

EL COMENTARIO DE ULPIANO A LOS EDICTOS DEL "METUS"

SUMARIO: 1. La teoría de Kupisch.—2. Relación con la *lex Plautia de vi*, la política legislativa anti-*vis* del cónsul Quinto Lutacio Cátulo.—3. Planteamiento de nuestra revisión del tema.—4. Estructura general, según Lenel, del comentario de Ulpiano.—5. (D.4,2) frag. 1: el edicto rescisorio; D.50,17,116pr.: reenvío.—6. frags. 3,5,7 y 9pr.: «*metus*».—7. frag. 9,1-2: «*gestum*».—8. frag. 9,3-6: «*ratum non habebo*»; el caso de los *Campani*.—9. frag. 9,7-8: el edicto (perdido) de la acción penal.—10. frag. 12pr.: *fructus percipiendi*; frag. 12,1-2; frag. 14pr.: legitimación pasiva para la acción penal.—11. frag. 14,1-2: *actio* (post-anual) *in simplum*.—12. frag. 14,3: fórmula *in rem scripta*.—13. frag. 14,4: cláusula arbitraria; frag. 14,5: subadquirentes de buena fe; frags. 6 y 8: deuda afianzada.—14. frag. 14,7 y 9-11: *quadruplum* clásico y *tripulum* compilatorio.—15. frag. 14,12-13: concurrencia de acciones.—16. frags. 16,2 y 20: la acción contra el heredero.—17. Orden resultante del comentario de Ulpiano.—18. Conclusiones generales.

1.—La obra de Berthold Kupisch sobre la *in integrum restitutio (i.i.r.)*¹ ha planteado una serie de problemas exegéticos e institucionales del mayor interés, más allá también del ámbito de la *i.i.r.* Esto explica que Kaser haya dedicado un largo estudio para tomar posición, y en general favorable, ante la tesis de Kupisch².

1. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht* (1974). Puede ser que la preferencia dada, como ya el mismo subtítulo indica, al caso de transmisiones de propiedad haya podido condicionar bastante el pensamiento del autor; el uso de una *exceptio* o de una acción personal útil como medio de realizar la *i.i.r.* queda excesivamente minimizado.

2. M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, en *SZ.* 1977 p. 101-183; sobre *metus*, p. 108-142 especialmente. Nos referiremos a esta recensión de Kaser por el solo nombre del autor. Una posición más crítica ofrece, en su más breve recensión, G. CERVENCA, en *Labeo* 1978 p. 213-221.

El punto central de la tesis de Kupisch es que la *restitutio* debe entenderse, no como un decreto pretorio de restituir las acciones, sino como restitución de las acciones ordenadas por el juez en virtud de la cláusula arbitraria de una acción *in factum*, que, en el caso del *metus* que nos va a ocupar, es la acción penal «*quod metus causa*», al *quadruplum*; de suerte que la acción rescisoria habría sido un complemento posterior, introducido para facilitar la reclamación frente a terceros. Para esta tesis partía Kupisch de la idea, generalizada hoy en la doctrina, de que la *i.i.r.* no exigía necesariamente un decreto del magistrado, al que seguiría después una *datio actionis*, sino que podía identificarse directamente con la concesión de una acción. Para Kupisch, la *i.i.r.* no es más que esa acción cuyo fin es simplemente de restitución judicial. Así, la identificación de la *i.i.r.* con una acción, lo que solemos atribuir a la época post-clásica, o, al menos, a la *cognitio*, sería, según Kupisch, fiel reflejo del pensamiento clásico.

Frente a esta tesis de Kupisch hemos tomado posición en un artículo a propósito de las acciones del senadoconsulto Velejano³ y en otro sobre la acción del menor, *minor restitutus*⁴, temas a los que Kupisch dedica sendos capítulos especiales. De los otros temas tratados por Kupisch requieren todavía revisión principalmente dos: las *i.i.r. ob metum y ob dolum*, que son también aquéllas en las que (como puede deducirse del mismo título de Kaser: supra n. 2) podría parecer mejor asentada la tesis de Kupisch. De hecho, la parte más importante de la obra de éste es la referida al *metus*: su tercer capítulo (p. 123-240), que ocupa más de la mitad del libro entero. Al *metus* se refiere también nuestro presente artículo.

La literatura romanística reciente muestra un especial interés por el tema de la *i.i.r.*⁵, pero no voy a tratar de él; ni siquiera directamente de la *i.i.r. ob metum* en relación con la tesis de Kupisch de que la acción restitutoria, en caso de *metus causa gestum o factum*, es la misma acción penal cuadruplicaria, cuyo fin habría sido conseguir, bajo

3. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez* (1978) p. 337-351.

4. En *AHDE*. 1979 p. 297.

5. Vid. los estudios citados por CERVENCA, en *Labeo* 1978 p. 219 s., n. 1, de los diez últimos años, desde la obra del mismo CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, que es de 1965.

la amenaza de tal pena, la restitución judicial exigible de cualquier persona que hubiera adquirido algo a consecuencia del acto coaccionado, fuera o no autor de la coacción. A este respecto distingue Kupisch tres supuestos, que también nosotros designaremos por la letra correspondiente:

- A) Adquisición retenida por el mismo coaccionante.
- B) Adquisición retenida por un tercero que adquirió directamente del coaccionado sin ser él coaccionante.
- C) Adquisición retenida por un adquirente sucesivo (subadquirente) no-coaccionante.

Vamos a tratar de la tesis de Kupisch, pero no en la forma sistemática que él presenta, sino a través de un análisis del comentario de Ulpiano a la parte correspondiente del Edicto. Y conviene decir, desde el primer momento, que en buena medida nuestra revisión nos ha llevado, en este tema, a aceptar aquella tesis, aunque en otros puntos discrepemos de ella, y precisamente en lo que la teoría del *metus* que Kupisch presenta pretende corroborar sus afirmaciones más generales sobre la *i.i.r.*

La idea fundamental de la que parte Kupisch es la de que la *actio quod metus causa* no se dirigía contra el que había ejercido la coacción, como tal, sino contra el que retenía la adquisición, aunque pudiera pensarse que el caso más general fue el A, es decir, el de que retuviera la adquisición el mismo que coaccionó al luego demandante. Esta idea me parece acertada⁶. Explica la particularidad de que la fórmula de esa acción fuera *in rem scripta*, como aparece bien atestiguado; evitaría también toda la crítica textual encaminada a restablecer una supuesta acción penal clásica dirigida contra el autor de la *vis*. Con todo, me parece que puede añadirse un matiz que aclara mejor

6. Conforme con Kupisch, en este punto principal de su tesis sobre el *metus*, se muestra Kaser (p. 116 y *passim*); cfr. *infra* n.76. Kaser (p. 123) observa que una ventaja de la tesis de Kupisch es que explica unitariamente el edicto, la excepción y la acción; la fórmula de la acción penal debería referirse a un «*metus causa accepisse*» del demandado; el ámbito de la fórmula Octaviana pudo ser el de la acción penal que comentan los juristas tardo-clásicos (p. 125ss.); pero, en p. 138ss., Kaser parece no excluir todavía que la *formula Octaviana* se hubiera dirigido contra el causante de la coacción.

el tema de la legitimación pasiva de la acción penal del *metus*. De acuerdo en que no se trata de una acción contra el que hizo un acto de intimidación que determinó una pérdida patrimonial del demandante, creo que tampoco se dirige simplemente contra el que adquirió algo procedente de aquel acto coaccionado, sino contra el que, con su retención, impide la reintegración de aquella pérdida sufrida *metus causa* o *per metum*. La pena del *quadruplum* es precisamente contra el que no quiere restituir: no es el hecho de haber adquirido lo que se pena, pues pudo hacerse de buena fe, sino el de impedir la reintegración en el patrimonio de procedencia una vez que se haya probado ante el juez que se trata de algo que salió de aquel patrimonio por un acto de coacción, sea quien sea el autor de la coacción. Con esto, además: que el coaccionante que adquirió y luego enajenó puede ser demandado, pues, aunque no retiene ya lo adquirido, él llegó, sin embargo, a adquirirlo, y su obligación de restituir se ha perpetuado, como ocurre con el *fur* demandado por la *condictio furtiva*. Así, la acción contra el coaccionante que luego se desprendió de lo obtenido y la acción contra el subadquirente concurren de manera similar a la de la concurrencia entre la *condictio furtiva* contra el *fur* y la *reivindicatoria* contra el poseedor de la *res furtiva*. En cambio, la acción penal no se daría contra el coaccionante puro, es decir, contra el que nada llegó a adquirir, como ocurriría de haber sido esta acción una forma de reprimir la *vis*. Así, pues, podemos decir que se trata de una acción penal, pero que castiga, no al que ejerció la violencia, penado ya por el crimen de *vis*, sino contra el que se resiste a reintegrar en el patrimonio de la víctima un bien que ésta perdió a causa de la coacción ejercida por alguien.

Este régimen de la acción penal fue, en mi opinión, siempre el mismo, desde la aparición de la *formula Octaviana* hasta la desaparición del procedimiento ordinario. Esta fórmula Octaviana, que puede ser del año 79 o del 78 a. C.⁷, vendría a ser como un complemento de una legislación específica contra el crimen de violencia. Por eso se ha querido relacionar el edicto de Octavio con la legislación *de repetundis*. En mi opinión, esto reduce excesivamente el ámbito de tal edicto, puesto que esas leyes se referían exclusivamente a exaccio-

7. El año 79 fue pretor un Octavio (cónsul el 76), y el 78, otro Octavio (cónsul el 75). Kupisch (p. 158, n.170) se inclina por el del 79.

nes de los magistrados, y la acción del *metus* no parece haber tenido nunca tal restricción. Por otro lado, en caso de la reclamación *de repetundis*, los terceros respondían tan sólo en caso de que el magistrado que había cometido el delito resultara insolvente, lo que no ocurre según nuestro edicto⁸. La legislación *de repetundis*, muy anterior a la fórmula Octaviana, constituyó una institución independiente del *metus*, que tiene carácter privado, aunque sí esté en relación con la represión pública de la *vis*.

2.—En mi opinión, se debe poner en relación nuestro edicto del *metus* con la *lex Plautia* (o *Plotia*) *de vi*, que parece ser contemporánea. Esta ley reprimía los actos de *vis*, y parece muy probable que, con ese fin, introdujera una *quaestio de vi*⁹. Que esta ley fuera también aplicable a casos de violencia privada, como sostiene Vacca¹⁰, me parece también muy probable¹¹. Favorece esta hipótesis, no sólo la correspondencia que, en general, parece haber entre esta ley y las leyes Julia *de vi publica* y *de vi privata* a la vez, sino, en concreto, el hecho de que en esta última ley se reiterara la exclusión que la ley Plautia hacía de la usucapición las *res vi possessae*¹². Por lo demás, Cicerón, *pro Caelio* 10, 23, reprende, al amparo de la ley Plautia, las violencias contra un patrimonio particular (*de bonis Pallae*)¹³.

8. Vid. K. p. 218ss., contra HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht* (1971) p. 253ss., que defiende esta conexión repetundaria. También Kaser (p. 120s.) parece inclinarse, en contra de Kupisch, por la conexión con el proceso público *de repetundis*, hasta el punto de pensar en la posibilidad de una concurrencia con la *actio quod metus causa*, que habría sido introducida contra los magistrados. Cfr. infra 371a (frag. 3,1).

9. ROTONDI, *Leges publicae* p. 377s.

10. Letizia VACCA, *Ricerche sulla rapina in diritto romano. I. L'editto di Lucullo e la lex Plautia*, en *Studi economico-giuridici* (Cagliari) 45 (1965-68) 546-560.

11. «Non del tutto inattendibile», según LABRUNA, «*Vim fieri veto*» (1971) p. 17, n.38. No he visto VITZTHUM, *Untersuchungen zum materiellen Inhalt der «lex Plautia» und «lex Iulia de vi»* (Diss. München, 1966).

12. Gai. 2,45: *furtivam rem lex duodecim tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia*; cfr. Iul. D.41,3,33,2. No trataremos, en este momento, de la novedad que justificaba la reiteración de la prohibición del plebiscito Plaucio por una ley de Augusto, como tampoco de la de una prohibición de usucapir las *res furtivae* por el plebiscito Atinio, respecto a la ley decenviral.

13. Cfr. Cic. *pro Sulla* 25,71, donde el *exturbare homines ex possessio-*

Siendo posible datar la ley Plaucia en el año 78¹⁴, podemos ver una estrecha relación entre la represión pública de la violencia —mediante la creación de una *quaestio de vi*—, incluso entre privados, y la introducción de un edicto para castigar (con el *quadruplum*) la retención de bienes conseguidos, directa o indirectamente, a consecuencia de uno de esos actos de violencia. La misma ley habría querido impedir ese tipo de lucros ilícitos, al prohibir la usucapión de las *res vi possessae*, es decir, inmuebles ocupados por la fuerza, pero habría dejado al ordenamiento edictal el establecer una acción penal adecuada, no sólo contra los que poseían bienes inmuebles invadidos, sino también contra todo el que retuviera un lucro de cualquier tipo que hubiera tenido su causa en el *metus*; por ejemplo, contra el que había lucrado algo por una *acceptilatio* coaccionada. Es más, aunque no exista una exacta coincidencia material con los supuestos previstos por la ley Plaucia, no se puede negar una relación de política del derecho entre aquella y el edicto del *metus*, por un lado, con, por otro, el edicto, dos años posterior (76 a.C.), introducido por el pretor peregrino Marco Terencio Lúculo para reprimir los daños violentos, de donde se derivó luego la configuración del hurto agravado como *rapina*. Incluso cabe suponer que por esos mismos años se introdujo en el Edicto la nueva fórmula interdictal «*unde vi armata*»¹⁵.

nibus, se inserta en una tirada oratoria de acusación por violencias contra particulares y contra la paz pública. J. COUSIN, en su introducción al *pro Caelio* (ed. Belles-Lettres de Cic. *Discours* vol. XV [1962] p. 39ss.), sostiene incluso que la ley Plaucia se refería tan sólo a actos de *vis privata*, en tanto la *vis publica* habría sido sancionada por una «*lex Lutatia*», de la que no tenemos otros testimonios; pero la teoría de una dualidad de leyes parece hoy abandonada; vid. LABRUNA, cit. p. 18 n. 39; cfr. infra en el texto.

14. Para este año no se conserva el nombre de ningún tribuno de la plebe; vid. BROUGHTON, *Magistrates* II p. 86. Este autor insinúa que el autor de nuestro plebiscito pudo ser un *Plautius* tribuno de la plebe el año 70 (ibid. p. 128), pero Cicerón, *pro Caelio* 29,70, atribuye la ley a Q. *Catulus* (Quinto Lutacio Cátulo), y quizá sea lo más probable que un desconocido tribuno Plaucio o Plocio propusiera un plebiscito de represión de violencia a instancias del cónsul Lutacio Cátulo del año 78, de suerte que la ley tomara el nombre de su autor moral; vid. en este sentido NICCOLINI, *I fasti dei tribuni della plebe* (1934) p. 252.

15. Cic., *pro Tullio* 4,8, dice de la acción introducida por Lúculo: *paucis hisce annis... constitutum est*; y (20,46) del interdicto de *vi armata*: *quod item nunc est constitutum*.

Así, pues, podría admitirse que el cónsul del año 78, Quinto Lutacio Cátulo, tuvo un papel importante en la lucha contra la violencia. Habría movido al tribuno de la plebe Plaucio para hacer un plebiscito contra la *vis* pública y privada, en el que se prohibía la usucapión de los inmuebles invadidos; al mismo tiempo, habría movido al pretor Octavio para introducir un edicto contra los que hubieran lucrado algo a causa de la *vis*; luego, habría movido al pretor Terencio Lúculo, del año 76, a introducir un edicto contra los daños violentos, y a ese mismo pretor u otro de esos mismos años a introducir la nueva fórmula *de vi armata* para agravar el efecto del interdicto de recuperar la posesión de fincas invadidas por hombres armados.

Esta conexión histórica parece favorecer la idea de Kupisch, y que aceptamos, de que la *actio* «*quod metus causa*» no se dirigía a reprimir los actos de violencia, ya criminalmente perseguidos, sino las apropiaciones a consecuencia de un acto violento.

Una vez admitido este punto de vista, nada impide pensar que ya la primera fórmula de la acción penal —la fórmula Octaviana— sirviera para reclamar de los subadquirentes, en contra de Kupisch, que no parece admitir que la acción penal se diera contra los subadquirentes desde el principio, sino sólo en la época clásica desarrollada¹⁶. Que posteriormente, como cree Kupisch, se introdujera una *vindicatio utilis* con el mismo fin puede también admitirse, pero, a este respecto, conviene tener en cuenta tres cosas: la primera es que no se debe desconectar esta *vindicatio utilis*, es decir, ficticia (*rescissa alienatione*), de las otras acciones ficticias que puedan darse por *in integrum restitutio ob metum* (p. ej., la acción del crédito cancelado por coacción) ni de la *exceptio* contra la acción nacida de un *metus causa gestum*¹⁷;

16. K. p. 200, 220, 222, passim., En p. 201ss., y SZ. 1974 p. 126ss., se funda en Cicerón, *pro Flacco* 21,49s., donde parece negarse la acción contra un subadquirente, pero, en mi opinión, se trata de un adquirente directo, como trataré de explicar en otra ocasión: vid. *Studi Biscardi*, en prensa.

17. Esta *exceptio* se refería a que hubiera influido la intimidación en la actividad del demandado (víctima de la coacción), en estos términos: «*si in ea re nihil metus causa factum est*»; vid. infra sub 8. Según Ulp. D.44,4,4,3, Casio creía que podía servir con el mismo fin la *exceptio doli: contentus doli exceptione quae est generalis*; lo que no quiere decir que no conociera la *exceptio* «*quod metus causa*», sino que no la creía necesaria, ya que «obra con dolo quien reclama lo que deberá devolver»: D.44,4,8pr.;

la segunda, que nada induce a pensar que aquella *vindicatio utilis* fuera algo secundario respecto a la acción penal¹⁸; por último, que nada obliga a pensar que esta *vindicatio utilis* se hubiera introducido tardíamente, después de la codificación del Edicto, como quiere Kupisch¹⁹. Nada más forzado que entender la frase *ex hoc edicto* (del frag. 9,7) como una contraposición a la acción real, de la que se ha hablado antes, como si ésta no estuviera prevista en el Edicto²⁰.

3.—Una revisión total del extenso capítulo de Kupisch sobre el *metus* excede mucho, como he dicho, de mis actuales propósitos, y

así, rectamente, K. p. 172, cfr. Kaser p. 131. Sin embargo, Ulpiano ve la utilidad de aquella excepción en que no requiere que el demandante haya actuado dolosamente, es decir, que también ella es *in rem*. Según K. p. 173ss., esta *exceptio* se habría referido inicialmente a la persona del demandante, y sólo después se habría redactado *in rem* para que procediera contra subadquirentes; pero esto es sólo una hipótesis, que no me parece necesaria, teniendo en cuenta que esta *exceptio* no es un complemento de la acción penal, sino un efecto de la *i.i.r.* La redacción pasiva de la *exceptio* («*factum est*») puede compararse con la del interdicto «*quod vi aut clam factum est*» (vid. K. p. 176s.), que también sirve para dar un alcance objetivo al acto de coacción, y no limitarlo al demandado por el interdicto: K. p. 329, cree que la *i.i.r.* era coetánea de la acción penal (las Verrinas podrían ser un «*dies ante quem*» de la *i.i.r.*), pero no cree que la *vindicatio utilis* tuviera la misma antigüedad. Por sí mismo, una *i.i.r.* sin posible *vindicatio utilis* es una *i.i.r.* incompleta, y no se explica por qué había de serlo.

