

DERECHO ROMANO VULGAR DE OCCIDENTE

MEMOIRS OF THE
AMERICAN PHILOSOPHICAL SOCIETY

Held at Philadelphia
for promoting useful knowledge
Volume 29

DERECHO ROMANO VULGAR DE OCCIDENTE
DERECHO DE BIENES

Introducción y traducción de Ignacio Cremades Ugarte
Versión preliminar interna para IRHD por Francisco Ramos Bossini

ERNST LEVY
Professor of Law, History and Political Science
University of Washington

AMERICAN PHILOSOPHICAL SOCIETY
INDEPENDENCE SQUARE
PHILADELPHIA
1951

A mi mujer

PRÓLOGO

La intención de este libro es completar mis estudios sobre el derecho de bienes en el Derecho Romano Vulgar de Occidente. El fenómeno que constituye este derecho vulgar ha atraído mi curiosidad repetidas veces a lo largo de estos últimos veinticinco años. Propuse una especie de programa en mi relación de Oslo *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts* (SZ 1929), y brindé un instrumento lexicográfico con el *Ergänzungsindex zu Ius und Leges* (1930). Los artículos sobre *Paulus und der Sentenzenverfasser* (SZ 1930) y *Vulgari- zation of Roman Law in the Early Middle Ages (Medievalia et Humanistica 1943)*, lo mismo que el libro *Pauli Sententiae* (1945), tuvieron el propósito de esclarecer una fuente especialmente relevante para una renovada comprensión del derecho vulgar. En términos generales, el derecho vulgar ocupó el centro del estudio contenido en mi contribución romana *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechtes* (Atti, 1933) y en la de Chicago *Reflections on the First Reception of Roman Law in Germanic States (Amer. Hist. Review 1942)*. Cuestiones especiales se trataron en los artículos *Vom römischen Precarium zur germanischen Landleihe* (SZ 1948) y *Zur nachklassischen in integrum restitutio* (que aparecerá en SZ 1951). Del mismo tipo hay otras dos contribuciones, que están tan íntimamente conectadas con el asunto de este libro que han sido, con algunas modificaciones, incorporadas aquí: *Die nachklassische Ersitzung* (Bull. 1948) en el capítulo III B y *Possessory Remedies in Roman Vulgar Law* (Scritti Ferrini, Milán 1948) en el capítulo IV B.

Hasta ahora, al vulgarizado derecho de la parte occidental del Imperio Romano se le ha dispensado, si alguna, una atención muy superficial, oscurecido como ha sido por el resplandor mismo de la jurisprudencia clásica. Pero la historia humana no se limita a los momentos culminantes. Desarrollos a más bajo nivel han tenido a menudo una influencia difícilmente menos honda. El derecho vulgar es un sobresaliente caso al respecto. No es posible esperar una comprensión cabal de las más antiguas codificaciones del mundo germánico o confiar en juzgar acertadamente la actitud básica de Justiniano, a menos que uno se familiarice con las principales corrientes que moldearon el derecho privado en el período precedente. Y estas corrientes fueron ampliamente determinadas por una vulgarización del sistema clásico. Es cierto que no en todas partes se encuentran fuentes lo bastante abundantes como para lograr una aproximación a los detalles de una posible regla. Pero las principales líneas de pensamiento se revelan con suficiente y, en algunos casos, impresionante claridad.

El presente trabajo no se hubiera concluido de no haber sido por la ayuda que me llegó de muchas y diversas procedencias. Numerosos amigos me han seguido enviando sus escritos, y con ello han aliviado la fatalidad de tener que trabajar alejado de los principales centros donde el Derecho romano es un tema objeto de vivo interés y animado cultivo. La Biblioteca General de la Universidad de Washington y, sobre todo, la Biblioteca de Derecho me han procurado, con generosas adquisiciones, el acceso a importantes libros y publicaciones periódicas. Pero a pesar de toda esta inestimable ayuda, me ha resultado imposible consultar un considerable número de publicaciones que en etapas anteriores de mi vida habrían sabido llegar sin mayores dificultades a mi mesa de trabajo. Esto necesariamente ha ocasionado cierta desigualdad en las referencias y el no haber usado, en ocasiones, las ediciones más recientes. Espero, con todo, no haber pasado por alto nada directamente esencial para mi tarea.

Debido a mis muchas y variadas obligaciones docentes, la marcha en la redacción de este libro ha sido algo lenta. El trabajo se empezó en 1945 y se finalizó en el otoño de 1949. Las publicaciones posteriores no han podido, por lo general, ser tenidas en cuenta. Por lo demás, mis remisiones se basan en una selección que, confío, no será considerada arbitraria. Las fechas de las disposiciones imperiales del «período intermedio» se han dado, generalmente, de acuerdo con los *Regesten* de Seeck.

Mi agradecimiento a todos aquellos que me han ayudado a preparar este libro. Estoy profundamente agradecido a la Universidad de Washington por el generoso apoyo prestado de muchas formas y a la Biblioteca de la Universidad de Basilea, en Suiza, donde trabajé en mi año sabático. El Dr. Karl Schwarber, director de la biblioteca, cuyo reciente fallecimiento ha afligido a sus muchos amigos, hizo todo cuanto estuvo en su mano para que me sintiera como en casa en las estancias de su exquisitamente dotada institución. Brigitte M. Bodenheimer, J.D., mi hija, ha traducido aquellas partes del manuscrito que estaban escritas en alemán. Mi amigo, Professor Solomon Katz, ha leído el texto mecanografiado y me ha hecho un gran número de indicaciones sobre lengua y estilo. A los dos les agradezco su inagotable apoyo.

Finalmente, quisiera expresar mi más calurosa gratitud a la American Philosophical Society, que facilitó la conclusión de este libro a través de reiteradas ayudas y se encargó de su publicación.

E.L.
Seattle, Washington
Octubre 1950

CONTENIDO

	<u>Págs</u>
ABREVIATURAS	LXIII
INTRODUCCIÓN	1-17
1. Objetivo.....	1
2. Derecho vulgar y Derecho de origen legal	2
3. Derecho vulgar y Derecho peregrino	5
4. Derecho vulgar y Derecho de tendencia clásica.....	7
5. Períodos de desarrollo	9
6. Derecho romano vulgar occidental y oriental.....	10
7. Importancia para la apreciación del Derecho justiniano.....	11
8. Importancia para la apreciación del Derecho germánico	14
9. Organización y método del libro	16
CAPÍTULO I. CONCEPTOS.....	19-95
A. <i>Dominium y possessio</i>	19
1. <i>Possessio</i>	21
a. <i>Possessio</i> como indicador de propiedad y derechos similares	21
b. <i>Possessio</i> como indicador de usufructo.....	24
c. <i>Possessio iure y corpore</i>	26
2. <i>Dominium</i>	31
B. <i>Dominium y Iura in re aliena</i>	34
1. <i>Ususfructus</i>	34
2. Otros tipos de <i>dominium</i> limitado	40
3. <i>Ius perpetuum y emphyteusis</i>	43
4. <i>Superficies</i>	48
5. <i>Servitus</i>	53
6. <i>Pignus</i>	58

C.	<i>Possessio</i> como denominador común en el derecho de bienes	59
1.	<i>Possessio</i> como presunto <i>ius in re</i>	59
2.	Métodos usados para describir distintos <i>iura in re</i>	61
3.	<i>Dominium (possessio?) duorum in solidum</i>	65
4.	Origen del nuevo enfoque.....	67
5.	Derecho romano primitivo y Derecho romano vulgar.....	69
D.	Posición de Justiniano	70
1.	<i>Possessio</i>	70
2.	<i>Ususfructus</i>	72
3.	<i>Servitus</i>	74
4.	<i>Emphyteusis</i>	75
5.	<i>Superficies</i>	77
6.	Inexistencia de <i>dominium</i> en dos por entero	78
E.	Los reinos romano-germánicos	81
1.	Propiedad individual.....	81
2.	<i>Possessio, dominium, ususfructus</i> y modificaciones varias	84
3.	Tenencia hereditaria.....	87
4.	<i>Superficies</i>	91
5.	<i>Servitus</i>	92
F.	Derecho vulgar y Derecho germánico: <i>possessio</i> y <i>seisin</i>	93
CAPÍTULO II. DOMINIUM E INTERÉS PÚBLICO		97-122
A.	La República.....	99
B.	El Principado	100
1.	Aspectos generales	100
2.	El siglo primero.....	101
3.	El siglo segundo	105
C.	El Dominado.....	106
1.	Aspectos generales	106
2.	Expropiación.....	108
3.	<i>Epibole</i> y <i>peraequatio</i>	108
4.	Minas	109
5.	Normas de edificación	111
6.	Derecho sobre aguas	113
7.	Prohibición y limitación de enajenar.....	115
8.	Derechos <i>in re</i> de origen legal	116
D.	La posición de Justiniano.....	117

E.	Los reinos romano-germánicos	118
1.	Expropiación, <i>munera</i>	119
2.	Normativa sobre aguas y edificación	120
3.	<i>Agri deserti</i>	120
4.	Derechos de paso, parada, pasto y asilo	121
CAPÍTULO III. LA ADQUISICIÓN DEL DOMINIUM		123-192
A.	Transmisión de la propiedad.....	123
1.	Venta	123
a.	Naturaleza	123
b.	Tendencias hacia la publicidad del acto	124
c.	Documento	126
d.	Pago.....	127
e.	<i>Traditio</i>	129
f.	Resumen.....	132
2.	Donación.....	132
a.	Situación anterior a Constantino.....	132
b.	Requisitos de Constantino.....	133
c.	Evolución de estos requisitos.....	135
d.	Oposición del Derecho vulgar	137
e.	<i>Retentio ususfructus</i>	139
f.	Resumen.....	140
3.	Inexistencia de <i>traditio per cartam</i>	141
4.	La posición de Justiniano	142
a.	Contrato y transmisión	142
b.	Venta	144
c.	Donación	146
d.	Contradicciones.....	148
5.	Los reinos romano-germánicos.....	150
a.	Venta	150
b.	Donación	157
c.	Resumen.....	160
6.	Transmisión por otras razones	161
a.	Generalidades.....	161
b.	<i>Dos</i>	163
c.	<i>Stipulatio, legatum, etc</i>	164
7.	No adquisición de manos de un no propietario.....	166

B.	Propiedad adquirida por larga posesión	169
1.	La relación de Justiniano	169
2.	Crítica.....	170
3.	<i>Usucapio</i>	171
4.	<i>Longi temporis praescriptio</i>	172
5.	El período de treinta años.....	176
6.	Prescripción de la acción del propietario y adquisición por larga posesión	181
7.	El giro clasicista de Oriente	184
C.	Apropiación de los <i>agri deserti</i>	185
D.	Creación de inferiores derechos <i>in re</i>	187
1.	Negocios jurídicos.....	187
2.	Largo disfrute de un derecho.....	190
CAPÍTULO IV. RECURSOS.....		193-263
A.	Recursos del propietario.....	193
1.	Introducción: no existe sistema de acciones	193
2.	<i>Vindicare</i>	201
3.	<i>Actio in rem</i> y <i>actio in personam</i>	210
4.	<i>Actio in rem</i> y <i>actio ex contractu</i>	218
5.	Derechos <i>in re</i> y derechos <i>in personam</i>	221
6.	¿Absolutos o relativos derechos <i>in re</i> ?.....	222
7.	La posición de Justiniano	228
8.	El planteamiento germánico inicial	229
B.	Recursos posesorios.....	232
1.	La nueva terminología.....	232
2.	Transformación de las acciones posesorias.....	235
3.	Nuevos instrumentos: pérdida del derecho en la cosa y pago en represalia.....	238
4.	Decadencia de los recursos posesorios.....	251
5.	La posición de Justiniano	254
6.	Evoluciones posteriores.....	260
ÍNDICE DE FUENTES		265-289
ÍNDICE DE MATERIAS.....		291-298

ABREVIATURAS

- Albertario = Emilio Albertario, *Studi di diritto romano*, 5 vols., Milán, Giuffrè, 1933-1946.
- Albertario, *Introd.* = E. Albertario, *Introduzione storica allo studio del diritto Giustiniano*, Milán, Giuffrè, 1935.
- Arangio-Ruiz = Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 9ª ed., Nápoles, Jovene, 1947.
- Arangio-Ruiz, = *Fontes iuris Romani antejustiniani. Pars tertia: Negotia*, Florentiae, Barbera, 1943.
- Arangio-Ruiz, *Storia* = V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, 5ª ed., Nápoles, Jovene, 1947.
- Arch. giur. = *Archivio giuridico*, Módena.
- Archi = Gian Gualberto Archi, *L'epitome Gai*, Milán, Giuffrè, 1937.
- Atti = *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, 4 vols., Pavía, Fusi, 1934-1935.
- Bas(il). = *Basilicorum Libri LX*, 7 vols., edd. Gustav Ernst Heimbach et Carl Wilhelm Ernst Heimbach, Leipzig, 1833 sigs.
- Beseler = Gerhard Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 4 vols., Tubinga, Mohr, 1910-1931.
- Biondi = Biondo Biondi, *La categoria romana delle «servitutes»*, Milán, Vita e Pensiero, 1938.
- Biscardi = Arnaldo Biscardi, *Studi sulla legislazione del Basso Impero. Diritti reali e possesso*, Roma, Foro Italiano, 1942.
- Bonfante = Pietro Bonfante, *Corso di diritto romano*, vols. 1-3, 6, Roma, Sampaolesi, 1925-1933.
- Bonfante, *Storia* = P. Bonfante, *Storia del diritto romano*, Milán, Società Editrice Libreria, 1923.

- Brunner = Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., I, 1906; II completada por Claudius Frh. von Schwerin, Leipzig, Duncker und Humblot, 1928.
- Brunner, *Abh.* = H. Brunner, *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, editado por Karl Rauch, Weimar, Böhlau, 1931.
- Brunner, *Forsch.* = H. Brunner, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, Stuttgart, Cotta, 1894.
- Brunner, *Grundz.* = H. Brunner, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 8ª ed. por C. Frh. von Schwerin, Leipzig, Duncker und Humblot, 1930.
- Brunner, *Urk.* = H. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, Berlín, Weidmann, 1880.
- Bruns = Carl Georg Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, 7ª ed. por Otto Gradenwitz, Tubinga, Mohr, 1909.
- Buckland = William Warwick Buckland, *Text-Book of Roman Law*, 2ª ed., Cambridge, University Press, 1932.
- Bull.* = *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, Roma.
- Cass.* = Cassiodorus, *Variae* in *MGH, Auctores antiquissimi XII*, ed. Theodor Mommsen, Berlín, 1894.
- CE = *Codex Euricianus*, ed. Karl Zeumer, Hannover y Leipzig, Hahn, 1902.
- CEB = *Codicis Euriciani leges ex lege Baiuvariorum restitutae* (en CE págs. 28 sigs.).
- CG = *Codex Gregorianus*, ed. Paul Krüger en *Collectio librorum iuris anteiustiniiani III*, Berlín, 1890.
- CJ = *Codex Justinianus*, ed. Paul Krüger, Berlín, Weidmann, 1915.
- Co = *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*. Véase Seckel-Kübler.
- Conrat, *Brev.* = Max Conrat, *Breviarium Alaricianum*, Leipzig, Hinrichs, 1903.
- Conrat, *Gaius* = M. Conrat, *Die Entstehung des westgotischen Gaius*, Amsterdam, Müller, 1905.
- Conrat, *Gesch.* = M. Conrat, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts im früheren Mittelalter*, Leipzig, Hinrichs, 1891.
- Conrat, *Paulus* = M. Conrat, *Der westgotische Paulus*, Amsterdam, Müller, 1907.
- Cs = *Veteris cuiusdam iurisconsulti consultatio*. Véase Seckel-Kübler.
- CT = *Codex Theodosianus*, ed. Theodor Mommsen, Berlín, Weidmann, 1905.
- Cuiac. = Jacobus Cuiacius, *Opera*, Venetiis, 1758 sigs.

