

## LA DOCTRINA DE LA CAUSA DE LA TRADICION EN LOS JURISTAS BIZANTINOS

El problema de la *iusta causa traditionis* ha ejercido una gran fascinación sobre la ciencia romanística de todos los tiempos<sup>1</sup>. No extrañarán, por tanto, estas líneas dedicadas al estudio de una de las fases de la evolución histórica que más ha descuidado la moderna investigación<sup>2</sup>: la ciencia jurídica bizantina postjustiniana. Los juristas bizantinos revisten una gran importancia para el dogma de la tradición, pues en ellos acertamos a descubrir, por primera vez en la historia del pensamiento jurídico, huellas del contrato real abstracto.

Si quisiéramos encontrar un paralelo a los escoliastas bizantinos en su modo de trabajar, intenciones que persiguen, concepciones, etc., lo habríamos de buscar en los glosadores<sup>3</sup>. Para ambos el *Corpus*

---

1. En el libro de FUCHS, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft* (1952) puede encontrarse un buen resumen sobre la historia del dogma. Vide, además, ALVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición* (1945), y los recientes trabajos de KASER, *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la historia de la dogmática moderna*, publicado por la Facultad de Derecho de Valladolid, 1961, y *Zur iusta causa traditionis*, en *BIDR*, 64 (1961), 63 ss.

2. La bibliografía es escasa, y los pocos autores que se ocupan del tema lo tratan solamente de pasada. Vide: LANGE, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition* (1930), 98 ss.; EHRHARDT, *Iusta causa traditionis* (1930), 12 y 184 ss.; BETTI, *Il dogma bizantino della ΦΥΣΙΣ ΤΗΣ ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΣ e la irrelevanza del dissenso nella causa della tradizione*, en *Studi in onore di P. Bonfante*, I (1930) 303 ss.; SCHÖNBAUER, *Die causa beim Eigentumserwerb durch traditio*, en *Kritisches Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 25 (1932), 166 ss. y especialmente 216 siguientes; JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*<sup>3</sup> (1949), 129, nota 18; SIMONETOS, *Η νόμιμος αἰτία κατά τὴν μεταβίβασιν τῆς κυριότητος* (1947), 74 siguientes; FUCHS, *oc.*, 16 ss.

3. SONTIS, en una comunicación presentada en el XII Congreso de his-

*ius* es un código que hay que interpretar teleológicamente para reducir todas las antinomias que allí se encuentran. No tratan de hacer construcciones abstractas, sino de señalar un campo de aplicación para cada precepto contradictorio. Más aún, según su concepción, en el ordenamiento jurídico no existen propiamente contradicciones: éstas son más aparentes que reales. Es lógico que partiendo de estos presupuestos, sea el estribillo constante de los juristas bizantinos *ὅ τὸ ἐναντίον ἐστὶν ἀλλ'...* A veces proponen, incluso, distintas soluciones para un mismo caso con el fin de que el lector pueda elegir la que más convenga. Si tuviéramos que emitir un juicio sobre su originalidad sería éste muy desfavorable. No se trata de una época creadora, sino de una época de decadencia de la ciencia del Derecho. La tradición jurídica romana continuada por Justiniano ha experimentado un declive. En cambio, frente a Oriente hemos de conceder que la Glosa en Occidente representa un brillante resurgir de los estudios jurídicos<sup>4</sup>.

La prohibición de Justiniano de comentar sus leyes hay que comprenderla partiendo de esta concepción de la plenitud del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>. A tenor de la Constitución *Tanta* (§ 21) y de la Constitución *Deo auctore* (§ 12) estaban permitidas solamente traducciones literales al griego —*κατὰ πρόθεσιν*—, remisiones a textos paralelos —*παράτιπλοια*— y guiones del contenido de las disposiciones legales —*ἰνδύξεις*—. Pero como estas prescripciones dejaban un margen abierto a la interpretación se burló fácilmente la prohibición justiniana. Y así, viviendo aún Justiniano, comenzaron a aparecer paráfrasis explicativas del contenido del texto —*παραγραφαί*—, esto es, observaciones sobre alguna de las palabras del texto legal

---

toridores del Derecho alemanes ha avanzado la sugestiva hipótesis de que los escoliastas bizantinos más antiguos (siglos VI y VII) ejercieron una influencia directa sobre los glosadores, hasta el punto de hablar de una recepción de la dogmática bizantina por éstos. (SONTIS, *Ἡ δογματικὴ ἐρευνᾶ τῶν βασιλικῶν καὶ τῶν καθ' ἑξῆς σχολίων αὐτῶν ἐν συγκρίσει πρὸς τὴν Ἡλιόσταν τῶν δυτικῶν. Ἀνάπτυξιν ἐκ τοῦ τιμητικῶς τόμου Κ. Τριανταφυλλοπούλου*.—Atenas, 1959, 497-514.) Se muestra favorable a esta hipótesis WIEACKER, en *SZ.* 77 (1960), 526 ss.

4. Sobre el tema, KOSCHAKER, *Europa and das römische Recht* (1947), 60 ss., y WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952), 26 ss.

5. Existe una abundante bibliografía sobre la prohibición justiniana. Por todos, vide SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos* (1937) 2 ss.

Posteriormente surgen incluso monografías sobre problemas concretos. Por tanto, cuando se habla de la falta de originalidad de los bizantinos hay que tener también en cuenta su modo de trabajar para comprender lo limitados que estaban en su actividad científica.

