamación. Es decir, ya había pasado el plazo de 50 años cuando se dió la ley. Pero, si la reclamación sobre las *sortes* se había entablado ya con anterioridad a los 50 años del reparto, su trámite podía seguir. Ahora bien: siempre que no hubiesen transcurrido 30 años desde la reclamación, en cuyo caso C. viene a impedir se vuelva a agitar la cuestión. Esta explicación aclara el nexo psicológico de la secuencia A-C.

Así, la fecha de 469 no sería un término *ante quem*, como quiere García González, sino *post quem*. Con esto se disipa toda duda acerca del origen Euriciano de esta ley, que García González (conmigo y contra Beyerle) estima de una sola mano.

El CE. puede ser simultáneo o algo posterior a la ley CE. 277. Así, la fecha de 469 sigue siendo un término *post quem* para el mismo Código. Al mismo resultado llegaba yo (loc. cit.) partiendo del hecho de que Seronato, entre el 469 y el 471, en complicidad con Eurico, "proponía" leyes "Teodoricianas" (es decir, anteriores al CE.) en un territorio que sólo el 476 iba a caer bajo el dominio de Eurico.

Francamente, sería sumamente improbable que Eurico hubiera publicado su Código tan poco tiempo después de empezar a reinar; en cambio, la fecha de 476 —caída del Imperio romano, cuya sombra siempre pesaba sobre la independencia de los reyes visigodos, y expansión visigoda por todo el Sur de las Galias— sería un momento propicio. A este momento parece referirse Sidonio Apolinar (epist. 112): *ut populos sub armis* (expansión del 476), *sic frenat arma sub legibus*.

VII

EN VÍSPERAS DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE LUDWIG MITTEIS (17-III-1859/26-XII-1921) *.—Entre los romanistas contemporáneos, ninguno quizá ha tenido una significación más decisiva que Ludwig Mitteis: las actuales tendencias en el estudio del Derecho romano, en efecto, arrancan de un modo u otro, de su labor renovadora. De ahí que parezca ya oportuno dedicar unas páginas a esta destacada figura de los estudios romanísticos y a la influencia por ella ejercida.

(*) Reproduzco aquí una nota publicada en la poco difundida revista, hoy desaparecida, *Boletín Bibliográfico* (Madrid), 13 (1945), I, p. 18-22. Sirva de recordatorio del próximo centenario del más significativo romanista de su generación.

En el ambiente católico, laborioso y sereno del hogar de Heinrich Mitteis, director, desde 1866, del Theresianum, colegio donde se educaban los hijos de la alta aristocracia vienesa, se formó el que había de ser el más grande romanista de su época. Había nacido en Laibach y vivido ya algunos años en Praga, de donde arrancan sus primeros recuerdos infantiles. Ahora el pequeño Ludwig jugaba en los jardines del noble palacio de la Academia de las Ciencias.

A pesar de pertenecer a la clase burguesa, fué admitido como externo en el Theresianum, y de allí pasó luego a la Facultad de Jurisprudencia. Con esta elección venía a continuar una tradición familiar, pues, aunque su padre se dedicó a las Matemáticas y a la Física, el abuelo y dos tíos fueron también juristas. De aquella Universidad, un maestro, entre todos, supo ver el talento de aquel estudiante y hubo de ejercer en éste una hondísima influencia: Adolfo Exner. Sin embargo, Ludwig no fué lo que se puede entender por un estudiante modelo. Temperamento libre, abierto a todas las manifestaciones del espíritu y de la vida, él estudiaba con gran independencia, alternando, despreocupado, sus estudios con el alpinismo, la vida artística y literaria, tan intensa en Viena, y hasta el juego del billar, en el cual, según dicen, era un consumado maestro. Al mismo tiempo—y esto había de ser decisivo para la tendencia científica de toda su vida—se mantuvo durante unos seis años en contacto con la práctica judicial.