- D = *Digesta Iustiniani*, edd. Theodor Mommsen et Paul Krüger, Berlín, Weidmann, 1920.
- Dahn = Felix Dahn, *Die Könige der Germanen* IV sigs, Würzburg, 1866 sigs.
- Dahn, Studien = F. Dahn, *Westgotische Studien*, Würzburg, 1874.
- Dopsch, *Foundations* = Alfons Dopsch, *The Economic and Social Foundations of European Civilization*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1937.
- Dopsch, *Grundlagen* = A. Dopsch, *Wirtschaftliche und soziale Grundlagen der europäischen Kulturentwicklung*, 2ª ed., Viena, Seidel, 1923/24.
- ER = *Edictum Rothari*, en Friedrich Bluhme, *Edictus ceteraque Langobardorum leges*, Hannover, 1869.
- ET = *Edictum Theoderici* en *MGH, Leges V*, ed. Friedrich Bluhme, Hannover, 1875-1889.
- Ferrini = Contardo Ferrini, *Opere*, 5 vols., Milán, Hoepli, 1929-1930.
- Form. = *Formulae Merovingici et Karolini aevi*, en *MGH, Legum Sectio V* ed. Karl Zeumer, Hannover, 1886.
- FV = *Fragmenta Vaticana*. Véase Seckel-Kübler.
- GA = *Gai fragmenta Augustodunensia*. Véase Seckel-Kübler.
- Gai I, II etc. = *Gai Institutiones*. *Ibid.*
- GE = *Gai Epitome*. *Ibid.*
- Gierke = Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 3 vols., Múnich y Leipzig, Duncker und Humblot, 1895-1917.
- Gothofr. = Jacobus Gothofredus, *Codex Theodosianus*, Lugduni, 1665.
- Greg. = *Gregorii Papae Registrum Epistolarum* en *MGH, Epistulae* I, II, edd. Paul Ewald et Ludwig M. Hartmann, Berlín, 1891-1899.
- Halban = Alfred von Halban, *Das römische Recht in den germanischen Volkstaaten*, 3 vols., Breslau, Marcus, 1899-1907.
- Heimb. = Heimbach (Véase *supra* Bas.)
- Heusler = Andreas Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1885-1886.
- Huebner = Rudolf Huebner, *A History of the Germanic Private Law*, trad. por Francis S. Philbrick = *The Continental Legal History Series IV*, Boston, Little, Brown and Co., 1918.
- IG = *Interpretatio* a CG.

- Ind. Int. = *Index Interpolationum*, edd. Ernst Levy et Ernst Rabel, 3 vols., Böhlau, Weimar, 1929-1935.
- INM = *Interpretatio a NM*.
- INMc = *Interpretatio a NMc*.
- INS = *Interpretatio a NS*.
- Inst = *Institutiones Iustiniani*, ed. Paul Krüger, Berlín, Weidmann, 1920.
- INT = *Interpretatio a NT*.
- INV = *Interpretatio a NV*.
- IP = *Interpretatio a PS*, ed. Gustav Haenel en *Lex Romana Visigothorum*, Berlín, 1849.
- Isidoro = *Isidori Hispalensis episcopi etymologiarum sive originum libri XX*, ed. W. M. Lindsay, Oxford, Clarendon, 1911.
- IT = *Interpretatio a CT*.
- Jolowicz = Herbert Felix Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, 2ª ed, Cambridge University Press, 1939.
- Karlowa = Otto Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, Veit, 1885-1901.
- Kaser, *Eigentum* = Max Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Böhlau, Weimar, 1943.
- Kniep = Ferdinand Kniep, *Vacua possessio*, Jena, 1886.
- Krüger = Paul Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 2ª ed., Múnich y Leipzig, Duncker und Humblot, 1912.
- Kübler = Bernhard Kübler, *Geschichte der römischen Rechts*, Leipzig, Deichert, 1925.
- Kunkel = Wolfgang Kunkel, *Römisches Privatrecht*, 3ª ed., sobre la base de la obra de Paul Jörs, Berlín-Gotinga-Heidelberg, Springer, 1949.
- Lachm. = Karl Lachmann en Blume, Lachmann, Rudorff, *Die Schriften der römischen Feldmesser*, Berlín, 1848.
- LB = *Lex Burgundionum*, en *MGH, Legum Sectio I, pars 2*, ed. Ludwig Rudolf von Salis, Hannover, 1892.
- L Bai = *Lex Baiuvariorum* en *MGH, Legum Sectio V, pars 2*, ed. Ernst Frhr. von Schwind, Hannover, Hahn, 1926.
- Lenel = Otto Lenel, *Das edictum perpetuum*, 3ª ed., Leipzig, Tauchnitz, 1927.

- Levy, *Konk.* = Ernst Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, 2 vols., Berlín, Vahlen, 1918-1922.
- Levy, *PS* = E. Levy, *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca, N. Y., Cornell Univ. Press, 1945.
- Levy, *Vulg.* = E. Levy, *Vulgarization of Roman Law in the Early Middle Ages, Medievalia et Humanistica* 1, Boulder, Colo., Summit Press, 1943. Reimpresa en *Bull., Supplementum Post Bellum* (1948) 222 sigs.
- LV = *Lex Visigothorum*, ed. Karl Zeumer, Hannover und Leipzig, Hahn, 1902.
- Marini = Gaetano Marini, *I papiri diplomatici*, Roma, 1805.
- Mêrea = Paulo Mêrea, *Estudos de direito Visigotico*, Coimbra, Acta Universitatis, 1948.
- MGH = *Monumenta Germaniae Historica*, Leipzig, 1826 sigs.
- Migne = Jacques Paul Migne, *Patrologia Latina*, Paris, 1841 sigs.
- Mitteis I = Ludwig Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* I, Leipzig, Duncker und Humblot, 1908.
- Mitteis, *Chr.* = L. Mitteis, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrskunde* II, Leipzig y Berlín, Teubner, 1912.
- Mitteis, *Erbpacht* = L. Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum*, en *Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften*, vol. 20, Leipzig, 1901.
- Mitteis, *Reichsr.* = L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, Leipzig, Teubner, 1891.
- Mommsen = Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht* I y II (3ª ed.), III, Leipzig, Hirzel, 1887.
- Mommsen, *Schr.* = Th. Mommsen, *Gesammelte Schriften*, Berlín, Weidmann, 1905 sigs.
- Mommsen, *Strafr.* = Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1899.
- NA = *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde*, 1876 sigs.
- NAnth = *Novellae Anthemii en Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes*, ed. Paul M. Meyer, Berlín, Weidmann, 1905.
- NM = *Novellae Maioriani. Ibid.*
- NMc = *Novellae Marciani. Ibid.*

- Nov = *Novellae Iustiniani*, edd. Rudolf Scholl et Wilhelm Kroll, Berlín, Weidmann, 1895.
- NS = *Novellae Severi*, ed. Paul M. Meyer *cit.*
- NT = *Novellae Theodosii. Ibid.*
- NV = *Novellae Valentiniani. Ibid.*
- P = Papyri.
- Partsch = Josef Partsch, *Longi temporis praescriptio*, Leipzig, Veit, 1906.
- Perozzi = Silvio Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Roma, Athenaeum, 1928.
- Pollock y Maitland = Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law*, 2ª ed., Cambridge, University Press, 1905.
- Pringsheim = Fritz Pringsheim, *Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig, Veit, 1916.
- PS = *Pauli Sententiae*. Véase Seckel-Kübler.
- Rabel = Ernst Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* I, Múnich y Leipzig, Duncker und Humblot, 1915.
- RB = *Lex Romana Burgundionum*, véase LB.
- RC = *Lex Romana Raetica Curiensis* en *MGH, Leges V*, ed. Karl Zeumer, Hannover, 1875-1889.
- RE = Pauly's *Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, edd. Georg Wissowa, W. Kroll, K. Mittelhaus y K. Ziegler, Stuttgart, Metzler, 1893 sigs.
- Riccobono = Salvatore Riccobono, *Fontes iuris Romani antejustiniani. Pars prima: Leges*, 2ª ed., Florentiae, Barbèra, 1941.
- Rostovtzeff = Michael Rostovtzeff, *Social and Economic History of the Roman Empire*, Oxford, Clarendon, 1926.
- Rostovtzeff, *Kolonat* = M. Rostovtzeff, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonats*, Leipzig y Berlín, Teubner, 1910.
- Rotondi = Giovanni Rotondi, *Scritti giuridici*, 3 vols., Milán, Hoepli, 1922.
- Savigny = Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2ª ed., Heidelberg, 1834-1851.
- Schröder = Richard Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 7ª ed. por Eberhard Frh. v. Künssberg, Berlín y Leipzig, De Gruyter, 1932.
- Schulz, *History* = Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946.

- Schulz, *Principles* = F. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1936.
- Schwerin = Claudius Freiherr von Schwerin, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, Múnich y Leipzig, Duncker und Humblot, 1934.
- Scritti Ferrini* (Milán) = *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, 4 vols., Milán, Vita e Pensiero, 1947-1949.
- Scritti Ferrini* (Pavía) = *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milán, Hoepli, 1946.
- SDHI = *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, Apollinaris, 1935 sigs.
- Seckel-Heumann = Emil Seckel, *Heumann's Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9ª ed., Jena, Fischer, 1907.
- Seckel-Kübler = Emil Seckel et Bernhard Kübler, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*, 3 vols., Leipzig, Teubner, 1908 sigs.
- Seeck = Otto Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste*, Stuttgart, Metzler, 1919.
- Seeck I, II etc. = O. Seeck, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt*, 6 vols., 1ª a 4ª ed., Stuttgart, Metzler, 1920-1922.
- Siber = Heinrich Siber, *Römisches Privatrecht*, Berlín, Sack, 1928.
- Spangenberg = Ernst Spangenberg, *Iuris Romani tabulae negotiorum sollemnium*, Leipzig, 1822.
- Steinacker = Harold Steinacker, *Die antiken Grundlagen der früh mittelalterlichen Privaturkunde*, Leipzig y Berlín, Teubner, 1927.
- Studi Bonfante* = *Studi in onore di Pietro Bonfante*, 4 vols., Milán, Treves, 1930.
- Studi Riccobono* = *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, 4 vols., Palermo, Castiglia, 1936.
- SV = *Scholia a FV*.
- Symbolae* = *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, Tauchnitz, 1935.
- Symmachus = *Symmachi quae supersunt en MGH, Auctores antiquissimi VI 1*, ed. Otto Seeck, Berlín, 1883.
- SZ = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Weimar, Böhlau, 1880 y sigs.
- SZ GA = *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, Weimar, Böhlau, 1880 y sigs.

Taubenschlag, *Law* = R. Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, New York, Herald Square Press, 1944.

Theoph. = *Institutionum Graeca paraphrasis theophilo antecessori vulgo tributa*, ed. Contardo Ferrini, Berlín, 1884.

Thes. = *Thesaurus Linguae Latinae*, Leipzig, Teubner, 1900 sigs.

Th(ul). = Carl Thulin, *Corpus Agrimensorum Romanorum I*, Leipzig, Teubner, 1913.

Torres = M. Torres, *Lecciones de historia del derecho español*, 2ª ed., Salamanca, García, 1935-1936.

Ubbelohde = August Ubbelohde en *Glück's Erläuterung der Pandekten, Serie der Bücher 43 und 44*, Erlangen, 1889-1896.

UE = *Ulpiani Epitome*, ed. Fritz Schulz, Bonn, Marcus und Weber, 1926.

VIR = *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Berlín, De Gruyter, 1894 sigs.

Wenger = L. Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, traducido por O. H. Fisk, New York, Veritas Press, 1940.

Z. = Zeitschrift.

Las citas que no indican autor se refieren al escritor de este libro.

INTRODUCCIÓN

1. OBJETIVO

Durante los últimos cien años, el Derecho romano no ha dejado nunca de plantear nuevos problemas a sus historiadores. Al principio se dio por sentado que el Derecho del período clásico (desde 40 a. de C. hasta alrededor de 240 d. de C.), este fenómeno único en la historia universal del derecho, podía leerse pública y directamente en aquellos extractos de los escritos que Justiniano, en los años 530 a 533 d.C., había compilado en su Digesto. En otras palabras, se creyó, en general, que estos extractos ni habían sido reducidos ni alterados, a pesar del inmenso lapso de tres a seis siglos que separa a los escritores clásicos allí citados de sus compiladores. Hace unos setenta y cinco años se comenzó a ver con mucha claridad que no todos los textos que se encontraban bajo el nombre de un jurista clásico tenían realmente un origen clásico. Se creyó, entonces, que Justiniano había modificado muchos pasajes con el fin de adaptarlos a las necesidades de su tiempo. Esto resultó en la suposición de que el Digesto contenía o derecho clásico o bien derecho justiniano, una alternativa apenas digna de crédito, pues el período comprendido entre 240 y 530 –que llamaremos período intermedio– quedaba, con esto, inexplicado. Además, a menudo fue posible demostrar directamente que una norma determinada no podía haberse originado con Justiniano mucho más que con los clásicos. En consecuencia, durante los últimos cuarenta o cincuenta años la existencia de interpolaciones pre-justinianas ha sido tenida en cuenta. Tales interpolaciones fueron probadas o afirmadas primero con cierta vacilación, luego en una medida siempre creciente. Este proceso llegó tan lejos que, de acuerdo con la opinión que hoy prevalece, la mayoría de las normas no-clásicas no fueron creadas por Justiniano, sino que éste las encontró ya formadas. Pero incluso a este moderno método de aproximación a las fuentes no le interesaba primariamente sino averiguar cómo el sistema clásico había sido transformado en el de Justiniano. De manera que, por lo general, sólo los estadios inicial y final fueron considerados importantes; y el que se encuentra entre ellos fue despachado a la ligera con los negativos marbetes de «postclásico» y «pre-justiniano».

¹ De idéntica forma fue subestimado el trabajo de los «comentadores» de los siglos trece y catorce, en la medida en que fueron considerados simplemente «postglosadores».

Con este tipo de actitud, sin embargo, resultaba imposible hacer justicia a las peculiaridades del período intermedio¹. En concreto, el intervalo comprendido entre Diocleciano, el último defensor de la pauta clásica, y Justiniano, quien se convirtió en su reactivador, pedía una valoración independiente, tanto más cuanto que en esta época se produjeron no sólo cambios políticos fundamentales, sino también transformaciones revolucionarias en las condiciones económicas, sociales, culturales y religiosas. En consecuencia, aunque en algunas pocas ocasiones se intentó trazar el desarrollo postclásico, ya a través de visiones de conjunto o mediante investigaciones dedicadas a problemas específicos, se sigue careciendo, no obstante, de un análisis comprehensivo. Igualmente falta un esfuerzo sistemático por construir los puentes que conectan el período intermedio, no sólo con el precedente, sino con los subsiguientes desarrollos en Oriente y Occidente. Este libro tiene como objetivo servir a estos dos propósitos. Con el fin de substituir la especificación negativa por una positiva, este libro llama a su tema el «derecho vulgar»². Pero no todo el derecho vulgar es postclásico; e incluso aún menos es de carácter jurídico vulgar toda innovación postclásica. El término necesita, por lo tanto, una definición más precisa.

La expresión «Derecho romano vulgar» no ha sido acuñada –casi uno pudiera decir que significativamente– por un romanista. Fue Heinrich Brunner quien hizo uso de esta expresión por vez primera, en 1880, al emprender la investigación de la «historia jurídica del documento romano y germánico»³. Fue luego introducida en el estudio del Derecho romano por Ludwig Mitteis, quien, distinguiendo entre aquel derecho y el derecho peregrino, consagró a este último su propia investigación⁴. De acuerdo con Brunner, derecho vulgar es el derecho de la práctica que aplicaron los romanos provinciales durante ese período, que se muestra él mismo como un desarrollo ulterior, o, si se prefiere, como una degeneración del Derecho romano puro y producido en oposición a las fuentes escritas. Esta afirmación contiene elementos esenciales. Con el fin de determinar con más exactitud la naturaleza del derecho vulgar, vamos a considerarlo desde tres puntos de vista diferentes: su relación con el derecho establecido por ley, con el derecho peregrino y con el derecho de tendencia clásica.