De las obras de los juristas bizantinos se nos ha conservado en su dición originaria la llamada Paráfrasis de Teófilo. Se trata de una refundición griega de las *Instituciones* justinianas realizada, según demostró Ferrini<sup>6</sup>, con ayuda de las *Instituciones* gayas.

Aquí interesa comparar el texto de la Paráfrasis correspondiente a Inst., I, 2, 40, con las *Instituciones* de Gayo (II, 20), con las *res cottidianae* (D. 41, 1, 9, 3) y con las *Instituciones* de Justiniano para ver cuatro estadios distintos de una misma evolución.

Gayo II, 18-20: "18. Magna autem differentia est inter mancipia et nec mancipia. 19. Nam res nec mancipia ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id accipiunt traditionem. 20. Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim."

D, 41, 1, 9, 3 (Gaius 2 rer. cott. sive aur.): "Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi."

Inst. 2, 1, 40: "Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferr. ratam haberi."

Parafr. II, 1, 40: Φυσικός τρόπος κτήσεως ἐστὶ καὶ ὁ τῆς traditionos καὶ τί ἐστὶ tradition; ἢ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μεταθέσις, εὐαπάλλακτον καὶ ἀπερίεργον καὶ φυσικὴν τὴν πράξιν ἔχουσα, οὐδὲν γὰρ οὕτως τῇ φύσει συνάδει ἢ τὸ βεβαιοῦσθαι τὴν τοῦ δεσπότητος γνώμην τὸ οἰκεῖον πρᾶγμα μετατιθέντος εἰς ἕτερον, εἰς δὲ τὸ διὰ traditionos μεταθεῖν αἰ μετὴν δεσποτείας, δεῖ τούτα συνδραμεῖν, ὥστε δεσπότην εἶναι τὸν traditeύοντα καὶ φυγῇ τοῦ βούλεσθαι μεταθεῖν αἰ τὴν δεσποτείαν ποιῆσθαι τὴν traditiona καὶ σωματικὸν εἶναι τὸ traditenόμενον. σωματικὸν μὲν διὰ τοῦτο εἶπον ἐπειδὴ τὰ ἀσώματα εἴφῃς ὄντα κρείττονα οὐκ ἐπιδέχονται traditiona. δεσπότην εἶναι τὸν traditeύοντα διὰ τοῦτο εἶπον ἐπειδὴ ὁ μὴ ὢν δεσπότης οὐ δύναται μεταθεῖν αἰ δεσποτείαν, ἣν οὐκ ἔχει. φυγῇ τοῦ βούλεσθαι ποιῆσαι δεσπότην τὸν λαμβάνοντα διὰ τοῦτο πρόκειται, ἵνα ἐξέλκῃ τὴν χρεῖσιν καὶ τὴν παρακαταθήκην.

6. FERRINI, *Opera I* (1930), 131 ss. Hoy no puede ponerse en duda que el Teófilo de la paráfrasis y el colaborador en las *Instituciones* justinianas son una misma persona. Vide D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano* (1943), 130 ss., con bibliografía.

Mientras las Instituciones de Gayo<sup>7</sup> parten de la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, que constituye la espina dorsal de los derechos reales en la época clásica, las *res cottidianae* nos ofrecen tan sólo un atisbo de esta distinción con su frase *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt*, y las Instituciones de Justiniano, avanzando un paso más, sustituyen esta última formulación por otra más acorde con las nuevas circunstancias: *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur*, insertando de este modo decisivamente la *tradition* en la clasificación entre modos de adquirir de Derecho civil y de Derecho natural<sup>8</sup>. Sigue en ambos textos una reflexión postclásica que justifica el carácter de la tradición como modo de adquirir de Derecho de gentes o de Derecho natural, respectivamente. Pero estas palabras intentan únicamente, en las Instituciones justinianeas, justificar la estructuración de la *traditio* dentro de los modos de adquirir de Derecho natural, y no constituyen, por tanto, la expresión de un requisito autónomo ni, mucho menos, la formulación de la *iusta causa*. Conviene tener presente esta idea para no desorbitar el alcance del texto que fue precisamente uno de

---

7. Es muy significativo el hecho de que propiedad del *tradens* e *iusta causa* aparezcan en este texto como requisitos independientes. Esto nos indica claramente que causa de la tradición y título de la usucapición pueden reducirse al concepto más general de *causa possessionis*. Esta construcción es posible en los sistemas jurídicos que parten de una tradición causal y mantienen separados en la usucapición título y buena fe. En el Derecho español, el art. 1.952 nos da una definición de título de la usucapición que puede aplicarse perfectamente a la *causa traditionis* (comp. VoET, *Comm. ad Pand.*, XLI, III, 4, probable antecedente del art. 1.952). Quizá pudiéramos formular nuestra idea con las dos ecuaciones siguientes: 1) Adquisición por tradición:  $a + b = Z$  2) adquisición por usucapición:  $c + d + b = Z$ , siendo  $a =$  propiedad en el *tradens*,  $b =$  *iusta causa*,  $c =$  buena fe,  $d =$  transcurso del tiempo, y  $Z =$  adquisición de la propiedad. Aquí vemos cómo "b", causa de la tradición en un caso y título de la usucapición en otro, es en ambos la causa de la posesión que la cualifica elevándola a la categoría de posesión civil. Este esquema resuelve *ex radice* el problema de la validez del título en la usucapición: al referirse éste únicamente al aspecto obligacional es evidente que puede ser "verdadero y válido", tal como exige el art. 1.952. La usucapición no sana, por tanto, un vicio del título, sino la falta de propiedad del *tradens*.

8. Es interesante constatar aquí cómo los compiladores cambiaron las palabras *iure gentium*, por *iure naturali*, muy en consonancia con su devoción por la *res*.