A los veinticinco años, Mitteis presenta su «Habilitationsschrift» sobre *Die Lehre von der Stellvertretung* (1884), obra que ofrecía una visión original del asunto y que no dejó de tener sus efectos en el campo de la doctrina y de la práctica jurídica, pues en ella no se consideraba exclusivamente el Derecho romano, sometido al debido tratamiento crítico, sino también el Derecho común positivo. En la misma Viena empezó su carrera de maestro como «Privatdozent», y su vida quedó entonces decididamente orientada hacia la enseñanza universitaria. Abandonado un proyecto de ir a Rostock, a consecuencia de su profesión católica, en 1887 le encontramos en la cátedra de Praga; en 1895, en Viena, y en 1899, en Leipzig. En 1901 le había de ser ofrecida la cátedra de Berlín, pero él—quizá no muy inclinado al ambiente prusiano—no quiso moverse de su tan querida Leipzig, esa admirable ciudad donde, como él decía, «no se podía hacer otra cosa que trabajar». Allí vivió y operó tenaz y fecundamente, a pesar de su salud quebrantada por las privaciones de la guerra y postguerra, además del exceso de trabajo, hasta que la muerte le arrebató en las Navidades de 1921.

Del temperamento paterno, lo que más especialmente heredó Ludwig Mitteis fué una gran competencia pedagógica. Los problemas pedagógicos le preocuparon siempre, y hasta sus últimos días estuvo luchando valientemente contra los proyectos de reforma universitaria, que amenazaban ya peligrosamente el estudio del Derecho romano. Como profesor resultaba poco corriente, dentro de la manera usual de las universidades de la época: nada apegado a la conferencia leída, sus lecciones resultaban llenas de vida y de sugestión; sabía exponer con rigurosa claridad y presentar los supuestos jurídicos con exquisito humor; sabía captarse la atención de los alumnos y conseguir su colaboración activa en las clases de exégesis de fuentes; tenía esa preciosa cualidad de saber ser elemental en sus lecciones y de no abandonar las funciones más humildes del docente, como, por ejemplo, la de corregir escrupulosamente los ejercicios semanales de sus alumnos. Por lo demás, sentía especial predilección, siguiendo en esto a su maestro Exner, por el seminario doméstico, en el cual orientaba magistralmente a los que se dedicaban a la investigación romanística. Ayudaba con sumo desinterés a los que le consultaban, pero sentía gran temor por colocar en el terreno de la investigación al que no contaba todavía con la preparación conveniente. Lo que con más rigor exigía de sus conducidos era el manejo exhaustivo de las fuentes y de la literatura científica moderna; un descuido en este aspecto le parecía menos disculpable que una conclusión mal deducida. Y gracias a esa infatigable y juiciosa labor de dirección, un gran número de sus discípulos hubo de asumir la docencia en muchas universidades alemanas y extranjeras. Sin embargo, una escuela, en sentido de homogeneidad dogmática, Mitteis no la tuvo, porque él era el primer enemigo de todo sectarismo científico.

Lo que Mitteis significó para la ciencia romanística, la orientación por él tomada en estos estudios, queda muy cabalmente reflejada en la ampliación de la órbita de interés de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, cuya sección romanística, él dirigió desde 1901 hasta su muerte. El horizonte del estudio del Derecho romano quedó abierto en todas direcciones; las nuevas tendencias de la crítica de interpolaciones, la consideración de los nuevos documentos, especialmente los papiros, encontraron en dicha publicación su sede más digna. Bajo la dirección de Mitteis, aquella revista, que ya tenía, desde luego, su honrosa historia, alcanzó el puesto indiscutible de primera revista romanística del mundo.

El mismo interés pluriforme aparece igualmente en toda

la obra de Mitteis, quien tenía el arte, como nadie, de reunir lo que yacía separado, para sacar de su aproximación la consecuencia genial.

Aunque la crítica de interpolaciones haya progresado bastante desde hace [cuarenta] años, Mitteis figura en este sentido como gran conductor, no sólo por sus seguras hipótesis críticas, sino también por haber sido fundador del *Index Interpolationum*, que hoy constituye para todo estudio romanístico un vademécum indispensable.