2. DERECHO VULGAR Y DERECHO DE ORIGEN LEGAL

El derecho vulgar crece desordenadamente a partir de la práctica, asistido en ocasiones por una doctrina que, consciente o inconscientemente, interpreta mal las viejas fuentes. Llega así a mostrar notables diferencias con el derecho oficial de ese período tal como viene éste siendo establecido por los emperadores en sus *consti-*

² La expresión ocasional de Mommsen derecho «franco-romano» (*Schr.* II 371) no resultaría ni distintiva ni lo suficientemente amplia.

³ *Urk.* 113, 139. Véase también su puntualización retrospectiva en *Forsch.* 607 nota 1 y la excelente exposición en *Rechtsgesch.* I 377 sig.

⁴ *Reichsr.* 3 sigs.

tutiones. La relación entre estos dos grupos de normas es múltiple. Como fuente del derecho, las disposiciones imperiales tuvieron con frecuencia un ámbito de aplicación limitado, hasta que éste se convertía en general cuando aquéllas resultaban incorporadas a una codificación⁵. Los *rescripta* y *decreta* se aplicaban sólo al caso para el que habían sido dados⁶. Otras disposiciones se propusieron para que rigieran sólo en una provincia, en un distrito más pequeño o en el seno de un grupo concreto de personas⁷. Estos hechos ya daban cuenta de la existencia de un amplio terreno dejado intacto por la legislación. Estas limitaciones en cuanto a la aplicación no impedían, en efecto, que aquellas *constitutiones* se convirtieran en *exempla*, que eran seguidos, para casos similares⁸. Pero entonces los jueces debían examinar si y en qué medida la analogía resultaba procedente. Esta es una de las razones por las que repetidas veces, durante todo el período intermedio, los emperadores consideraron conveniente advertir a los jueces para que aplicasen sólo «rescripta consentanea legibus publicis» (CT 1.2.3 [317]) y no «rescripta contra ius elicita» (CJ 1.19.7 [426]) o «generalis iuri vel utilitati publicae adversa» (CJ 1.22.6 [491?]). Pues «contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura perscribunt, magis sequi iudicis debent» (CT 1.2.2 [315]). Sin duda, este mismo cuidadoso examen estaba ordenado cuando una de las partes pedía al tribunal que reconociese una disposición no emitida para su provincia o que no abarcaba el grupo al que esa parte pertenecía⁹. No obstante, el *ius* que había de servir de referencia no era, en muchos casos, derecho de origen legal, sino un derecho basado en la tradición, los precedentes judiciales o la práctica notarial¹⁰. Finalmente, a pesar de impracticables reglas tales como CT 1.2.3. i.f. (317), NMc 4 pr. (454), o CJ 1.14.11 (474), toda norma estaba en disposición de necesitar interpretación judicial. Nada a este respecto es más revelador que la idea según la cual se consideraba que la autoridad de una disposición imperial iba creciendo conforme más prolongadamente

⁵ Tales como el Código Teodosiano o las *Leges Barbarorum*.

⁶ Así expresamente la «Ley de Citas» en CJ 1.42.2 y 3.1 (426).

⁷ Edoardo Volterra, *Diritto romano e diritti orientali* (Bologna, Zanichelli, 1937) 278 sigs. y en *Studi Besta* (Milán, Giuffrè, 1938) I, 449 sig.; Giuseppe Ignazio Luzzatto, *Scritti Ferrini* (Pavía) 263 sigs. El destinatario de una sola *constitutio* no es, naturalmente, base segura para una presunción de este tipo. Véase Mommsen, *Schr.* II 388 sigs., Seeck 12 sigs.

⁸ Véase, p.ej., CT 1.2.11 (398): «Rescripta...in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur».

⁹ Para Egipto, véase, p.ej., BGU 19=Mitteis *Chr.* 85 (135); sobre esto, entre otros, Mommsen, *Schr.* I 462 sig., H.F. Jolowicz, *Jour. Soc. Public Teachers of Law* (1937) 8. Ciertamente, tales casos no quedaron confinados al primer período imperial.

¹⁰ Las pruebas son abundantes para Egipto (Taubenschlag, *Law* 28 sigs., 33 sigs), pero de ningún modo se limitan a esa provincia (Jolowicz 13 sigs.). Muy ilustrativo, para el tipo de peticiones en favor y en contra de la aplicabilidad de una antigua disposición imperial, es el ejemplo ofrecido por P Lond. inv. núm. 2565 (ca. 250 d.C.). Sobre este documento, editado por Skeat y Wegener en *Jour. Egyptian Archaeol.* 21 (1935) 224 sigs., véase Jolowicz 9 sig., Leopold Wenger, *Actes du Ve Congrès international de papyrologie* (de Oxford) (1938) 537 sigs., Fritz Frhr. von Schwind, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht* (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung 31 [Múnich, Beck, 1940] 152 sig.

¹¹ Arangio-Ruiz, *Parerga* (Nápoles, Jovene, 1945) 86 sig. También hace referencia a P. Columbia inv. núms. 181 y 182 (*Negotia* núm.101) pág. III lin. 15 (de 340).

manteníase firme y probaba su valor en la práctica: ἡ τῶν νόμων ἰσχὺς προειόντος τοῦ χρόνου μᾶλλον αὔξεται (P. Lond. inv. núm 2565 lin. 104 s.)¹¹

Pero no sólo por estas razones el ámbito del derecho no legislado siguió teniendo tan impresionante extensión. Y es que incluso en sus *leges generales* preferían los emperadores dirigir su atención a la solución de un sólo problema concreto. Cuando en el preámbulo de estas leyes critican el tratamiento precedente de ciertas situaciones de hecho, a menudo rinden testimonio directo acerca de la existencia de un derecho que había crecido y se había extendido *extra legem*¹². Esto aparte, no podían evitar, con el fin de hacerse comprender, el tener que utilizar conceptos que, sin hacer caso de su origen, habían arraigado entre las gentes o en los profesionales del derecho. Este modo de proceder nada tenía que ver con la materia o con el propósito de la respectiva *lex*. Era connatural al medio en el que se producían sus autores, al igual que el lenguaje no experto que utilizaban constantemente. Sin percatarse de ello, hablaban con términos que un jurista clásico habría evitado y que, con todo, ningún legislador había introducido oficialmente, esto es, con los términos del derecho vulgar. Esta singularidad, no intencionada, en la expresión hace de las locuaces disposiciones del Dominado una de las fuentes más importantes de información sobre el derecho no establecido por ley. Pero en su utilización es indicado guardar alguna cautela. La norma creada por una *lex generalis* puede que sea el indicio de un preexistente derecho vulgar, que ahora recibe el sello de su reconocimiento oficial; y tal norma pudiera también convertirse en la base para el desarrollo de un nuevo derecho vulgar; pero su propio carácter de derecho vulgar se terminaba a través de la sanción oficial¹³. Indicios directos para la averiguación del derecho vulgar los proporcionan, no obstante, los comentarios hechos de paso (*obiter dicta*) y los conceptos utilizados como auto-explicaciones. De hecho, todos estos componen la parte más extensa y, a menudo, desde el punto de vista de la historia del derecho, la parte más valiosa de las *constitutiones*, las cuales, hablando en general, rinden muchísimo más si uno intenta leer entre líneas.

Las reformas deliberadas de los emperadores romanos tardíos y de sus más altos servidores en la administración de gobierno se mantuvieron, en lo que se refiere al derecho privado, dentro de unos límites relativamente estrechos. Esto debe recordarse siempre si se quiere alcanzar una exacta idea acerca de la interacción entre el derecho establecido por ley y el derecho vulgar. Esta interacción fue tanto

¹² Mitteis, *Reichsr.* 12.

¹³ En este sentido deben entenderse disposiciones, no pocas en número, a las que se hace referencia en este libro.

¹⁴ Su crecimiento fue ciertamente desalentado por el número y naturaleza de las propias leyes, que, con medidas contradictorias, con frecuencia se seguían unas a otras en rápida sucesión: «iuris...scientiam...repugnantium sibi legum abolevere discidia» (Ammian.Marc. 30.4.11). Además, estas leyes fueron algunas veces desdenadas precisamente por hombres cuya obligación habría sido la de servirlas: «ecce quid valeant statuta legum..., quae illi spernunt maxime qui ministrant» (Salviano, De gubernatione Dei 7.21.93).

más duradera y pronunciada en cuanto que, durante estas centurias, hubo una completa falta de doctrina dotada de autoridad¹⁴ que pudiera haber reconciliado ambas formas de derecho en un plano superior. Tomando en consideración sólo una de estas formas, no se obtiene sino una imagen muy imperfecta. La reciente propuesta de caracterizar el período intermedio como el estadio burocrático de la jurisprudencia romana¹⁵ pasa por alto el derecho vulgar y, solamente por esta razón, resulta apenas recomendable¹⁶.

3. DERECHO VULGAR Y DERECHO PEREGRINO

«Derecho vulgar y Derecho peregrino¹⁷ no coinciden. El primero es Derecho romano degenerado, y el segundo no es, en absoluto, Derecho romano». Esta fue la definición de Mitteis (pág. 5). Pues su principal propósito fue exponer las ideas extranjeras, particularmente griegas, al «derecho imperial» y contradictorias de éste. Consecuentemente, prestó menos atención a aquellas normas no-clásicas que no podían ser determinadas etnológicamente. Que este enfoque fue y sigue siendo fructífero, es evidente. Pero no es el del presente libro. Los problemas de «recepción» o de paralelismo serán examinados a lo largo del libro en cuanto sea posible hacerlo sin demasiada interrupción del asunto principal. El propósito primordial de este estudio es, sin embargo, el de averiguar, sin considerar constantemente su fuente original, a qué se parece el derecho privado aplicado en el período intermedio. Esta tarea se ha descuidado hasta ahora¹⁸. Y, sin embargo, con mayor frecuencia pudiera producir resultados más seguros que las cuestiones de origen, las cuales, a menudo, no pueden resolverse de manera tan definitiva como muchos suponen. Mitteis¹⁹, que ya avisó respecto a conclusiones precipitadas, señalaba que «el derecho peregrino, preservado con rara probabilidad en estado puro, es, en cambio, a menudo hallado bajo forma modificada por el derecho del Imperio». En este último caso, «del mez-

¹⁵ Schulz, en su generalmente sobresaliente *History* 262.

¹⁶ Véase, además, Arangio-Ruiz, *Doxa* (Roma, Tuminelli, 1948), I, 108, Adolf Berger, *Classical Jour.* 43 (1948) 439 sig.

¹⁷ Este término es utilizado para indicar lo que Mitteis llamaba *Volksrecht*. Al significar el derecho nacional de cualquier comunidad no romana, ha de ser distinguido tanto del derecho oficial de la nación en conjunto (*Reichsrecht*, derecho del Imperio), como de las normas positivas emanadas de las autoridades para áreas más o menos limitadas dentro del imperio («derecho provincial» según expresión propuesta por Ernst Schönbauer, *SZ* 57 [1937] 346 sigs).

¹⁸ El propósito de Biscardi, *Studi sulla legislazione del Basso Impero*, resulta afín, pero es más limitado. El libro, que, por causa de la guerra, no estuvo a mi alcance hasta comienzos de 1948, llega en ciertos sitios a conclusiones similares a las presentadas aquí, más adelante, en el Capítulo I. Sin embargo, por estudiar sólo la legislación, y sólo tal y como fue promulgada por los emperadores romanos, renuncia a toda aproximación al amplio problema del derecho vulgar.

¹⁹ *Reichsr.* 9 sig., 6; véase también 202 sig. En lo que a esto se refiere, termina su libro con una nota de cierta resignación (552). Cf. también *Privatrecht* I 17 sig. para el Principado.

²⁰ Pietro de Francisci (*Arch. giur.* 93 [1925] 200) propuso limitar el uso de la expresión «derecho vulgar» a sólo este grupo.

clarse de elementos romanos y provinciales se formó un tercer derecho que, debido a sus elementos romanos, pudiera caracterizarse como un tipo de derecho vulgar»²⁰.

Mayor claridad podría obtenerse, no obstante, si se prescindiera del elemento procedencia a la hora de definir el derecho vulgar, y si este elemento sólo se considerara para determinar en qué momento este derecho deja de ser del todo romano²¹. Visto de esta forma, el derecho vulgar representa el término genérico del cual el derecho peregrino resulta una subdivisión. Comprende todos aquellos conceptos o reglas que, apareciendo en suelo romano, especialmente en el período intermedio, difieren del sistema clásico, pero que, con todo, no se dejan localizar como positivamente promulgados. No importa si esas medidas o ideas se originaron en usos peregrinos o si se siguieron de disposiciones legales para provincias, distritos o grupos, o si surgieron sin influencia de pensamiento no-romano. La existencia de esta categoría mencionada en último lugar no puede ser cuestionada seriamente. Pero esta categoría se ha visto ensombrecida por el excesivo énfasis puesto en las influencias helenísticas y es completamente dejada de lado cuando se caracteriza el período postclásico como período greco-romano o romano-oriental. Por consiguiente, uno de los propósitos secundarios de este estudio es el de dirigir la atención hacia el gran número de transformaciones que pueden ser fácilmente explicadas por la desagregación interna de unos tradicionales modos de pensar.

Las fuerzas que en esto actuaron nacieron de la incesante demanda de simplificación y popularización del derecho. Fueron alimentadas por la instintiva aversión, tanto del hombre corriente como del que, inadecuadamente formado, se dedica a la práctica del derecho en el país, hacia el siempre más hábil e inteligente y, por ello, siempre más complicado sistema de los juristas de la ciudad de Roma, que no podía sino resultar ajeno y exclusivo, incluso, a quienes no eran precisamente ciudadanos de nuevo cuño. Fuerzas de este tipo siempre habían estado operando²². Pero habían sido contenidas y su libre propagación impedida mientras una original jurisprudencia mantuvo bajo su guardia y custodia la protección del ordenado desarrollo de las instituciones jurídicas establecidas. Que en el siglo tercero los emperadores se sintieran cada vez más urgidos a exigir el cumplimiento de las normas del Derecho privado romano, es algo cuya explicación debe ser buscada no sólo en la concesión de la ciudadanía a los provinciales, sino también en el debilitamiento de la doctrina jurídica que resultó de la agonía política del Estado y de la desaparición del jurista de reconocida autoridad²³. Esta orientación de la política imperial, sin embargo, terminó bruscamente con la abdicación de Diocleciano. Las energías largamente reprimidas irrumpieron ahora inmediatamente, una vez resquebrajados los diques que las contenían. De este modo, comenzó a

²¹ Véase *infra* pág. 11.

²² Ejemplos de las costumbres practicadas en las provincias occidentales, antes de la época clásica y durante ella, se encuentran en *Mitteis* 102 sigs., 284 sigs. y *passim*. Véase también Taubenschlag, *Mélanges Cornil* II (Sirey, Paris, 1926), 499 sigs. Para España, en particular, véase el muy autorizado estudio de Torres I, 228 sigs.