18. Antes bien, como veremos (frag. 14,2), la acción postanal al *simpulum* era subsidiaria respecto a la acción útil.

19. Acepta esta conjetura CERVENCA, en *Labeo* 1978 p. 219. K. p. 136ss. y 225s. aduce como argumento un rescripto de Gordiano (CJ. 2,19,3, del 238), en el que se lee: *postquam placuit in rem quoque dari actionem*, como si se reconociera con el *postquam* el origen tardío de tal acción. Este rescripto, con un giro *secundum formam edicti perpetui* (vid. F. REYES, en *Revista chilena de Historia del Derecho* 7 [1978] 68), es uno de esos tantos rescriptos en los que se orienta la jurisdicción cognitoria con el recurso a la analogía del Edicto ya codificado, que, como tal, no tenía por sí mismo carácter vinculante para la jurisdicción cognitoria. Así, pues, el *postquam placuit in rem quoque* (o *quidem*) *dari actionem* no puede referirse a la aparición de la *vindicatio utilis* en la jurisdicción ordinaria, sino a su recepción en la jurisdicción cognitoria, y con un matiz más causal que temporal: «desde el momento en que también se puede dar una acción real (en la jurisdicción cognitoria)...»

20. K. p. 226.

me limitaré a reducir mi contraste con sus opiniones a una exégesis de la base textual principal, que es el comentario de Ulpiano (11 *ad edictum*) al edicto «*quod metus causa gestum erit*» inserto en el título de las *in integrum restitutiones*²¹.

De este comentario se nos han conservado 23 textos, agrupados por Lenel en 14 números (*Paling.* II, Ulp. núms. 369-382), lo que constituye una base suficientemente amplia para poder contrastar el pensamiento de Kupisch. De estos 14 números de la *Palingenesia*, todos menos dos, que los compiladores llevaron, respectivamente, a los títulos D.50,16 (frag. 19 = núm. 372 b) y D.50,17 (frag. 116 = número 370)²², se conservan en el título 4,2 del Digesto: «*quod metus causa gestum erit*».

La importancia del comentario de Ulpiano en esta materia se destaca por el hecho de que, en este título del Digesto, que sólo tiene 23 fragmentos²³, 9 de ellos proceden del 11 *ad edictum* de Ulpiano²⁴, siendo el resto de otras procedencias, incluso del mismo Ulp. 5 *opin.*, de modo que la aportación de Ulpiano es incomparable con la de los otros juristas²⁵.

4.—Antes de entrar en el examen de los distintos párrafos del comentario de Ulpiano, podemos adelantar una idea sobre el orden del mismo, tal como se nos presenta en el Digesto. En efecto, parece

21. LENEL, *EP.* X § 39, p. 110-114; cfr. RUDORFF *EP.* (1869) VIII § 38 p. 55-57.

22. Este segundo fragmento, extraído del libro 11 *ad edictum*, aparece recogido por Lenel tan sólo en su § pr., no en los §§ 1 y 2. Probablemente lo hizo así porque consideró Lenel que estos otros §§ eran glosemas añadidos, que no tenían relación con el *metus*. En efecto, el § 1 (*non capitur qui ius publicum sequitur*) tiene alguna relación (como indica Krüger *ad leg.*) con D.46,1,51,4 *i.f.*: *non enim deceptus videtur iure communi usus* (Pap. 3 *resp.*). El § 2 (*non videntur qui errant consentire*) parece igualmente otra *regula* extemporáneamente añadida al comentario del *metus*.

23. Coincide casualmente este número de fragmentos de D.4,2 con el de fragmentos del comentario de Ulpiano conservados dentro y fuera de ese título.

24. La diferencia entre los 9 fragmentos del título compilatorio y los 12 números de la *Palingenesia* procedentes de ese mismo título se debe a que Lenel dividió algunos fragmentos del Digesto en varios números de su *Palingenesia*.

25. De Paul. 11 *ad edictum*, sólo 4 fragmentos.

claro que Ulpiano comentaba primeramente un edicto y luego (desde el frag. 9,7) la acción al *quadruplum*; pero en el Digesto, aparecen algunas irregularidades. En la primera parte, relativa al edicto «*quod metus causa gestum erit ratum non habebo*», se analiza el concepto de *metus*, luego el de *gestum* (desde el frag. 9,1), y finalmente (desde el frag. 9,3) el giro «*ratum non habebo*». A partir del frag. 9,7 como decimos, se comenta la acción: la *restitutio* que debe hacer el demandado para evitar la condena (frag. 9,7), el carácter de *in rem scripta* que tenía la fórmula (frag. 9,8), el alcance de la *restitutio* (frag. 12pr.). En 12,1 parece volverse al tema del autor de la coacción, al plantearse la cuestión de si puede ejercitar la acción el que fue coaccionado pero había coaccionado él anteriormente, y, en el siguiente § 2, se plantea la cuestión de si hay violencia en coaccionar al propio deudor para que pague. Luego, en el frag. 14,1, se habla de la subordinación de la pena del *quadruplum* a la no-restitución por parte del demandado, y en el frag. 14,2, del carácter subsidiario de la acción. En 14,3, como indica Lenel (:«*ad formulam*»), Ulpiano pasaría a comentar los términos de la fórmula de la acción, con lo que se vuelve a la redacción *in rem*; luego, la cláusula arbitraria y la posible absolución del demandado (frag. 14,4 y 5), el caso de coacción o no en el fiador (frag. 14,6 y 8), la pena del *quadruplum* (frag. 14,7 [descolocado en el Digesto] y 9-10), la pérdida no culposa del objeto que debía ser restituido (frag. 14,11). Finalmente (lo que Lenel agrupa como «*additamenta*»), cuestiones varias, que pueden referirse a la idea de concurrencia de acciones: la diferencia de la adquisición *metus causa* y el *furtum* (frag. 14-12); la concurrencia con la *actio doli* (fragmento 14,13); el cálculo del *quadruplum* en un pago excesivo (fragmento 14,14); la no-acumulación en caso de concurrencia de personas coaccionantes (frag. 14,15 y 16pr.); noxalidad (frag. 16,1); transmisibilidad de la acción en *id quod ad heredem pervenerit* (frag. 14,16, 2 y h.t.20).

Como puede apreciarse, el orden del comentario que nos ofrece el Digesto y acepta Lenel no es del todo transparente. Aparte siempre las posibles interpolaciones compilatorias, no sería imposible que el orden real del comentario de Ulpiano fuera distinto²⁶. De todos modos,

26. Vid. infra sub 17 el orden que resulta de nuestra revisión.

el problema central que la estructura de este comentario nos presenta —pues afecta al fondo de la cuestión y a la tesis de Kupisch— es el de que, al empezar el comentario de la acción, en el frag. 9,7, leemos: *ex hoc edicto restitutio talis facienda est...*, siendo así que el único edicto mencionado por Ulpiano, al empezar su comentario, es el de «*ratum non habeo*». Según la opinión común, los Compiladores habrían suprimido la cita de un segundo edicto en el que se habría anunciado la acción del *quadruplum*²⁷. Según Kupisch, en cambio, esta acción dependería de aquel primer edicto conservado, y no es necesario suponer la caída de ningún otro edicto²⁸; es más: la acción rescisoria, que habría aparecido tardíamente, después de la codificación del Edicto, y como complemento de la penal, no habría necesitado un propio edicto que la anunciara: le habría bastado el edicto *ratum non habeo*, o quizá podía ser una fórmula anunciada como extensión de la *reivindicatio*.

Este es, evidentemente, el punto más débil de la tesis de Kupisch. En efecto, parece imposible que, con el giro negativo *ratum non habeo*, el Pretor hubiera anunciado una acción penal al cuádruplo, a la

27. Vid., por todos, SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, en SZ. 1922 p. 230 y n.2; la supresión del edicto «*iudicium dabo*» fue deliberada: habría obedecido al deseo que tenían los bizantinos de «mezclar» la acción penal con la rescisoria, una vez que ellos veían la *in integrum restitutio* simplemente como una acción. Contra esta opinión general observa K. p. 125 y 127, que, si los Compiladores hubieran conservado el edicto (que se cree rescisorio) para la acción penal porque ellos la consideraban como la principal y propia del *metus*, habrían operado de modo contrario a como llevaron a cabo una mezcla similar respecto al dolo, para el que conservaron el edicto de la acción y suprimieron el de la *i.i.r.* (hasta el punto de que Schulz niega la *i.i.r. ob dolum*). Esta contradicción no me parece un argumento de peso, pues los Compiladores, en esto de fundir, acortar y acoplar edictos, no siguieron un criterio fijo, sino que en cada caso actuaron según les parecía mejor a la vista de los textos seleccionados para el Digesto.

28. Kupisch, p. 124, n.4, dice que su tesis se aproxima a la de SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwang* (1874), p. 94ss. y 100ss., más que a ninguna otra anterior; en efecto, Schlossmann creía también que el edicto «*ratum non habeo*» era el fundamento de la acción penal del *metus*, al margen de la cual el Pretor podía dar *actiones utiles*. Recuerda también (p. 237) que ya Savigny había creído que el edicto conservado («*ratum non habeo*») habría servido para fundar la acción penal.

vez que la excepción con función rescisoria e incluso las acciones personales rescisorias (por ejemplo, en caso de *acceptilatio* coaccionada). Si se me permite la expresión, Kupisch ha metido la acción penal en el nido de la rescisoria, y de él ha desalojado únicamente a la *vindicatio utilis*, a la que deja sin nido, y separada de las acciones personales ficticias y de la *exceptio*, que son sus congéneres de la familia de la *in integrum restitutio*. Tal *vindicatio utilis*, es verdad, no necesitaba un edicto especial que la propusiera, pero esto era porque su aplicación dependía del *ratum non habeo*, que se realizaba mediante la ordinaria *restitutio in integrum*; quizá figuraba en el Edicto, junto a la fórmula de la *reivindicatio* civil, una fórmula modelo de *vindicatio* con ficción, que debía adaptarse a los distintos supuestos de *i.i.r.*²⁹; incluso es posible que no hubiera existido en el Edicto modelo alguno de acción rescisoria, es decir, con ficción, por la razón de que ya la *i.i.r.* servía para que se diera, adaptada a las necesidades de cada caso.

Por lo demás, el mismo Ulpiano (frag. 14,1) dice expresamente que el Pretor ofrecía una acción (*iudicium pollicetur*) al cuádruplo, y después de un año, *in simplum* (*actionem pollicetur*), pero *causa cogitata*. Este *polliceri* parece suponer un edicto especial que anunciara la acción, en tanto con el giro *ratum non habeo* no podía anunciarse más que los recursos habituales de toda *in integrum restitutio*: la *exceptio* y la acción rescisoria con fórmula ficticia³⁰.

Se diría que la tesis de Kupisch, de considerar rescisoria, y fundada en el edicto rescisorio la acción penal, corresponde, más que al pensamiento clásico, al de los bizantinos, aunque para ello pudiera haber ya antecedentes en la Retórica³¹.

29. Vid. Kaser p. 113, y 139 n.141.

30. Dice Kupisch (p. 237s.) que «*pollicetur*» no tiene que referirse necesariamente a un edicto de «*iudicium dabo*», sino que podría referirse simplemente al modelo de fórmula propuesta por el Pretor a continuación del edicto «*ratum non habeo*». Sobre este texto (frag. 14,1) vid. el comentario infra.

31. En efecto, el mismo K. p. 138s., se apoya en un pasaje retórico (Séneca, *controv.* 9,3,9) en el que se habla de rescisión y de pena de manera promiscua, sin advertir que ese mismo pasaje presenta la acción penal, contra lo que con razón defiende Kupisch, como una acción que persigue al que ejerce violencia: *nihil refert mea an tu cogaris si non a me cogaris: meam culpam (!) esse oportet ut mea poena sit*; y en los *excerpta controv.*

Aun admitiendo esta dificultad radical que presenta la tesis de Kupisch³², no parece ocioso emprender una nueva lectura del comentario de Ulpiano para contrastar la interpretación de aquél. Esto es lo que pretendemos hacer a continuación, advirtiendo una vez más que no se trata de revisar críticamente todas las doctrinas que existen acerca del *metus*, sino tan sólo de ver el ajuste o no de la interpretación de Kupisch, y de tomar posición respecto a cada uno de los puntos examinados. En tanto no se indique otra cosa, los fragmentos que citamos pertenecen todos ellos al título del Digesto 4,2, *quod metu causa gestum erit*. La numeración correlativa sigue la de la *Palingenesia* de Lenel (1 = núm. 369), para evitar la introducción de una nueva numeración; cuando Lenel agrupa fragmentos diversos bajo un mismo número, los distinguimos por letras (a, b...). Únicamente hacemos una numeración correlativa de las secciones (1-18) que distinguimos en nuestro artículo. Las citas de páginas se refieren a la obra de Kupisch.

5.—369 = frag. 1.

Ait praetor: «Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo». olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa': vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contra-

4,8 se corrige esta limitación contraria al derecho mediante una especie de extensión y no en atención al carácter *in rem* de la fórmula: *aeque dignus est poena qui ipse vim adhibet et qui ab alio admota ad lucrum suum utitur*, con lo que parece alcanzarse el caso B, pero no el C. En realidad, estos juegos retóricos suelen presentar un derecho ficticio, que tiene a veces una base propiamente ajustada a derecho, pero casi siempre deformada y adaptada a las necesidades dialécticas de las escuelas retóricas.

32. Rechaza la conjetura de Kupisch CERVENCA, en *Labeo* 1978 p. 219. Kaser (p. 114), que rechaza también esta reducción a un único edicto de *metus*, pues cree, con razón, que una acción al *quadruplum* no puede salir de un edicto «*ratum non habeo*», no considera esto como un impedimento para aceptar la teoría de Kupisch sobre la acción del *metus*. Sólo que Kaser (p. 118s.) advierte que el tratamiento del demandado causante de la violencia venía agravado precisamente por ser éste causante de ella. En mi opinión, esta agravación no pertenece a la esencia misma de la acción, sino que es un efecto reflejo del principio, ya recordado más arriba, de que el demandado que adquirió a causa de su propia violencia, corre, lo mismo que un *fur*, con el *periculum* de lo que adquirió, pues se le considera «siempre en mora».

riam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.

Ulpiano, tras citar las palabras del edicto («*quod metus causa gestum erit, ratum non habebo*»), empieza a comentar el término *metus*. Nos informa, ante todo, de que el texto edictal que él tiene presente —el codificado por Juliano— supone, al hablar de *metus causa*, una simplificación respecto a otra redacción edictal anterior, que tenía la forma duplicada «*vi metusve causa*». Mayor precisión sobre la fecha del cambio no da, pues se limita a decir «*olim*» *ita dicebatur...sed postea detracta est vis mentio...* Podríamos pensar que la forma duplicada *vi metusve causa* era la de la primera *formula Octaviana*, y la simplificada la de una fórmula estabilizada poco después, pero también podemos pensar que el cambio se produjo en la redacción de Juliano.

K. (p. 192 ss.) considera detenidamente los conceptos de *vis* y *metus*. Según él, no se trata de una simple hendíadis, sino de que aquel edicto anterior se refería a dos hechos distintos: la *vis*, que se refiere a una imposición contra la voluntad (*necessitas imposita contraria voluntati*, como dice Ulpiano), y el *metus*, que se refiere a la situación anímica de quien ha realizado un acto de propia disminución patrimonial que no siempre se debe a un acto de *vis* enderezado a conseguir ese resultado; p. ej., puede haber *metus* cuando se teme una pena legal o existe un peligro colectivo. Así, el *metus* abarca más que la *vis*, y por eso pudo simplificarse la redacción edictal, convirtiendo los supuestos de *vis* en supuestos de *metus*³³. Ulpiano lo dice expresamente así, y lo reitera poco después (frag. 3pr.). Esta explicación parece correcta, y también la crítica que hace K. (p. 193) de las palabras *mentis trepidatio* como glosema explicativo de *metus*; suprimidas es-

33. La traducción de la antigua redacción sería: «por un acto de violencia y a consecuencia de intimidación»; al suprimir *vi*, se habría hecho posible la acción aunque hubiera faltado un acto de violencia especialmente dirigido a causar un acto de la víctima en detrimento de su propio patrimonio. Tal supresión pudo ser así, no una mera simplificación verbal, sino una manera de extender la acción a los casos en que hubiera faltado un acto de coacción tan especial. Pudo ser Juliano, como decimos, quien introdujo deliberadamente este cambio en la fórmula de la acción.

tas dos palabras, en efecto, se unifica la construcción de la referencia a las dos menciones: *vis fiebat mentio propter...metus (fiebat mentio) ...causa*; en tanto, si se mantienen aquéllas, hay que romper tal unidad, elidiendo un *est* como verbo del nominativo *trepidatio*³⁴.

Pero la dualidad *vis-metus* tendría todavía otro aspecto, según K., p. 231, y es que, si *vi gestum* sólo puede referirse a un demandado que realizó un acto de coacción, *metus causa gestum*, en cambio, puede aludir a los que adquieren algo a consecuencia del acto coaccionado, aunque no hubieran participado en la coacción³⁵. Esta mayor amplitud de *metus* pudo determinar que cayera la mención de la *vis* y sólo subsistiera la del *metus*. Con todo, me resulta difícil prescindir de la idea de que *vis metusve* son como el anverso y reverso del acto coaccionado, siendo la *vis* la que se ejerció sobre el demandante y el *metus* el efecto que éste sufrió³⁶.

370 = D.50,17,116pr.

Como ya se ha dicho antes, los §§ 1 y 2 de este fragmento parecen glosemas ajenos al tema del *metus*, y por eso Lenel ha prescindido de ellos en su *Palingenesia* (col. 460 s.). K. prescinde también del § pr. probablemente como irrelevante para su teoría. Pero cabe preguntarse qué relación podía haber entre el § pr. y el comentario al edicto del *metus*. Lenel lo colocó en este lugar, a continuación inmediatamente del frag. 1, probablemente porque en él se habla de *vis atque metus*, pero, en verdad, el elemento más significativo de este fragmento es la referencia al *consensus* y a los *bonae fidei iudicia*. En este sentido, el punto de conexión de mayor probabilidad sería, no el del comentario a *vis-metus*, sino el del comentario a la palabra *gestum*,

34. Menos aceptable es la solución de MOMMSEN (ed. maior, ad leg.), que traslada la frase *metus... trepidatio* al inicio del frag. 3 (lo que equivale a postponerla al final *sed postea videtur*).

35. A este propósito, debe advertirse que nada permite pensar que la *poena quadrupli* se exigiera tan sólo del coaccionante y no del simple adquirente; lo chocante de que se diera esa pena en caso de subadquirentes inocentes podría explicarse, según K. p. 233, pensando que esa extensión contra subadquirentes fue sobrevenida, en época tardo-clásica.

36. También Kaser (p. 117ss.) duda de que en la expresión *vis metusve* se hubiera entendido como referida a dos supuestos distintos, y no a dos aspectos de un tipo complejo: *metus* causado por la *vis*; de suerte que pudo prescindirse de expresar la causa, como implícita.

en relación con el otro fragmento (D.50,16,19) que Lenel ha unido al del comentario del *gestum* (núm. 372), donde parece contraponerse el *gerere* de este edicto al *contrahere* de los contratos consensuales. Así, nos remitimos a lo que se dirá luego a propósito del núm. 372b.

6.—371a = frag. 3.

Continet igitur haec clausula et vim et metum, et si quis vi compulsus aliquid fecit, per se hoc edictum restituitur. 1. Sed vim accipimus atrocem et eam quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.