Papel todavía más relevante le correspondió en el terreno de la Papirología. A él se debe el primer volumen de la colección de papiros de Leipzig (1906), para el que también contribuyó parcialmente U. Wilcken. Ello era doblemente meritorio, puesto que Mitteis era un jurista y no un papirologo. Sólo tras muchas fatigas y largo tiempo de aplicación, consiguió el dominio que adquirió en la lectura e interpretación de los papiros. En Papirología jurídica, él fué, sin duda, la primera autoridad mundial. La parte jurídica de los *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* (1912), cuya parte histórica hizo Wilcken, resulta todavía hoy una obra no superada, aunque quizá haya llegado el momento de que se intente una reelaboración de la misma para rectificarla y enriquecerla con los nuevos resultados. Gracias al esfuerzo de Mitteis, los juristas se introducen hoy en el campo de la Papirología con una reconocida legitimidad. En este sentido, se hallaba insertado dentro de la orientación de un genial jurista historiador y filósofo también Mommsen, al que le unía, por lo demás, cierta afinidad de sentimientos liberales. Lo que Mommsen hizo en el campo de la Historia romana y de la Epigrafía, principalmente, Mitteis lo realizó, en cierto modo, respecto al de la Historia helenística y a la Papirología. Gracias a estos dos colosos, los estudios de Derecho romano se encuentran hoy dentro del cuadro general de las ciencias del mundo antiguo y en amplia comunicación con todas ellas. Con todo, hay una importante diferencia entre estas dos grandes figuras, en ventaja, francamente, de la fama de Mommsen. El momento en que éste vivió, fué ocasión constructiva: los datos parecían yacer dispersos, en espera del hombre genial que los ensamblara y arrancara su sentido de relación. Y así, Mommsen no sólo dejó una Historia de Roma, sino también un Derecho Público y Penal romanos todavía hoy, en su conjunto, insuperados. El momento de Mitteis, en cambio, no es momento de construcción, sino de revisión, de minuciosa corrección, de examen interno en la estructura que los maestros habían dejado establecida. Por esta razón, la obra de Mitteis

parece diluirse en artículos y pequeñas misceláneas, esas preciosas pequeñas notas que periódicamente iban apareciendo en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. Y tanto pesaba la necesidad del momento histórico en que vivió, que hasta sus dos grandes obras son, en cierto modo, obras imperfectas.

Imperfecto puede considerarse su *Reichsrecht und Volksrecht in den hellenisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreiches* (1891), en el sentido de que constituye más bien una obra programática que una síntesis establecida. Mitteis busca con esa magnífica obra el conocimiento exacto de la tradición jurídica de las provincias orientales y el resultado de su fusión con el Derecho romano, que, según él, se había impuesto oficialmente en todo el orbe al ser extendida ecuménicamente la ciudadanía por el emperador Antonino Caracalá, en 212 d. de C. Era, realmente, el primer intento serio de estudiar el problema en toda su complejidad; el resultado fué magnífico, pero no definitivo. Esto lo podemos ver hoy claramente. Hoy podemos estimar en todo su valor positivo y negativo el comentario que al viejo Mommsen arrancó aquella obra: «Das its etwas!». En efecto: hoy vemos claramente que no se puede hablar de derecho griego como unidad; hoy también hemos de tomar con muchas reservas la tesis de la supuesta lucha entre el *Reichsrecht* y el *Volksrecht*, contra la cual ha acometido repetidas veces Schönbauer, y los edictos de Cirene y de Rhosos parecen haber aportado testimonios inquietantes; hoy por último, comprendemos que este estudio del Derecho romano en las provincias orientales ha de resultar forzosamente parcial y manco mientras no tengamos un conocimiento paralelo de los fenómenos simétricos de Occidente. Así, pues, Mitteis abrió con su famosa obra una fecundísima perspectiva, pero el momento en que vivió no le permitió pasar de ahí: no le fué favorable para componer una obra perenne.

Algo parecido puede decirse de su obra *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (1908). Podemos considerarla imperfecta, no sólo porque de ella no llegó a aparecer más que el primer volumen, que comprende únicamente la parte de principios generales y la teoría de las personas sociales, sino también porque su admirable empeño, lleno de ideas fertilísimas, no puede ser estimado como cristalización definitiva. Lo fecundo en esta obra estriba en que se trata del primer ensayo de reconstruir, no un sistema de normas jurídicas, sino un cuadro del Derecho vivo en la época clásica. Hacia ese objetivo conspiraban eficazmente dos arraigadas tendencias del autor: por un lado, la tendencia a la consideración rigurosamente