²³ Véase también Arangio-Ruiz, *Storia* 340 sig.

desplegarse un Derecho romano distinto, que, sin cuidarse de las acostumbradas sutilezas, se regía por consideraciones sociales y económicas más que jurídicas; un derecho enemigo de los conceptos estrictos y ni capaz ni inclinado a vivir con arreglo a los patrones de la jurisprudencia clásica en lo concerniente a elegancia en los desarrollos doctrinales o construcción lógica. Este derecho había crecido a partir de la práctica diaria de los negocios o de los usos de los tribunales, como sea desde luego que hayan podido aparecer en algún punto del vasto imperio, ya en una provincia o en Italia, o en la misma ciudad de Roma²⁴. Existen casos que muestran que una misma idea básica se desarrolló de una forma independiente en regiones alejadas entre sí²⁵. En cualquier caso, la apreciable uniformidad con que desde el siglo cuarto se presentan ciertas nociones pone de manifiesto claramente el desarrollo que debieron de alcanzar mucho antes de esa época²⁶. Desde la práctica jurídica el derecho vulgar se deslizó inadvertidamente en la legislación y atrajo hacia sí a aquellos juristas que escribían para uso de quienes ejercían el derecho o para la instrucción jurídica elemental. Estos autores, a quienes conocemos especialmente a partir de las tardías versiones de las *Pauli Sententiae*, a partir del *Epitome Gai* y de la *Interpretatio* conservados en el Breviario, naturalmente vinieron a servir los intereses del nuevo movimiento. Su objetivo fue la simplificación y la popularización del derecho, pero la distorsión y errónea inteligencia de los modelos, si bien fueron resultados inevitables, a nosotros nos informan.

4. DERECHO VULGAR Y DERECHO DE TENDENCIA CLÁSICA

Del todo diferente fue el trabajo de aquellos hombres que se impusieron la tarea de interpretar las grandes obras de la jurisprudencia y las *constitutiones* mediante doctos métodos. Su pensamiento e inclinación se mantenían orientados hacia el pasado, aunque no podían, por supuesto, dejar de referirse a las innovaciones legislativas y de añadir, por su cuenta, lo que estimaban necesario en aras de una

²⁴ El que la mayor parte del material documental conservado tenga origen en Oriente y, predominantemente, en Egipto no debería confundirnos. Acerca de la penuria de testimonios en España sobre desarrollos jurídicos locales, véase, p.ej., Rafael Altamira en *The Continental Legal History Series I* (1912) 592 sigs.; cf. Rostovtzeff 173 sig.

²⁵ Mitteis 264 señala que los rudimentos de una *donatio propter nuptias* parecen haber sido familiares a todas las partes del imperio. Pero, naturalmente, los detalles difieren considerablemente, en especial entre Oriente y Occidente (289 sig., 295 sig., 298 sigs., 306 sig.).

²⁶ En cuanto a las desviaciones, respecto al derecho oficial, que hallamos en los testimonios que nos quedan de negocios jurídicos entre romanos del siglo tercero, véase, p.ej., Arangio-Ruiz núms. 11, 14, 51, 61, 94, 95, 98, 138, 155: de éstos los números 94 y 95 proceden de Roma. Acerca de nombramientos defectuosos en testamento de un *tutor* o *curator* (Pap. D. 26.2.26 pr., CJ 2.18.6 [207]), véase Mitteis 200. Las *leges metallis dictae* ofrecen ejemplos para España: *infra* págs. 109 sigs. Información sobre Egipto puede obtenerse del rico material presentado por Taubenschlag en *Studi Bonfante I* 382 sigs., 402 sigs., para el tiempo anterior y posterior a la *Constitutio Antoniniana*. Ejemplos de la terminología no clásica utilizada por legos o leguleyos se hallan con facilidad en inscripciones o documentos del período clásico; cf., recientemente, H.J. Wolff, *Seminar* 3 (1945), 24, 36 sig.; Bruck, *ibid.* 6 (1948), 14.

²⁷ SZ 49 (1929) 233 sig. Cf. Volterra, *Cambridge Law Jour.* 10 (1949) 196 sigs.

completa ordenación y más clara explicación. Estos comentadores, por lo general, enseñaban en las Escuelas de Derecho, entre las cuales, en los siglos tercero y cuarto, fueron las occidentales las que llevaron la iniciativa, aunque, posteriormente, dominaron las de Oriente²⁷. Era de necesidad que las tendencias en la interpretación que desarrollaban estos eruditos experimentaran ciertos cambios a lo largo del tiempo. Algunas generaciones o grupos, activos durante el largo período intermedio, fueron, sin duda, más responsables que otros de esas interpolaciones pre-justinianas. Numerosos y meritorios intentos se han hecho con objeto de determinar más precisamente el tanto de participación de cada uno de ellos al respecto. Un tratado sobre el derecho vulgar, sin embargo, no es lugar para tomar partido. Lo que debe ser acentuado aquí es el hecho de que los esfuerzos de los doctos profesores de Beirut y Constantinopla culminaron en el renacimiento justiniano del derecho clásico. Ocuparse del heterogéneo derecho vulgar fue algo que consideraron indigno de ellos²⁸. Puede que hayan tratado a los representantes del derecho vulgar con el mismo desprecio con el que, cientos de años más tarde, los glosadores hablaban acerca de los lombardistas²⁹ y, más tarde todavía, con el que los humanistas reprendieron a los comentadores³⁰. El contraste entre el derecho de orientación clásica y el derecho vulgar parece haber sido el antagonismo que, por delante de cualquier otro, ha tenido mayores consecuencias en las evoluciones del período intermedio³¹.

Lo que se acaba de afirmar no parece estar de acuerdo con la suposición de que el derecho privado del Principado continuó siendo aplicado excepto cuando contravenía la legislación posterior. Pero el vino clásico estaba en realidad, allí donde resultara asequible³², adulterado con una amplia cantidad de agua corriente. Esta afirmación no debería ser puesta en duda por el hecho de que, durante el florecimiento del derecho vulgar, con el fin de ayudar a los tribunales a encontrar el camino a través de la confusa masa de viejos textos invocados por las partes, la «Ley de Citas» (CT 1.4.3 [426]) dotase de autoridad imperial a un gran número de escritos clásicos. Pasaremos por alto que esta ley, en la versión de 438, que es la que conservamos, presenta puntos oscuros e incongruencias que deben de haber hecho su aplicación poco menos que imposible³³. Pasaremos por alto también

²⁸ Véase, p.ej., *infra* págs. 170 sig., 260; también 144 sig., 148 sig.

²⁹ Véase, p.ej., Frederic William Maitland, *English Law and the Renaissance* (Cambridge University Press, 1901) 25.

³⁰ De entre los estudios recientes, pueden consultarse Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* (Múnich, Biederstein, 1947) 109 sig., Jolowicz, *Law Quarterly Review* 65 (1949) 324.

³¹ *Infra* págs. 11 sigs.

³² Merece notarse que de los cientos de disposiciones que nos restan del período intermedio sólo tres (CT 9.43.1 [321]; 4.4.3 [396]; CJ 6.61.5 [473]) parecen referirse a la doctrina de un jurista clásico explícitamente mencionado por su nombre (Massimo Massei, *Scritti Ferrini* [Pavía] 409 sigs., 416 sigs.). Hay que considerar este hecho a la luz de las 34 disposiciones (Massei 469 sigs.) en las que Justiniano discute las opiniones de aquellos autores.

³³ Otto Gradenwitz, *SZ* 34, 274 sigs. Fernand de Visscher, *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette* (Milán, Vita e Pensiero, 1931), 70 sigs., Schulz, *History* 282.

³⁴ Véase Massei 450 sigs.

el problema de hasta qué punto realmente se hizo caso de la ley en el tiempo venidero³⁴. Incluso si limitamos el número de juristas, que ella elevó al rango de legisladores, al de los cinco primeros en ella mencionados (Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino), no deberíamos cometer el error de presumir que se interpretaron sus exposiciones igual que cuando fueron originalmente escritas. Cada uno entresacaba de ellas lo que podía utilizar y le daba el significado que todavía podía ser comprendido. Cuán mucho o poco se comprendía, es algo de lo que puede juzgarse comparando la última versión de las *Pauli Sententiae*, citada al final de la Ley, con Paulo mismo, la *Interpretatio* con las *Sententiae* originales, el *Epitome* con Gayo. Cuál fue el resultado final de todo esto nos lo muestran, ochenta años más tarde, los autores del Breviario³⁵, quienes, del conjunto total de la jurisprudencia, reconocieron sólo esos pobres restos, los cuales ellos mismo tuvieron a bien considerarlos dignos de ser incluidos en su compilación: «Sed ex his omnibus iuris consultoribus, ex Gregoriano, Hermogeniano, Gaio, Papiniano et Paulo, quae necessaria causis praesentium temporum videbantur, elegimus» (IT 1.4.3 i.f.).

5. PERÍODOS DE DESARROLLO

Ya se ha mencionado que, incluso en las relaciones jurídicas entre romanos, el derecho vulgar tuvo su estreno mucho antes del período intermedio. Pero sólo desde los tiempos de Constantino empezó a posesionarse de su real importancia. Este gobernante merece la calificación, confirmada en toda nueva investigación, de ‘novatoris turbatorisque priscarum legum et moris antiquitus recepti’, una frase dirigida a él, naturalmente, en desaprobación, por su posterior antagonista Juliano³⁶. Con Constantino, la relación de estricta conformidad que los rescriptos guardaban con el derecho tradicional desaparece de una vez. Se muestra receptivo frente a las nuevas tendencias no sólo en sus propias reformas, sino también en lo terminológico y en su manera de enfocar los asuntos, la cual, inconscientemente, ajusta a los puntos de vista populares censurados hasta ese momento como heterodoxos. De este modo, Constantino se convierte en el primer exponente oficial no sólo del derecho peregrino griego³⁷, sino del entero derecho vulgar. Con su reinado comienza esa parte de la historia del Derecho romano que configura el período intermedio. Este período llega, para la totalidad del mundo romano, hasta el siglo sexto. En Occidente, en particular, el derecho vulgar se mantuvo mucho más allá del tiempo de Justiniano³⁸. Las colecciones francas de *formulae* y la *Lex Romana Curiensis*³⁹ proporcionan una prueba sorprendente de su continua eficacia y vigor en un momento tan tardío como el siglo octavo. Pero las ideas germánicas aparecen cada vez con más frecuencia en los reinos burgundio, lombardo y franco. Asi-

³⁵ Cf. Hermann H. Fitting, *Z. für Rechtsgeschichte* 11 (1873) 227 nota 13, 236 nota 34.

³⁶ Ammian. 21.10.8

³⁷ Mitteis, *Reichsr.* 204, 548 sigs.

³⁸ Véase también *infra* págs. 13 sig.

³⁹ Sobre la datación de la última, véase Brunner I 520 sigs.

mismo, lo que es puro derecho vulgar va perdiendo terreno, aunque no se puede establecer un concreto término final. El estudio que sigue a estas páginas recurrirá primariamente a las fuentes del siglo cuarto al sexto, sin excluir, no obstante, testimonios posteriores.

6. DERECHO ROMANO VULGAR OCCIDENTAL Y ORIENTAL

Es preciso mostrar idéntica flexibilidad a la hora de delimitar la zona geográfica que ha de cubrirse aquí. Limitarse estrictamente al Derecho romano occidental no sería factible. Esto es ya cierto respecto al derecho de origen legal. Es importante, en efecto, considerar factores externos tales como la sede del gobierno del emperador, el lugar donde fue datada la disposición y el cargo y razón personal del destinatario⁴⁰. Pero estos hechos tan sólo únicamente en raras ocasiones bastarían para distinguir una disposición como occidental u oriental⁴¹. En último término, cuestión decisiva será siempre la de si una norma puede ser identificada geográficamente partiendo de su contenido. Incluso, entonces, el resultado sólo es importante para establecer el origen de una institución⁴² y, si *ab initio* no se pretendió que fuera *lex generalis*, importante para determinar el primitivo ámbito territorial de la disposición legal. Si la norma, a lo largo del tiempo, en virtud de una disposición explícita o de su aplicación analógica llegó a convertirse o no en obligatoria para todo el imperio, es un asunto distinto. Si, de este modo, las probabilidades de lograr su localización son limitadas incluso tratándose de derecho oficial, menores son todavía en caso de derecho no oficial. Las ideas jurídico vulgares que aparecen en las leyes⁴³, sin que ello se haya pretendido, son universales en una medida sorprendente por lo amplia. Esto es lo que explica el hecho de que, al investigar el derecho vulgar, uno sólo encuentra diferencias de menor cuantía entre las disposiciones de Constantino y las de Juliano, entre las de Honorio y las de Arcadio. La uniformidad continuó incluso después de establecerse una doble legislación en el año 429⁴⁴. Las Novelas de Teodosio II y de Valentiniano III brotaron del mismo tronco, tanto en expresión como en sustancia.

⁴⁰ Sobre todos estos datos, véase Mommsen, *Theodosianus* CLX sigs., CLXII sigs., CCIX sigs., Seck, *Regesten*.

⁴¹ Cf. Mitteis 11 sig., Wilhelm Felgentraeger, *Antikes Lösungsrecht* (Berlín y Leipzig, De Gruyter, 1933) 9 sigs., Kaser, *SZ* 54, 435 sig.; véase también Levy, *SZ* 49, 258 y *supra* nota 7. Mommsen, *Schr.* II 385, 388 establece las disposiciones como occidentales (u orientales, respectivamente) en razón de haber sido dirigidas (a) a funcionarios de Occidente (Oriente), cuando el imperio no había sido todavía dividido, y (b) en razón del gobernante, si era de la parte occidental (u oriental), después de la división.

⁴² Para las *constitutiones* de Constantino, p.ej., véase Mitteis, *Reichsr.* 204 sig., 548 sigs., pero también 299.

⁴³ *Supra* pág. 4.

⁴⁴ *SZ* 49, 236 nota 1 250 sigs.

⁴⁵ Véase, p.ej., *SZ* 49, 244 sig.

Siendo así el objetivo específico de este libro el Derecho romano vulgar occidental, esto significa que el derecho oriental no será tomado en consideración cuando difiera. Más específicamente: cuando la costumbre helenística no extienda su influencia más allá de las *partes orientis*⁴⁵, será o pasada por alto o cubierta mediante referencias. Aquello sucede en ocasiones con las *constitutiones* del imperio oriental, pero mucho más frecuentemente con los documentos de contenido jurídico, particularmente los papiros de Egipto. Por el contrario, se prestará más atención al derecho vulgar encontrado sólo en Occidente. Así, pues, junto con la legislación, que, a este respecto, por lo general, es neutral, las fuentes occidentales proporcionarán la mayor parte del material. No hay necesidad de nombrarlas todas. Puede que sólo haya que mencionar unas pocas y ello en razón de dar la impresión de haber resultado hasta ahora algo ajenas a los romanistas. El primer lugar habría que dárselo a la *Interpretatio* a los tres *Codices* y a la de las *Pauli Sententiae*. Han merecido normalmente estas Interpretaciones tan escasa atención que la *Interpretatio* a las Sentencias como tal⁴⁶ no sólo no ha sido reeditada, sino que no ha sido siquiera impresa en los últimos cien años⁴⁷. Sin embargo, las mismas razones que han depreciado el valor de las *Interpretationes* a los ojos de los historiadores de la época clásica, incrementan su importancia para una estimación del período intermedio. De hecho, ofrecen una de las documentaciones más completas y prácticamente⁴⁸ más puras del derecho vulgar. Igualmente se vieron poco afectados todavía por las ideas germánicas los edictos ostrogodos. En el tratamiento de las otras fuentes principales del período más tardío, la primera cuestión tiene que ser siempre la de si una regla dada fue tan germánica en carácter como circunscrita a la población germánica. En la medida en que esto se confirme, la regla ya no pertenece al Derecho romano vulgar. Por otra parte, ello no obstante, la cosecha puede resultar copiosa⁴⁹. Esto cabe referirlo particularmente a las codificaciones visigodas y burgundias, al registro de Gregorio el Grande, a las *Formulae* visigodas y francas, a los documentos occidentales, a la *Lex Romana Curien-sis* y a los extractos tardíos que están el Breviario.