Este fragmento empieza (§ pr.) con la declaración, ya vista (sub 369), de que el *metus* comprende también la *vis*. Luego concreta Ulpiano que la *vis* que interesa a efectos de este edicto es la *vis* antijurídica, que se hace *contra bonos mores*, aunque sea hecha por un magistrado³⁷. La calificación de *atrox* para la *vis* en cuestión vuelve a aparecer en Ulpiano en relación con el interdicto *unde vi* (D.43,16,1,2).

371b = frag. 5.

Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.

En relación con el concepto concreto de *vis* (*vis atrox*) del frag. anterior, Ulpiano concreta también el de *metus*, e invoca para esto la autoridad de Labeón, cuyo comentario al *metus*, por lo que veremos, está muy presente en juristas tardíos como Ulpiano. La palabra *malitas* es un «hápx» de Labeón³⁸.

37. La frase *scilicet-sustinet* puede parecer sospechosa (vid. EISELE, en SZ. 1892 p. 133 [con cambio erróneo de *scilicet* por *id est*, que ha pasado al *Ind. Interp.*]), pero no afecta a lo que ahora nos interesa.

38. Para ser del todo exactos, *malitas* = *kakía* vuelve a aparecer en el código Leidense de Scaligero 25 «*adunatus*» (GOETZ, *Gloss.lat.* I p. 248), aunque en el glosario del Pseudo-Filoxeno (ibid. II p. 126; Laistner [en *Gloss.lat.* de Lindsay] p. 126) aparece: *malitia* = *kakía*. Es probable que esta glosa proceda también del testimonio único de Labeón, a través de Ulpia-

371c = frag. 7.

Nec timorem infamiae hoc edicto contineri. Pedius dicit libro septimo, neque alicuius vexationis timorem per hoc edictum restitui, proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque vi neque metus causa factum est. 1. Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, Pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus.

Siguiendo con el concepto de *metus*, excluye Ulpiano (§ pr.) que pueda considerarse el temor de una deshonra o vejación, o de algo sin importancia (*res nulla*)³⁹. Aparece en este texto la palabra *meticulosus* (*meteculosus*, en Plauto) para designar al que padece miedo, que es

no, en cuyo caso tendríamos una comprobación de la autenticidad. Porque *malitas* tampoco aparece en el Latín medieval. SCHULZ, *Principles* p. 81 n.1, se decide sin razón por declarar esta palabra interpolada, pero es mucho más inverosímil un «hápx» de este tipo en un interpolador, incluso un glosador, para el que sigue siendo una palabra desconocida, que para Labeón, cuyo interés por las rarezas lexicográficas es bien conocido. Que la palabra se hallaba en el Digesto parece acreditarlo la traducción de los *Basilicos* 10,2,5: *apo megales kakothelias*. MOMMSEN, cit. por *ThLL*. (no en ed. maior, ad leg.), habría propuesto (sobre la base de la variante *mali* de algunos correctores y códices) suplir algo como *maioris mali talis* <*quod et constantissimum hominem moveat*>. Nos inclinamos por conservar este «hápx» como «lectio difficilior». Podría tratarse, así, de un neologismo inventado por Labeón, pero que no prosperó contra *malitia*.

39. Ulpiano cita a Pedio, VII (Lenel corr. VIII) *ad ed.* La corrección de Lenel se debe a la atracción de la cita que, siempre a propósito del *rietus*, se hace en frag. 14,5, la cual, a su vez, permanece en el libro VIII por atracción de la referencia al *dolus malus* (materia que en el orden edictal, seguía inmediatamente al *metus*), que hace el mismo Ulpiano en D.4,3,1,4.

también un «hápx» en los textos jurídicos (serán luego los canonistas quienes hagan uso de ella, en relación con el matrimonio nulo por coacción), pero no hay razón para no atribuir esta palabra a Ulpiano, incluso a Pedio⁴⁰.

En el § 1 pasa Ulpiano a citar a Pomponio (28 [*ad ed.*]), al que volverá a citar en frags. 9,1 y 12,1, a propósito de la admisión del caso de un acto realizado por un ladrón o adúlteros sorprendidos y que temen las posibles consecuencias, incluso la muerte. Parece ser Ulpiano quien aclara que una consecuencia tan grave no se da siempre, pues no siempre el adúltero o el ladrón sorprendidos pueden ser muertos, pero, como cabe a veces el temor de que la víctima mate, aunque sea ilícitamente, el *metus* entra en todo caso dentro del supuesto edictal; y lo mismo si el acto de merma patrimonial se hizo con el fin de evitar la delación, que podía tener las mismas consecuencias⁴¹.

371d = 9pr.

Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius: et ita Pomponius libro vicensimo octavo scribit. ait enim metum illatum accipiendum, id est si illatus est timor ab aliquo. denique tractat, si fundum meum dereliquero audito, quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus sit? et refert Labeonem existimare edicto locum non esse et unde vi interdictum cessare, quoniam non videor vi deiectus, qui deici non expectavi sed profugi. ali-

40. Puede sorprender la reiteración de *proinde* (con el que se inicia también el § 1), y la mención doble *neque vi neque metus causa* en relación con un *edictum* que se acaba de decir que prescindía de la mención de la *vis*, y también que se diga *facium* y no *gestum* a propósito de ese edicto (sobre este tema, *infra*). Quizá el texto haya sido rehecho, incluso para reducir una referencia que Ulpiano podía hacer más amplia a Pedio; en todo caso, no hay razón suficiente para una censura contra una parte concreta del texto.

41. Los Compiladores colocaron a continuación un texto de Paulo (h.t.8pr.) que trata del mismo caso del sorprendido en adulterio, pero sólo se habla allí del *metus mortis* y no de los *vincula*. Así, pues, la mención de los *vincula* quizá no deba atribuirse a Ulpiano; incluso toda la frase *timuit enim vel mortem vel vincula* pudo haber sido interpolada en referencia a lo que se dice sobre la pena del adúltero; y también la frase *ea pati quae diximus* parece haber sustituido la mención de la muerte sin más.

ter atque si, posteaquam armati ingressi sunt, tunc discessi: huic enim edicto locum facere. idem ait, et si forte adhibita manu in meo solo per vim aedifices, et interdictum quod vi aut clam et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere. sed et si ver vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius hoc edicto locum esse.

Sigue Ulpiano citando a Pomponio (28 [*ad ed.*]), a propósito del requisito de que el *metus* sea actual, y no simplemente por un acto previsible; es decir, que hace falta una amenaza real, por lo que no podría valerse de este edicto quien hubiera abandonado («*dereliquero*») un fundo al tener noticia de que venían hombres armados. Pomponio traía a colación la opinión de Labeón de que, no sólo no puede valerse aquél del edicto del *metus*, sino tampoco del interdicto *unde vi*. Según esta interpretación, hacía falta que la gente armada hubiera llegado a entrar en la finca⁴². Ulpiano debía de tratar a continuación el supuesto de enajenación al invasor, al que se refiere el frag. 371e.

El mismo Pomponio se planteaba luego el caso de edificación por coacción contra el propietario del terreno. El texto actual de este § pr. parece acumular el edicto de *metus* (que sería todavía el edicto rescisorio citado en frag. 1) y el interdicto *quod vi aut clam*: cuando la construcción se hace a la fuerza (*vi*); pero no da este interdicto, sino la rescisión *ob metum*, cuando se enajena el fundo por miedo⁴³. Es claro que, si la edificación se hace en suelo ya adquirido por el constructor, cesa el interdicto *quod vi aut clam*, pero no cabe pensar, en cambio, que el edicto rescisorio se dé por el hecho de haber alguien sufrido (*vi*) la construcción en suelo propio. Veremos a continuación el problema que presenta la aplicación de la acción penal en caso de una *aedificii depositio* coaccionada. Aquí es claro que no se trata todavía de la acción penal, sino del edicto rescisorio. K. p. 129, hace hincapié en este texto, en relación con 9,2, para sostener que la acción pena! provenía ya del edicto que suponemos meramente resciso-

42. Cicerón, *pro Caecina* defendió lo contrario, pero parece ser que sin éxito; vid. mi comentario en la edición de este discurso en «Clásicos Emerita» (1943).

43. «*Possessionem tradidero*» es la consabida interpolación para suplantar la *mancipatio*; cfr. infra frag. 371e.

rio, y con ello admite la pureza de este texto contra las críticas de que es objeto, pero la acumulación de nuestro edicto (incluso referido, como quiere Kupisch, a la acción penal) con el interdicto es inadmisibles. Pomponio debía de contraponer ambos expedientes en relación con la diferencia del supuesto de hecho:

- i) si hubo construcción violenta, procede el interdicto;
- ii) si hubo enajenación ante la amenaza de construcción violenta, procede el edicto de *metus*.

Fueron los Compiladores los que extendieron el edicto al caso en que sólo procedía el interdicto. En efecto, en este caso no había verdadero detrimento patrimonial, ya que no se había perdido la propiedad del suelo, sino por cuanto hacía falta demoler lo construido, y esto no podía ni «rescindirse», ni siquiera podía «cuadruplicarse» como daño, mediante la acción penal. La razón de que se aplique el edicto porque se sufrió por miedo (*metu*) la construcción sirvió a los Compiladores para dar la acción penal, y precisamente en un momento en el que Ulpiano no hablaba todavía de ella, sino del edicto rescisorio. Por lo tanto, debemos eliminar la acumulación: [*et hoc edictum locum habere, scilicet quoniam metu patior id te facere*]⁴⁴.

371e = D.43,16,5.

Si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius unde vi interdictum cessare, quoniam non est deiectus qui compulsus est in possessionem inducere.

En este texto, aprovechado por los Compiladores para el título del Digesto sobre el interdicto *unde vi*, aparece de nuevo Pomponio, pero no se trata ahora de la relación con el interdicto *quod vi aut clam*, sino con el *unde vi*. También éste quedaría excluido por la enajenación del fundo invadido⁴⁵. Este supuesto se relaciona con el anteriormente visto, en el que Labeón excluía el edicto rescisorio a la vez que el interdicto *unde vi*, es decir, el supuesto de abandono ante un rumor de invasión. También respecto a la concurrencia con el interdicto *unde vi* distinguiría Ulpiano dos supuestos:

44. Vid. sub núm. 372a otra interpolación (de todo el § 2) que introduce una referencia a la acción penal en el comentario del edicto rescisorio.

45. Vuelve a leerse «*possessionem tradidero*» en lugar de *mancipavero*.

- i) si se abandona el fundo antes de que entren en él los invasores, no procede el edicto rescisorio (pues no se perdió la propiedad), ni tampoco el interdicto *unde vi* (pues no hubo propia *deiectio*);
- ii) si se enajena el fundo por la coacción del invasor, no procede el interdicto (pues tampoco hay propia *deiectio*), pero sí procede el edicto rescisorio, pues hubo enajenación *metus causa*.

Así, este fragmento debería insertarse antes de pasar Ulpiano al supuesto de edificación violenta (antes de *idem ait...*). La estructura del comentario, en esta parte relativa todavía al concepto de *metus*, quedaría más clara: Pomponio y Ulpiano compararían la rescisión de nuestro (primer) edicto, en primer lugar, con el interdicto *unde vi* (*si fundum meum...si per vim...*) y luego con el interdicto *quod vi aut clam* (*si forte...sed et si per vim...*). Esta estructura quedó perturbada por haber sacado los Compiladores un trozo de este comentario para su título del *unde vi* (lo que dejó un hueco en el título del *metus*), pero también por el hecho de haber colocado Lenel el fragmento evadido fuera de su sitio ⁴⁶.

7.—Hasta aquí lo que nos queda del comentario de Ulpiano a la palabra *metus* que figuraba en el edicto rescisorio; a continuación, se pasa a comentar la palabra *gestum* del mismo edicto. Probablemente, Ulpiano empezaba con el concepto general de *gerere*, y por la definición de Labeón, que Lenel ha colocado después (núm. 372b); pero seguiremos el orden leneliano.

372a = frag. 9,1-2.

1. Animadvertendum autem quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo, sive singularis sit persona quae metum intulit, vel populus vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. sed licet vim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen

46. Kupisch no se ha preocupado de reconstruir el comentario, sino tan sólo de subrayar la posible aplicación del edicto *ratum non habeo* a supuestos en que no es concebible la rescisión; por ello mismo, no ha delatado la sustitución de la *mancipatio* por la entrega de la posesión, incluso por la «*derelictio*» de un fundo.

Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi: ceterum, si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius mercedem accepisse videor. 2. Idem Pomponius scribit quosdam bene putare etiam servi manumissionem vel aedificii depositionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendam esse.

Generaliter, en el § 1, equivale a «impersonalmente». En efecto, en el acto rescindible no tiene que haber intervenido necesariamente el mismo contra el que se hace valer el edicto: el pretor «*in rem*» loquitur. De ahí también que la violencia causante del *metus* pueda ser colectiva. A este propósito vuelve a aducirse una distinción de Pomponio: si se dio algo con el fin de que el accipiente liberara, al que dio, de una violencia del enemigo, de atracadores o popular, no se entiende haber enajenación *metus causa*, sino pago de un servicio, siempre, claro está, que el accipiente no estuviera también implicado entre los coaccionantes.

Pero la cuestión más importante que presenta este párrafo es el de concretar quién se entiende como sujeto del *gerere*, cuando dice Ulpiano: *nec adicit (praetor) a quo gestum*. K. (p. 149 ss. y passim) entiende, con razón, que la expresión *a quo gestum* no se refiere al coaccionante, tampoco al coaccionado⁴⁷, sino al adquirente. Así, lo que dice Ulpiano es que el edicto no determina quién sea, no el coaccionante, sino el adquirente: el adquirente demandado puede no haber sido el mismo coaccionante. Sujeto del *gerere* es, pues, el adquirente demandado. La expresión «*quod metus causa gestum erit*» debe, por lo tanto, entenderse así: «lo que se hubiera adquirido a causa de la intimidación sufrida por el enajenante», sea quien haya sido el coaccionante⁴⁸. Esta interpretación de Kupisch me parece correcta pero in-

47. Rechaza con razón la corrección [a] <cum> quo gestum.

48. Cicerón, II *in Verr.* 3,152 (cfr. ad *Quinct.* 1,1,21: *quae per vim et metum abstulerant*), al hablar de un *iudicium quod per vim aut metum abstulisset*, demuestra que él entendía el *gestum* del edicto de Octavio en el sentido de un acto adquisitivo; K. p. 158ss., p. 164s. Que luego Cicerón II *in Verr.* 3,153 hable de que los coaccionados *plus quam debue-*

completa, pues, aunque quí se refiere Ulpiano al adquirente, el *gestum* es un acto bilateral, en el que han intervenido dos personas: el demandado que adquirió del demandante y éste, que perjudicó su propio patrimonio bajo coacción⁴⁹.

En el § 2 vuelve a citarse a Pomponio para decir que también deben restituirse la manumisión coaccionada y el derribo de un edificio. Es evidente que no podemos pensar en una rescisión de la manumisión, que es irrevocable⁵⁰, ni menos aún en la rescisión de un simple hecho como la construcción de una edificación⁵¹. Hay que dar la razón a K. (p. 152 s., cfr. 129) cuando dice que esta *restitutio* sólo es posible como restitución judicial dentro de la acción penal; en caso de manumisión, la *restitutio* sólo pudo consistir en el pago del valor del esclavo cuya libertad era ya irrevocable, y en el caso del derribo, la restitución debía hacerse mediante reconstrucción de lo derribado, es decir, mediante caución de reconstruir, ya que el juez no podía controlar la efectiva restitución.

rint dedisse no es base suficiente para pensar que la fórmula de la acción contuviera el verbo *dedisse* (como cree Lenel) en el sentido de que el *gestum* fuera concebido como acto del coaccionado; vid. K. p. 165. Gai. 4,117: *metus causa te fecisse...arguero* enfoca el *metus causa gestum* desde el punto de vista del adquirente, como dice K. p. 168s., pero en ese contexto no podía ser otra la perspectiva. Naturalmente, Kupisch no distingue entre *gestum* y *factum*, precisamente por creer que la acción penal, por la que se restituye *quod metus causa factum est* (frag. 9,8), es la anunciada en el edicto del *metus causa gestum*. Vid. infra, en este apartado 7.

49. Me parece que este aspecto bilateral del *gestum* aparece con claridad en Paul. h.t.8pr. Se trata aquí del que teme las consecuencias quizá mortales de su adulterio descubierto (*pro conperto stupro*) y se aviene a comprar el silencio: el demandado *accepit metu mortis illato* y el Pretor defiende al posible adúltero *nam et «gestum est» malo more*; el acto es ante todo del accipiente, pero también del coaccionado; el *malus mos* afecta a los dos.

50. D.4,3,7pr. (a propósito de una manumisión causada por el dolo) *...adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*; y 4,4,6 (*in integr. rest. del minor*) *...adversus libertatem quoque minori a praetores subveniri impossibile est* (a continuación, frag. 10, Paulo parece admitir excepciones, pero no entramos ahora en este tema).

51. La corrección *aedificii dedicationem* (MITTEIS, en *Festschrift Wach* p. 14), para convertir en acto jurídico rescindible un simple hecho, no parece una buena solución.

En esta presencia de la acción penal en el comentario del edicto *ratum non habeo* se apoya Kupisch para sostener que la acción penal dependía del edicto que suponemos rescisorio, pues Ulpiano está comentando precisamente ese edicto y no ha pasado todavía al que se supone edicto de la acción penal.

Un detalle estilístico nos permite sospechar de este texto. El verbo *porrigere* se utiliza normalmente para decir que una regla o disposición, el mismo edicto, se extiende a un caso nuevo, pero no, al contrario, para decir que un caso se subsume bajo una norma aparentemente extraña; también la palabra *facere* se aviene mal a *manumissionem* como complemento directo⁵². Pensamos, pues, que se trata de un resumen deformado de una cita de Pomponio que Ulpiano hacía más adelante, al comentar, efectivamente, los casos en que procedía la acción penal. Los Compiladores, al suprimir esa parte de comentario, por considerarla innecesaria, habrían traído a este lugar un resumen de la cita de Pomponio a propósito de la manumisión y el derribo coaccionados, casos en los que se habría producido una merma patrimonial no rescindible. Esta inserción de un texto relativo a la acción penal dentro de un comentario que versaba todavía sobre el edicto rescisorio era posible para los Compiladores porque ellos trataron evidentemente de refundir los dos expedientes⁵³, como sostiene la doctrina común, y también nosotros, en contra de Kupisch, que parte ya de una supuesta identificación clásica de la acción penal con la anunciada en el edicto citado por Ulpiano al inicio de su comentario.

Así, pues, estos ejemplos del § 2, tomados de Pomponio, inducen a pensar, no, como quiere Kupisch, que la acción penal, que es la única que servía en estos casos, dependía del edicto *ratum non habeo*, sino que los Compiladores desplazaron este § 2 del lugar en que Ulpiano comentaba el edicto de la acción penal a este otro en el que se hablaba de la *restitutio* derivada de la *i.i.r.*

372b = D.50,16,19.

Labeo libro primo praetoris urbani definit quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur'; et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re:

52. Vid. VIR. II s.v. *facere*, col. 745: ningún lugar.

53. Cfr. otra interpolación similar supra sub núm. 371d.

quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci *synállagma* vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.