histórica de los fenómenos jurídicos, fundada en un conocimiento exhaustivo y crítico de las fuentes; por otro lado, su tendencia a estudiar las realidades jurídicas en su función práctica y no en su aspecto puramente teórico, tendencia que ya se había manifestado en uno de los primeros trabajos de Mitteis, aquel estudio civilístico sobre la *Individualisierung der Obligation* (1886), que hubo de escandalizar como obra «nihilista» a los instruidos en la pandectística usual. Como práctico del Derecho, como historiador escrupuloso, Mitteis buscaba trozos reales de vida jurídica, no esquemas dogmáticos. En este sentido, la tradición pandectística alemana se quiebra en él y con él empieza la crisis del Derecho Romano. Pero no debemos olvidar a este propósito que en 1900 el Derecho Romano dejaba de ser Derecho positivo en Alemania.

La reconstrucción del Derecho clásico romano que Mitteis perseguía, era histórica y crítica. Todavía no había llegado el momento para hacer la obra constructiva. No tanto porque aparecen continuamente nuevos datos que nos hacen rectificar y contemplar nuestros conocimientos, cuanto porque, para aprovechar en toda su utilidad el método interpolacionístico, es menester que se tome en consideración—lo que sólo después de Mitteis ha empezado a ocurrir—la crítica de las interpolaciones prejustinianas o glosemas. No había llegado entonces el momento constructivo; pero cuando hoy vemos, y precisamente a mérito de una brillante pléyade de romanistas italianos, que se intenta una reconstrucción global del sistema del Derecho romano clásico, podemos decir que tampoco en nuestros días ha llegado todavía aquel momento.

Mitteis debió de sentir, en los últimos años de su no prolongada vida, una honda angustia de este momento de crisis. No sólo de crisis externa, pues ya entonces parecía amenazada la suerte de los estudios romanísticos dentro de la facultad jurídica, sino muy especialmente de crisis interna. Esta conciencia de vivir en un momento tan difícil para la construcción científica provoca necesariamente un sentimiento de angustia, de congoja espiritual. Así parece reflejarse en lo que se ha llamado después el testamento científico de Mitteis, el discurso que leyó en la Sociedad de Amigos del Gimnasio Humanista de Viena el 3 de junio de 1917, y que se publicó al año siguiente en el cuaderno 18 de aquella Sociedad, con el título de *Antike-Rechtsgeschichte und römisches Rechtsstudium*. Se trata de una voz de alarma contra la tendencia metodológica propagada por Leopold Wenger en su lección inaugural de Viena en 1904, *Römische und Antike Rechtsgeschichte*. El Derecho Romano aparecía en esa nueva concepción como diluido en

una constelación de Derechos de la Antigüedad. Toda su eficacia como disciplina jurídica parecía así mortalmente amenazada. Los reaccionarios miraban entonces a Mitteis como causante de aquella que ellos estimaban degeneración de los estudios romanísticos. ¿Dónde estaban los viejos, claros y útiles tratados de Pandectas? ¿Quién iba a ser continuador de un Windscheid? Los papiros y las interpolaciones habían conducido a privar al Derecho Romano de su sustantividad, de su unidad, de su digna función tradicional. Y Mitteis parece dudar. Protesta en su discurso de 1917 contra los que atribuyen tales consecuencias a su orientación histórica. El no buscaba tal *Antike Rechtsgeschichte*, sino únicamente un conocimiento exacto de un Derecho Romano en su vida y no en las arbitrarias construcciones posteriores, un conocimiento engarzado en el sentido histórico, pero construido dogmáticamente, sin perjuicio, por lo tanto, de su aplicación para la formación del jurista moderno. Sin embargo, no podemos negar que entre la tendencia de Mitteis y el método de Wenger—que tenazmente rechaza[ba] el ser clasificado de comparativista—existe un eslabón cierto de causalidad histórica. Pero la influencia de Mitteis no se limitó en ese sentido. Si, por un lado, esta tendencia desorbitadora de los estudios del Derecho Romano procede, en cierto modo, del impulso genial de Mitteis; si asimismo las más atrevidas posiciones, cual la de un Beseler en Alemania o de un Albertario en Italia, dentro del método interpolacionístico de Gradenwitz, deben mucho a la actitud crítica de Mitteis, de él arranca también, y precisamente de su testamento científico, la corriente anticrítica que hoy no deja de observarse, tanto en Italia, con Riccobono [†], proclamador gozoso, en 1929, de aquel importante discurso de Viena, como en Alemania, donde un Koschaker, por ejemplo, a pesar de su formación eminentemente histórica, propugna[ba] una «vuelta a Savigny».