Los que sirvieron de base a Savigny para elaborar la doctrina del contrato real abstracto<sup>9</sup>.

Sin embargo; la Paráfrasis muestra ya un estadio ulterior de la evolución. Aquí nos interesa de modo especial lo siguiente: Gayo exige como requisitos de la *traditio* en el texto de las Instituciones, a) que se trate de cosa corporal: b) propiedad en el tradente: c) *iusta causa* de la tradición efectuada (venta, donación, etc.). En cambio, en la Paráfrasis ya no encontramos la exigencia de la *iusta causa*, sino, en su lugar, la intención de transmitir la propiedad en el tradente. Las Instituciones justinianas y las *res cottidianae* han sido el escalón intermedio en este cambio. Comparando la Paráfrasis con las Instituciones de Justiniano advertimos también algunas diferencias. Por lo pronto, la distinción entre *nuda traditio* y tradición con ánimo de transferir la propiedad. Únicamente a la primera refiere Teófilo la explicación voluntarista de las Instituciones<sup>10</sup>. Con referencia a la segunda, exige Teófilo tres requisitos para que la propiedad se transfiera: 1) Que el transmitente sea dueño de la cosa. 2) Que ésta sea corporal. 3) Que se entregue la cosa con ánimo de transmitir la propiedad. A nosotros nos interesa aquí el tercero de estos requisitos y la explicación que sobre él da el jurista bizantino: se requiere la intención de transmitir la propiedad para excluir el depósito y el usufructo. De este modo vemos aquí cómo Teófilo, por primera vez en la historia del pensamiento jurídico, da a la voluntad un valor indiciario que permite diferenciar la *nuda traditio* de la tradición hecha para transmitir la propiedad. El pensamiento es totalmente distintos al de las Instituciones justinianas. Se ha dado un paso decisivo: la *voluntas rem transferendi*, que en el texto de las *res cottidianae* y en las Instituciones de Justiniano aparecía como una simple explicación, es decir, como una justificación abstracta, aparece aquí elevada a la categoría de requisito independiente. No obstante, conviene no perder de vista que lo único que pretende Teófilo es parafrasear las Instituciones de Justiniano y no exponer sus propias concepciones. Así no puede extrañarnos que un poco más adelante leamos: ἀλλ' εἰμὲν δεσπότης traditeύσῃ μοι τὸ οἰκεῖον πράγμα

9. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*. II (1853), 257, nota n. Donde observa también "Theophilus hat dieselve Reger weiter ausgeführt".

10. Anotamos también aquí la traducción de *acquitas naturalis* por φύσις.

ἀπὸ δωρεᾶς ἢ προικὸς ἢ ἐξ ἄλλης ἐναλλαγῆς ὁιασοῦποτε αἰτίας. οἷον ἀπὸ permutationos, ἀναμφιβόλως μεταφέρει τὴν δεσποτείαν ἀπ' ἐμέ. (2, 1, 40 *in fine*). Anotamos, pues, un primer paso en la historia del dogma de la abstracción de la tradición: la sustantivación de la *voluntas trasfere-rendi domini*. En las páginas que siguen hemos de ver cómo esta sustantivación, unida a la hipertrofia que la doctrina del contrato experimenta en la época bizantina, va a terminar desembocando en una construcción muy semejante a la doctrina del contrato real abstracto de Savigny.

Entre las fuentes de la ciencia jurídica oriental destacan por su importancia los *Basílicos*. Son éstos una obra terminada bajo León el Filósofo (886-911)<sup>11</sup> que, dividida en sesenta libros, reúne bajo una nueva sistemática todo el Derecho justiniano traducido al griego. Pero los *Basílicos* no contienen tan sólo la versión griega, sino también los llamados escolios. Hay dos masas distintas de escolios: fragmentos procedentes de los siglos VI y VII, que se suelen denominar escolios antiguos, y fragmentos de los siglos X al XII, que se llaman escolios modernos. La crítica moderna ha emprendido la tarea de separar ambas masas<sup>12</sup>. Por eso juzgamos inexcusable operar con estas nuevas hipótesis de trabajo, deslindando caso por caso a quién pertenezcan los escolios en cuestión. Por otra parte, contamos también aquí con la nueva edición de los *Basílicos* de Scheltema<sup>13</sup>, pues el tomo correspondiente al libro XXIII, que es el que interesa a nuestro objeto, ha aparecido en 1959.

En consonancia con su método de trabajo plantéanse los escoliastas bizantinos el problema de la naturaleza causal o abstracta de

11. Se discute si este emperador otorgó a su obra fuerza de ley, derogando de este modo el *Corpus iuris* justiniano. La opinión dominante lo niega. Contra ésta, BERGER, en *IVRA*, 5 (1954), 87 ss. y, a su vez, contra BERGER, convincentemente, SCHELTEMA, en *TRG*, 23 (1955), 287 ss.

12. Para la distinción entre los escolios antiguos y modernos, vide: ZACHARIAE, en *SZ*, 10 (1899), 288 ss.; SCHELTEMA, *TRG*, 16 (1939), 327; LAWSON, *SZ*, 49 (1920), 212 ss.; id., *Law. Quarterly Review* (1930), 540 ss.; BERGER, *BIDR*, 14/15 (1952), 107.