Como ya se ha advertido, este fragmento llevado por los Compiladores al título *de verborum significatione* debía de estar, según creo, en el inicio de la parte del comentario dedicada al término edictal «gestum»; es decir, debería colocarse antes que el núm. 372a (fragmento 9,1). En efecto, en él cita Ulpiano a Labeón para definir *gerere*, en comparación con *agere* y *contrahere*⁵⁴. Según esta distinción, *agere* es un término general, dentro del que se comprenden los otros dos especiales: *contrahere* (en su sentido más estricto de *contractus*) se refiere a los negocios que engendran obligaciones recíprocas, y *gestum* a los actos «*sine verbis*». Ulpiano, al citar esta definición de Labeón, no podía dejar de advertir que el concepto de *gestum* que daba Labeón, en referencia a otro contexto⁵⁵, no encajaba dentro del sentido que esta misma palabra tenía en el edicto del *metus*. Aquí, de todos modos, podía valer la contraposición entre *gestum* y *contractus*⁵⁶. Des-

54. Ulpiano cita concretamente el lugar de Labeón: *libro primo praetoris urbani*, pero en ese libro Labeón no podía tratar ya del *metus* (su obra tenía 30 libros), y resulta así muy probable que Labeón hiciera la distinción entre los tres términos al tratar del edicto *de edendo*, donde consta, por otra cita del mismo Ulpiano (D. 2,13,6,3), que Labeón, a propósito de las *rationes* que debe *edere* el *argentarius*, distinguía entre las deudas contractuales (con la misma expresión *ultro citro* que empleaba Labeón aquí), las crediticias y las de *transcriptio nominum* (lo que equivale aquí a decir por estipulación). Ambas distinciones verbales podían hallarse asociadas en el comentario de Labeón al edicto de la *editio rationum*. Vid. A. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (1969) p. 157ss.; A. D'ORS, *Derecho privado romano*³ § 359.

55. Vid. nota anterior.

56. Efectivamente, en tema de *metus*, no debe excluirse la aplicación del edicto rescisorio a la estipulación por la fuerza, aunque sea un negocio *verbis* y el *gestum* edictal sea *sine verbis*. Debo aceptar, pues, la crítica de K. (p. 131 n. 38), a lo que yo decía en SZ. 1957 p. 93 n. 52 (p. 94). En aquel momento no había visto yo con suficiente claridad que la definición de Labeón se refería al edicto *de edendo*, y no al edicto del *metus*.

de luego, en los «contratos», el carácter de buena fe que presentan sus acciones permitía sancionar los efectos del *metus* sin necesidad de especiales recursos rescisorios. Precisamente en esta conexión debía de hablar Ulpiano del carácter consensual de los contratos de buena fe⁵⁷, como nos lo acredita el frag. D.50,17,116pr.⁵⁸.

Así, pues, Ulpiano empezaría por aclarar que la palabra *gestum* excluía la aplicación de edicto del *metus* a la rescisión de los contratos, pues para éstos eran ya suficientes las acciones de buena fe nacidas del mismo contrato. De una distinción entre la palabra *gestum* de este edicto y *factum* que, según se dice comunmente figuraba en el desaparecido edicto de la acción penal⁵⁹, no habla Ulpiano en todo lo conservado de su comentario a los edictos del *metus*, pero de ahí no puede deducirse nada en contra de la distinción de los dos edictos. A propósito del *curator bonorum* y de las acciones útiles que competen en contra de él o a su favor, el Edicto empleaba la expresión *acta, facta gesta* (D.42,7,2,1) y respecto a esto decía Gai. D.50,16,58pr. que la diferencia entre *gesta* y *facta* era una *suptilis differentia*, de la que se podía prescindir. Así lo cree también K. (p. 128 s.) a efectos del *metus*. Sin embargo, es claro que, si se admite una rescisión, ésta sólo puede referirse a un acto que tiene efectos jurídicos rescindibles (por acción o excepción) y no a hechos materiales que pueden haber perjudicado un patrimonio, pero que no se pueden rescindir. Respecto a ellos, en cambio, sí era posible la acción penal al *quadruplum*⁶⁰. La *exceptio* fundada en la *i.i.r.* del edicto *ratum non habeo*, donde se habla de *gestum*, se refería, en cambio, a un *factum*: «*si nihil in en re metus causa factum est*» (Ulp. D.44,4,4,33), por la razón de que no

57. La fiducia y el depósito, que figuraban en el edicto de los contratos (*EP. XIX*), no contaban a estos efectos; el primero, por la singularidad que supone la forma mancipatoria, y el segundo, en cambio, porque, a pesar de la existencia de la acción de buena fe (probablemente desde Juliano), sin embargo, era considerado por los juristas como relación preferentemente sancionada por una *actio in factum*, y no muy lejana del hurto.

58. Vid. supra, núm. 370.

59. Vid. LENEL, *EP.* p. 111, por comparación con la *actio doli* (ibid. p. 114) y por la referencia de D.13,7,22,1: *si egerit quod metus causa factum est...* y h.t.9,8: *quod metus causa factum est* (aunque Lenel lo considera itp.).

60. Vid. infra.

se refería ya al *gestum* en su totalidad, sino al hecho de haber sido coaccionada la actividad del demandado.

Sin duda alguna, Ulpiano debía alargar su comentario acerca de los actos rescindibles, y por eso es acertada la separación que hace Lenel entre frag. núm. 372 referido a *gestum* y el que sigue, que no trata ya de lo mismo.

8.—373 = frag. 9, 3-6.

3. Sed quod praetor ait ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est videamus. et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est vel quid simile contigerit quod negotium perficeret. et Pomponius scribit in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adside interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione, adversus petentes non deesse exceptionem. ex qua constitutione colligitur, ut, sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. 4. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione 5. Iulianus libro tertio digestorum putat eum, cui res metus causa tradita est, non solum reddere, verum et de dolo repromittere debere. 6 Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est eius qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra.

Ulpiano pasa ahora a comentar la frase edictal *ratum non habeo*, y empieza por distinguir entre actos imperfectos, es decir, de efectos no consumados, y actos de efectos consumados: para los primeros dará el Pretor una *exceptio* impeditiva de la acción con que se pretenda la consumación de efectos, y para los segundos será necesaria una ac-

ción rescisoria de los efectos ya consumados, o, en su caso, también una *exceptio*⁶¹. De nuevo cita a Pomponio para esta distinción, pero, a este propósito, recuerda Ulpiano un caso real que fue objeto de un poco acertado rescripto de Caracala⁶².

K. (p. 131 ss.) da su propia interpretación de este texto de Ulpiano. Según él, Ulpiano está pensando exclusivamente en la acción penal, ya que no es posible una acción ficticia (la rescisoria) para el caso de una estipulación coaccionada, y de ahí deriva un apoyo para su afirmación de que la acción penal se fundaba en el edicto de *ratum non habeo*, que estaba comentando Ulpiano. El rescripto de Caracala, que habla de *i.i.r.*, sólo podía referirse, según K. (p. 133), a la acción penal, y se daría precisamente en un negocio imperfecto, de efectos no consumados. Contra la afirmación de Pomponio, de que la acción sólo era posible en caso de negocio perfecto, Ulpiano habría sostenido que también podía darse en un negocio imperfecto, como se decía en el rescripto de Caracala.

Esta interpretación de Kupisch no me parece acertada. En mi opinión, lo primero que debemos observar es que, en tanto el rescripto se limitaba a decir que el coaccionado podía *postulare* la *in integrum restitutio*, al final del texto se dice que de este mismo rescripto (*constitutio*) se colige que se puede dar una acción, tanto si el negocio es perfecto como si es imperfecto. La contradicción obliga a censurar este final [*ex qua constitutione colligitur - fin*] como un glosema, que ha refundido la interlocutoria del magistrado con el rescripto del emperador. La exacta situación del caso me parece que debe explicarse de la siguiente manera.

Los munícipes de una ciudad de Campania (quizá por discreción se omite el nombre y se habla genéricamente de «*Campani*») habían coaccionado, según él pretendía, al solicitante del rescripto, que se había visto obligado a hacer un *pollicitatio* (documentada en una cau-

61. Por ej., si hubo enajenación consumada, hará falta una acción real rescisoria (*vindicato utilis*), pero, si el enajenante recupera la posesión, se defenderá con una *exceptio* contra la reivindicatoria del adquirente.

62. Sobre este texto vid. mi artículo *Rescriptos y cognición extraordinaria* en *AHDE*. 1977 p. 13ss. En él (p. 14 n.10) anunciaba ocuparme en «otra ocasión» de la interpretación de Kupisch. Lo hago ahora.

tio) contra su voluntad⁶³. El emperador, en su rescripto, se había limitado a decir que el solicitante debía pedir la *in integrum restitutio* al Pretor. La *subscriptio* imperial había sido excesivamente rutinaria: puesto que de *metus* se trataba, procedía la *in integrum restitutio ob metum*, y no se concretaba más. Cuando el solicitante aparece con su rescripto favorable ante el Pretor, éste, al ver un rescripto tan impreciso, decide (mediante una *interlocutio*), con el asesoramiento de Ulpiano (*me adsidente*), que, en este caso, lo único que podía alcanzarse con un decreto de *i.i.r.* era una *exceptio*, pero que, para imponerla, debía el solicitante esperar que los *Campani* le exigieran el cumplimiento de la *pollicitatio*, lo que sólo ocurriría ante la jurisdicción cognitoria del Cónsul, no ante la ordinaria del Pretor, pues de *pollicitatio* se trataba: así, era verdad que podía valerse de la *exceptio (non deesse exceptionem)*, pero no allí⁶⁴, ni en aquel momento; al mismo tiempo que allí, ante el Pretor, lo único que procedía era la *actio proposita* en el edicto, es decir, la acción penal al cuádruplo, pero esto se decía, por un lado, con cierta reserva de escepticismo (*si actione vellet adversus Campanos experiri*), pues, de momento, sería difícil probar un daño cuadruplicable, y, por otro lado, como para contradecir el rescripto imperial, pues esa acción penal no procedía en virtud de la *i.i.r.* que aconsejaba el emperador⁶⁵.

Así, pues, si Ulpiano cita el caso de los *Campani* no es precisamente para contradecir la opinión de Pomponio, que es irrefutable,

63. Puede uno imaginarse que la coacción popular se había ejercido sobre un hombre rico del pueblo, quizá con ocasión de habersele nombrado magistrado local, es decir, para que hiciera una *pollicitatio ob honorem*, como era costumbre, pero, aquí, demasiado generosa.

64. No hay que olvidar que la acción *ex pollicitatione* exigía una jurisdicción cognitoria.

65. No parece aceptable lo que dice Kaser (p. 112) de que esta acción que el Pretor consideraba posible y que se hallaba *proposita* en el Edicto era una acción *in factum* para reclamar la liberación del aparente deudor, es decir, una especie de *condictio liberationis*. Aparte las dudas que tal *condictio* puede suscitar, no se entiende qué necesidad había de una distinta acción *in factum* con el mismo fin; pero nunca podía verse como una acción en alternativa con la *exceptio metus*, pues sólo se podría dar en el caso especial de retener el demandado una caución sin causa. Como la palabra *proposita* hace pensar en una acción edictal, parece claro que no pueda referirse más que a la acción penal *quod metus causa*.

de que no puede haber acción en tanto no se ha consumado el detrimento patrimonial, sino precisamente para ilustrar esa doctrina, no sin cierta ironía, con un caso en el que el mismo Ulpiano había intervenido como asesor. Que la interlocutoria del Pretor significaba una crítica del rescripto era evidente, pues, si no, hubiera decretado sin más la *i.i.r.*; pero éste no era momento, ni lugar aquél, para solicitarla, y la acción penal, que sí podía dar el Pretor, se dejaba como poco aconsejable, por falta de objeto cuadruplicable.

Sólo un glosador post-clásico quiso deducir de esa cita del caso de los *Campani*, y concretamente del rescripto, que una acción podía darse incluso en caso de negocio imperfecto.

Este caso de los *Campani* no rompe, pues, la continuidad del comentario al edicto rescisorio, pues la mención de la acción penal es circunstancial. En los párrafos siguientes, Ulpiano sigue hablando de rescisión.

En frag. 9,4, Ulpiano habla claramente de la acción rescisoria, que puede ser, no sólo real, cuando hay que rescindir una enajenación, o constitución de un derecho real, sino también personal, cuando el detrimento patrimonial fue causado por una extinción de deuda⁶⁶. K. (p. 134 s.) pretende deducir de este texto que la acción rescisoria no era la ordinariamente pensable al tratarse del edicto del *metus*, sino que era tan sólo una acción complementaria de la principal, que sería la penal. Hasta qué punto esto depende del hecho de creer que, en el § anterior, la acción penal se desprende del edicto *ratum non habeo*, no hay necesidad de explicarlo.

A propósito todavía de la acción real rescisoria, explicaba Ulpiano el carácter arbitrario de esa acción, pero es posible que los Compiladores redujeran ese comentario por la razón de que Ulpiano ya hablaba después del carácter arbitrario de la acción penal, y de la restitución,

66. Ulpiano ejemplifica la rescisoria personal: *rescissa acceptilatione vel alia liberatione*. Si queremos concretar en qué otra *liberatio* está pensando, además de la *acceptilatio*, quizá haya que recurrir a una novación por *iussum promittendi*. Que Ulpiano hubiera escrito *mancipatione* o *alienatione*, como se ha pensado alguna vez, no parece probable: aparte la inversión que supondría el posponer el caso de rescisoria real que antes precede (*et in rem et in personam*), hay que tener en cuenta que no había necesidad de ejemplificar el caso de rescisoria real: Ulpiano quería subrayar tan sólo que «también» puede darse una rescisoria *in personam*: *et...et...*

también judicial, que en ella podía darse. Así, lo único que conservamos en relación con la restitución judicial de la rescisoria *in rem* es lo que nos dice el § 5 acerca de que la devolución de la cosa enajenada⁶⁷ debe ir acompañada de una *cautio de dolo*. Esta caución es la habitual en todos los casos de devolución restitutoria de propiedad en que se debe prevenir el evento de gravámenes impuestos por el propietario restituyente⁶⁸.

Finalmente, en el § 6 se concluye el comentario a la frase *ratum non habeo*, es decir, a la acción rescisoria, principalmente la real⁶⁹, con la observación de que esta acción no es acumulable con la acción penal, de la que se va a tratar a continuación⁷⁰. Puede llamar la atención que la rescisoria real se justifique por la propiedad bonitaria del demandante. En realidad, no se trata de explicar la causa por la que se da aquella acción, sino mejor de explicar el efecto: el hecho de tener esa acción real, aunque pretoria, quiere decir que la cosa reivindicable con ficción sigue estando *in bonis* del que la enajenó, del mismo modo que se considera *in bonis* lo que se puede reclamar con la *actio Publiciana*, también ficticia, frente al propietario civil; o lo que retiene el que puede defenderse del propietario mediante una excepción⁷¹. La explicación que da K. (p. 222 ss.), en cambio, es absoluta-

67. *Tradita*, como de costumbre, es interpolación por *mancipio data* o *mancipata*.

68. Vid. BETANCOURT, *La «stipulatio iudicialis de dolo»*, en *AHDE*. 1979. p. 165. El dolo, naturalmente, no está en la imposición de los gravámenes. (hipoteca, servidumbres, etc.), sino en el hecho de ocultarlo al hacer la restitución.

69. K. (p. 136 y 222) entiende que *dandam existimemus*, en boca de Ulpiano, quiere decir que éste no consideraba como normal esa acción, sino como complementaria, pero es claro que ese giro en nada relativiza el carácter principal de la rescisoria *in rem*.

70. Kupisch, después de tratar este texto, en p. 136 y 222 ss., sin referir la parte final de la concurrencia electiva, acaba por hacerlo en p. 235: sin dar importancia a esta concurrencia entre las dos acciones, tan sólo para decir que la exclusión de la segunda acción se operaría mediante una *exceptio in factum*. En esto muestra quizá Kupisch que este texto sobre la concurrencia electiva entre las dos acciones no acaba de encajar bien en su teoría.

71. Mod. D.41,1,52: *Rem in bonis nostris habere intellegimur quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus*. Parece evidente que se trata aquí de acciones reales, contra el

mente forzada: como la recuperación —dice— era normalmente posible gracias a la acción penal, en los últimos clásicos se habría admitido que, por eso precisamente, estaba *in bonis* del que podía recuperarla, y a consecuencia de esto se habría podido dar la acción ficticia real. Creo que el sentido causal de *quia* no debe entenderse tan estrictamente: también podría decirse que se da la acción Publiciana contra el propietario civil *quia* se entiende que el demandante tiene la cosa *in bonis*⁷².

9.—374a = frag. 9,7-8.

7. Ex hoc edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum, officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est repromittatur, ne forte deterior res sit facta. et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo ut Iulianus scribat libro quarto digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. sed et si per vim stipulanti promiserit, stipulatio accepto facienda erit. sed et si usus fructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt. 8. Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est, non inmerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. sed est verius,

poseedor, y que no cabe pensar (contra K. p. 223) en acciones personales. La acción del *metus* nunca pudo hacer propietario bonitario al que podía ejercitarla.

72. También Kaser (p. 140) critica la explicación de Kupisch, por creer que no se concibe hablar de *in bonis habere* como efecto de la protección por una acción personal, pero queriendo dar una explicación estrictamente causal del *quia*, se adhiere a los que conjeturan que se trata de un caso de transmisión de *res mancipi* por *mancipatio* pero sin *traditio*, de suerte que sobre la retención de la posesión se apoyaría la idea de la propiedad bonitaria; esta conjetura parece infundada e innecesaria.

quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.

El comienzo «*ex hoc edicto*» (§ 7), como hemos dicho al principio (supra, sub 4), presupone, en contra de lo que sostiene Kupisch, la caída de la cita de un nuevo edicto, que anunciaba la acción penal⁷³. A partir de este momento, Ulpiano deja de comentar el edicto rescisorio y pasa al edicto de la acción penal. Hemos dicho también que Kupisch funda su teoría en la ausencia de este segundo edicto, ya que, para él, la acción penal depende del edicto *ratum non habeo*; pero ya hemos dicho también que este fundamento es lo más débil de toda su doctrina. Lo que pasa es que esta doctrina sigue la misma tendencia que tuvieron los Compiladores, que procuraron, efectivamente, unificar las acciones rescisorias con la acción penal. Ya hemos visto algunas interpolaciones que muestran esa confusión, al llevar al comentario del edicto rescisorio datos que proceden de la acción penal, y ahora veremos, al revés, datos de la *i.i.r.* interpolados en el comentario a la acción penal. Así, ya en este § pr. nos encontramos con la explicación [*id est in integrum*] que aparece referida a la restitución judicial de la acción penal, que, por ser una acción arbitraria, permitía la restitución *officio iudicis*⁷⁴. Se ha pensado que podía tratarse de un glosema explicativo, como no faltan en otros lugares, y muchas veces con el giro «*id est...*», pero yo me inclino a pensar que se trata de una interpolación compilatoria que trata de identificar esta restitución judicial con la *restitutio in integrum* del edicto rescisorio. La confusión entre la acción rescisoria *in rem* y la penal era fácil, por

73. Kaser (p. 114) conjetura un edicto del siguiente tenor: «*Quod metus causa factum erit, de eo, nisi arbitrio iudicis restituetur, in quadruplum, post annum causa cognita in simplum iudicium dabo*». Con razón dice Kaser que lo que dependía de la no-restitución no era la concesión de la acción (como si se esperase una *restitutio in iure*), sino la condena; y de ahí el giro *de eo...iudicium dabo*, que deja la condición *nisi...restituetur* unida al *quadruplum*. Al mismo tiempo, este giro facilitaba la legitimación pasiva del que no había ejercido coacción, es decir, la redacción de la fórmula *in rem scripta*.