La figura de Mitteis aparece así como central dentro del actual momento de la ciencia romanística, de su actual crisis. De él arrancan igualmente las más opuestas tendencias, de cuya lucha y contraposición quizá pueda surgir algún día el momento oportuno para que los romanistas puedan disfrutar de la venturosa posibilidad de construir.

A. D'ORS.

VIII

ULPIANO, L. 31 AB SABINUM, D.23.3.9.3.—Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti. Et putem si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet sed condici, nec dotis [actione] <nomine> peti, ut divus Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt. Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is suscribat, [quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant videamus. Et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), se quia] non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur: [et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. Videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. Et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas connisus est.]

De este texto nos hemos ocupado detenidamente en nuestra monografía sobre el régimen de bienes de la mujer casada¹, estudiándolo en relación en relación con las distintas situaciones de los bienes de la mujer durante el matrimonio. Dada la importancia del texto, que hace referencia a las dos formas que solía revestir el acto de introducción de los bienes extradotales en el domicilio conyugal, nos ha parecido útil exponer aquí separadamente nuestra interpretación. Prescindimos ahora de las numerosas hipótesis de alteración del texto² y de las diversas interpretaciones de que ha sido objeto, a las que nos referimos en el estudio citado.

Las alteraciones del fragmento de Ulpiano son evidentes, pero no impiden el deducir las dos principales ideas del jurista. Como labor previa de aclaración del texto, eliminando de él

1. Vid. GARCÍA GARRIDO, *Ius Vxorium* (Roma-Madrid, 1958), § 12 ss.

2. Vid. *Index Interpolationum*.

todas las posibles alteraciones y añadidos, proponemos sustituir en *nec dotis actione peti, actione per nomine*, que nos parece más simple que la sustitución por *rei uxoriae actione*, y dejar fuera del fragmento el extenso inciso *quasi res-sed quia*³, así como la parte final del texto, *et plerumque-connisus est*⁴, con excepción de la referencia a la *actio ad exhibendum*, que sería efectivamente mencionada por Ulpiano. Estas partes del texto que eliminamos nos parecen claras adiciones a la redacción ulpiana, porque introducen puntos de vista que no están en armonía con las ideas que pueden considerarse de Ulpiano. De un examen del texto, excluidas estas probables adiciones, resultan dos ideas precisas que podemos considerar clásicas y que expresan las dos situaciones en que pueden encontrarse los bienes extradotales que la mujer lleva al matrimonio: la de *traditio* de bienes de uso al marido por parte de la mujer y la de *illatio* de estos bienes en el domicilio conyugal.

Ulpiano, que se había venido ocupando de las cosas dadas en dote en los fragmentos anteriores de su libro 31 a Sabino⁵, trata en la primera parte de su comentario (*ceterum si res dentur... cum patre rescripserunt*) de las cosas que se entregan al marido, no a título de dote, sino de parafernales o extradotales, decidiendo que, si se entregaron con la intención de que esas cosas pasasen a ser propiedad del marido, se hacen de él y a la disolución del matrimonio podrán ser reclamadas mediante la *condictio*. Esta entrega de bienes de la mujer al marido puede considerarse como una aportación paralela a la dote, porque, como ésta, se hacía propiedad del marido durante el matrimonio y debía ser restituida a su disolución. De la *traditio* de bienes de uso de la mujer trata también Papiniano (Frag. Vat. 254 = D. 39.5.31.1), que examina un supuesto de entrega de bienes de uso por la madre al marido de la hija, a nombre y en presencia de ésta, con la finalidad de que fuesen usados por la hija como peculio⁶, supuesto que se encuentra simplificado y resu-

3. Seguimos a RICCOBONO, *Traditio ficta*, en ZSS 34 (1913) 250 s., que afirma que al interpolador interesaba destacar que la *subscriptio* vale por sí misma para la transferencia del dominio de las cosas descritas en el inventario.