13. Un resumen de las críticas contra la edición de HEIMBACH puede encontrarse en PRINGSHEIM, *Zur Plan einer neuen Ausgabe der Basiliken* (1956), 4 ss.; sobre la nueva edición de SCHELTEMA vide BERGER, en *TRG*, 22 (1954), 182 ss.; WIEACKER, en *SZ*, 71 (1954), 474 ss.; VOLTERRA, en *IVRA*, 5 (1954), 407 ss.

la tradición a propósito del texto de Ulpiano (D. 12, 1, 18, pr.), intentando explicar su contradicción con Juliano (D. 41, 1, 36). Es muy curioso ver los tópicos a que recurren para explicar la célebre antinomia, pues en ellos vemos reflejadas las concepciones jurídicas de la época.

Comenzaremos el estudio de los escolios antiguos por uno de Cirilo, traducción de D. 12, 1, 18 pr. (= B. 23, 1, 18)<sup>14</sup>: «Κυρίῳ λου. Εἰ δωρήσομαι σοι δέκα νομίματα, οὐ δὲ δέξῃ ὡς ἀπὸ δακτύου, οὐ μεταφέρεται δεσποτεία, εἰ δὲ δωπανήσῃς αὐτά, ἔχεις δούλου παραγραφὴν.»

Como todos los fragmentos del *index* de Cirilo, se caracteriza también éste por su extremada concisión<sup>15</sup>. Así, se limita a afirmar que en el caso que yo entregue diez con intención de verificar una donación y tú los recibas en mutuo no pasa la propiedad, destacando también la procedencia de la *exceptio doli* en el caso de la *consumptio*. Por tanto, no da ninguna razón de que no pase la propiedad.

Mucho más importante para conocer las concepciones de Cirilo es otro esolio que se encuentra en Hb. V, 437. A nuestro juicio pueden distinguirse los siguientes estratos dentro de este largo y complicado texto: a) Un fragmento del *index* de Cirilo, traducción de D. 13, 1, 12, pr. 1. b) Una posible interpolación tardía que introduce dos nuevos supuestos (desde ὑπόθου γάρ hasta τὴν δωρεάν). c) Un παραγραφὴ de Cirilo, comentario a las palabras del Digesto *tuo facto*. Este último es únicamente lo que interesa a nuestro objeto, y, sobre todo, el párrafo siguiente: οὕτω γάρ νόησον ἐνταῦθα τὸ tuo facto, τούτεστιν, οὐκ ἐκ προαιρέσεως σῆς. καὶ μὴ εἴπῃς, ὅτι καὶ δίχα φάκτου σου μετετέθη πρὸς ἕτερον ἢ δεσποτεία τοῦτο γάρ λέγοντες ἐναντιούμεθα τῷ Πομπωνίῳ ἐν τῷ 1ε' τῶν διγ. βιβ. τιτ de peculiiis διγ. 1α' κανονίζοντι, ὅτι τὸ ὄν ἡμέτερον οὐ δυνάμεθα δίχα φάκτου ἡμετέρου εἰς ἕτερον μετατίθεσθαι. ἐταῦθα οὖν τὸ tuo facto εἶπε οὐκ ἐκ προαιρέσεως σῆς.

Cirilo equipara aquí *tuo facto* a *ex voluntate tua*, y afirma, remitiéndose a Pomponio, que sin voluntad no puede transmitirse la

14. Los escolios a D. 12, 1, 18 (= B. 23, 1, 18) corresponden a HEIMBACH, II, 613 ss., y SCHELTEMA, B. IV, 1539 ss.

15. Mateo BLASTARES, jurista del siglo XIV, caracterizaba certeramente a los escoliastas en el prólogo del *Syntagma canonum* con las siguientes palabras: Στέφανος γάρ, τις εἰς πλάτος τὰ δίγιστα ἐξηγήσατο. Κύριλλος κατ' ἐκαστήν. Δωρόθεος μέσσι τάξει ἐχρήσατο.

cosa a otro. Vemos, por tanto, que la idea de la *voluntas rem transferendi*, que es un requisito indispensable para la adquisición de la propiedad, estaba ya como flotando en el ambiente, puesto que tanto Cirilo como su maestro Teófilo participan de ella. Ahora bien, aquí se trata tan sólo de una voluntad unilateral. Para llegar al contrato real abstracto hace falta, primero, que esta voluntad sea bilateral; segundo, que esta voluntad aparezca desconectada de la *iusta causa*. El primer estadio se alcanzó con Estéfano, el segundo con Niceo.

Los fragmentos de Estéfano tienen una gran importancia en nuestra materia, pues en ellos se refleja claramente lo que modernamente se suele denominar acuerdo real causal.

Entre los escolios que siguen a B. 23, 1, 18, destacan por su significado el 2 y el 15, que han sido frecuentemente mal interpretados por los autores al desconocer su íntima conexión.

Con su acostumbrado tono doctrinal explica Estéfano en el escolio número 2 la necesidad de que en los contratos concuerden las voluntades exactamente, pues el contrato no es válido si las partes disienten en los pareceres: «Στεφάνου. Ἐἶπον γάρ οἱ πολὺλάκις, ὅτι ἐπὶ πάντων τῶν συναλλαγμάτων δεῖ πάντως συνᾶδειν τῆν τῶν συναλλακτόντων διάθεσιν». <sup>16</sup>.

Tras una cita de Pomponio para ilustrar esta afirmación demuestra que los dos casos que siguen en D. 12, 1, 18, 1, no contradicen esta idea con el siguiente razonamiento: «Ὅτε γάρ ἡ ἐξ ἀρχῆς σύνοδος τῶν συναλλαξάντων, οὔτε ἡ ἀπαρίθμησις, ἀλλ' ἡ δανάπη τὸν ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος ἐπ' αἰτοῖς εἰσῆγαγε κτηνὸν, ὡς ἀπὸ ἀγαθοῦ καὶ δικαίου συνιστάμενον, δε παραγοράττειν ἴσθηε τὸν καθόλιχόν κανόνα».