74. También Kaser (p. 114) cree que, al suprimir los Compiladores el edicto de la acción penal, fundieron la restitución judicial de la acción penal y de la rescisoria, tratada antes, y por eso interpolaron [*id est in integrum*].

cuanto ambas acciones eran arbitrarias. Así, en este § 7, la *restitutio* de que habla Ulpiano es la de la acción penal, pero, como en el § 5 ha hablado ya de la *restitutio* judicial de la acción rescisoria, donde también tenía lugar la *cautio de dolo*, al volver a hablar ahora otra vez de esa caución a propósito de la *restitutio* judicial de la acción penal, los Compiladores identifican ambas cauciones introduciendo la frase [*sicut dictum est*] ⁷⁵. Esta repetición sobre la restitución asegurada con la *cautio de dolo* no tendría sentido si Ulpiano estuviera hablando únicamente de la acción penal, como pretende Kupisch, y no de dos acciones distintas, es decir, la rescisoria del primer edicto y la penal del segundo edicto omitido por los Compiladores.

Luego, del mismo modo que en el § 4 habló Ulpiano de la rescisoria *in personam* cuando hubo *acceptilatio* coaccionada, así también habla ahora de la acción penal en ese mismo caso; con ella se amenaza cuadruplar el valor del crédito perdido si no se restituye ese crédito *apud iudicem* y se acepta el juicio por el mismo, o no se paga tal deuda sin más. Para esto se remite Ulpiano a la autoridad de Juliano (4 *dig.*). Asimismo, si el acto coaccionado fue una promesa estipulatoria, la *restitutio* consistirá en una *acceptilatio, apud iudicem*, para extinguir la obligación; y si la coacción sirvió para extinguir un usufructo o unas servidumbres, el juez de la acción penal, para absolver al demandado, exigirá que vuelvan a constituirse.

El § 8 es, según K. (p. 212 ss. cfr. p. 169), uno de los textos decisivos para su teoría, por la referencia que en él aparece a una «restitución» de acción referida a la acción penal ⁷⁶.

Ulpiano comenta que la acción penal es *in rem scripta*, pues no se dirige contra el que hizo violencia, sino contra todo aquel que tiene algo conseguido a causa de un acto coaccionado ⁷⁷. A este propósito, cita Ulpiano una crítica, que le parece justa (*merito*), de Marcelo a Juliano. Se trataba del caso de *acceptilatio* coaccionada por un fiador,

75. Por lo demás, vuelve a repetirse la interpolación *tradita*, y *retradatur*, para sustituir las menciones que Ulpiano hacía de la *mancipatio*.

76. Kaser (p. 129) aplaude la interpretación que Kupisch hace de este texto.

77. El verbo *velit* tiene como sujeto *haec actio*, pero se trata, en realidad, del Pretor, que es quien concede la acción. K. p. 213 reconoce que es así, pero que esto no impide que se trate de una restitución judicial; remite al frag. 12,1: *restitui pretor velit...*

en virtud de la cual, naturalmente, también el deudor había quedado liberado. Según Juliano, no era necesario «restituir la acción» contra el deudor, sino que debía demandarse con la acción penal al fiador para que, bajo amenaza del cuádruplo, «restituyera la acción», no sólo contra él mismo, sino contra el mismo deudor principal. Frente a esto, decía Marcelo que la acción penal podía darse directamente contra el mismo deudor principal.

El problema es el de qué tipo de «restitución de acción» son éstas. Dice Kupisch que la restitución que Juliano negaba contra el deudor principal era la de la acción penal, y que el fiador podía quedar liberado de esa misma acción tan sólo si, además de reconstituir su propia obligación, conseguía que el deudor principal reconstituyera su obligación (se entiende: extrajudicialmente). La razón de haber negado Juliano la acción penal contra el deudor principal era, dice K. (p. 216), la idea de que tal acción habría obligado a ese deudor, bajo pena del cuádruplo, a reconstituir la acción contra el fiador, en tanto Ulpiano habría admitido la liberación de ese deudor no culpable mediante la simple reconstitución de la acción contra sí mismo⁷⁸.

Esta explicación de Kupisch, que tiene el mérito de evitar el contrasentido que supondría que Marcelo diera como penal la acción que Juliano habría negado como rescisoria, y la misma dificultad de que se hablara de la acción rescisoria en un contexto de acción penal, presenta, sin embargo, la dificultad de no aclarar la contradicción de sentido entre las dos frases próximas: *in reum non esse restituendam actionem... nisi adversus reum quoque actionem restituat*; la primera restitución sería la de la misma acción penal concedida por el Pretor y la segunda —como el mismo anterior *restitui*— sería la que debía hacer en el juicio, el fiador demandado, de la acción extinguida por la aceptación coaccionada. Me parece imposible que Ulpiano haya po-

78. Kupisch cree que, en los últimos clásicos, cuando el demandado era inocente de la coacción, la restitución judicial podía limitarse a la reconstitución de la obligación propia del demandado, y no la del codeudor, como se desprende de Paulo (D.4,2,11) en el caso de ser demandado un fiador inocente: *non tenebitur fideiussor ut rei quoque obligationem restituat*. Que esta mitigación de la restitución, por parte del demandado inocente de la coacción, no fuera admitida por Juliano, parece verosímil a Kupisch porque el texto de Paulo es una nota a Juliano; y recordemos que Haloander atribuía este texto, no a Paulo, sino al mismo Marcelo.

dido utilizar a tan breve distancia esos dos sentidos tan distintos. Cuando luego Marcelo admite la acción penal, aparece utilizado el verbo *competere*, que tampoco es el más propio para referirse a una acción pretoria. Así, hay motivos para sospechar que el texto ha sido alterado, y que se hablaba en él, respecto a la acción penal, de *dandam actionem* (como ya han pensado algunos autores), y de *restituere* tan sólo en relación con la restitución judicial.

Por lo demás, conviene hacer una aclaración respecto a la restitución extrajudicial que debe procurar el demandado para salir absuelto, y que vuelve a aparecer en el mencionado frag. 11, de Paulo (Marcelo?), donde se habla, aunque sea para excluirla de la restitución, por el fiador, de la obligación del deudor no demandado. En cambio, en el frag. 10, de Gayo, se habla —lo que no es exactamente lo mismo— de que el deudor demandado debe presentar los mismos o nuevos fiadores. En efecto, el demandado, para salir absuelto, debe restituir la obligación tal como existía anteriormente, y, por lo tanto, con garantía suficiente, si antes la tenía. Si el demandado es el fiador debe reconstituir la obligación del deudor principal, pues la supresión de tal deudor ha perjudicado al acreedor. Como bien dice Kupisch⁷⁹, esto es lo que pudo inhibir a Juliano para admitir la acción penal contra un deudor inocente de la coacción (el coaccionante fue aquí el fiador), y habría sido superado en los clásicos posteriores, como vemos en el frag. 11 (de Paulo, o del mismo Marcelo). Cuando tal mitigación no fuera posible, por no ser inocente el demandado por la acción penal, la absolución en éste a causa de restitución podía preverse como menos probable. En este sentido, la acción penal viene a castigar, con la grave pena del cuádruplo, al codeudor no inocente más gravemente que al deudor único no inocente, pues éste siempre puede restituir su obligación extinguida por coacción e incluso reponer las garantías; si la obligación extinguida las tenía.

En conclusión, aun aceptando la interpretación que da Kupisch de este frag. 9,8, hay que decir que no constituye una prueba tan firme de su teoría, por cuanto no es posible que Ulpiano hubiera hablado de «restituir» la acción penal en un contexto referido a la «restitución» judicial que tenía lugar dentro de la misma.

79. Vid supra n. 78.

10.—374b = frag. 12.

Sed et partus ancillarum et fetus pecorum et fructus restitui et omnem causam oportet: nec solum eos qui percepti sunt, verum si plus ego percipere potui et per metum impeditus sum, hoc quoque praestabit. 1. Quaeri poterit an etiam ei qui vim fecerat passo vim restitui praetor velit per hoc edictum ea quae alienavit. et Pomponius scribit libro vicensimo octavo non oportere ei praetorem opem ferre: nam cum liceat, inquit, vim vi repellere, quod fecit passus est. quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego eum coegero metu te accepto liberare, nihil esse quod ei restitatur. 2. Iulianus ait eum qui vim adhibuit debitori suo ut ei solveret, hoc edicto non teneri propter naturam metus causa actionis quae damnum exigit: quamvis negari non possit in Iuliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse.

Se sigue hablando en el § pr. de este fragmento de la restitución judicial en la acción penal: debe restituirse todo lo producido por la cosa enajenada, pero también, se dice, los *fructus percipiendi*. Esto último me parece una consecuencia de la regla, sólo válida para el derecho de Justiniano, de que el poseedor de mala fe debe los frutos que se dejó de percibir por su culpa: [*nec solum eos...praestabit*⁸⁰]. Esta interpolación presupone que el demandado no es inocente, pues los Compiladores no advirtieron aquí que la acción penal podía darse también contra un inocente, al que se debía cargar con los *fructus percipiendi*. Por otro lado, se justifica esta carga como si el demandante hubiera dejado de percibir esos frutos a consecuencia del *metus* (*per metus impeditus sum*), siendo así que lo que perdió a causa del *metus* fue la propiedad de la cosa productora de los frutos. De una manera inepta, se ha extendido a esta restitución lo que Justiniano había establecido para la de la acción petitoria, y esta extensión era fácil, por cuanto Justiniano tiende a confundir la restitución de la petitoria rescisoria y la restitución de la acción penal.

80. Este verbo activo, en vez de *praestabitur*, delata la mano del interpolador.

En el § 1 de este mismo frag. 12 se deja el tema de la restitución judicial y se trata de la legitimación personal para la acción penal⁸¹. Llama la atención que este nuevo tema se introduzca súbitamente con un caso tan especial como el de la coacción ejercida por el previamente coaccionado por la otra parte: el caso del promitente coaccionado que coacciona luego al estipulante para que éste le haga aceptilación; más exactamente, en el caso que Ulpiano toma de Pomponio (28 *ad ed.*), el que coacciona al estipulante (*is*) para que haga aceptilación a su deudor (*te*) no es este mismo, sino un tercero (*ego*), pero esto no parece hacer diferencia (se trataría del caso B y no del A según la distinción que hicimos al principio)⁸². Se niega en estos casos la acción penal en virtud del principio *vim vi repellere licet*, pero cabe dudar que ésta fuera la razón dada realmente por Pomponio y Ulpiano. En efecto, no se trata aquí de legítima defensa, sino de retorsión de la violencia. En el caso del interdicto *unde vi cottidiana*, el expulsado *vi* no puede valerse del interdicto si él, a su vez, había expulsado *vi* al que luego le expulsó a él, pues se le opone la cláusula de posesión viciosa. En el derecho de Justiniano se ha suprimido ya la excepción de posesión viciosa, y el expulsado prevalece contra el mismo a quien él había expulsado anteriormente. En la redacción actual del texto parece conservarse un residuo de esta idea de retorsión: *quod fecit passus est*, a la vez que se invoca el principio de la legítima defensa. Entre ambas justificaciones no hay congruencia, y quizá la de la retorsión, similar a la de la excepción del interdicto *unde vi*, sea la propia de Pomponio y Ulpiano, en tanto los Compiladores, para los que tal principio de retorsión había dejado de valer, prefirieron invocar el de la legítima defensa.

El § 2 sigue tratando de la legitimación personal de la acción penal. Se aduce la autoridad de Juliano para negar que proceda esa acción en caso de pago coaccionado, y por la razón de que no hubo *damnum* para quien sufrió la coacción, pues pagó lo que debía. La

81. Es cierto que se dice *restitui praetor velit per hoc edictum*—en relación con la restitución judicial dentro de la acción penal, como dice K. p. 213 (cfr. supra n. 77)—, pero no se trata ya de la restitución misma, sino de quién puede solicitarla, es decir, de legitimación activa.

82. Como Ulpiano habla primeramente de *ea quae alienavit*, se esperaría un ejemplo de enajenación y no de extinción de deuda, y es posible que tal ejemplo haya sido suprimido por los Compiladores.

razón es válida, aunque la forma en que se aduce, con alusión a la *natura actionis*, debe de ser interpolada. Pero también debe de serlo el final relativo a la *lex Iulia de vi* y a la pérdida del *ius crediti* por el hecho mismo de haberse cobrado por la violencia. Sabemos que no la misma ley, sino un decreto de Marco Aurelio dio por perdido el crédito de un acreedor que se había cobrado mediante toma de posesión directa de un objeto de su deudor. Conocemos este decreto por la cita que de su texto hacía Calístrato, *5 de cognitionibus*, y los Compiladores, que conservaron este fragmento de Calístrato en el título de la ley Julia *de vi privata* (D.48,7,7), volvieron a copiarlo a continuación del nuestro (frag. 13). Pero lo interesante es ver cómo interpolaron esa cita precisamente para extender el precepto al caso de Juliano-Ulpiano, que era, no de toma de posesión violenta de una cosa del deudor, sino de coacción para que el deudor realizara él el pago de la cosa debida. En efecto, la interpolación salta a la vista por la simple comparación del texto auténtico de la *sedes materiae* y el adaptado de nuestro título:

D.48,7,7

...rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere...

D.4,2,13

...rem ullam debitoris [*vel pecuniam debitam*] non ab ipso sibi [*sponte*] datam sine ullo iudice temere possidere [*vel accepisse*]...

Son los Compiladores los que consideran incluso en la ley Julia, mediante extensión del decreto de Marco Aurelio, al acreedor que obtenía por la fuerza un pago de su deudor; pero sin preocuparse de las consecuencias. Porque la pérdida del crédito en caso de toma violenta de la posesión de un objeto de deudor quería decir que el acreedor tenía que devolver ese objeto y ya no podía exigir su crédito, pero pérdida violenta del crédito en caso de pago coaccionado de una cantidad de dinero quería decir, no muy elegantemente, que ese pago era repetible como indebido; pero eso no lo dicen los Compiladores. El método de interpolación seguido aquí por los Compiladores fue realmente singular: no se limitaron a extender una sanción legal, sino que trajeron una cita legal convenientemente interpolada para apoyar su extensión.

374c = frag. 14pr.

Item si, cum exceptione adversus te perpetua tutus essem, coegero te acceptum mihi facere, cessare hoc edictum, quia nihil tibi abest.

Al supuesto anterior, de coacción para cobrar, equipara aquí Ulpiano el de coacción para cancelar mediante aceptilación la deuda de un deudor protegido por una excepción perpetua. La razón de que no se dé la acción penal en este caso es la misma de que el coaccionado nada perdió con su acto: *nihil tibi abest*, que corresponde a lo que decía el § anterior, en su parte sólo formalmente alterada: (*actio*) *damnum exigit*.

11.—375 = frag. 14,1-2.

1. Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare, post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. 2. In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur: et sane cum per metum facta iniuria anno et quidem utili exoleverit, idonea esse causa debet ut post annum actio haec dari debeat. alia autem actio esse sic potest: si is cui vis admissa est decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore qui vim intulit possidet: propter quod heredi non erit metus causa actio, quamvis, si annus largiretur, etiam heres in quadruplum experiri possit. ideo autem successoribus datur, quoniam et rei habet persecutionem.

La acción penal que ofrecía el Edicto es al *quadruplum* del valor perdido por el demandante, es decir, con los frutos y demás devengos, como aclara luego el § 7.

Ya hemos advertido, a propósito del § 1 (sub 4), que la manera de expresarse aquí Ulpiano (*pollicetur*) induce a pensar que existía en el Edicto una cláusula especial para anunciar la acción penal, y que en ella se distinguía una acción con condena al cuádruplo, dentro del

año, y otra al *simplum*, después del año. No parece posible, como quiere K. (p. 238), que esta manera de expresarse se refiera sólo a un modelo de fórmula, porque esta distinción de momentos (*post annum...*) así como la referencia a *causa cognita*, no parece reflejar la fórmula misma, sino un edicto especial.

Lo que sí es cierto es que la frase *si quis non restituat* no se refiere a una restitución *in iure*, sino a la restitución judicial: el Pretor no supedita una acción al cuádruplo (que sería ya sin posibilidad de restitución) a que el demandado no restituya *in iure*, sino que da una acción para que, si el demandado no restituye *apud iudicem*, sea condenado al *quadruplum*. Esa es la *restituendi facultas* de que habla este mismo párrafo, como medio para evitar la *poena*, y no la *actio*. De una *restitutio in iure* no se habla nunca. Una cosa es que se diga que el pretor «restituye» una acción —lo que sigo entendiendo como concesión de una acción rescisoria, con fórmula ficticia—, y otra muy distinta que el pretor controle una restitución efectiva por parte del posible demandable por una acción (la rescisoria o la penal). En fin, de que en este § 1 se trata de la restitución judicial, y precisamente en la acción penal, pues es la que aquí está comentando Ulpiano, creo que no puede haber duda.

El § 2 explica el alcance de la *causae cognitio* del magistrado en el supuesto de la acción *post annum*. Esta acción *in simplum* sólo se debe dar cuando ha transcurrido el año útil en que se puede ejercitar la acción *in quadruplum*, y, por otro lado, no pueda darse otra acción, como podría ser la *hereditatis petitio*, que tendría el heredero de la víctima para reclamar lo retenido por el causante de la violencia, que poseería lo adquirido a título *pro possessore*.

El texto no parece del todo fidedigno. La palabra *iniuria* no está utilizada aquí de manera apropiada, para referirse a un perjuicio estrictamente patrimonial. Se diría que Ulpiano pensaba en la subsidiariedad de esta acción penal *in simplum* respecto a la rescisoria, que tenía el mismo fin; es decir, sólo cuando no se pudiera dar la rescisoria podía darse la acción post-anual *in simplum*. Porque, durante el año, era evidente que la acción penal al *quadruplum* era preferible a la rescisoria, pero, transcurrido el año, entre las dos acciones reipersecutorias, esta acción *in simplum* debía considerarse subsidiaria, y de aquí el requisito de la previa *causae cognitio*. Pero el texto no habla

directamente de esta concurrencia con la rescisoria, sino de la *hereditatis petitio*, y sabemos que esta acción sólo procedía cuando el demandado negaba la cualidad de heredero en el demandante. El heredero podía ejercitar la acción penal, dentro del año, o la rescisoria; después del año, la acción *in simplum* sólo cuando no era posible la rescisoria. Esto es claro, pero no es lo que dice el texto, que habla, no de *reivindicatio*, sino de *hereditatis petitio*⁸³. Que Ulpiano hablaba aquí de la *hereditatis petitio* parece tener que admitirse, pero el texto parece resumido, pues, normalmente, la acción que deberá ejercitar el heredero después de haber caducado la acción del *quadruplum* será la rescisoria; sólo que ésta era imposible cuando el deudor negaba al demandante la titularidad del heredero, y, por ello, el demandante se veía obligado a ejercitar la *hereditatis petitio*; se trata, pues, de una *hereditatis petitio* en sustitución de una *vindicatio* rescisoria, que el demandado ha obligado a exigir como *hereditatis petitio* por su negativa de la titularidad de heredero en el demandante. Que Ulpiano presentara este caso de concurrencia es muy posible, pero no que lo hiciera tan directamente, sin hablar antes de la rescisoria ordinaria, ni sin indicar la negativa del demandado que obligaba a ejercitar la *hereditatis petitio*, que es precisamente el supuesto en que puede considerarse al demandado como *possessor pro possessore*⁸⁴. En todo caso, no puede deducirse de este texto que no se pensara en una acción real rescisoria como normal, pues, aunque es verdad que no se habla de ella, no

83. BESELER, *Beiträge* IV p. 47 n. (y 48), vio acertadamente que la acción respecto a la que la *a. q. m. c.* podía ser subsidiaria era la reivindicatoria; vio además que no es fácilmente imaginable que el *qui vim intulit* pudiera ser demandado mediante la *hereditatis petitio*, sin pretender ser él el heredero; sin embargo, lo que hace en su reconstrucción del texto es acumular a la *hereditatis petitio* de que éste habla, aquella reivindicatoria, de que el texto no habla: ...[autem]... [et sane...dari debeat]. *alia autem actio esse sic potest: <velut si quis vi coactus rem tradiderit, habet enim rei vindicationem, item> si cui vis admissa est...propter quod heredi <danda> non erit <haec> [metus causa] actio, quamvis...idex, quod heredi <est actio> [successoribus] datur...*

84. La frase *quoniam pro possessore qui vim intulit possidet* es, probablemente, un glosema, como seguramente también lo es el final [*ideo autem*—fin], por el que se quiere justificar la acción penal a favor del heredero por el carácter reipersecutorio de aquélla.

es menos cierto que la *hereditatis petitio*, de la que sí se habla, viene a sustituir aquella rescisoria y a desempeñar su misma función.