7. IMPORTANCIA PARA LA APRECIACIÓN DEL DERECHO JUSTINIANO

Un tratado sobre Derecho Romano vulgar, al igual que cualquier otro comprensivo trabajo de historia del Derecho, colma su propósito en sí mismo. Pero en

⁴⁶ Parte de ella también aparece en la edición fotolitografiada del entonces recién descubierto *Codex Legionensis* de la *Lex Romana Visigothorum* (Madrid, Academia Hispana, 1896). Véase Mommsen, *Theodosianus*, praef. LXXI sig.

⁴⁷ Esto es, después de la edición de Gustav Haenel de la *Lex Romana Visigothorum* (Berlín, Besser, 1849).

⁴⁸ Pero véase también Levy, *Vulg.* nota 102.

⁴⁹ Véase *infra* págs. 14 sigs.

⁵⁰ Este es el núcleo de la tesis defendida por Riccobono. La tesis ciertamente da razón de un número de generalizaciones y clasificaciones que se originaron en las escuelas postclásicas. Pero, de

éste no se agota su importancia. Como fenómeno que gobierna la formación del sistema romano durante más de dos siglos, el derecho vulgar no pudo dejar de tener un efecto profundo sobre las simultáneas y sucesivas codificaciones. Esto sucedió tanto en Oriente como en Occidente, aunque de forma muy distinta. La compilación de Justiniano se compone de muchos ramales. Se trata de un tejido urdido con diversos hilos. De una parte fue, en efecto, la culminación de un desarrollo gradual de rudimentos ya presentes en el sistema clásico⁵⁰. En otros aspectos mostraba extrañas influencias, particularmente helenísticas, que han hecho que, para algunos escritores, aparezca como una revolucionaria ruptura con el pasado romano⁵¹. En tercer lugar, asume cientos de *constitutiones* del período intermedio, que, aunque útiles para reformas específicas, operaban con conceptos corrientes del derecho vulgar⁵². Sin embargo, mientras estas tres corrientes, activas durante siglos, arrastraban al legislador fuera de la estructura clásica, una cuarta tendencia le llevaba a vindicarla. Con origen en su propia iniciativa, avivada por su ambición personal así como también por motivos políticos y educativos, la reanimación de reglas y concepciones clásicas llegó a ser lo característico del programa e idea dominante de la entera codificación. Esta restauración, que, tras haber sido preparado el terreno por los profesores de las escuelas de Oriente, fue acometida en el Digesto a tan gran escala, significó la reprobación o rechazo de innumerables infiltraciones de origen postclásico. Si la obra fue tanto resultado de una evolución del derecho clásico como de una reacción contra él, fue al mismo tiempo, y de manera importante, una consciente reacción contra la revolución provocada por las intrusiones del derecho vulgar y, particularmente, las de su rama occidental. La absoluta diferencia del derecho vulgar, tanto en espíritu como en consecuencias prácticas, ilustra, más claramente que cualquier otra cosa, qué habría sido del pensamiento en el seno de la civilización occidental si Justiniano no hubiese preparado el terreno para el posterior renacimiento de la gran jurisprudencia.

Lo muy dentro que llevaba la rehabilitación de lo antiguo y la supresión de los contraventores expedientes del derecho vulgar, lo mostrará con detalle nuestro es-

otra parte, explica sólo un limitado grupo de innovaciones en el campo del derecho sustantivo. Una larga lista de referencia, de los escritos, pertinentes e importantes, de Riccobono y de los de sus seguidores y oponentes, se encuentra en Albertario, *Introd.* I 83 sigs.

⁵¹ Una opinión ampliamente extendida y todavía no del todo rechazada por importantes autores considera el alcance de esas influencias lo suficientemente grande como para poner denominar el derecho privado postclásico «romano-helénico». Véase, entre otros, Bonfante, *Storia* II, 35 sigs., Arangio-Ruiz, *Storia* 327 sigs., Albertario *loc. cit.* Una tan generosa valoración difícilmente puede mantenerse a la luz de las más recientes investigaciones. *Cf.*, p.ej., el cauteloso juicio de Kunkel, 54 sig.

⁵² Por sola esta razón supone ir demasiado lejos el dar por sentado, como hace Arangio-Ruiz (*Storia* 342 sig.), que el derecho vulgar fue completamente irrelevante para la formación del derecho privado justiniano, el cual, además del derecho clásico, húbose valido de los usos de las provincias helenísticas o, hablando más en general, de las provincias orientales. Para detalles véanse, p.ej., *infra* págs. 71, 74 sig., 144 sig., 182; *cf.* también pág. 115.

⁵³ No deja de haber interpolaciones clasicistas: véase, p.ej., *infra* pág. 217 nota 133 y Levy, *PS* 21, 48 nota 230.

tudio⁵³. Que se guió por este motivo, lo afirma de manera expresa en diversos pasajes, que, aunque frecuentemente citados, también han de tener un sitio aquí:

...leges antiquas iam senio praegravatas per nostram vigilantiam (providentia) praebuit in novam pulchritudinem et moderatum pervenire compendium (c. Tanta pr.);

...nobis reparantibus omnem vetustatem iam deperditam, iam deminutam placuit (Nov 17 init. [535]).

Ταῦτα ἐννοοῦντες ἡμεῖς, καὶ τὴν παλαιότητα πάλιν μετὰ μείζονος ἄνθους εἰς τὴν πολιτείαν ἐπαναγαγόντες καὶ τὸ Ῥωμαίων σεμνύναντες ὄνομα ... (Nov 24.1 init. [535]).

Esto es por lo que el emperador encomia la publicación del Digesto diciendo considerarla la aparición de un tesoro oculto: «Mirabile autem aliquid ex his libris emersit...» (c. Tanta 17). Por esto condena la práctica entonces prevalente de los jueces, que «vel propter inopiam librorum... vel propter ipsam inscientiam» a menudo habían resuelto los litigios a su antojo (*ibid.*). De aquí que se revuelva indignado contra las doctrinas expuestas en muchas Escuelas de Derecho:

audivimus etiam in Alexandrina splendidissima civitate et in Caesariensium et in aliis quosdam imperitos homines devagare et doctrinam discipulis adulterinam⁵⁴ tradere (c. Omnem rei publicae 7).

Aquí las palabras del emperador, en efecto, resultan vagas. No ganan en precisión por el hecho de que, comprensiblemente, mencione, entre otras, dos escuelas orientales. Pero, por esta misma razón, ni legítimamente podríamos hacerlo ni estamos obligados a suponer que su prohibición se dirigía simplemente contra las doctrinas del Derecho griego⁵⁵ o los usos locales⁵⁶. Las heterodoxas concepciones, comunes a Oriente y a Occidente, le debieron de parecer mucho más peligrosas. Pero esta cuestión puede dejarse abierta. Lo que aquí importa es conocer que Justiniano, con su restauración del sistema clásico, dio, a la larga, una dirección histórica enteramente nueva al Derecho continental europeo. La existencia del derecho vulgar, y la escandalosa indiferencia ante los logros clásicos que ello mismo significaba, todo este bregar de Justiniano contra todo esto, con su vuelta a la gran tradición, son incompatibles con la tan difundida creencia de que, a pesar de todas las transformaciones operadas desde el interior mismo o desde fuera, una línea esencialmente ininterrumpida discurrió desde el derecho clásico a través del postclásico hasta el de Justiniano.

⁵⁴ Es significativo que Teodosio II (NT 1 pr.[438]) y Valentiniano III (NV 32.6 [451]) no hablen de *doctrina adulterina*. Tan sólo deploran la falta en general de juristas competentes.

⁵⁵ Mitteis, *Reichsr.* 203.

⁵⁶ Rotondi II 409 nota 1.

⁵⁷ Cf. Mariano San Nicolò, *Atti*, Roma I 270 sigs., 279 sig.

⁵⁸ Conrat, *Gesch.* I 31 sigs., 65 sigs. No contradicen esto las afirmaciones de C.G. Mor, en *Per il XIV centenario della codificazione Giustiniana* (1934) 562, 675 sig.

Además, y este es un hecho bien conocido⁵⁷, su reforma, si bien finalmente acabó por triunfar, durante siglos no fue en absoluto victoriosa. Sus propias Novelas conocieron poco del espíritu que impregnaba el Digesto, el auténtico núcleo de su tendencia clasicista. Ni tan siquiera el Digesto en relación con la práctica resultó realmente atrayente. En Oriente tropezó con grandes dificultades para mantenerse firme y, consecuentemente, dejó sólo unas huellas insignificantes en las compilaciones bizantinas, hasta que, con los Basílicos, se hizo un esfuerzo por reavivar la obra de Justiniano. En Occidente, tras una cierta aplicación en Italia a lo largo de la segunda mitad del siglo sexto, el Digesto se sumió casi en el olvido durante más de cuatrocientos años⁵⁸. El nombre mismo de «Pandectae» indicaba más bien la Biblia. Le supuso un grandioso esfuerzo a la escuela de Bolonia el hacer del redescubierto Digesto el manantial de la jurisprudencia europea. Con anterioridad al siglo undécimo, múltiples formas de Derecho romano vulgar, combinadas con ideas germánicas, habían seguido dominando el terreno.

8. IMPORTANCIA PARA LA APRECIACIÓN DEL DERECHO GERMÁNICO

De manera que es la historia jurídica de Occidente la particularmente beneficiada por el estudio del derecho vulgar. No hubo aquí ningún Justiniano que interrumpiera el curso general de los acontecimientos hasta un punto registrable. Lo que sorprendentemente se descubre es la continuidad de un desarrollo no interrumpido⁵⁹. Ya Brunner habló de la «conexión, a menudo desatendida, que existe, desde muchos puntos de vista, entre las condiciones jurídicas reinantes en el período franco y el romano tardío»⁶⁰. A él, y a otros después de él, debemos algunas valiosas aportaciones para la dilucidación de estas conexiones. Sin embargo, su grado de intimidad tiene todavía que establecerse. Los autores de manuales y monografías sobre la historia del sistema germánico o de otros sistemas de derecho privado del continente europeo continúan, casi de forma general, entendiendo por ese Derecho romano que diferencian de las ideas germánicas el derecho de los juristas clásicos o el de Justiniano. Este planteamiento se basa en un error. La obra compilatoria de Justiniano todavía no existía cuando se armaron los primeros códigos germánicos. Lo que quedaba del derecho clásico desempeñó un papel muy modesto entre las fuentes utilizadas a la hora de legislar. El Derecho romano

⁵⁹ El campeón de la «teoría de la continuidad» es A. Dopsch, especialmente en *Grundlagen*; véase también la traducción abreviada inglesa: *Foundations*. Pero ni a Dopsch ni a los autores que se manifestaron abiertamente en su pro o contra les ocupan fundamentalmente problemas de derecho privado. Para más referencias, véase Torres II 22 sig.

⁶⁰ *Abh.* II 79 (ex 1894).

⁶¹ Una lista de las normas visigodas y sus correspondientes romanas, sobre la base de las investigaciones de Zeumer, ha sido presentada recientemente por Arcadio Larraona y Arturo Tabera, *Atti*, Bolonia II, 100-103.

adoptado en los reinos germánicos fue al principio, y en todas partes, el derecho vulgar. Y tales «recepciones» aparecen, aunque con diferenciación de grado, en las leyes de los godos y burgundios, de los francos así como de los lombardos. Se manifiestan más sobresalientes entre los visigodos⁶¹ y ostrogodos, y en Burgundia. Podría afirmarse sin peligro de error que allí donde, en estas codificaciones, las ideas germánicas se abrieron paso, como en el derecho de personas, en el de las relaciones domésticas y sucesiones, hubo una premeditada creación de algo nuevo, mientras que en otros casos, donde este deseo de reformar estaba ausente, los autores adoptaron con naturalidad los conceptos y disposiciones del Derecho romano vulgar. Esto, en efecto, se comprende con facilidad. Los juristas que redactaron estos códigos habían sido formados en el Derecho romano de su tiempo⁶² y fueron a menudo de extracción romana⁶³. Tenían delante las *constitutiones* romanas y los escritos romanos. El auténtico incentivo para las tareas que asumieron lo constituyeron los modelos romanos, tales como el Código Teodosiano y, más tarde, el Breviario de Alarico⁶⁴. Además, incluso aquellas reglas que claramente portaban cuño germánico son normalmente formuladas con la técnica jurídica y expresiones del derecho vulgar, no sólo porque todas estas leyes fueron escritas en latín, sino también porque las lenguas germánicas del momento no habían desarrollado todavía una adecuada terminología jurídica. Cuando se insertan palabras germánicas⁶⁵, generalmente lo que buscan es denotar con ellas objetos físicos o también simples hechos percibibles por los sentidos o comprensibles para los legos, o bien hablar en imágenes⁶⁶. Todavía no hay testimonio de sentencias completas⁶⁷. Incluso el lector más superficial de estas disposiciones tiene que encon-

⁶² Sidonio Apolinar, el poeta romano de la Galia meridional, en una carta, escrita alrededor del año 470, elogia a Arbogasto, conde de Tréveris, por su esfuerzo en solitario por mantener el latín a orillas del Mosela, de un lado a otro de la frontera norte del reino visigodo. Pero en aquellos distritos el Derecho romano parecía irremediadamente perdido: «etsi apud litem ipsum Latina iura ceciderunt, verba non titubant» (epist. 4.17.2 en *MGH, Auctores Antiquissimi* VIII). El contraste entre las respectivas situaciones legales de los reinos Ribuario y Visigodo queda aquí patente. Para Sidonio, véase Mommsen, *Reden und Aufsätze* (Berlín, Weidmann, 1905) 134 sigs., para el trasfondo político y cultural, Brunner I 44, Halban II 211, 220.

⁶³ Mommsen *loc. cit.* 139 sigs., Franz Beyerle, *SZ GA* 49, 391 sigs. y *Gesetze der Burgunden* (1936) XIII sigs.; véase también Georg Baesecke, *Die deutschen Worte der germanischen Gesetze* en *Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur* 59 (1935) 32 sig.

⁶⁴ Véase también Brunner I 413 sig., Baesecke 52, 55.

⁶⁵ Ninguna se encuentra en CE, hasta donde lo conocemos: Baesecke 56 sig.; en todo caso, hacen su aparición sólo de forma gradual: Beyerle *SZ GA* 49, 397 sigs., Baesecke 29, 55.

⁶⁶ Sobre esto, *cf.* particularmente las listas en el artículo de Baesecke, *supra* nota 63, 1-101.

⁶⁷ Pej., Baesecke 21. Sobre el gótico *belagines* véase Karl Zeumer, *NA* 23 (1898) 425 sig.

⁶⁸ Véase también *American Historical Review* 48 (1942) 22, 28 sig.

⁶⁹ De acuerdo con esto, el término *Lex Romana*, que aparece desde el principio del siglo sexto (RB 2,5; Concil. Aurelianense [511] can. 1; Turonense [567] can. 21=*MGH, Legum Sectio* III, Tom. I págs. 2, 129), no siempre apunta a una ley específica o codificación. También abarca el derecho vulgar. *Cf.*, en general, Savigny, *Gesch.* I 130 sigs., Brunner I 377 nota 1. Para el principio «ecclesia vivit secundum legem Romanam», en particular, véase Edgar Loening, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts* II (Estrasburgo, 1878) 284 sigs., Brunner I 394.

⁷⁰ Véase, p.ej., *infra* págs. 84 sigs., 87 sigs., 150 sigs., 157 sig., 160, 179 sig., 229 sig., 253.

trarse, sin poderlo evitar, por lo que se refiere a lengua y estilo, inmerso en la atmósfera del último Derecho romano. La ausencia de solución de continuidad se presenta súbita a la mente.