4. Vid. *Index Interpolationum*.

5. Vid. LENEL, *Palingenesia* II, col. 1135.

6. Frag. Vat. 254 = D. 39.5.31.1: *Species extra dotem a matre viro filiae nomine traditas filiae, quae praesens fuit, donatas et ab ea viro traditas videri respondi, nec matrem offensam repetitionem habere vel eas recte vindicare, quod vir cavisset extra dotem usibus puellae sibi traditas, cum ea significatione non modus donationis declaretur nec ab usu proprietas separetur, sed peculium a dote puellae distingueretur.* De este texto tratamos detenidamente en nuestro *Ius Vxorium*, cit., § 13.

mido en *Pauli Sent.* 5.11.1⁷. Esta forma de hacer una aportación de bienes extradotales al marido paralela a la dote supone una novedad con respecto a las ideas romanas de que los bienes extradotales continuaban siendo propiedad de la mujer durante el matrimonio, por lo que es muy probable que en estas decisiones influyese la concepción de los *παράφερνα* griegos, como bienes de uso, que integran el ajuar propiedad de la mujer; entregados al marido en administración y que éste se obliga a restituir a la disolución del matrimonio⁸. Es particularmente significativo el hecho de que Ulpiano se plantee la cuestión de si estos bienes se hacen del marido—extremo sobre el que no habría duda en el supuesto más usual en la práctica romana que el jurista examina después—, lo que parece indicar que tomaba en consideración esta especial situación de los *parapherna*. En la adaptación romana del régimen de estos bienes, que describen Papiniano y Ulpiano, esta entrega se presenta como un complemento de dote, manteniéndose la misma diferencia—al hacerse propiedad del marido—que existía también con respecto a la dote entre los principios clásicos y el derecho greco-egipcio, y que Justiniano borra⁹. La estructura jurídica de esta entrega era la de una *datio ob rem*, en cuya virtud la mujer entregaba al marido, en propiedad, determinados bienes de uso con la finalidad de que los pusiera a su disposición durante el matrimonio¹⁰, y con ello seguía disfrutando de sus bienes y garantizaba al mismo tiempo su restitución, dejando libre y expedito el camino para un eventual ejercicio de la *condictio*. De otra parte, el principio a que se hace referencia en el fragmento de Ulpiano, citando un rescripto, de que estos bienes extradotales no pueden ser objeto de la acción de restitución de la dote está también recogido en otro texto de Paulo (Frag. Vat. 103)¹¹. Esta primera parte del comentario de Ulpiano encuentra, por tanto, una clara comprobación en estas decisiones jurisprudenciales y debe considerarse genuina y acorde con el pensamiento del jurisconsulto.

7. *Pauli Sententiae*, 5.11.1: *Species extra dotem a matre in honorem nuptiarum praesente filia genero traditae donationem perfecisse videntur*. El autor postclásico de las *Pauli Sententiae* se serviría del texto de Papiniano, dándole una interpretación simplista y rudimentaria.

8. Vid. *Ius Vxorium* cit., § 8 ss., y *Parapherna*, en la *Reseña romanística* de este mismo ANUARIO.

9. Vid. *Ius Vxorium* cit., § 10.

10. Sobre la *datio ob rem* que supone la entrega de una cosa con un fin determinado, que puede ser un *dare* o un *facere*, vid. SCHWARZ, *Die Grundlage der Condictio in klassischem röm. Recht* (Münster-Köln, 1952), pág. 117 ss.

11. Paulo, Frag. Vat. 103: *Paulus respondit rei uxoriae titulo id solum peti posse quod in dotem datum est*. Vid. *Ius Vxorium* cit., § 12.