Como veremos luego (sub 16), a propósito de los dos últimos fragmentos conservados del comentario de Ulpiano a los edictos del *metus*, Ulpiano hablaba allí de la acción post-anual y precisamente en contra del heredero, de suerte que aquellos dos fragmentos finales deberían colocarse a continuación de este frag. 375.

12.—376 = frag. 14,3.

3. In hac actione non quaeritur utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse, nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit: et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret vel rem traderet vel quid aliud faceret, nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.

En este momento, Ulpiano parece comentar ya la fórmula de la acción penal, pero es posible que los Compiladores hayan suprimido alguna explicación previa sobre esa fórmula. En todo caso, lo que en este § 3 comenta es la redacción *in rem scripta* de la misma: no se requiere dice Ulpiano, que el demandado haya sido el coaccionante, porque no se trata de castigar el *crimen*, sino el *lucrum*. Esto dependía evidentemente de los términos de la fórmula, en los que no se designaba al demandado como coaccionante, y por ello mismo no se exigía del demandante la prueba de que el demandado fura el coaccionante, sino tan sólo de que él había hecho un acto patrimonial a consecuencia de una coacción, fuera quien fuera el coaccionante, y de que el demandado retenía lo que él había perdido por tal acto. Para los postclásicos, una explicación derivada de los términos de la fórmula procesal no tenía sentido, y de ahí que el texto actual nos presente otro intento de explicación: como el *metus* supone *ignorantia*, no se puede exigir de esa víctima «ignorante» que concrete quién la coaccionó. La razón es realmente pueril, y la misma disyuntiva *metum vel vim*

adhibere prueba que Ulpiano no puede haber sido su autor, pues para él *metus* y *vis* no eran dos grados de coacción, como han venido a ser los términos de la disyuntiva «vis absoluta» o «relativa», sino dos aspectos de la misma realidad, como él mismo ha explicado al comienzo de su comentario. Ulpiano hablaría sólo de *metus*⁸⁵.

El glosema, o acaso interpolación, llega hasta el final del § 3, pues tampoco parece digno de Ulpiano el decir que la acción penal no es, de entrada (*statim*), una acción al cuádruplo, sino que sólo se hace al cuádruplo cuando el demandado no quiere restituir. Es cierto, como dice K. (p. 238), que se trata de restitución judicial, pero, precisamente por esto, tal restitución puede servir para evitar la condena al cuádruplo, no para evitar una acción al cuádruplo. La acción contestada era al cuádruplo desde el primer momento, y la condena a que conducía no podía menos de ser al cuádruplo, sólo que quien iba a ser condenado podía salir absuelto si restituía *arbitratu iudicis*, como explica Ulpiano a continuación (núm. 377).

Este final fue introducido precisamente para justificar que la acción se dé contra una persona inocente, que no coaccionó, sino que sólo se enriqueció por la coacción ejercida por otro, y viene a ser condenada *ex alieno facto*. No es esto injusto, se dice, porque puede evitar el cuádruplo restituyendo.

Tanto la explicación de que la acción se puede dar contra el no coaccionante porque el *metus* supone *ignorantia*, como esta otra de que la acción sólo es al cuádruplo contra el que no quiere restituir no parecen de Ulpiano. Propongo, pues, eliminar del texto todo ese razonamiento doble: [*nam cum metus habeat - fin*]⁸⁶.

13.—377 = frag. 14,4-6 y 8.

4. Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur.

5. Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, ar-

85. Vid. supra sub 5.

86. Obsérvese la repetición *hoc tantum actor adstringitur ut doceat metum in causa fuisse...*, respecto a lo ya dicho por Ulpiano: *sufficit enim hoc docere metum sibi illatum <vel vim>...*

bitrium absolutionem adfert. quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvar? aut si servus in fuga est, aequè, si cavero iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restitutum, absolvi debebo. unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. sed rectissime Viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet. 6. Labeo ait, si quis per metum reus sit constitutus et fideiussorem volentem dederit, et ipse et fideussor liberatur: si solus fideiussor metus accesit, non etiam reus, solus fideussor liberabitur.

8. Si quis per vim sisti promittendo postea fideiussorem adhibeat, is quoque liberatur.

Ulpiano parece comentar aquí la cláusula arbitraria «*neque ea res arbitrato tuo restituetur*»⁸⁷; la posibilidad de restituir a que alude el final del § 3 ya hemos dicho que procede de una alteración del texto de Ulpiano (supra, núm. 376). Lo mismo debe decirse de la explicación que aquí (§ 4) se da del carácter arbitrario de la acción [*habet reus licentiam... restitutionem...rei facere*]⁸⁸.

A continuación se plantea Ulpiano la cuestión de la buena fe del demandado: de si puede éste quedar liberado, sin restituir, por el hecho de haberse hecho imposible la restitución. En el § 5 empieza por afirmar la posibilidad de que el arbitrio del juez absuelva a pesar de no realizarse una restitución. A este propósito plantea el caso de un adquirente de buena fe —es decir, que ignora el acto de coacción que sufrió el demandante— y pierda sin dolo la cosa recibida. ¿Deberá ser absuelto? Luego otro caso: el de un esclavo fugado; si el deman-

87. Vid. LENEL, *Paling.* II col. 463 n. 3.

88. Interpolación hace tiempo delatada por GRADENWITZ, *Interpol.* p. 99.

dado da caución de restituirlo cuando aparezca, el juez debe absolverlo. Pero este principio, dice Ulpiano, no debe llevar a liberar al subadquirente de buena fe que sí puede restituir, como habían pensado algunos autores (*quidam*), según los cuales, el subadquirente de buena fe (por compra, donación o legado) podía quedar absuelto (*non teneri*). Estamos, pues, en el supuesto C, que esos *quidam* habrían dejado fuera del alcance de la acción penal. Según K. (p. 208 ss.), la nueva doctrina que, frente a esos *quidam*, defiende Ulpiano habría sido introducida por Viviano y Pedio, a los que Ulpiano se refiere aquí expresamente.

Según Viviano, la acción —que tiene que ser, en este contexto, la acción penal— puede darse contra el subadquirente de buena fe; siempre, se entiende, que puedan restituir el lucro retenido en perjuicio del que sufrió la coacción. La razón de esta decisión favorable a la víctima de la coacción no parece, sin embargo, absolutamente segura: «para que la intimidación no sea en detrimento mío»⁸⁹.

Según Pedio, la acción puede darse tanto contra el coaccionante que traspasó a otro la cosa obtenida como contra el subadquirente que no coaccionó. También aquí la razón que se da parece añadida: porque del *metus* de uno (*alienum metum*) no debe resultar premio para otro: [*nam in alterius praemium... non oportet*]; en efecto, el *metus* vuelve a tener aquí el sentido no clásico de acto del coaccionante y no del defecto en el coaccionado.

De estas opiniones aducidas por Ulpiano puede desprenderse el siguiente régimen de legitimación: la acción penal se da contra el que

89. Obsérvese que, antes, la primera persona se ha identificado con el demandado: *me non conscio...absolvi debebo*, en tanto ahora se identifica repentinamente con el demandante: *metus quem passus sum... Captiosus* quizá sea siempre espurio, vid. BESELER, *Beiträge* IV p. 59; aquí, *captiosus* se contrapone implícitamente a *lucrosus*, como se hace de manera expresa en D.42,8,6,10: *pupilli ignorantia... captiosa creditoribus et ipsi lucrosa*. Justiniano llama «*captiosae*» a las *ambages* del Pegasiano (const. *Tanta* 6 a); que ya Papiniano llamase también así a las estipulaciones del Pegasiano, como dice el mismo Justiniano Inst. 2,23,7. no consta, aunque a Papiniano aparece atribuida la frase *liberalitatem captiosam interpretatio prudentium fregit* en D.2,15,5. En todo caso, el uso común de *captiosus* presupone siempre una declaración o acto que sirve para engañar a alguien, pero en nuestro texto es el *metus* el que podría resultar *captiosus*, no siendo el *metus* un acto sino el efecto interno de la *vis*. Por esto, al menos en este lugar, *captiosus* debe considerarse espurio.

dolosamente adquirió algo *metus causa*, sea el mismo coaccionante (caso A), sea otra persona (caso B), sea un subadquirente (caso C); contra los adquirentes (B) o subadquirentes (C) de buena fe, sólo se da con éxito la acción cuando retienen la cosa y pueden, por lo tanto, restituirla.

Que la acción pueda darse contra el coaccionante aunque no retenga ya el lucro conseguido es comprensible, pues él llegó a adquirir en su momento y debe restituir, aunque ya no retenga (*etiamsi ad alium res pervenit*). Si lo adquirido era una cosa específica, aunque el que la ha perdido, por transmisión o incluso por pérdida fortuita, no pueda por esto mismo restituirla, no queda, sin embargo, liberado, pues se le aplica el mismo principio de perpetuación de la obligación que rige para el *fur* a efectos de la *condictio*. En este sentido la acción penal del *metus* es también reipersecutoria; reúne los dos caracteres, de penal y reipersecutoria, como ocurre en la acción de la ley Aquilia, a diferencia de lo que rige para el *furtum*. Por eso mismo, la acción no es acumulable. De esta suerte, aunque la acción, como dice Pedio se puede dar contra el coaccionante que no retiene lo adquirido y contra el no coaccionante que sí lo retiene, hay que entender también que ambas acciones se excluyen recíprocamente, por medio de una *exceptio* (es de suponer que la *exceptio doli*)⁹⁰.

Este régimen encaja perfectamente con la idea de Kupisch, de que la acción penal se dirige contra el adquirente y no contra el coaccionante. Por ello mismo, en el supuesto (B) de un coaccionante no-adquirente, no se daría la acción más que contra el adquirente. Es imaginable que, siendo posible la acción contra el coaccionante que perdió lo adquirido, se pensara que no era necesario darla también contra el subadquirente de buena fe, aunque retuviera él lo perdido por el que sufrió la coacción, y que sólo en un momento posterior, como dice Kupisch, la Jurisprudencia admitiera esa concurrencia no cumulativa de la misma acción contra este adquirente de buena fe.

El § 6 y el § 8 se refieren a una deuda afianzada. Como ya hemos observado, el § 7 se refiere a otra cuestión, y debemos suponer que el § 8 fue indebidamente postpuesto.

En el § 6 Ulpiano invoca la autoridad de Labeón para sentar el

90. Sobre no-cumulatividad vid. infra núm. 380.

principio de que, en el caso de deuda afianzada, el *metus* sufrido por el deudor libera también al fiador, pero no al revés. Es una consecuencia clara del carácter accesorio de la fianza.

En el § 8 Ulpiano presentaba el caso especial de un *vadimonium* coaccionado: el *sponsor* de esa caución de presentación quedaba liberado por el *metus* del que dio el *vadimonium*⁹¹.

14.—378 = frag. 14,7 y 9-11.

7. Quadruplatur autem id quanti ea res erit, id est cum fructibus et omni causa.

9. Sed et si quis per vim stipulatus cum acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus, ex stipulatu eum agentem adversus exceptionem replicatione adiuvari Iulianus putat, cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus. Labeo autem post quadrupli actionem nihilo minus exceptione summovendum eum, qui vim intulit, dicebat: quod cum durum videbatur, ita temperandum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilationem omnimodo facere compellatur. 10. Quatenus autem diximus quadruplo simplum inesse, sic hoc disponendum est, ut in condemnatione quadrupli res quidem omnimodo contineatur et eius restitutio fiat, poenae autem usque ad triplum stetur. 11. Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, perit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur, pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat: et nihilo minus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione convenitur exceptione tutus fiat. haec si post condemnationem: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fue-

91. Como ocurre ordinariamente, los Compiladores sustituyeron el *vadimonium* por la *cautio iudicio sisti*, y el *sponsor* por el *fideiussor*; vid. LENEL, *Paling.* II col. 464 n. 1.

rit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti, neque ea res arbitrio iudicis restituetur'. ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius cum quo agetur, cavendum est per iudicem ut eum servum persecutus reddat, sed et si non culpa ab eo quocum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdico unde vi vel quod vi aut clam observatur. itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.

Al § 7 (indebidamente antepuesto al § 8) ya nos hemos referido a propósito del *quadruplum* y de su subordinación a la no restitución por parte del demandado (supra, núm. 375 = frag. 14,1). A continuación, Ulpiano trata algunas cuestiones relacionadas con el *quadruplum*.

En caso de promesa estipulatoria coaccionada (§ 9), la restitución del demandado debe consistir en extinguir la deuda, es decir, en hacer una *acceptilatio*. Si no se hace esta restitución por extinción, el demandado tendrá que pagar el *quadruplum*. La cuestión es ésta: ¿puede el acreedor, una vez que ya ha pagado el cuádruplo, reclamar *ex stipulatu*? Evidentemente, la obligación contraída no se ha extinguido *ipso iure*, pero el coaccionado dispone de la *exceptio metus* en virtud del edicto rescisorio. Según Juliano, al que Ulpiano cita, el demandante *ex stipulatu* debe superar la *exceptio metus* con una *replicatio* (es de suponer, la *replicatio doli*). Esto quiere decir: una vez que ha pagado la pena del *quadruplum*, el estipulante puede exigir el pago de lo prometido⁹². Se trata, pues, de la concurrencia entre los dos expedientes pretorios: la rescisión por *i.i.r.* (que da lugar a la *exceptio*) y la acción penal. No son acumulables. Del mismo modo que, si hubiera habido *condemnatio* por una acción real rescisoria, no cabría ya la acción penal, así también, si hay acción penal, tanto si termina con restitución como con pago de la pena, ya no puede valer la rescisión, y el Pretor que dé la *exceptio metus* debe dar también la *replicatio doli*, para que, una vez probado el hecho del pago del *quadruplum*, pueda prosperar la acción del acreedor.

92. El texto explica esta solución de Juliano mediante la interpretación de que la pena es del *tripulum* y el resto es restitución: [*cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus.*] Esta explicación es compilatoria, como diremos inmediatamente.

Esta solución no parece haber sido la de Labeón, para quien la *exceptio metus* debía defender en todo caso al que prometió por coacción cuando el mismo acreedor era el responsable de la coacción (caso A). Es posible que Ulpiano comentara esta opinión de Labeón, pero no parece que lo hiciera en los términos conservados, pues la solución de forzar al demandado a que haga *acceptilatio* además de pagar el *triplum* está fuera de toda posibilidad del derecho clásico, en el que la *acceptilatio* antes de la sentencia produce sin más la absolución del estipulante, y no puede hacerse ya después de una *condemnatio* al *quadruplum*. Sólo por interpolación pudo imponerse tal extinción judicial: [*quod cum durum videbatur...acceptilationem omnimodo facere compellatur*]⁹³. Probablemente, Labeón habría favorecido la acumulación de rescisión por *exceptio* y pena, y sólo Juliano habría introducido aquel régimen de *replicatio doli*, que Ulpiano habría aceptado. Los Compiladores, aceptando esta *replicatio*, habrían abreviado el trámite, declarando extinguida la obligación y reduciendo la pena al triple. La explicación de este nuevo régimen se da en el §10, enteramente compilatorio⁹⁴; [*quatenus autem diximus quadruplo simplum inesse - usque ad triplum stetur*]. Los mismos Compiladores vienen a reconocer así que son ellos —no Ulpiano— los que acaban de decir (*diximus*) en el § 9 que el *simplum* se comprende en el *quadruplum*: [*cum in quadruplu - consecutus*], y que la condena debe ser al *triplum*: [*quod cum - tripli condemnatione plectatur*].

Introducida por los Compiladores la idea de que la pena de la acción es al *triplum* más la restitución, había de plantearse desde esta perspectiva el problema de la imposibilidad de restitución por perecimiento de la cosa retenida por el demandado. No se trata ya de promesa coaccionada y *acceptilatio* omitida, sino de una enajenación coaccionada cuyo objeto había sido un esclavo. Así, la concurrencia posible con la *i.i.r.* no era ya con la *exceptio metus*, sino con la *vindicatio utilis*.

Los Compiladores vuelven a plantear (§ 11) el supuesto que había planteado Ulpiano (§ 5) de perecimiento, y, en concreto, de un esclavo: *quid si homo...periit?*⁹⁵, pero en el supuesto concreto de que hubiere

93. Interpolación, ya reconocida por LENEL, *Palingenesia* II col. 464 n. 3.

94. LENEL, *loc. cit.*, n. 4.

95. Ulpiano (§ 5) hablaba de perecimiento *sine dolo malo meo*: los Com-

recaído condena por el *quadruplum*. Era lógico, desde el punto de vista compilatorio de una pena del *triplum*, que sólo ésta debiera ser ejecutada, pues penaba el delito (*propter facinus*), pero debiera liberarse al ya condenado del resto, pues la restitución se había hecho imposible. No cabe duda de que esta mitigación (*relaxabitur*) de una pena ya impuesta es compilatoria, porque es evidente que el perecimiento de la cosa debida no podía liberar en modo alguno al que debía cumplir la *condemnatio* ya recaída.

Siguen luego los Compiladores con el segundo caso propuesto por Ulpiano (§ 5): del esclavo fugitivo (*pro eo autem qui in fuga esse dicitur...*). Ya decía Ulpiano que el demandado, en el momento de la restitución judicial, podía liberarse dando caución de presentar al esclavo cuando éste regresara; los Compiladores lo repiten ahora, con el aditamento de que la obligación contraída por el que da esta caución es también de perseguir al fugitivo ([*et persequatur*]), pero aclarando además que la liberación del coaccionante que da esta caución no impide el ejercicio de la acción real (*in rem*), que es la rescisoria, de la *actio ad exhibendum* (complementaria, como siempre, de la real sobre muebles) y «cualquier otra acción recuperatoria». Precisamente por conservar el coaccionado la acción real sobre lo que enajenó *metus causa*, los Compiladores le consideran *dominus* —se insinúa así la idea de que la enajenación coaccionada es «nula», al modo moderno—, y dicen que si, sea por esas acciones que conserva o de otro modo (*quoquo modo*), recupera el esclavo fugado, no puede ya hacer valer la caución de exhibir, pues el coaccionante demandado por ella (*ex stipulatione*) se podrá defender con una *exceptio (doli)*.

Todavía vuelven los Compiladores al supuesto de perecimiento, del que se habían apartado por aclarar el segundo caso del esclavo fugitivo, para concretar que la liberación del *simplum* (excedente del *triplum*) en razón de restitución imposible sólo se da cuando la muerte fortuita del esclavo ha sucedido *post condemnationem*. Pero el problema está en la diferencia respecto al supuesto de que tal muerte fortuita haya sucedido, según dice el texto: *ante sententiam*⁹⁶. Porque el texto dice

piladores hablan ahora de *sine dolo malo et culpa eius qui vim intulit et condemnatus est*, en congruencia con la expansión bizantina de la teoría de la *culpa*.