No existe ninguna intención, por supuesto, de negar que aquellas codificaciones que no fueron hechas sólo para los romanos presentaban muchos elementos específicamente germánicos en su contenido⁶⁸. Pero el criterio es otro. Siempre que se pregunte si una regla tiene raíces germánicas o romanas, el componente romano que ha de tenerse en cuenta no es el derecho clásico o el de Justiniano, que los pueblos germánicos en aquel tiempo no conocían en absoluto, sino el derecho vulgar que ellos conocían⁶⁹. Esto despeja el camino para un nuevo método. Este nuevo enfoque proporcionará con frecuencia un instrumento para dilucidar las cuestiones de origen⁷⁰. También será, a veces, instrumento eficaz para descubrir el modelo romano, o análogo, en aquellos casos en los que la declaración de una divergencia entre los dos sistemas y la afirmación de una raíz exclusivamente germánica podía hacerse sólo a la vista del hecho de que ni el Derecho romano clásico ni el clasicista ofrecían ninguna pista⁷¹. El verdadero contraste en tales casos es el que existe entre los conceptos del derecho de Justiniano y los del derecho vulgar. Pero surge entonces otra cuestión independiente, que debe ser considerada en cada caso por separado. Y es si la similitud entre las reglas jurídicas vulgares y germánicas se debe a una «recepción» o a un paralelismo en las concepciones originales.

La amalgama de ideas vulgares y germánicas fue un acontecimiento de importancia duradera. En tanto que elemento de las leyes germánicas, el derecho vulgar compartió su historia. En la parte occidental del continente europeo perduró su eficacia hasta la época de las «recepciones» del derecho justiniano. Más tarde, sus huellas se debilitan. Pero pueden seguirse hasta nuestros días. Investigar este asunto con mayor intensidad sería una empresa provechosa, pero es algo que cae fuera de los límites de este libro.

9. ORGANIZACIÓN Y MÉTODO DEL LIBRO

De lo que ha quedado dicho se derivan fácilmente los principios que guían la organización del material. Se hará especial hincapié en el análisis del Derecho romano vulgar de Occidente en el momento culminante de su evolución, pero también se mostrará cómo prosiguió el derecho vulgar, cómo fue transformado o eliminado, ya por el tratamiento que le dio Justiniano o por su contacto con ideas germánicas. No se pretende aquí, sin embargo, una exposición completa, en el sentido, por ejemplo, de que, sobre la base del sistema de Pandectas, resulten estudiadas, en orden sucesivo, todas y cada una de las diferentes instituciones jurídicas con respecto a las reglas generales y sus excepciones, requisitos esenciales y efectos. Para una tarea de este tipo no sólo no hay fuentes, sino que tampoco hay

⁷¹ Véase, p.ej., *infra* págs. 65 sigs., 93 sigs., 131.

necesidad. El material existente no permite un método de investigación tan intensivo como es factible y necesario en la exploración del derecho del Corpus Iuris o del período clásico. Lo que necesitamos en este punto es una introducción a las características fundamentales del derecho vulgar y una exposición de los cambios que tuvieron lugar en el pensamiento jurídico general. Por consiguiente, los detalles secundarios se omitirán, pero los problemas centrales seleccionados se examinarán con el mayor cuidado posible, dentro del marco de una síntesis general.

El libro trata en principio sólo del derecho privado. El presente volumen está dedicado principalmente al derecho de bienes. El volumen siguiente, que se está planeando, cubrirá el derecho de obligaciones. Esta división se ha mantenido, aunque uno no puede, en el derecho vulgar, hacer la nítida distinción entre actos de obligación y actos de disposición que acostumbramos hacer desde el derecho clásico. La venta, en principio, transmitía la propiedad⁷², y la acción para la devolución de cosas prestadas o alquiladas llegó a fusionarse prácticamente con la acción de propiedad⁷³. Sin embargo, sigue siendo verdad que la propiedad podía hacerse valer frente a todos, mientras que una obligación sólo vinculaba al deudor⁷⁴. Asimismo, en el derecho relativo a la compraventa y a las donaciones, a la cuestión sobre la adquisición del derecho en los bienes se respondió desde puntos de vista que poco tenían que ver con la manera en que habíase formalizado el contenido obligacional entre vendedor y comprador o entre donante y donatario. De aquí que tales relaciones internas entre las partes sólo ocasionalmente hayan sido tocadas en el presente volumen.

⁷² *Infra* capítulo III, A 1 y *passim*.

⁷³ *Infra* capítulo IV, A 4.

⁷⁴ *Infra* capítulo IV, A 5.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS

El derecho de bienes, tal como aparece en la legislación de Justiniano, no era ya ciertamente el de la época clásica. Había desaparecido la distinción entre *res mancipi* y *nec mancipi*, la transmisión por medio de *mancipatio* e *in iure cessio* y también el procedimiento formulario, que daba a toda acción su propia causa y finalidad. A renglón seguido habría que añadir que no hubo jurista clásico que conociera una *servitus* legal, una *vindicatio utilis* en beneficio de ciertos obligados, una *possessio* retenida *animo* sin apoyo alguno en ningún elemento de hecho. Estos y otros cambios serán considerados en el lugar oportuno. Pero ninguno de ellos tuvo tal importancia como para afectar a la estructura básica del sistema clásico. Sus nociones fundamentales impregnan por entero el *Corpus Iuris*. Pese a todas las desigualdades e inconsistencias de la compilación, *dominium (proprietas)*¹ continúa siendo, en principio, el derecho de absoluta disposición sobre una cosa, un derecho del que está investido exclusivamente el dueño y que él puede hacer valer frente a cualquiera. Como en los primeros tiempos, se distingue *dominium* de (a) *servitus*, *ususfructus*, y otros derechos limitados sobre bienes ajenos, y de (b) *possessio* como indicador, normalmente, del control efectivo sobre una cosa, independientemente de la existencia o no de un derecho subyacente *in re*.

Esta sorprendente conformidad de esos dos períodos jurídicos ha servido de apoyo para inferir que el derecho de propiedad en el tiempo intermedio se basaba en idénticos principios. Tal continuidad, sin embargo, no existió. El derecho vulgar revela en este asunto una aproximación discrepante y ampliamente contraria a los conceptos clásicos. El hecho de que vuelvan éstos a aparecer en la compilación de Justiniano se debe sólo a su supremo esfuerzo por revitalizar lo que durante siglos había permanecido totalmente oscurecido.

A. *DOMINIUM Y POSSESSIO*

Para el modo de pensar de los juristas clásicos, era de lo más natural distinguir entre *dominium* y *possessio*, entre el derecho y el hecho del control efectivo de una cosa. Cientos de fragmentos atestiguan el cuidado con que elaboraron esta omnipresente

¹ Para *proprietas* en época clásica, véase Kaser, *Eigentum* 310 sigs.

antítesis². La realidad de los *interdicta*, pensados para proteger la *possessio* sin consideración del *dominium*, les llevó a afirmar especialmente que «in interdicto possessio, in actione (scil.in rem) proprietas vertitur» (Paul. D 44.2.14.3), que «separata esse debet possessio a proprietate» (Ulp. D 43.17.1.2) e incluso que «nihil commune habet proprietas cum possessione» (Ulp. D 41. 2.12.1). El hecho de que al mismo tiempo estuviera en boga³ un uso menos riguroso de la antítesis terminológica referida sirve tan sólo para que impresione todavía más el tecnicismo de los juristas. Cuando adoptaron algún tanto el lenguaje popular, como cuando con *possidere*, *possessor* y *possessio* se refieren a los bienes raíces en cuanto tales⁴ y no al derecho en ellos⁵, no con esto introdujeron confusión alguna. Únicamente con respecto al suelo provincial *possessio* pudiera indicar el derecho a poseer, pero, muy significativamente, el derecho de los particulares sobre tales tierras, próximo como era en substancia al *dominium* privado⁶, deja de expresarse de esta forma⁷: «in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris⁸, nos autem possessionem tantum vel usumfructum⁹ habere videmur» (Gayo II,7). En consecuencia, esta particularidad cayó en desuso tan pronto como la fundamental distinción práctica entre los dos tipos de inmuebles fue abolida. Diocleciano, después de equiparar la madre patria a las provincias, por medio de la extensión del tributo al suelo italiano, se dio prisa en deshacer el uso de la doble terminología y en emplear *dominium* (*proprietas*) en relación también con el suelo provincial (FV 283, 315, 316)¹⁰.

De ningún modo, no obstante, pretendió dejarse llevar por una confusión de los conceptos fundamentales. Es bien conocido que Diocleciano, a semejanza de los que le precedieron en ese mismo siglo tercero¹¹, pero desplegando mayor es-

² Como ejemplos, véanse las partes genuinas de Jav. D 41.2.23 pr., § 1; (Pomp.) D.41.1.53; Tryph. D 49.15.2.2.; Ulp. D 7.6.5 pr.; Paul. D 41.2.1.3 i.f. y 1.4. Una completa exposición de todos los textos que contienen el sustantivo *possessio* y presentados de acuerdo con el método del VIR se encuentra en Stephan Brassloff, *Possessio in den Schriften der römischen Juristen* (Viena y Leipzig, Perles, 1928).

³ Cf. Paulo D 50.16.7.8.

⁴ Referencias en Brassloff 13 sub F (1).

⁵ Aparentemente polémico es Pap. D 50.1.17.13: «Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit». La frase está demasiado condensada como para permitir una echar una ojeada a la situación de hecho evocada por el *responsum*. Quizás tuvo que ver con suelo provincial.

⁶ Kaser, *SZ* 62, 75 sigs.; véase también Arangio-Ruiz, 185 sig.

⁷ En el lenguaje clásico. El estilo provincial acostumbraba a utilizar *dominus* en conexión con esto: Lex Manciana (Bruns núm. 114=Riccobono núm. 100) I 10, II 4, 9 III 19, IV 24. Véase Ros-tovtzeff, *Kolonat* 323 sig., que también hace referencia a Cic., Verr. III 47 y Plin., Nat. Hist. 18.35.

⁸ Alfred Pernice, *SZ* 5, 63 y Kaser, *SZ* 62, 81 ligan esta doctrina de la propiedad del Estado con la ausencia de un concepto específico para el poder político sobre el territorio (*Gebietshoheit*). Esto puede que sea correcto. Pero no debiera olvidarse que los juristas clásicos, de haber atendido a ello, habrían encontrado la distinción en escritos filosóficos contemporáneos. Veáanse, por ejemplo, Séneca, de benef. 7.4.2: “ad reges enim potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas”; 7.5.1: “omnia rex imperio possidet, singuli dominio”; 7.6.3: “Caesar omnia habet, fiscus eius privata tantum ac sua. Et universa in imperio eius sunt, in patrimonio propria”.

⁹ Esta alternativa es todavía vivamente debatida: Siro Solazzi, *SDHI* 7 (1941) 373 sigs., Francesca Bozza, *Athenaeum* 30 (1942) 66 sigs., 31 (1943) 21 sigs. No he podido consultar el libro de Pietro Ciapressoni, *Studi su Gaio* (Pavía, 1943); cf. Arangio-Ruiz, *Doxa* I (1948) 204. El problema no podemos discutirlo aquí.

¹⁰ Bonfante II 1, 236 sig., II 2, 313 sig.

¹¹ Para ejemplos, véase Arangio-Ruiz (*infra* pág. 67 nota 294) 128.

fuerzo que ellos, luchó incansablemente, en relación con los más variados problemas, por vindicar la tradición de los grandes juristas. Por ello, no fue sino algo natural en él que mantuviera la clara distinción entre *possessio* y *proprietas* (CJ 7.45.9; 7.48.3)¹². Así lo hizo el contemporáneo autor de las *Pauli Sententiae*, en la medida en que podemos juzgar a partir de lo que tenemos del texto. Fue al poco tiempo de que sucediera esto, que había significado un volver a empezar enteramente de nuevo, cuando Constantino inició el relajamiento del rigor clásico¹³. Lo que no significa, sin embargo, que hiciera alguna vez una expresa declaración al respecto, pues, en efecto, puede muy bien dudarse acerca de si era consciente en absoluto de la terminología que introducía en las leyes. Ni siquiera las generaciones siguientes llegaron a tanto como a repudiar la anterior antítesis. De hecho, *possidere* y sus derivados retuvieron su relación con la idea de control físico¹⁴, mientras *dominium* continuó señalando el derecho a poseer. Además, cuando en la última parte del siglo cuarto apareció *momentum* como otro término para posesión, se usó sólo para indicar que un demandante podía recuperar en una acción posesoria¹⁵. Sin embargo, y esto marca el sorprendente nuevo rumbo, ni *possidere* ni *dominium* permanecieron limitados al significado firmemente establecido en la jurisprudencia clásica.

1. *Possessio*

Possidere, *possessio* y *possessor* empezaron a ser utilizados habitualmente para indicar el carácter jurídico y permanente del control efectivo sobre una cosa. Significaron *dominium* o un *ius in re aliena*, según los casos: los textos abundan. He aquí una selección de pasajes que ilustran la primera posibilidad¹⁶.

a. *Possessio como indicador de propiedad y derechos similares*

CT 4.11.1 (316): Ex donatione principum...¹⁷ rem ad fiscum pertinentem usque ad nostra decennalia sine aliqua interpellatione possidentes, secundum ius enim haec intelligitur esse possessio, securi possideant.

Quienes han recibido algo por donación imperial, y lo han poseído sin ser perturbados hasta cierta fecha, son reconocidos como propietarios. La yuxtaposición de

¹² Para los papiros de este período cf. *infra* pág. 67 nota 294.

¹³ Para CJ 7.32.10, véase *infra* págs. 27 sigs.

¹⁴ FV 249.9 (323); CT 2.18.3 (325); 2.7.2 (327) con IT; CJ 3.19. 2 (331); CT 2.6.4 (338) con IT; 2.5.2 i.f. (362) con IT; CJ 7.39.2 (365); CT 4.18.1 (369) con IT; 4.22.2 (381) con IT; 4.22.4 (396); 11.39.12 (412) con IT; 4.15.1 (421) con IT; NV 8.1 (440); IT 4.5.1; IP 1,11,2; 5.2.4; 5.6.1; 5.7.5; 5.7.8; 5.7.10; 5.38.1, etc. Cf. Agustín, De Trinitate, 14, 19 (Migne 42, 1051): «Si enim puer infans, quamvis ditissimus natus, cum sit dominus omnium quae iure sunt eius, nihil possidet mente sopita, quonam tandem modo quisquam quidquam mente possidebit amissa?». Sobre este texto véase también Albertario I 240 sig.

¹⁵ *Infra* pág. 234.

¹⁶ Para más referencias, véase *infra* págs. 62 sigs.

¹⁷ Para la cláusula omitida aquí, véase *infra* pág. 174 nota 380.

possidere con varios sentidos es reveladora. Primero expresa el hecho de tener; después la tenencia se interpreta como *possessio ex iusta causa*¹⁸, y la segura posesión, de las palabras finales, no es más que propiedad¹⁹.

CT 5.10.1 (319): ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat²⁰.

CT 2.25.1 (325): ut integra apud possessorem (remitiendo a *dominos*) unumquemque servorum agnatio permaneret; ver también IT: cum ad quemcumque possessio pervenerit;

CT 11.7.4 (327): comparatoribus data firmitate perpetua possidendi²¹; ver también IT: firmo iure hoc ordine empta possideant.

FV 35.1 i.f. (337): ... multitudines memorarunt non iuste res suas esse dividitas; aliis possidentibus se fiscalia luere.

FV 35.4=CT 3.1.2 pr. (337): si aliquid sine censu venierit et post ab aliquo deferetur, venditor quidem possessionem²², comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicante deperdat; ver también IT: ...tributum rei ipsius, sicuti et ius possessionis, se comparasse cognoscat; ... venditor possessionem amittat.

CT 8.15.6.1 i.f. (380): non secus ad eundem possessio cum fructibus revertatur, ac si ex eius numquam iure migrasset²³.

CT 13.10.8 (383): Nemo aliquid immune possideat.

CJ 11.62.6 pr. (384): Hi quibus patrimoniales possessiones... a nobis donatae sunt, inconcusse possideant atque ad suos posteros mittant²⁴.

CT 11.3.5 (391): Quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet adnotari...; véase también IT: ...dominium... possessor... possessor... domino... dominum.