De modo que encontramos aquí una tripartición fundamental, según que la *conditio* haya sido introducida por el consentimiento de los contratantes, por la *numeratio* o por la *depensio*.

16 En la edición de HEIMBACH falta, como otras tantas veces, la inscripción Στεφάνου. En cambio, preceden las palabras οὐδέτερον ἔρροται, que no están en el manuscrito y han sido añadidas por HEIMBACH quizá para "ayudar al lector". Ahora bien, nuestro texto da una idea muy clara de las confusiones que de aquí pueden originarse: el escolio de Estéfano no comenta la versión griega de las Basílicas, sino palabras del mismo Digesto. Por eso hemos suprimido siempre las rúbricas de HEIMBACH al citar los escolios.

Este es, en líneas generales, el contenido del texto, que sugiere algunas consideraciones.

La idea, tan repetida por Estéfano, de que en todos los contratos es imprescindible que la voluntad de las partes concuerde plenamente nos lleva a otros textos. A este respecto son fundamentales las siguientes palabras de Estéfano en el escolio *Ἐντεῦθεν σημείωσαι*<sup>17</sup> a D. 17, 1, 5, 2 (Heimbach, II, 71 = Scheltema, B. II, 708): *τὰ γὰρ συναλλάγματα ἐκ τῶν διαθέσεων, ὡς ἐμάθομεν, κανονίζονται καὶ ἄνευ διαθέσεως οὐκ ἔστιν δυνατόν, συνίστασθαι συναλλάγμα, μήτε γὰρ ἔστιν τῶν συναλλάγμάτων ἢ διαθέσεως*. Aquí aparece con más claridad aún la hipertrofia de la voluntad en la doctrina del contrato<sup>18</sup>. Mientras en la época clásica las partes tenían que encajar su voluntad en unos moldes contractuales determinados, sin que pudiera salirse de ellos, ahora sucede a la inversa, y es la voluntad la que crea los contratos, siendo además decisiva para su calificación, como muestra de modo palmario la palabra *κανονίζονται*. De aquí hemos de deducir consecuencias importantes.

El segundo pilar sobre el que se asienta el texto es un tópico corriente en la época, esto es, la tripartición de las *condictiones* según se basen en la concordancia inicial de voluntades, en un mutuo o en una *consumptio*<sup>19</sup>. Es decir, que éstas son las tres razones por

17. Este escolio pertenece a la mal llamada cadena externa. Pero de ahí no puede inferirse que se trate de un escolio moderno, toda vez que entre los escolios escritos al margen del manuscrito existen también algunos antiguos (abundantes ejemplos para el *Codex Coislinianus* en SCHELTEMA, TRG, 25 (1957), 297 ss., en autorizadas oposición a PRINGSHEIM). El criterio estilístico es aquí decisivo para la atribución a Estéfano. Por lo demás, el escolio nos suministra un claro ejemplo de interpolación (*καὶ ἀπόρροη-*finis**). Que estas palabras han sido introducidas posteriormente es algo que puede deducirse con seguridad del empleo de *καὶ*. El cotejo del texto citado en el escolio con D. 18, 1, 63, muestra la procedencia de aquél de la Suma de Digestos del Anónimo. Por tanto, se trata de una interpolación, pues Estéfano cita siempre el texto del Digesto y no la versión del Anónimo.

18. Sobre este punto es fundamental el trabajo de RIGONDI, *Natura contractus*, en *Scritti giuridici*, II (1922) 159 ss.: vide, además, con referencia al problema del *animus*, PRINGSHEIM, SZ, 42 (1921), 273 ss., y KASER, SZ, 69 (1952), 85, n. 71.

19. Sobre la distinción entre *condictio ex numeratione* y *condictio ex consumptione* en los Basílicos, vide HEIMBACH, *Die Lehre vom creditum* (7870), 64, donde puede encontrarse también una crítica a la teoría del *promutuum* de Cuyacio.

las que puede pasar la propiedad a otra persona, transformándose la acción reivindicatoria del antiguo propietario en *condictio*. En nuestro caso concreto ha sido la *consumptio* la que ha determinado que pase la propiedad, y, consiguientemente, ha surgido la *condictio* en sustitución de la acción reivindicatoria.

Si hasta ahora Estéfano había comentado las palabras *nec mutuum esse* explicando en el escolio Εἶπον, la procedencia de la *condictio*, en el escolio Ἡρωτήθη, pasará a justificar la *exceptio doli* frente a la *condictio*. Su tendencia figuralista le llevará a construir una donación.

Estéfano se plantea el problema de lo que sucede en el caso de que el tradente quiera dar en mutuo y el accipiente reciba *quasi donaturus* (es decir, el supuesto inverso al propuesto en el texto de Ulpiano). ¿Procederá en este caso la *exceptio doli*? Contesta negativamente, pues no hay aquí concordancia de voluntades, añadiendo: «ἐπὶ μέντοι τοῦ πρώτου θέματος, ἔνθα ἐγὼ μὲν καρείχον ὡς δωροῦμενος, σὺ δὲ ὡς δανειζόμενος ἐλάμβανες, εἰ καὶ μὴ τὴν ἀρχὴν συνέσειη κατὰ νόμον ἢ δωρεά, ὁμως, δι' ὧν κέχρησαι τῇ τοῦ δόλου παραγραφῇ, νῦν προδήλως ἐπὶ τῇ δωρεᾷ συναινεῖς»