96. Vuelve a repetirse aquí *sine dolo malo et culpa*; cfr. nn. 95 y 99.

«*tenebitur*» sin aclarar si este *tenebitur* quiere decir que tendrá que pagar el *quadruplum* entero, o sólo el *simplum* de los Compiladores. Lenel⁹⁷ se inclina por esto último, pero, al mismo tiempo, parece conjeturar que Ulpiano habría dicho *non tenebitur*. Dada la evidencia de una extensa manipulación compilatoria en esta parte del comentario, me parece que es vano todo intento de averiguar el posible texto subyacente de Ulpiano, y que es mejor aclarar el texto exclusivamente desde el punto de vista de los Compiladores. En este sentido: si la muerte fortuita del esclavo *post condemnationem* no libera al condenado de una ejecución al *triplum* (*tripli poena propter facinus satisfacere cogitur*), no es probable que se contrapusiera el supuesto del mismo accidente *ante sententiam* para llegar al mismo resultado *tenebitur... al triplum*, como sugiere Lenel. No pudiendo ser así, hay que admitir lógicamente que la condena debe ser al *quadruplum*.

Esta solución de condenar al *quadruplum* en caso de ser imposible la restitución era congruente con el régimen clásico, en el que, después de la *litis contestatio*, si no se realizaba la restitución prevista en la cláusula arbitraria de la fórmula «*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*», no cabía más que una condena al *quadruplum*. Sin duda que Ulpiano reproducía estas palabras, aunque no necesariamente en este lugar, y que los Compiladores las tenían presentes, aunque, como no podían hablar de fórmulas procesales, las atribuyeron al Edicto (*his verbis edicti*), confusión muy frecuente en ellos, que llegan, a veces, a fundir las citas de edictos y de fórmulas⁹⁸. Aunque parezca sorprendente, se diría que los Compiladores mantienen el régimen clásico, de *periculum defensoris*, pero no para la acción ejecutiva, pues si la muerte del esclavo se producía *intra tempora iudicati actionis*, el condenado al *quadruplum* veía reducida la ejecución al *triplum* por haberse hecho imposible la restitución del *simplum* incluido en el *quadruplum*. Este régimen aparentemente incongruente, tiene, sin embargo, su explicación dentro de la mentalidad de los Compiladores.

En el § 9, después de dar Ulpiano la opinión de Labeón, de que

97. LENEL, *Palingenesia* II col. 464 n. 7.

98. Que el edicto de *iudicium dabo* tuviera ya tales palabras, debe ser rechazado. No hay problema para K. (p. 289s. n.501), pues él niega la existencia de un edicto de «*iudicium dabo*», ya que la acción penal, para él, puede depender del primer edicto de «*ratum non habeo*».

post quadrupli actionem se mantenía todavía la *exceptio metus* a favor del deudor coaccionado, y de tachar los Compiladores tal opinión de «dura», decían éstos: *tripli condemnatione plectatur*. Esto, naturalmente, sólo a la ejecución puede referirse, pues la condena del *quadruplum* ya ha recaído. Los Compiladores se limitaron, pues, a desdoblarse la ejecución de una condena del *quadruplum* en el pago del *triplum* más la extinción de la obligación contraída *metus causa*. Este mismo criterio debieron de aplicar al caso de una condena al *quadruplum* por no restitución de un esclavo perdido *metus causa* por el demandante: pago del *triplum* y restitución forzada del esclavo. Pero, si el esclavo había muerto antes de la *condemnatio*, no era posible hacer ya tal distinción, y la ejecución debía proceder al *quadruplum*. Porque aquella distinción era posible tan sólo cuando el esclavo vivía en el momento de la condena, y entonces, si el esclavo, por caso fortuito, moría después de la condena, la obligación de restituir quedaba extinguida y sólo quedaba la pena del *triplum*; pero no cabía tal distinción si el esclavo no podía ser restituido antes de la condena.

Este es el razonamiento que, en mi opinión, llevó a los Compiladores a aliviar la condena tan sólo cuando la restitución se había hecho imposible después de la sentencia. En otras palabras: la condena de la acción pena! debía ser al *quadruplum* siempre que no hubiera restitución, y, si ésta se daba, procedía la absolució;n; una vez recaída la condena al *quadruplum* por falta de una restitución posible, debía entenderse compuesto este *quadruplum* de un *triplum* más la restitución, pero ésta todavía podía hacerse imposible por muerte fortuita del esclavo *post sententiam*; en cambio, si no había sido posible la restitución porque el esclavo había muerto *ante sententiam*, el *quadruplum* debía pagarse entero, pues no cabía hablar ya de restitución de un esclavo que había dejado de existir, y, así, el *quadruplum* era todo él pena, y debía ejecutarse sin «relajo».

Todavía vuelven los Compiladores al caso del esclavo fugado: *ergo si in fuga...*⁹⁹, y se vuelve a insistir en la obligación de perseguirlo y devolverlo, que debe contraer el demandado mediante la correspondiente caución exigida por el juez (*cavendum per iudicem*); pero ahora

99. De nuevo (vid. nn. 95 y 96): *sine dolo malo et culpa eius cum que agetur*, y luego de *non culpa* sin más.

se plantea el supuesto de muerte fortuita del esclavo fugado. ¿De quién es el riesgo? Está claro que, según los principios clásicos, el promitente no respondía de ese esclavo si no se había puesto él, por acto propio, en la imposibilidad de entregarlo (principio de responsabilidad de las obligaciones de derecho estricto: *si per eum steterit quominus solve-retur*). Los Compiladores, en cambio, introducen aquí, como otras veces, la consideración del riesgo por la *res non peritura*, es decir, que, aunque no tuviera responsabilidad por complicidad dolosa en la fuga del esclavo, si éste no hubiera muerto estando en poder del demandante (*si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset*), puede exigirse el valor de tal esclavo fugado y luego muerto. Los Compiladores traen a comparación el caso de los interdictos *unde vi* y *quod vi aut clam*, lo que no puede menos de causar perplejidad, pues no se entiende bien cómo puede entrar respecto a los inmuebles, objeto de esos interdictos, el principio de la *res non peritura*. Por lo que a los esclavos se refiere, los Compiladores dan un ejemplo de *res non peritura*: el esclavo que iba a ser vendido por el acreedor.

Puede decirse, pues, como ya se ha reconocido desde antiguo, que los Compiladores introdujeron en el comentario de Ulpiano su propio *tractatus* sobre el *quadruplum* de la acción del *metus* y sobre el *periculum rei* respecto a la obligación de restituir, excedente del *tripulum*; es decir, aparte las interpolaciones señaladas en el § 9, los §§ 10 y 11 enteros. Qué decía Ulpiano en este lugar es imposible de reconstruir, ya que la misma cita de las palabras de la fórmula «*neque ea res...*» pudieron tomarlas los Compiladores de otro lugar del comentario. Quizá la interpolación haya sido añadida sin suplantar texto alguno de Ulpiano sobre la cuestión que preocupaba a los Compiladores. Porque, para Ulpiano, el *quadruplum* era una pena sin más, la *restitutio* era la manera de evitarla antes de recaer la sentencia, y el *periculum* se atenía a las reglas generales de las acciones de derecho estricto.

15.—379 = frag. 14,12-13.

12. Qui vim intulit, cum possessionem a me sit consecutus, fur non est: quamvis qui rapuit, fur improbior esse videatur, ut Iuliano placet. 13. Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.

En el § 12 Ulpiano distingue la adquisición coaccionada de los delitos de *furtum* y *rapina*. Es claro que, si hubo una enajenación, aunque fuera *metus causa*, debe excluirse toda idea de sustracción, y por lo tanto la consideración del acto del coaccionante como *furtum*; así, aunque la *vis* agrava al *furtum* y lo configura como *rapina*, con la consiguiente agravación de la pena (*quadruplum*), la *vis* que sólo coacciona resulta menos grave, pues el *quadruplum* de la acción penal del *metus*, no sólo incluye la indemnización, sino que se puede evitar mediante la *restitutio arbitrato iudicis*. Lo que llama la atención es que Ulpiano tenga que invocar la autoridad de Juliano para decir que la *rapina* es más grave que el *furtum*; tampoco podemos pensar que la frase *quamvis videatur* sea interpolada, de modo que la cita de Juliano se hubiera referido a la afirmación anterior de que el adquirente por coacción no es *fur*, porque también esta afirmación es demasiado obvia. Así, quizá debemos corregir la puntuación de los editores y referir la cita de Juliano, no a lo que antecede, sino a lo que sigue, pues ésta sí que podría haber sido una opinión discutida, y por eso Ulpiano la refuerza también con la autoridad de Pomponio: *et ita Pomponius*.

Sea como sea de esta cita de Juliano, el § 13 sí nos presenta algo que no resulta obvio, como es una excepción al principio de la subsidiariedad de la *actio de dolo*, pues se da ésta en alternativa con la de *metus*, con exclusión de la segunda mediante una *exceptio in factum*¹⁰⁰.

100. ALBANESE, en *Ann. Palermo* 1961 p. 291s., rechaza este texto como excepción inadmisibles al principio de subsidiariedad de la *actio doli*. LEVY, *Konkurrenz* II p. 158, en cambio, salva el texto suponiendo que la concurrencia de la *actio doli* era con la acción de *metus* post-anual, es decir, meramente reipersecutoria. K. (p. 233ss.) critica ambas posiciones, y defiende la concurrencia, por falta de identidad, no ya en la *res*, sino en la *causa*: la de la acción de dolo era el *metum facere*, y la de la acción de *metus* era la adquisición a causa del *metus*. La concurrencia resultaría práctica para aquellos casos en los que no pudiera probarse fácilmente la coacción, pero sí, al menos, el dolo. Es claro que no procedía aquí la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, pues entre la acción de dolo y la de *metus* no hay identidad de objeto. Juliano parece haber dado también una *exceptio in factum* en un caso en el que no podía darse la *exceptio rei venditae et traditae*: D.44,4,4,32, cfr. 6,2,72 y 21,3,2. De la *exceptio doli* no se habla aquí porque no serviría para el caso de tener que ope-

380 = frags. 14,14-15 y 16pr.

14. Iulianus ait quod interest quadruplari solum, et ideo eum, qui ex causa fideicommissi quadraginta debebat, si trecenta promiserit per vim et solverit, ducentorum sexaginta quadruplum consecuturum: in his enim cum effectu vim passus est. 15. Secundum haec si plures metum adhibuerint et unus fuerit conventus, si quidem sponte rem ante sententiam restituerit, omnes liberati sunt: sed etsi id non fecerit, sed ex sententia quadruplum restituerit, verius est etiam peremi adversus ceteros metus causa actionem.

16pr. Quod diximus si plures metum admiserunt, idem dicendum erit et si ad alium res pervenit, alter metum adhibuit.

En el § 14, Ulpiano parece haber comparado la acción del *metus* con la *condictio indebiti*, pero esto no resulta claro, quizá por haber suprimido los Compiladores la parte antecedente. Lo que nos queda se refiere tan sólo al hecho de que cuando un promitente demanda al estipulante a causa del pago realizado de una novación de objeto excesivo y coaccionada, el *quadruplum* no debe referirse al total de la nueva deuda nacida por coacción, sino al excedente respecto a la anterior deuda novada, pues se considera que sólo en ese excedente hubo coacción real (*cum effectu*). Que el ejemplo tomado sea de una obligación *ex fideicommisso* tiene su interés, precisamente en relación con la comparación conjeturada supra de la acción del *metus* con la *condictio indebiti*. En efecto, tratándose de un fideicomiso, la repetición de un pago excesivo tiene especial dificultad, ya que precisamente por ser deuda de fideicomiso, el que quería repetir mediante la *condictio indebiti* debía probar el error (que, en otros casos, se presume una vez que se ha probado el *indebitum*); en cambio, si había novación con aumento de la deuda, podía repetirse el *indebitum*, y al *quadruplum*, mediante la prueba del *metus*, que es más fácil que la

nerse precisamente a la *actio doli*. En todo caso, de la nó-acumulación entre las dos acciones no puede deducirse una negativa del carácter penal de la acción del *metus*: se trata de la concurrencia entre dos acciones las dos penales.

del error. Naturalmente, en ese caso, la *restitutio* hubiera debido ser también del *indebitum* y no del total de la novación.

En el § 15 se declara la no cumulatividad de la acción del *metus*, en caso de ser varios los que ejercieron la coacción: la acción se da sólo contra uno, y los otros quedan liberados, tanto por el pago del *quadruplum* del demandado, como por la *restitutio* que éste haga. El mismo Ulpiano aclara a continuación (frag. 16pr.) que, admitido que la acción penal se puede dar contra el adquirente subsiguiente¹⁰¹ y contra el coaccionante primer adquirente, las acciones contra ambos tampoco son acumulables.

381 = frag. 16,1.

Sed si servi metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipsorum nomine erit, poterit autem quis dominum ad quem res pervenerit convenire: qui conventus sive rem sive secundum quod iam dictum est quadruplum praestiterit, proderit et servis. si vero noxali conventus maluerit noxae dedere, nihilo minus ipse poterit conveniri, si ad eum res pervenit.

Un nuevo tipo de concurrencia se presenta en el caso de coacción ejercida por esclavos. La acción, como penal que es, puede dar lugar a la noxal contra el dueño, pero también se puede dar contra éste mismo directamente, si retiene lo adquirido a consecuencia de la coacción. La acción contra éste, dice el texto, excluye la acción noxal; en cambio, la *noxae deditio* no excluye la acción directa contra el dueño¹⁰².

Esta solución no puede menos de causar perplejidad. Que se pueda dar la acción noxal es explicable, pues hubo una pérdida patrimonial del demandante a consecuencia de la coacción ejercida por los esclavos, y el dueño de éstos habría adquirido lo perdido por

101. En este sentido debe entenderse *ad alium res pervenit*; vid. K. p. 227 n.445.

102. Kupisch no se detiene a considerar especialmente este texto. Sólo lo cita en p. 177 n.251, a propósito de que la acción (ya la primera fórmula Octaviana) podía darse contra terceros adquirentes, como se dice expresamente en este texto. Pero nada dice sobre la acción noxal, siendo así que el que pueda dar lugar a la acción noxal es una prueba del carácter penal de la acción.

el demandante aunque actualmente no lo retuviera en su patrimonio; sólo en este segundo caso podía darse la acción directamente contra él. Este segundo caso entraría en el tipo B (coacción en beneficio de un tercero demandable), en tanto, si el dueño no retenía, tendríamos un caso del tipo A, sólo que sin verdadera adquisición por el coaccionante, pues era incapaz de adquirir: lo decisivo para la legitimación pasiva del tipo A no era tanto el haber efectivamente adquirido cuanto el haber producido una pérdida patrimonial por coacción: en caso de coacción por los esclavos, el dueño de éstos no era propiamente un tercero para poder hablar del tipo B, y por eso la acción podía darse «a nombre del esclavo», como noxal, y sólo se daba a nombre propio cuando el dueño retenía lo perdido por el demandante.

Siendo admisible, pues, que la acción se dé como noxal por el delito de haber causado una pérdida patrimonial en el demandante, no resulta, en cambio, tan explicitable que esta acción noxal no excluya de manera absoluta la otra acción directa, pues dice el texto que ésta subsiste en caso de *noxae deditio*.

Si nos atenemos a la comparación que hace Ulpiano entre esta concurrencia de acciones y la anterior de *metus* y *dolus*, debemos admitir la exclusión absoluta de una acción por la otra. En efecto, la consumición debía producirse por la *litis contestatio* de cualquiera de las dos acciones, aunque hiciera falta la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, dado que la acción del *metus* era pretoria¹⁰³. Esta acción residual cuando hubo ya una *noxae deditio* debe explicarse cuando ésta fue anterior a la *litis contestatio*, es decir, cuando no llegó a haber acción noxal; el texto, al decir *si vero noxali conventus maluerit noxae dedere*, puede interpretarse en este sentido: el demandado, no queriendo defender al esclavo coaccionante, hace entrega del mismo; pero, si él retiene lo perdido por el demandante, sigue obligado a aceptar la acción del *metus* directa, en propio nombre. Quizá Ulpiano decía expresamente que esa *noxae deditio* había sido anterior a la *litis contestatio*, y sólo los Compiladores suprimieron ese

103. No entro ahora en la cuestión de si sigue siéndolo como noxal, pues la fórmula de las acciones noxales es insegura. De ser civil esa acción noxal, a pesar de tratarse de un delito pretorio (esto puede admitirse como muy probable), la *exceptio* haría falta tan sólo si se había ejercitado antes la acción directa, para excluir la noxal, pero no en caso contrario.

dato, precisamente porque, para ellos, como ya hemos visto, el *quadruplum* se compone de un *triplum* de pena y un *simplum* de restitución; así, la *noxae deditio* podía servir para liberar de la pena, pero nunca de la restitución. Desde este punto de vista compilatorio, el texto de Ulpiano tenía un alcance más general que el que el mismo Ulpiano pensaba, pues la *noxae deditio*, en cualquier momento que tuviera lugar, correspondía a la pena pero no a la restitución, que seguía debiendo el dueño que retenía aquello cuya restitución se exigía.

16.—382 = frags. 16,2 y 20.

16,2. Haec actio heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. in heredem autem et ceteros in id quod pervenit ad eos datur non inmerito licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.

20. Quantum autem ad heredem pervenerit, litis contestae tempore spectabitur, si modo certum sit aliquid pervenisse, idem et si ipsius qui vim intulit sic in corpus patrimonii pervenit aliquid, ut certum sit ad heredem perventurum, id est si debitor liberatus est.

Estos últimos textos del comentario de Ulpiano se refieren a la transmisibilidad de la acción penal. La «transmisibilidad» debe entenderse respecto al heredero, pero los Compiladores parecen haber fundido la transmisibilidad pasiva con la legitimación pasiva de los que retienen lo perdido por el demandante, y por eso hablan del *heres ceterisque successores*. Esto ha producido probablemente una alteración total de los dos textos. De entrada, ya resulta sorprendente que la acción se dé a favor de los herederos por la razón de que es una acción reipersecutoria. Este carácter, en boca de Ulpiano, debería haber justificado el que se diera contra los herederos, como dice a continuación: *in heredem...datur*. En realidad, como diremos luego, esta frase inicial del frag. 382, de nuevo compilatoria, es una repetición de la final del frag. 375.

Una primera cuestión que aquí se presenta es la de por qué, si la acción del *metus* se puede dar contra subadquirentes, no se da contra

los herederos más que en la medida de *id quod ad eos pervenit*. Según K. (p. 211), esto debe explicarse por la circunstancia de que la extensión de la acción contra subadquirentes tuvo lugar cuando ya existía en el Edicto una fórmula especial en *id quod ad eos pervenit* contra los herederos, y por esto habría subsistido el régimen especial para el subadquirente heredero. La existencia de tal fórmula parece poder apoyarse en el frag. 19 (h.t.) de Gayo (4 *ed. prou.*):

Quod autem in heredem eatenus pollicetur actionem pro-
consul¹⁰⁴ quatenus ad eum pervenerit intellegendum est
ad perpetuo dandam actionem pertinere.