CJ 11.70.4 (397): Eos qui auctione prima fundorum iuris patrimonialis sive templorum possessores effecti sunt vel fuerint, firmum dominium tenere decernimus, ne ulterius vacillet uniuscuiusque possessio, sed teneat quisque ius proprium, quod dato pretio roboratum est vel fuerit²⁵.

CT 5.1.8 (426); Mater... omnia filii morte delata pleno iure conquirat; si vero alterius elegerit coniugium mariti, extrinsecus quidem quaesita filio filiaeve simili firmitate possideat, ...

NT 20.1 (440): ...possessio... dominium... possessori... possidemus... dominio... dominum; véase también INT: perpetuo iure possideat.

IT 2.29.2: aliter possessio ad alterum dominum transire non poterit.

¹⁸ *Infra* pág. 28.

¹⁹ Véase *infra* pág. 181 nota 433; también Godofredo *ad h.l.*

²⁰ Esto se expresa con «ius domini possidere te existimamus» en FV 34, un rescripto de 326 o 329 (Seeck), que se refiere evidentemente a CT 5.10.1.

²¹ *Cf. infra* pág. 62.

²² *Cf. infra* pág. 125 nota 15.

²³ Las líneas precedentes muestran una fraseología similar.

²⁴ *Cf. infra* pág. 62.

²⁵ *Cf. infra* pág. 46.

IT 3.2.1: ille qui obpressus debito vendidit, pecuniam revocet et possessionem suam recipiat.

IT 5.1.2 i.f.: ...tertiam mater consequetur et duas partes etiam emancipati filii exclusis patruis possidebunt.

IT 5.10.1: Si quis infantem a sanguine emerit et nutrierit, habendi eum et possidendi habeat potestatem.

INMc 3: illi qui possident²⁶ heredibus suis relinquendi aut quibus voluerit donandi habeant potestatem.

IG 7.2: Quod si vero, cuius nomine res comparatae sunt, ipsi traditae sunt vel ab ipso possessae, is qui pecuniam suam pro hac re datam fuisse probaverit, rem quidem comparatam non potest vindicare, sed pecuniam potest a possessore recipere²⁷, quia duae res, cum quo fuerint, eius dominum faciunt meliorem²⁸.

IP 3.8.7: Si pro debito pignus depositum fuerit creditori et testamento suo debitor id quod pignus posuerat per damnationem ipsi creditori legati titulo derelinquat, creditor secundum testamentum legatum possidet et debitum ab heredibus recipiet testatoris.

IP 5.2.2: ...Per procuratores acquiri nobis possessionem certum est. Nam si aliquid absente domino fuerit comparatum, non aliter ei acquiritur, nisi hanc ipsam venditionem sibi acceptam dominus esse consenserit.

Acquirere possessionem es evidentemente sinónimo de *comparare aliquid*. Mientras, según se afirma, nada puede adquirirse a través de hombres libres no autorizados a actuar por y para el principal²⁹ del negocio, posesión=propiedad podría ser obtenida a través de *procuratores*=mandatarios³⁰. Cuando, ausente el principal, es decir, cuando, sin mandato, se hubiese comprado algo³¹, esto no lo adquiere aquél, salvo que ratifique lo hecho.

IP 5.12.4: ...qui rem tradente donatore possederit, is eam, cui est tradita, possidebit.

RB 46: si... colono aut servo possessoris... filii nati inveniuntur..., ei adquirantur, cuius colonum aut... servum... esse constiterit: ... omnis cognatio possessoris commodis adquiratur³².

Cass. Var. 7.44: ... qui loca desiderat publica possidere... atque ideo desideranti tibi illum locum proprietario iure concedimus... tanto firmiter unusquisque talia possidebit^{33, 34}.

²⁶ Cf. pág. 48.

²⁷ Cf. también «pecuniam a possessore recipient» en el lugar paralelo IP 2.18.11.

²⁸ Véase *infra* pág. 133.

²⁹ *Atti*, Roma II 33 nota 9.

³⁰ *SZ* 49, 242 nota 1, también Levy, *PS* 79 sig.

³¹ Véase *Atti*, Roma II 40.

³² El modelo NS 2 (465) tiene «agnationem eorum ad eos dominos pertinere...» Para el contexto, véase Brunner I 54.

³³ Véase *infra* págs. 51 sig.

³⁴ Cf. también Agustín, Sermo 356.3 (Migne 39, 1575 f): «agellos habet cum suo fratre communes, et sub indiviso eos possident». Isidoro, 5.25.34: «Pretium vocatum eo quod prius eum damus, ut pro eius vice rem, quam adpetimus, possidere debeamus».

b. *Possessio como indicador de usufructo*

Estos y otros pasajes expresan en términos de *possidere* la propiedad privada y los derechos a perpetuidad en la propiedad imperial³⁵. Lo mismo ocurrió con el uso del término *ususfructus* de una forma no menos sorprendentemente en conflicto con la posición clásica. Venuleius D 41.2.52 había afirmado:

Permiseri causas possessionis et usus fructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietatis misceri debent: nam neque impediri possessionem, si alius fruatur, neque alterius fructum amputari, si alter possideat.

El derecho vulgar, sin embargo, consideró la cuestión de esta forma:

CT 8.18.2 (319): ita eas (scil. maternas res) haberi placet in parentum potestate, ut dominium tantum possessionis usurpent, alienandi vero licentiam facultatemque non habeant. Ver también IT: pater ita possideat, ut usumfructum de his habeat.

CT 3.8.2 pr. § 1 (382): possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa; ...in diem vitae... tantum possessione delata. Ver también IT: adquisitam... medietatem tantummodo in usufructu possideat.

IT 3.9.1: si maritus... usumfructum relinquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat.

IT 8.12.1 lin. 3: (donatio) in qua sibi donator certum tempus possessionis reservat. Esto es referido más tarde (lin.21) con: si tamen sibi de his rebus usumfructum donator non reservaverit³⁶.

IT 8.18.6: pater... bona ita possidebit, ut ex his ei nec vendere aliquid liceat nec donare nec quolibet alio ordine alienare.

IT 8.18.9: portionem in usumfructum quousque advixerit possidendam.

IT 8.18.10: pater usufructuario tantum ordine possidebit³⁷.

En dos aspectos muestran estos textos la nueva tendencia. Dejan claro, sin lugar a dudas, que se considera al usufructuario con el pleno control efectivo de la cosa (*rem sibi habere*); no es ya un mero *quasi possessor*, como en el sistema clásico (Gayo IV, 139). Mucho más que esto: los términos *possidere* y *possessio* apuntan a su derecho *in re*. No tienen nada que ver con la construcción jurídica de la posesión de cosa incorporal (*possessio iuris*), avanzada por la doctrina oriental en un esfuerzo por justificar la utilización posible de los *interdicta*³⁸.

³⁵ Véase también *infra* págs. 63 sig.

³⁶ Giannino Ferrari, *Studi Riccobono* I 467. Su interpretación parece preferible a la que avancé en *Atti*, Roma II 44 nota 63.

³⁷ Cf. Salviano, Ad ecclesiam I. 26 (Corp. scr. eccles. Lat. 8): «Nonne... ingrattissimus omnium iudicetur qui... spoliare illum iure dominii sui velit qui eum ipsum usus possessione ditaverit? ...Cur ergo cum possessores tantum usufructuarii simus, quod nobiscum auferre non possumus, avertere a proprietate Domini atque alienare tentamus?».

³⁸ La vasta literatura que trata este asunto no es necesario referirla en este lugar. Cf. el conciso resumen de Arangio-Ruiz 280 sig. Esclarecedor, aunque no en todo los aspectos convincente, es el cuidadoso estudio de Albertario II 307-476.

Entre los textos no jurídicos, la Epístola 82³⁹ de Ambrosio, hombre de Estado y Padre de la Iglesia, merece una atención especial. El obispo Marcelo, a quien se dirige la carta hacia 378, había donado de por vida un trozo de tierra a su hermana viuda, que había de pasar, tras morir ésta, al otro hermano de ambos Laetus: «Tu enim obtulisti, quasi arbiter litis, ut soror in diem vitae suae possideret partem praedii; post obitum eius fratri cederet omnis possessio». Laetus, sin embargo, puso pegas a este acuerdo, ya que podría suceder que su hermana le dejase una granja arruinada y resultar así él incapaz de hacer frente a los impuestos y a los *munera*: «Quemadmodum... vidua possessionem regeret tributariam? Quod sibi profuturum, quod sibi iura possessionis cederes, si maiora ex incultu agri subeunda sibi damna arbitraretur?». En vez de aquello, exigía que se le diera la plena propiedad inmediatamente, y demandó a Marcelo ante el *praefectus praetorio*. Finalmente, en vista de lo controvertible de la reclamación⁴⁰, las partes pidieron a Ambrosio que arbitrara en el caso. Éste decidió que: «ut Laetus agrum susciperet et certum numerum frumenti vini olei sorori quotannis pensitaret». Con Laetus como propietario, señala Ambrosio, la hermana se vería a salvo de una mala administración o de las consecuencias de un clima adverso: «germanae tuae non ius, sed sollicitudo decessit». Pero Ambrosio, jurista experimentado, intenta definir con mayor precisión la situación legal de la viuda: «Nam et fratri concessisti proprietatem et sorori usum fructum»⁴¹. Ahora bien, denotar como *usus fructus* un derecho que no daba al beneficiario el disfrute directo del fundo habría extrañado enormemente a los grandes juristas del pasado. Pero en tiempos del obispo de Milán, el concepto habíase desintegrado. Es claro que lo que tenía en mente era asegurar de por vida a la viuda un derecho firme que no dependiera ciertamente de lo que Laetus pudiera decidir hacer con la tierra. Su *ius* había de ser, sin duda, mayor que el de un simple acreedor: era un *ius in re*, una carga sobre el inmueble que imponía al propietario prestaciones positivas de carácter periódico. Hoy lo llamaríamos carga real (*Reallast*). El hecho de haber rechazado los escritores clásicos un *ius in re* porque «servitus in faciendo consistere nequit»⁴² seguramente no llegó a preocupar a un jurista occidental del año 378. Si evitó hablar de *servitus* fue más bien porque este término se había perdido. Al buscar expresiones con que comparar las posiciones aquí de hermano y hermana, aparentemente no encontró ninguna mejor que la que le otorgaba la oposición de *proprietas* y *ususfructus*.

³⁹ *Opera omnia* ed. Ballerini (1875 sigs.) V 642 sigs.=Migne 16, 1331 sigs.

⁴⁰ El trasfondo de la disputa, que se suscitó con ocasión de la interpretación de las disposiciones concernientes al conflicto entre las condiciones de *clerici* y *curiales* (véase esp. CT 12.1.49 [361]), y los detalles de carácter procesal han sido expuestos con mucha habilidad por François Martroye, *Revue historique de droit* 8 (1929) 300 sigs.

⁴¹ Recapitula de esta forma: «Vicistis ergo omnes: Laetus, quia ius loci adeptus est quod non tenebat; soror, quia annuis potietur fructibus iam sine lite, sine iurgio». Y más adelante: «Laetus... deferet fructus ad sororis horrea et hoc laetus faciet recepta etiam iam nominis sui proprietate».

⁴² Véase, especialmente, Scaev. D. 18.1.81.1., Paul. D 33.1.12. Cf. Arangio-Ruiz 176 sig., Biondi, *Le servitù prediali* (Milán, Giuffrè, 1946) 98 sigs., 105 sigs.

Un auténtico usufructo para la viuda tan sólo se recoge en la proposición inicial de Marcelo. Allí, no obstante, el derecho es descrito sin recurrir al término. Exactamente como en CT 3.8.2 pr. § 1 (382), es llamado «in diem vitae suae possidere» y resulta opuesto a «*possessio post obitum eius*». Esto no sólo es notable por el uso del término *possessio* (cf. «*iura possessionis*») para expresar ambos derechos, sino también porque muestra que la idea de propiedad temporal, que Diocleciano terminantemente había rechazado (FV 283), se consideraba ahora inobjetable en tanto que substituto apropiado para lo que los escritores clásicos habían visto como un *ius in re aliena*.

Otro ejemplo lo proporciona la inscripción Bruns núm. 183=Arangio-Ruiz núm. 43 procedente también de la Italia del siglo cuarto. Un joven agonizante pidió encarcidamente a su padre que «*uti fundum... daret ac traderet collegiis Praenestinae civitatis ea condicione, ut isdem vel <cu>ique in eorum iura corpusque successerit abalienandi quocumque pacto potestas non esset, sed ex ipsius fundi fructibus convivia bis annua... exhiberentur*». También indicaba que la posesión (*possessio*) de la huerta fuera procurada con este fin y «*eorum iuri adque corpori cum supradicta condicione traderetur*». El negocio era un *fideicommissum*⁴³, concebido para establecer un *usufructus* a favor de las corporaciones de Praeneste. Pero, de nuevo, falta el término *usufructus*. Se nos habla, en cambio, acerca de la entrega de una posesión (*dare ac tradere; possessionem tradere*) que daba a la corporación un derecho de permanente uso y disfrute pero no de alienación. La muerte de los miembros no significaba el fin del usufructo (cf. Gayo D 7.1.56; 33.2.8). La cláusula sobre la sucesión «*in eorum iura corpusque*» probablemente⁴⁴ fue concebida para subrayar que todo cambio que en la composición de sus miembros la corporación pudiera sufrir sería irrelevante.

c. Possessio iure y corpore

La distancia que separa el lenguaje usado en todos estos pasajes del lenguaje clásico es evidentemente enorme. Es el lenguaje de los legos, que, en todo tiempo, han considerado la tenencia fáctica como la expresión visible del control jurídico. Sin inquietarse por las situaciones en las que ambos controles pudieran estar separados, lo mismo emperadores que escritores aplicaban *possessio*, *possessor* y *possidere* en uno u otro sentido, y ello, algunas veces, con un atributo esclarecedor y, en otros lugares, sin realizar distinción alguna. De este uso indiscriminado no se tienen noticias anteriores al siglo cuarto. A decir verdad, ya en el siglo tercero la cancillería imperial mostró alguna inclinación a hablar de derecho a poseer donde los juristas clásicos habrían preferido hablar de propiedad:

⁴³ No una donación (así Mitteis, SZ 25, 377 sig.). En el texto se hace referencia a *voluntas* y *beneficium*. Cf. también Scaev. D 32.38.6.

⁴⁴ Algo diferente es la opinión de Bonfante, *Scritti giuridici* (Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1916) I 257.

CJ 7.16.5.2 (Alex): *inconcussum possessionis ius*⁴⁵.

CJ 8.22.3 (239): *iure dominii possidere*; *cf. dominium addici*.

FV 272=CJ 8.55.1 pr. (249): *cum... libertus... ea quae sibi donata sunt, pleno iure ut dominus possiderit*.

Pero todavía no ha cambiado definitivamente la forma de pensar. El claro énfasis puesto en *iure dominii possidere, ut dominus possidet y possessionis ius* disipa cualquier ambigüedad⁴⁶. *Possidere* no se usaba todavía para significar un *ius possessionis*⁴⁷.

Con Constantino, sin embargo, la nueva aproximación al asunto se revela en plena marcha. Uno podría caer en la tentación de verla incluso teóricamente formulada por el emperador en la sentencia inicial de CJ 7.32.10 (314):

Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore.