Es decir, que en el supuesto de Ulpiano, en que el tradente quiere donar y el accipiente recibir en mutuo, aunque en principio no exista donación, sin embargo, desde el momento en que el accipiente emplea la *exceptio doli* es porque consiente en la donación. Luego sale al paso Estéfano de la objeción que supone la regla *quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore conualescere* arguyendo: «οὔτε γὰρ ἦν ἡ δωρεά τὴν ἀρχὴν ἀνυπόστατος, ἀλλ' ἠρτημένη τῆς σῆς προαιρέσεως, [καὶ τέως] ἢ ἐντελῆς τῆς δωρεᾶς περιέμενε σύστασις» es decir, que el negocio no estaba afecto de un vicio desde el comienzo, sino que más bien dependía de la aceptación del donatario<sup>20</sup>. Finalmente explica Estéfano cómo cuando el tradente quiere hacer un préstamo y el accipiente recibir *quasi donaturus* no hay donación. La razón: «οὔτε γὰρ τὴν ἀρχὴν σκοπὸν εσχον δωρήσασθαι, οὔτε δὲ νῦν τοιαύτην ἔχω διάθεσιν, τοῦναντίον μὲν δι' ὧν ἀπαιτῶ τὰ δεδομένα, προδήλως οὔτε ἔχω διάθεσιν δωρομένου» es decir, ni hubo en el tradente en un principio intención de donar ni la tiene ahora, al contrario, desde el momen-

20. Esta distinción es hoy día muy corriente en la dogmática. Por todos, vide BETTI, *Istituzioni di Diritto romano*, I (1947).

to que exige la devolución muestra que no tiene *animus donandi*. Esta es, en líneas generales, la argumentación de este largo escolio, tan mal comprendido por los autores. Así, no debe sorprender que un conocedor de la materia como Schönbauer<sup>21</sup> escriba: "Estéfano construye una *sanatio* de la donación *ex radice* mediante la aceptación sobrevvenida de la donación. Pero con ello olvida que la distinción ulpianea entre monedas gastadas y monedas no consumidas perdería su significación", o, más recientemente, Fuchs<sup>22</sup> se extraña de que Estéfano hable de la *exceptio doli* frente a la *condictio* y no frente a la *reivindicatio*. Ambos autores no tienen en cuenta que la sanatoria es siempre a partir de la *consumptio* y que, por tanto, dada ésta, sólo cabe la *condictio* y no la reivindicatoria. Esta es la única explicación lógica, pues si admitiéramos la interpretación de Schönbauer y Fuchs llegaríamos a consecuencias absurdas: ¿Para qué iba a construir Estéfano una donación si el texto de Ulpiano dice expresamente *nummos accipientis non fieri* y el propio escoliasta está convencido de que sin mutuo, ni donación no pasa la propiedad? Al construir una donación tendría que admitir el paso de la propiedad, chocando de este modo con las palabras mencionadas.

Por eso la única interpretación posible es admitir que mientras el escolio Εἰς τοῦ justifica la *condictio* partiendo de la *consumptio*, el escolio Ἡποτίθητι explica la *exceptio* partiendo de la *donatio*.

¿Cuáles son las consecuencias que se deducen de estos dos escolios para la doctrina de la causa de la tradición? Por lo pronto es fácil advertir que el acuerdo de voluntades sobre la donación puede darse en cualquier momento y, por tanto, también en el momento de la tradición. Con lo cual encontramos en Estéfano el llamado modernamente acuerdo real causal<sup>23</sup>, es decir, que el mero acuerdo de voluntades *donandi causa* es, en nuestro caso, suficiente para operar el traspaso de la propiedad. Era la consecuencia inevitable que tenía que derivarse de la hipertrofia de la voluntad y de la extensión desmesurada dada al concepto de contrato. Pero para que apa-

21. SCHÖNBAUER, *Kritisches Vierteljahrschrift*, 25 (1925), 217.

22. FUCHS, *oc.*, 21.

23. Sobre el acuerdo real causal en el Derecho clásico vide HAZEWINKEL-SURINGA, *Mancipatio en traditio* (1930), 114 ss.; SCHULZ, en *SZ.*, 52 (1932), 544 ss., y contra ambos, acertadamente, KASER, *Compraventa y transmisión de la propiedad y Zur iusta causa traditionis*, citados.

rezca el contrato real abstracto se necesita todavía, primero, que se configure a la tradición como contrato; segundo, que se le separe de su causa.

Pasando por alto los escolios del Anónimo, puesto que se limita a traducir el texto del Digesto (aunque mejorando casi siempre sus formulaciones)<sup>24</sup>, hay que examinar, en cambio, las ideas de Constantino Niceo<sup>25</sup>, escoliasta del siglo XI, cuyo rasgo más saliente parece ser una fuerte conciencia del epígono que trata de superar con afán clasicista<sup>26</sup>. Sólo que este clasicismo no pasa de ser una sim-

24. En primer lugar tenemos el texto de las *Basilicas*, B. 23, 1, 18 (= D. 12, 1, 18), que ha sido tomado de la *Suma de Digestos*. Este fragmento confirma una vez más la impresión que se recibe comparando el texto del Digesto con el del Anónimo: se trata aquí de una formulación más corta, más abstracta y más exacta del pensamiento que en el Digesto aparece expresado de un modo casuístico (sobre el estilo del Anónimo vide SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos*, [1937] 133). Comparándolo con la versión de Cirilo vemos que ésta es más corta, pero que esta concisión es a costa de la claridad. En nuestro caso vemos cómo Cirilo no entraba en el problema de por qué no pasa la propiedad; en cambio observamos como el Anónimo nos da como razón el que no haya ni mutuo ni donación (*οὐδέτερον ἔρρωται*). En el esolio núm. 3 nos encontramos con la misma idea: cuando uno cree una cosa y otra no, no vale ni lo uno ni lo otro (comp. SCHÖNBAUER, *loc.*, 216).