En la segunda parte del comentario (*Plane... negetur*), la concepción de Ulpiano resulta también clara si prescindimos de las probables adiciones del texto que antes señalábamos. El jurista se refiere a la *illatio*, es decir, al acto de introducción de los bienes de la mujer en la casa del marido, y, para distinguir esta situación de la anterior, el jurista precisa que estas cosas *quas mulier solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat* no pasan a ser propiedad del marido. Con el fin de facilitar la devolución de estos bienes a la mujer, se solía redactar un inventario de ellos, y esta situación de los bienes que continuaban siendo propiedad de la mujer debió de ser la usual y más generalizada en las costumbres romanas. En el supuesto de que los bienes se hubiesen confundido en el patrimonio del marido y éste se negara a devolverlos, la acción procedente en derecho clásico sería la *actio ad exhibendum* como previa al ejercicio de la *reivindicatio*¹². A esta situación de *illatio* se refiere también una constitución de Diocleciano y Maximiano (CI. 5.16.17), que se pronuncia sobre la improcedencia de la restitución de estos bienes de uso de la mujer llevados al domicilio conyugal si con el consentimiento de ésta habían sido consumidos en común o la procedencia de la restitución en el caso de voluntad contraria de la mujer¹³. La idea de custodia, que se encuentra en la parte final, que hemos eliminado, del texto ulpiano, se aviene mal con la concepción del jurista, porque, en ésta, la mujer conserva todas las facultades de disposición sobre su ajuar y, en cambio, está en perfecta armonía con la tendencia justiniana a generalizar la noción de bienes parafernales¹⁴, ya que sólo para una mentalidad que concibe al marido como administrador general de todas las aportaciones al matrimonio es admisible la idea de custodia o de mandato del marido sobre los bienes en uso de la mujer. En definitiva, estas dos formas de *traditio* e *illatio* que Ulpiano expone tendían a una misma finalidad, que era la de proteger el patrimonio de la mujer facilitándole la separación de sus bienes de uso del patrimonio familiar en el caso de disolución del matrimonio.

Finalmente, debemos tratar de la dudosa referencia al peculio del principio del texto. A la mención de los *parapherna*, que ya concluimos está en consonancia con la situación de *traditio* que se describe en el texto, sigue la frase *quaeque Galli*

12. En el texto se presenta la *actio ad exhibendum* limitada al caso de que no procediese la *actio rerum amotarum* a favor de la mujer, de reconocida procedencia justiniana.

13. Sobre esta constitución y sus probables alteraciones vid. *Ius Vxorium* cit., cap. IV.

14. Vid. *Ius Vxorium* cit., § 10.

peculium appellant, que se ha venido considerando sospechosa tanto porque su inserción en el texto resulta forzada (*quae... quaeque*) como por la extraña referencia a los Galos¹⁵. Si ponemos en relación este texto con la citada respuesta de Papiniano (Frag. Vat. 254=D. 39.5.31.1) y con una *quaestio* de Paulo (Frag. Vat. 112)¹⁶, en los que se contempla la misma situación de *traditio*, mencionándose también el peculio, debe deducirse que quizá el mismo Ulpiano intentara aproximar esta concepción impropia del peculio¹⁷ a los *parapherna*. Por tanto, aunque nada puede concluirse como seguro respecto a esta frase, pueden señalarse como hipótesis: o que Ulpiano mismo se refiriera al peculio en la redacción originaria, que fué acortada o modificada en la definitiva forma que nos ha llegado, o que fuese un redactor postclásico el que, a la vista de los otros textos citados, incluyese la mención al peculio¹⁸, o que la frase se deba a los compiladores, lo que nos parece menos probable, ya que la primera idea del texto a la que debe referirse la mención al peculio¹⁹ no corresponde a la concepción justiniana.

M. GARCÍA GARRIDO

15. Mommsen corrigió *alii* en lugar de *Galli*, pero Bremer se propuso demostrar, sin llegar a resultados convincentes, que el término *Galli* era verdaderamente de Ulpiano, por referirse este jurista en diversas partes de su obra a los Galos. Es dudoso que Ulpiano hiciese aparecer como extraño un instituto de tan honda raigambre en las costumbres y en el derecho de Roma. Vid. *Ius Vxorium* cit., § 13.

16. Vid. *Ius Vxorium* cit., § 13.

17. En el estudio citado hemos deducido la existencia de una concepción del peculio en sentido impropio concedido por el marido en el matrimonio libre por influencia y a semejanza del peculio concedido a la mujer *in manu*.

18. Es probable que en la referencia originaria, al peculio se dijese *alii*, según la conjetura de Mommsen, y que por un error posterior de copia o interpretación se cambiase *alii* en *Galli*, o que se pretendiese buscar un origen al peculio en los galos, y todo ello se podría explicar quizá por la tendencia a contraponer *Graeci* a *Galli*.

19. Vid. *Ius Vxorium* cit., § 13.