Pero lo que debe advertirse es que Gayo parece referir la acción anunciada —una *actio adversus heredem in id quod ad eum pervenerit*— a una *perpetuo danda actio*. Creo que esto debe entenderse, no en el sentido de que la acción contra el heredero sea perpetua, sino en el de que la acción especial contra el heredero es la acción post-anual de que habla Ulpiano en frag. 14, § 1: *post annum vero in simplum actionem pollicetur*. Es decir, la acción post-anual y perpetua, que es el *simplum* contra el que adquirió intervivos lo que perdió el demandante, puede darse contra el heredero del adquirente *in id quod ad eum pervenerit*. Queda excluido así el heredero que retiene lo perdido por el demandante si la acción se dirige contra él *intra annum*: en este caso, la acción sigue siendo al *quadruplum*, a no ser que ese heredero restituya.

Si nuestra interpretación de Gai. D. h.t.19 es correcta, debemos interpretar en el mismo sentido estos dos últimos fragmentos del comentario de Ulpiano. Se trataría de la acción post-anual, que es evidentemente reipersecutoria y no al *quadruplum*. No sólo la extensión a los *ceteri successores*, sino la justificación [*non immerito - non debet pertinere*] es espuria. Los Compiladores (o quizá ya un glosador pre-justiniano) estaban pensando en el régimen general de las acciones penales que se dan contra el heredero en la medida del enriquecimiento, sin darse cuenta de que la acción de que trata Ulpiano, la post-anual, no es penal sino reipersecutoria.

104. No podemos examinar en este momento la cuestión de las menciones del *proconsul* en el comentario *ad. ed. prov.* (que difícilmente podemos imaginar como el edicto dado por un gobernador provincial).

En el frag 20 (que los Compiladores colocaron acertadamente después del frag. 19 de Gayo, que nos da la clave para esta acción contra el heredero), Ulpiano puntualiza que el aumento patrimonial del heredero debe haberse dado en el momento de la *litis contestatio*. En la segunda parte, en cambio, vuelve a percibirse la mano de quien parece haber olvidado que la acción de *metus* no se dirige necesariamente contra *qui vim intulit*; pero es posible que Ulpiano tratara de la subrogación real: concretamente del supuesto de que, con el bien adquirido *metus causa* por el difunto, se haya pagado una deuda hereditaria. También en este caso se entiende que el valor *ad heredem pervenit*, pues quedó liberado de una deuda hereditaria. La expresión *in corpus patrimonii pervenit aliquid* parece ser de Ulpiano¹⁰⁵, así como podría serlo también el ejemplo del pago de una deuda hereditaria, pero los Compiladores deben de haber cambiado la redacción de toda esta segunda parte del frag. 20.

Habida cuenta, pues, de que estos dos fragmentos se refieren a la acción post-anual, deberían colocarse mejor después del frag. 375, como ya dijimos a propósito de éste. Ese frag. 375 termina precisamente con las palabras *ideo autem successoribus datur quoniam et rei habet persecutionem*. Estas palabras deben atribuirse a los Compiladores, pero coinciden precisamente con las iniciales de este frag. 382 *haec actio heredi ceterisque successoribus datur quoniam rei habet persecutionem*. Esta coincidencia parece confirmar el enlace que proponemos; aunque ninguna de las dos frases deba atribuirse a Ulpiano, han venido a sustituir algo que efectivamente decía Ulpiano acerca de la acción post-anual: se daría a favor del heredero de la víctima de la coacción, pero también en contra del heredero del demandable por esa misma acción. Sólo que, como hemos visto a propósito del frag. 382, esta acción post-anual es subsidiaria, y no se da cuando resulta posible la acción real rescisoria. Naturalmente, esto valdría igualmente respecto a los herederos, y precisamente por eso el ejemplo que daba

105. El giro es muy clásico para designar esa reversión del lucro obtenido: Ulp. D.5,3,25,16 (*pretium in corpus patrimonii reddere*); Papiniano presenta la regla «*non absumitur quod in corpore patrimonii versum*» (D.31,72 y 34,4,23) y cfr. 34,4,25 (*pretium in corpus patrimonii reddere*) y 31,77 (*percepta pecunia in corpus patrimonii verti*); también el rescripto de Severo y Antonino citado en D.22,6,9,5 (*ex corpore patrimonii impendere*).

Ulpiano, de pago de un deudor hereditario, es un caso en el que no era posible la acción rescisoria y debía acudir a la acción post-anual *in id quod ad heredem pervenit*.

17.—Observábamos en nuestra sección 4 que el orden general del comentario de Ulpiano a los edictos del *metus* (en la reconstrucción de Lenel), no resultaba del todo claro. Aparte la descolocación del frag. 14,7, que el mismo Lenel postpone al 14,8, situándolo así en cabeza de su núm. 378, y la del frag. 9,2 (vid. núm. 372a), que acabamos de ver, me parece clara la relación entre el núm. 382 (frags. 16,2 y 20) y el final del 375 (frag. 14,2), al que se debe unir. Pero hay, además, otras correcciones que me parecen necesarias.

Lenel partía de la idea, aquí y en otros comentarios, de que Ulpiano comentaba separadamente las palabras del edicto y luego las de la fórmula, de suerte que, a propósito de la acción *quod metus causa*, al comentario del edicto corresponderían los núms. 374 y 375, y al comentario de la fórmula los números 376 y 377¹⁰⁶, quedando los restantes como «additamenta». Ya hemos dicho que estos «additamenta» (sacando el núm. 382 que, como acabamos de decir, debe unirse al núm. 375) tratan propiamente de problemas de concurrencia de acciones; pueden haber ocupado efectivamente la parte final de todo el comentario de Ulpiano a los edictos del *metus*.

La dificultad está en que, en el orden que presenta Lenel del comentario a la acción penal, quedan como entremezcladas las cuestiones de la *poena quadrupli*, de la *restitutio* y de la legitimación pasiva de esta acción. Porque la distinción entre comentario al edicto y comentario a la fórmula no acaba de aclarar la aparente reiteración.

Aunque no quiero entrar aquí en una discusión sobre la idea general de separar los comentarios al edicto y a la fórmula, porque esto nos llevaría a revisar el criterio a lo largo de todo el comentario *ad edictum*, sí me parece que, en este lugar concreto, la distinción no resulta clara; no se comprende, por ejemplo, por qué los temas de legitimación pasiva debían ir separados (núm. 374, frags. 12,1-14pr., por un lado, y núms. 376 y 377 (frags. 14,3-14,9, con las irregulari-

106. También Kaser (p. 114) cree que se comentaba la fórmula separadamente del edicto.

dades de 14,4, 14,7 y el glosema de 14,10-11, por otro lado). Es más, cuando en el núm. 374 (frag. 9,8) se dice *cum haec actio in rem sit scripta...*, estas palabras podrían referirse a la fórmula mucho mejor que al edicto de la acción penal al que las refiere Lenel¹⁰⁷. En fin, la distinción entre la acción al *quadruplum* y la acción post-anual reipersecutoria se diría que debía haber aparecido al principio y no al final del supuesto comentario al edicto (frag. 375, al que unimos el número 382).

En mi opinión, los Compiladores han sacado algunos textos del contexto originario, y después, Lenel, con su separación de edicto y fórmula, ha contribuido a trastocar todavía más el verdadero orden del comentario de Ulpiano. Es probable que el comentario a la acción penal, después de quedar citado el edicto (cita suprimida por los Compiladores), empezaba por hablar de las acciones que anunciaba el Pretor: la del *quadruplum* y la post-anual, en una forma que podría ser la del frag. 14,1, completada quizá con el trastocado 14,7, del que aquél parece haber hecho una referencia abreviada. Porque, de no poder acoplar de algún modo ambos textos en un mismo lugar, son éstos demasiado parecidos para pensar que Ulpiano pudiera haber escrito ambos en dos lugares distintos de su comentario a la acción penal¹⁰⁸; por ello me inclino a pensar que el hueco dejado por el desplazado 14,7 fue rellenado abreviadamente por los Compiladores:

Ulp. (14,7)

Quadruplatur autem id quanti ea res erit, id est cum fructibus et omni causa.

Itp. (14,1)

quadruplatibus autem omne quodcumque restitui oportuit¹⁰⁹.

107. K. (p. 212) cree que el comentario de Ulpiano a la fórmula de la acción penal empieza en frag. 9,7, a propósito de la cláusula de restitución.

108. Según Lenel, el frag. 14,1 se referiría al edicto de la acción penal y el 14,7 a la fórmula, pero nada hay en alguno de los dos textos que permita aceptar tal distinción: la frase *id quanti ea res erit* no aparece en 14,7 como propia de una fórmula que se comenta, sino como referencia general a la base del *quadruplum* de la acción.

109. Este giro recuerda al que aparece en Paul. h. t. 21,2, y también de un modo reiterativo que hace pensar en la mano de los Compiladores:

A continuación hablaría Ulpiano de la acción post-anual: *post annum vero... pollicetur...* (14,1 cont. y 2, más los frags. 16,2 y 20 = números 375 cont. y 382).

Luego, empezaría Ulpiano a hablar de la restitución judicial a la que se enderezaba normalmente la acción: *haec autem actio cum arbitraria sit, habet [—] usque ad sententiam ex arbitro datam restitutionem [—]* (frag. 14,4 = núm. 377); y explicaría cómo debía ser la restitución: *ex hoc edicto restitutio talis facienda est [—]...* (fragmento 9,7 y 12pr. = 374) y especialmente en caso de *facta* no rescindibles (frag. 9,2).

Después vendría toda la temática de la legitimación pasiva de la acción, que empezaría con el frag. 14,3 (núm. 376): *In hac actione non quaeritur...*; seguiría después con 9,8 (núm. 374): *cum autem haec actio in rem sit scripta...* y los otros trozos dispersos que conservamos: *quaeri poterit...* (frag. 121,...) *Iulianus ait* (frag. 12,2... *item si...* frag. 14pr.)... *aliquando tamen...* (frag. 14,5)... *Laebo ait...* (frag. 14,6)... *si quis...* (frag. 14,8... *̄ sed si quis...* (frag. 14,9), cuyo orden exacto es difícil de fijar, a causa de las posibles supresiones operadas por los Compiladores.

Dentro de la inseguridad que impone la conservación incompleta del comentario, podría verse el siguiente orden del mismo (conservo la referencia a los núms. de Lenel cuando no hay alteración, y a los

Paul.

... non quanti fundus sed quanti possessio est eius quadruplum, vel simplum, cum fructibus consequetur

Comp.

... aestimabitur enim quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus

Puede verse aquí una reiteración en todo similar a la que observamos en Ulpiano, y vuelve a utilizarse aquí el giro *quod restitui oportet*. *Nuda possessio* vuelve a aparecer en otros dos lugares interpolados: D.21,2,66pr. y 45,1,38,3. Por lo demás, vemos en este texto de Paulo sobre la acción penal un trozo sobre la acción rescisoria (§ 1: *quod metus causa gestum erit nullo tempore praetor ratum habebit*), que quizá no proceda de interpolación, sino de un comentario marginal introducido fuera de lugar; en efecto, no se explica este principio general en medio de una secuencia casuística como la de ese frag. 21. Kupisch (p. 130), en cambio, cree que Paulo comentaba el edicto *ratum non habebo*, y encuentra así un argumento a favor de su tesis de que la acción penal dependía de ese edicto.

fragmentos y párrafos del Digesto cuando se propone una distribución distinta de la de Lenel):

- I. *Edicto «ratum non habebo»* (citado en frag. 1).
 1. *vis et metus* (núms. 369-371).
 2. *quod gestum erit* (frag. 9,1 y D.50,16,19).
 3. *ratum non habebo* (núm. 373).
- II. *Edictos «iudicium dabo»* (cita suprimida por los Compiladores).
 1. Acciones al *quadruplum* y al *simplum* (post-anual) (frags. 14,7 = 14,1, 14,2; 16,2 y 20).
 2. *Restitutio* (judicial) (frags. 14,4; 7 y 12pr.; 9,2).
 3. Legitimación pasiva (frags. 14,3; 9,8; 12,1 y 2; 14pr.; 14,5 y 6; 14,8 y 9).
 4. Concurrencia de acciones (núms. 379, 380 y 381).

18.—De esta revisión del comentario de Ulpiano a los edictos del *metus* no resulta ninguna dificultad para mantener la concurrencia de dos vías a elección del que sufrió la intimidación: la rescisión mediante la *restitutio in integrum* decretada por el pretor en base al edicto *ratum non habebo*, y la acción penal al *quadruplum*, o al *simplum* después del año de haberse cometido la coacción, ofrecida por el pretor en sus edictos *iudicium dabo*. Lo que realmente supone una aportación positiva del estudio de Kupisch es el haber acertado a ver que la acción penal no se dirigía a castigar la coacción, sino —según decimos después de la precisión de matiz que hemos hecho— el *factum* de retener un bien perdido por el demandante a causa de una intimidación sufrida por él (*metus causa*¹¹⁰), intimidación a la que el demandado podía ser ajeno. La *i.i.r.* vino a completar esta sanción penal¹¹¹, pero esto no quiere decir que la acción rescisoria fuera secundaria respecto a la penal más antigua.

Fueron precisamente los post-clásicos los que, a la vez que tendie-

110. Como siempre, *causa* quiere decir el hecho antecedente del que depende otro subsiguiente: la intimidación es la causa del acto que ha perjudicado el patrimonio del que sufrió la coacción. Así, *quod metus causa gestum erit* quiere decir el acto jurídico realizado bajo coacción. Vid. supra núm. 372 (frag. 9,1) acerca de la interpretación del sujeto de *gestum* que hace K. p. 149 y passim. Kupisch (p. 140ss.) critica con razón la interpretación de causa en sentido final.

111. Kaser (p. 139) admite la prioridad de la acción penal.

ron a borrar algunas diferencias entre los dos recursos, subrayaron a veces que el Pretor había querido castigar al coaccionante, siendo así que, en época clásica la *vis* quedaba sancionada ya por un juicio público, y no era necesario que el Pretor duplicara esa sanción pública con otra pretoria.

Durante el año, podía la víctima del *metus* elegir entre la rescisión o la acción penal. No Ulpiano, sino Paulo (h.t.20,6) lo dice muy claramente para el caso de haber repudiado *metus causa* una herencia: *duplici via pretor mihi succurit: aut utiles actiones* (es decir, ficticias) *quasi heredi dando aut actionem metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat*. Pero esta misma alternativa es la que presenta Ulpiano en el caso de los *Campani* (frag. 9,3), cuando contrapone la acción (penal) a la excepción (rescisoria). Porque la rescisión no debía consistir siempre en una *vindicatio utilis*; ni siquiera en otra acción ficticia, como la que acabamos de ver en el texto de Paulo (con la ficción *ac si heres esset*), sino muy frecuentemente en una *exceptio* que le defendía contra el que lucró algo del acto coaccionado, y no sólo en caso de haberse contraído *metus causa* una obligación, sino incluso en casos de enajenación coaccionada en los que la víctima tuviera la posesión de la cosa enajenada y el que la había adquirido se viera forzado a ejercitar la acción real. Por ello mismo, cuando la víctima no había perdido nada todavía, sea porque no hubiera cumplido la obligación contraída, sea porque hubiera retenido o recuperado el objeto enajenado, no podía darse la acción penal, pues nadie retenía algo a consecuencia del acto coaccionado: nadie podía, pues, ser demandado con la acción penal. Con este criterio debe explicarse, en mi opinión, la diferencia entre el citado texto de Paulo, h.t. 21 § 6 (repudio coaccionado de herencia), el § 5 inmediatamente anterior, donde se trata, no de repudiar, sino de aceptar por coacción una herencia (se supone *damnosa*), en cuyo caso no se da la acción penal, sino sólo la rescisoria. No se trata de que aquí falte un *gestum*¹¹², pues precisamente en la *aditio hereditatis* lo hay aún más claramente que en la falta de *pro herede gestio*, sino de que, en caso de repudio

112. Así, K. (p. 155), porque él cree que el *gestum* es el acto de adquisición del demandado y que la acción penal dependía de ese edicto que habla de *gestum*; pero, como se ha dicho (sub 9), el edicto de la acción penal no hablaba de *gestum*, sino que bastaba cualquier *factum*.

de la herencia, la víctima de la coacción debe dirigirse contra el que haya lucrado algo a consecuencia de aquel repudio de herencia, pero, en caso de adición de la misma, la única ventaja puede estar en poder exigir una deuda hereditaria que puede perjudicar al heredero. Precisamente por eso, basta defender a éste con una *excetio* rescisoria y no es necesaria la acción penal¹¹³.

Por el contrario, allí donde no había habido un acto jurídico (un *gestum*) que pudiera revocarse, sino simplemente un simple hecho que hubiera perjudicado el patrimonio de la víctima, como el derribo de un edificio (frag. 9,2), procedía tan sólo la acción penal; y lo mismo sucedía cuando el acto jurídico no era rescindible, como ocurre con una manumisión (frag. 9,2).

A pesar de que tanto la acción penal al *quadruplum* como la rescisoria conducen normalmente a la *restitutio*, no deja de haber entre ellas diferencias importantes por el régimen penal de aquélla; así, ante todo, el que se dé la acción noxal. Respecto a la intransmisibilidad pasiva, ya hemos dicho que ésta queda aparentemente desvirtuada por el hecho de que se puede dar la acción contra el heredero que

113. Pap. D.29,2,85 habla de *abstinendi facultas*. La diferencia entre «derecho» (*facultas*) y «poder efectivo» (*potestas*) parece en este caso poco relevante, aunque quizá esta última expresión sea más ajustada, pues no se trata de un *ius abstinendi* como el que tienen los *sui*, sino de un remedio que concede el Pretor a la víctima de la coacción. Esta *potestas abstinendi*, que se da al heredero consiste precisamente en su defensa mediante *exceptio*, siempre que opte por dejar la herencia entera a los acreedores. Discrepa de esta solución de la *potestas abstinendi* Celso (15 *dig.* apud Ulp. D.29,2,6,7, según el cual se admite (*placet*) que la adición de herencia coaccionada es nula. Las explicaciones de esta antinomia aparecen citadas en K. (p. 154 n.151). Kupisch parece inclinarse por la distinción que hace Hartkamp entre clásicos como Celso y clásicos tardíos como Papiniano y Paulo. La comparación con Celso (15 *dig.*) D.23,2,22 no resuelve el problema; aquí parece decir Celso que el matrimonio coaccionado es válido, pero el texto, con su consideración del matrimonio como acto de contrato, no es fidedigno; no se entiende, ante todo, la distinción que hace el texto entre el *coactus* y el *invitus*; pero lo más sorprendente es que Celso hablara de matrimonio coaccionado en relación con la adición coaccionada de una herencia *damnosa* (Lenel, *Paling.* I núm. 118, en el comentario *de testamentis*), si no era para reforzar con la comparación la validez de la adición. Me inclinaría a pensar que D.29,2,6,7 no refleja derecho clásico, pero no entraré ahora en la discusión.

retiene lo perdido por el demandante. Es verdad, sin embargo, que la acción penal no tiene efecto infamante, pero esto se debe precisamente, no a la suficiente gravedad del *quadruplum*, sino a la posibilidad de que se dé contra una persona que no intervino en la coacción¹¹⁴. Como hemos dicho, el delito sancionado por la acción *quod metus causa* no es el de coacción violenta, que ya queda castigada por la legislación criminal, sino el de retener algo que el demandante no debería haber perdido. La agravación con *infamia* no era pertinente contra tal demandado.

Finalmente, la acción rescisoria no mencionaba el *metus* y la penal sí, de manera que el que ejercitaba aquélla no debía probar el hecho de la coacción, que se daba por conocido mediante el trámite del decreto de *i.i.r.*¹¹⁵.

ALVARO D'ORS

114. Suficiencia del *quadruplum*, según K. (p. 145). En p. 229s. refiere Kupisch otras explicaciones de que esta acción penal no sea infamante.

115. Esta ventaja de la rescisoria se destaca acertadamente en Kaser, p. 142.