También es digna de mención la traducción a D. 44, 7, 55 (= B. 52, 1, 54), que supera en claridad al texto del Digesto, así como la traducción a D. 41, 1, 31, pr. (= B. 50, 1, 29, 1, 5), donde no se dice una palabra de que la causa deba de preceder a la tradición.

25. La personalidad de Niceo ha sido un enigma en la investigación del Derecho bizantino. Este escoliasta tiene mucha importancia para la separación entre escolios antiguos y modernos, pues suele citar el Digesto y el Codex de modo análogo a los juristas de los siglos VI y VII. Mientras HEIMBACH (*Manuale Basilicorum*, 1870, 200), prudentemente, no sacaba conclusiones de este hecho, limitándose a afirmar: "Utrum Digestorum et Codicis cognitionem, nisi per scholia antiqua, non habuerit, ex ratione laudandi locos horum librorum certo cognosci non potest", dice LAWSON (*SZ*, 49 [1929], 220) decididamente: "Der Zeitpunkt, also, nach dem die παραγραφαί, die die Digesten und den Codex zitieren, sich von denen, die die Basiliken zitieren, scheiden, liegt wahrscheinlich eher irgendwo in 12. Jahrhundert als in der Epoche, in der die Basiliken veröffentlicht wurden." A nuestro juicio la barrera que separa escolios antiguos y modernos es el μεταγραφητισμός de fines del siglo IX, innovación técnica de tanta importancia como el tránsito del *volumen* al *codex*.

26. Esta explicación psicológica, que a primera vista pudiera parecer arbitraria, tiene la ventaja de aclarar suficientemente algunos aspectos del pro-

ple vuelta al siglo VI · su canon es Estéfano<sup>27</sup>, cuyo estilo imita Niceo largamente tanto en la ampulosidad como en el tono doctrinal, e incluso en el empleo repetido de las mismas expresiones, hasta el punto de que, a veces, se hace difícil separar los escolios de uno y de otro<sup>28</sup>.

Niceo es, en general, un autor oscuro, y sus ideas no suelen constituir una aportación destacada, pero en nuestra materia tuvo el acierto de formular claramente la doctrina del llamado posteriormente contrato real abstracto. El escolio que aquí nos interesa se encuentra a continuación de B. 23, 1, 18 (= D. 12, 1, 18), y suena así en su tenor literal: τοῦ Νικαέως. Μὴ ἐναντιωθῆ σοι τὸ λς . κεφ. τοῦ α΄ . τιτ. τοῦ ν΄ . βιβ. λέγον, μεταφέρεσθαι τὴν δεσποτείαν ἐπὶ τοῦ παρόντος θέματος. οὐ γὰρ ἐστὶν ἐναντίον, ἀλλ' ἐξ ἐκείνου καὶ τοῦ παρόντος συνάγεται, ὅτι ἡ δεσποτεία ἀμάχως μεταφέρεται, ἐπειδὴ καὶ ἄμφω περὶ τὸ παραδόμενον σῶμα συναινοῦσιν, καὶ ἑκατέρων αἰ. θελήσεις συντρέχουσιν εἰς τὴν τῆς δεσποτείας μετάθεσιν. ὅτε γὰρ δωρούμενος σκοπὸν ἔχει τὴν δεσποτείαν ἀφ' ἑαυτοῦ μεταθεῖναι, ὅτε δανειζόμενος δανείζεται, ὡς ἂν δεσπότης γένηται τῶν δανειζομένων, καὶ λοιπὸν εἰς τὸ αὐτὸ συνελθόντων καὶ ἄμφω, μετατίθεται ἡ δεσποτεία διὰ τῆς παραδόσεως. τοῦτο γὰρ ἐστὶ φύσις τῆ παραδόσει. τὸ δὲ παφὸν κεφάλαιον μὴ πολυπραγμονοῦν περὶ τοῦ τέλους, ἤτοι <τῆς> διὰ τῆς παραδόσεως μετάθεσεως τῆς δεσποτείας, ἀλλὰ περὶ τῆς ἀρχῆς, ἤτοι τῆς συστάσεως τοῦ συναλλάγματος, ἐπειδὴ μὴ εὕρισκε τὰ τῶν συμβαλλόντων θελήματα συντρέχοντα, φησὶ μὴ γίνεσθαι τὰ νομίματα τοῦ λαμβάνοντος, εἰ μὴ δαπανηθῶσιν. μονονουχὶ τοῦτο λέγον, ὅτι εἰ

blema de Niceo; sobre todo el hecho de que cite directamente el Digesto y no los Basílicos. La conciencia de epígono a que hacemos referencia queda de manifiesto en un cúmulo de detalles. Sin salir de nuestro texto, en la misma frase τοῦτο γὰρ ἐστὶ φύσις τῆ παραδόσει. Supuesto que hay que leer τῆ παραδόσει con Scheltema y no τῆς παραδόσει con Heimbach (no ya sólo como *lectio difficilior*, sino por ser lo que realmente se encuentra en el manuscrito), el empleo tan forzado del dativo en una época en que éste había perdido ya mucho terreno en la κοινή supone un cultismo y revela, además, un afán clasicista que encaja también perfectamente dentro del espíritu de la época.

27. Esto es lo que quiere decir precisamente la frase ὁ διδάσκαλος ἡμῶν en HEIMBACH, II, 576.

28. HEIMBACH (*Manuale*, 252) escribe a este respecto "Etiam Schl., 3, II, 613, licet Nicaei nomen in fronte ferat, fuisse videtur adnotatio Stephani serius interpolata." No obstante creemos que no hay la menor razón para dudar de que nuestro escolio proceda totalmente de Niceo.

καὶ μεταφέρεται ἡ δεσποτεία κατὰ τὸ γ'. καὶ διὰ τὴν περὶ αὐτῆς ὁμογενή-  
μοσύνην τῶν μερῶν. ἀλλὰ γὰρ διὰ τὴν περὶ τὴν σύστασιν πλάνην τοῦ  
ὀνομακλήματος, οὐ μένουσιν ἀναφαίρετα τῷ παραλαβόντι, εἰ μὴ πῶς ἁπα-  
νηθῶσιν. εἰ δὲ βούλει, προσυπάκουε γὰρ εἰσε τὸ ἁπανώμενον τῶν νομισ-  
μάτων μετατίθεσθαι τὴν δεσποτείαν.

Intentando Niceo resolver la antinomia entre Ulpiano (D. 12, 1, 18 pr.) y Juliano (D. 41, 1, 36) afirma que entre estos textos no hay contradicción, sino que de ambos se desprende claramente que pasa la propiedad, pues las partes están de acuerdo en el *corpus* y sus voluntades van dirigidas a la transmisión del dominio. Y así, puesto que tanto el tradente *quasi donaturus* como el accipiente en concepto de mutuo tienen una intención común de transmitir y adquirir la propiedad, respectivamente, basta este consentimiento para que se transfiera el dominio por tradición, pues ésta es la naturaleza de la *traditio*. Luego, en la segunda parte del escolio, nos ofrece Niceo una explicación muy ingeniosa de las palabras *nummīs accipientis non fieri* que ha tenido mucha repercusión<sup>29</sup>; mientras el texto de Ulpiano contempla el contrato obligacional y afirma que las monedas no se hacen del accipiente, puesto que no quedan definitivamente en su poder, el texto de Juliano se refiere simplemente a la traslación del dominio.

Por tanto, en la primera parte del texto se encuentra claramente expresada la doctrina del contrato real abstracto, que en el siglo XIX había de alcanzar una gran difusión merced a la indiscutible autoridad de Savigny. Para Niceo basta la concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir la propiedad, respectivamente. El negocio causal queda relegado a servir de mero indicio de la voluntad de transmitir. De él extrae Niceo una voluntad común, un *animus transferendi et accipiendi domini*. Fuchs<sup>30</sup> ha tratado de bagatelizar las formulaciones de Niceo al plantearse el problema de si es posible reconocer aquí el contrato real abstracto en el sentido de Savigny. Contesta negativamente por dos razones: a) El texto no emplea la palabra contrato, *συνάλλαγμα*, para designar el momento en

29. Comp. DONELLO, *Opera omnia*, X (Florencia, 1857), 291 ss., que escribe: "non videatur cuiusquam fieri aut ad aliquem pervenire quod non est mansurum, quodque alicui modo potest avocari".

30. FUCHS, *oc.*, 24.

que se opera la transmisión de la propiedad, sino que que habla simplemente de la voluntad concorde de transmitir. *b)* La exposición de esta voluntad bilateral de transmitir muestra que Niceo no la concibe como algo independiente de lo que las partes han querido, sino en un sentido causal. En apoyo de esta afirmación cita el profesor de Basilea la frase *ὅτε γὰρ δωροῦμενος -- διὰ τῆς παραδόσεως* y el final del esolio: El error invalida el negocio y, sin embargo, no comprende la intención concorde de transmitir.

Hasta aquí la opinión de Fuchs. Pero su interpretación deja lugar a muchas dudas. Por lo pronto, el primer argumento queda desvirtuado por la expresión *φύσει ἢ παραδόσει* que muestra uno de los tópicos favoritos de los juristas bizantinos<sup>31</sup> y que debe ser referida, sin duda alguna, al contrato. Pero si este argumento de Fuchs es muy débil, el segundo es una prueba directa contra su opinión: es cierto que Niceo induce de la intención de donar del *tradens* y de la intención de recibir en préstamo del *accipiens* una concorde voluntad de que la transmisión se verifique, pero esto no es, ni más ni menos, que lo que habría de hacer Savigny unos siglos más tarde al dar a la causa un valor indiciario, que revela la voluntad de las partes. De ahí que el final del esolio hable claramente contra Fuchs: si el error que recae sobre el negocio causal no invalida la transmisión hemos de concluir necesariamente que ésta es abstracta.

Con todo ello no queremos desorbitar el valor de los escoliastas bizantinos en este punto, sino afirmar sencillamente que la doctrina de la tradición abstracta no encuentra su expresión hasta el siglo XI con Niceo, aunque éste se hallara de modo causal al intentar resolver la antinomia entre Juliano y Ulpiano. El puente para pasar de la tradición causal a la abstracta lo constituyó el llamado acuerdo real causal, que encontramos ya en Estéfano. Niceo no hizo otra cosa que recoger los tópicos corrientes de su época para reducirlos a feliz síntesis dentro del marco de su afortunada construcción. El problema de si ésta influyó en Savigny a través de Donello —lo que no parece nada improbable— es una interrogante que debe quedar aquí abierta por exceder los límites de este trabajo.

JUAN MIQUEL

31. Vide ROTONDI, *lc.*