Si, de hecho, estas palabras hubieran de ser tomadas en el sentido de afirmarse que un tipo de *possessio* «consistía» en el derecho a poseer y que el otro tipo en la mera tenencia física, la declaración estaría perfectamente en línea con la larga serie de textos citados anteriormente. Sin embargo, tal interpretación no es ni mucho menos segura. El término «*iure consistit*» es todo menos inequívoco. Además, se ha sostenido que⁴⁸ *duplex ratio* pudiera más bien hacer referencia a los dos elementos de la *possessio*⁴⁹ que a dos diferentes clases de ella. Pero aunque esto último parece preferible, la intención de los redactores legales, según todas las probabilidades, era sólo la de reiterar con su estilo propio la distinción tradicional entre *possessio (iuris) civilis y naturalis* (Jul. D 41.5.2.1; Ulp. D 45.1.38.7; *cf.* también Jav. D 41.2.24 i.f.). Esto viene sugerido no sólo por el «*nemo ambigit*» introductorio, sino también por otras disposiciones de la misma época. En CT 4.11.1 (316) el paréntesis «*secundum ius enim haec intelligitur esse possessio*», pensado para explicar el *possidentes* precedente⁵⁰, es claro del todo que no hace referencia a la

⁴⁵ La autenticidad, por supuesto, no puede probarse. Véase Filippo Vassalli, *Miscellanea critica di diritto romano* II (Roma, Athenaeum, 1914), 43 sig., Rotondi III 207 nota 3, Albertario II 179 sig.

⁴⁶ Para CJ 11.59.8 i.f. véase *infra* nota 56.

⁴⁷ No hacen al caso *ius possessoris* referido a suelo provincial (CJ 2.50.3 i.f. [223]), ni *dominium possessionis* (CGreg. 7.1 [259]), *proprietas possessionis* (CJ 4.21.8 [287]) y *possessio iuris tui* (CGreg. 6.5 [287]), en los que *possessio* aparece como sinónimo de *fundus*. En el Digesto *ius possessionis* es extremadamente infrecuente: en D 41.2.44 pr. y 43.8.2.38, si es auténtico (*infra* nota 253), no indica propiedad, y D 48.6.5.1 es general y acertadamente considerado corrupto.

⁴⁸ Referencias en Vassalli 37 nota 1.

⁴⁹ A estos elementos, entre otros pasajes, se hace alusión en Pap. 2 defin. D 41.2.49.1: «*Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis sed et iuris est*». Pero la cláusula *quia* es sin duda ajena a Papiniano. El razonamiento clásico se recoge en Javol. D 41. 2. 24 i.f. (en esta medida difícilmente impugnabile) y en Ulp. D 45.1.38.7, y también está implícito en Papiniano FV 258=D 10.2.35 i.f. *Cf.* Vasalli 36, 39, Albertario, *Arch. giur.* 106 (1931), estr. 18 nota. 4 y *Bull.* 40 (1932) 38 nota 2; véase además Kunkel, *Symbolae* 49 sig.

⁵⁰ *Supra* pág. 22.

propiedad sino a la *possessio ex iusta causa*⁵¹. En CT 9.10.3 (319) «ammissae possessionis iura reparentur» se refiere exclusivamente al restablecimiento del control de hecho y no a la acción de propiedad⁵². En el fondo, la oración que discutimos carece de apoyo en la segunda parte de CJ 7.32.10, que, mientras es introducida con un misterioso *utramque*, tiene poca relación con lo precedente: niega la *possessio legitima*, si no la *possessio* en general⁵³, a todo demandado en una *actio in rem*. La ruptura es evidente. Demuestra que una segunda mano⁵⁴, probablemente los compiladores del CT, abreviaron la disposición de Constantino, hasta el punto de oscurecer las palabras iniciales y de dejar en el aire su significado.

Con todo, el sentido original de estas palabras es una cosa y otra distinta sus consecuencias. Conforme pasó el tiempo, después, en los siglos cuarto y quinto, y a medida que *possessio* fue incluso más utilizado para aludir a la propiedad, el principio dogmático de c. 10 init. debió de haberse leído con otros ojos. Esta suposición viene respaldada directamente por el punto de vista que prevaleció en un cierto número de disposiciones de este período. CT 2.14.1 (400) impone la pérdida del control de derecho y hecho de una cosa a todos aquellos que, como demandados en un litigio, aleguen que ella pertenece a un *potentior*⁵⁵. La disposición utiliza propiedad y posesión de tres modos distintos: «cum ipse et rei sit possessor et iuris», «eius possessionis aut causae... amissione multetur» y «neque proprietas neque possessio». La cláusula tercera se corresponde con la terminología clásica⁵⁶; la segunda emplea *causa* por *causa principalis*=*causa proprietatis*⁵⁷, mientras que la primera presenta de forma clara posesión y propiedad como dos subdivisiones de *possessio*, exactamente como sugeriría una interpretación *prima facie* de CJ 7.32.10⁵⁸. Significativamente, se trata de la única cláusula asumida por la regla correspondiente de ET 45: «his quae possidet iure vel corpore».

CT 9.42.22 (408) prohíbe, con conceptos similares, que puedan recuperar quienes hubiesen transferido propiedad o posesión al «enemigo público» (esto es, Stilicón):

⁵¹ Cf. *infra* pág. 174. Véase también *diuturna possessio* en FV 249.9 (323) e *infra* pág. 173 nota 374.

⁵² *Infra* pág. 239.

⁵³ Véase *infra* nota 72.

⁵⁴ Véase también Vassalli 37 sigs., Rotondi III 208 nota 3.

⁵⁵ Por ejemplo, poniendo un rótulo o cartel con su nombre en el edificio por el que se le demanda: «ut libelli aut tituli eorum (scil. potentium) nominibus aedibus adfigantur alienis». Probablemente, este pasaje Agustín lo tuvo presente a la hora de denunciar a los *invasores possessionis Christi*: «In possessionibus vestris, ubi dominari vultis, titulos potentis ausi estis infigere. Cognoscit ille titulos suos; vindicat sibi possessionem suam; non delet titulos, sed intrat et possidet» (En epistol. Joannis ad Parthos 7.11 i.f. [Migne 35, 2035], una homilía pronunciada en 416).

⁵⁶ Así también CJ 11.59.8 i.f (391): «omni possessionis et dominii carebit iure qui siluit». Puesto que, no obstante, la parte de la disposición conservada en CT 5.11.12 queda interrumpida antes de esa frase, no podemos excluir la posibilidad de que pueda haberla vuelto a escribir Justiniano. El término *possessio* no está desprovisto de significado (así Rotondi II 172 nota 3): *infra* pág. 187 nota 475.

⁵⁷ *Infra* pág. 234.

⁵⁸ Destacable es también la dicción de IT 2.14.1: «...dominus... causam perdat: et rei, de qua agitur, seu possessionem seu repetitionem amittat».

«qui suas opes praedoni publico... dederunt vel iure vel corpore»⁵⁹. CT 10.8.5. (435) dispone que los *bona vacantia* sean tomados a favor del *aerarium*, cuando nadie los posea como propietario o reivindique: «cum data reclamandi copia nullum id iure possidere vel vindicare constiterit»^{60, 61}. Y bajo ET 142 «liceat unicuique domino ex praediis, quae corporaliter et legitimo iure⁶² possidet⁶³, rustica utriusque sexus mancipia... ad iuris sui loca transferre». El denominador común de todos estos pasajes es la reducción de la propiedad a una forma de *possidere* distinguida de un *possidere corpore* gracias al atributo *iure*⁶⁴.

Una valiosa confirmación de esta manera de considerar el asunto la ofrece Agustín, Sermo 356.4 (Migne 39, 1576). Refiriendo de forma expresa terminología legal⁶⁵, hace relación de un caso que había tenido lugar recientemente en su diócesis:

Diaconus Faustinus, sicut pene omnes nostis, hic de militia saeculi ad monasterium conversus est: hic baptizatus, inde diaconus ordinatus. Sed quia exiguum est quod videtur possidere, sicut iurisperiti loquuntur, corpore non iure⁶⁶, reliquerat illud, et ab eius fratribus tenebatur. Nunquam inde cogitavit ex quo conversus est, nec ipse aliquid quaesivit a fratribus suis, nec ab illo est aliquid quaesitum. Modo quia ventum est ad hunc articulum temporis, cum consilio meo divisit ipsam rem: et dimidiam donavit fratribus suis, dimidiam Ecclesiae pauperi in loco eodem constitutae.

Faustino, que, tras su conversión, no se ocupó más de su fundo, abandonó el control físico (*possidere... corpore non iure, reliquerat illud*) del mismo, por lo que pasó a ser tenido por los hermanos (*tenebatur*)⁶⁷. Su propiedad (*possidere iure*), no obstante, la retuvo únicamente para donar *mortis causa* una parte a los hermanos y a la iglesia local la otra parte.

⁵⁹ El Sumario Vaticano presenta: «aut donaverunt aut contulerunt».

⁶⁰ Sumario: «quodsi nullus fuerit aut possidens aut interpellans».

⁶¹ Sobre estos *Summaria*: C. Manenti, *Studi Senesi* 4 (1887) 142, 149.

⁶² Cf. Agustín, De bono coniugali 16 (Migne 40, 384 sig.): «neque si alius ruri paterno vel iuste quaesito avarus incubat, ideo culpanda est iuris civilis regula, qua possessor legitimus factus est». El *possessor legitimus* apunta a un *dominus* (así Rotondi III 208 nota 3) más que a un *possessor civilis* (así Albertario I 243.).

⁶³ La frase estaba pensada para delimitar «duorum praediorum unus dominus atque possessor» (NV 35.18 [452]). INV lin. 196 presenta simplemente *dominus*. Así también CJ 11.48.13.1 (400).

⁶⁴ No relevante es la cláusula «qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est» en D 43.26.2.3 porque hace relación al concepto de *possessio iuris*. Véase *supra* nota 38 y referencias en Ind. Int., también Bonfante II 382.

⁶⁵ En otro lugar (Epist. 153.26 [Migne 33, 665]) Agustín tiene cuidado en resaltar la diferencia existente entre los conceptos legales y morales: «Hoc enim certe alienum non est quod iure possidetur; hoc autem iure quod iuste, et hoc iuste quod bene. Omne igitur quod male possidetur alienum est; male autem possidet qui male utitur... Set inter haec toleratur iniquitas male habentium, et quaedam inter eos iura constituuntur quae appellatur civilia». El pasaje inspiró Isidoro 5.25.2.,3. Como prueba del derecho no debería utilizarse.

⁶⁶ Evidentemente por causa de error, el texto existente dice: *iure non corpore*.

⁶⁷ Si adquirían o no *possessio*, era cosa sin interés para Agustín. La adquirían si tenían el fundo *suo nomine*; no la adquirían si se consideraron a sí mismos como teniéndolo por otro (*infra* págs. 60 sig.). *Tenebatur* no prueba ni en una dirección ni en otra. *Contra* Albertario I 244 sig., V 211.

De aquellos dos tipos de *possessio*, la posesión no unida a título (*corpore non iure*)⁶⁸ se consideraba de poca importancia (*exiguum*), de valor meramente provisional o transitorio⁶⁹. Los profanos en la materia, como el anónimo autor del *De nominum verborumque differentiis*⁷⁰, se permitían, a la ligera, no considerar poseedor al ladrón: «Habere potest etiam fur nequam. Possidet nemo nisi qui aut relictæ aut donatæ rei aut emptæ dominus est». Los juristas profesionales no iban a llegar tan lejos. No vacilaron en reconocer *possessio* a un invasor (IP 5.7.5; véase también Agustín, Sermo 344.4 [Migne 39, 1514 f])⁷¹ o a otro *malæ fidei possessor* (CT e IT 4.18.1; CT e IT 4.19.1; RB 35.3; véase también IG 6.1)⁷². Pero incluso una interpretación legal, de hecho la única exposición subsistente algo detallada, podía ni tener en cuenta el mero *possidere corpore*. IP 5.2.1, mientras se desvía completamente de su modelo, da esta clasificación:

Aliqua sunt quæ animo et corpore possidemus, aliqua quæ tantum animo. Animo et corpore ea possidemus quæ in præsentî tenere videmur vel utimur. Animo vero ea possidemus quæ in longinquo posita sunt et in nostro iure consistunt et ea proprietati nostræ possumus vindicare.

El comentarista, con tal de mantener al menos una relación aparente con el texto que tenía delante, usó *animo* donde los pasajes considerados arriba utilizaban *iure*. Pero tras esto difícilmente se oculta una diferencia importante. De acuerdo con él, poseemos *animo et corpore* o *tantum animo*. Su *animo possidere* importa tanto como lo que anteriormente habíase llamado propiedad sin posesión⁷³. No considera los contadísimos casos clásicos de *possessionem animo retinere*, que requerían que el potencial control, por ejemplo sobre *saltus hiberni aestivique*, no se hubiese perdido todavía⁷⁴. El acumulado énfasis sobre *ius*, *proprietas* y *vindicare* parece mostrar más bien que pensaba que con un derecho a recobrar la posesión bastaba

⁶⁸ Otro pasaje de Agustín nada tiene que ver con esta antítesis. Al comentar Gen 43.29 (Locuciones 1 [Migne 34, 495]) interpreta «*corpora eorum*» no como cuerpos sino como cosas «*quæ corporaliter possidentur... supellectilem et caetera, sicut in iure dicitur traditio corporum*».

⁶⁹ Esto era realmente cierto cuando se utilizaba un *interdictum: infra* págs. 237 sig.

⁷⁰ H. Keil, *Grammatici Latini* 7 (1880) 524. La atribución a Frontón es indefendible: Schanz-Hosius-Krüger, *Geschichte der römischen Literatur* III, tercera edición, (Munich, Beck, 1922) 96.

⁷¹ Cf. *infra* nota 75.

⁷² Aparentemente contradice esto CJ 7.32.10, según el cual: «... non posse eum intellegi possessorum qui, licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet». Sin embargo, lo que la disposición pretendía era sólo denegar al demandado en una acción real *legitimam possessionem*, como dice su texto inmediatamente antes, esto es, esa no perturbada posesión que le habilitaría para plantear la *longi temporis praescriptio* (cf. Patsch 37, 145). Ciertamente, un demandado semejante continuaba siendo poseedor (véase también CT 4.11.1 [316]), y, con anterioridad a CT 4.18.1 (369), incluso pudiera ser que haya continuado poseyendo *bona fide* (véase en general, aunque no exacto respecto a c. 10, Filippo Messina-Vitrano, *Bull.* 20 [1908], 232 sig.). De ahí que la omisión de *legitimum* ante *possessorem* en c. 10, lejos de establecer una «nuova concezione della possessio luminosa» (Albertario II 128), consista en un mero lapsus, no importando a quién se deba.

⁷³ Conrat, *Paulus* 134, Rotondi III 205, Albertario I 246.

⁷⁴ Rotondi 101 sigs., Kunkel 113 sig.

para dar lugar a un *animo possidere*. En consecuencia, la *possessio* podría continuar durante años tras el cese del control físico, y duraría tanto como la propiedad. En efecto, ni siquiera la Interpretatio siguió esa regla en todas sus implicaciones. Una parte expulsada no fue ya más considerada en *possessio*: IT 4.22.1 y 5; véase también CT 9.10.3; 4.22.1 y 2; NV 8.1.2⁷⁵. El demandante en una *actio proprietatis*, el *petitor*, continuó siendo contrastado con el *possessor*: IT 2.5.2 i.f.; 2.6.4; 2.7.2; 4.5.1; 4.15.1; 4.18.1; 11.39.12; IP 1.11.2; 5.6.1; 5.7.10; 5.38.1 etc.⁷⁶. Pero en IP 5.2.1, *animo possidere* equivale exactamente a ser dueño sin poseer. Cuando y donde, además, existía control efectivo, *animo et corpore possidemus*. Sin embargo, un *possidere corpore*, esto es, el control de hecho sin derecho a poseer, aparentemente no fue considerado por el comentarista como digno de mención⁷⁷. En tanto que término concebido para caracterizar el objeto de una acción posesoria, *possessio* fue, de todos modos, sustituido por *momentum*⁷⁸.

2. Dominium

Del mismo modo, *dominium (proprietatis)* perdió sus anteriores rasgos distintivos. Así como normalmente *possessio* implicaba derecho, *dominium*, por el contrario, podía llegar a usarse para indicar lo que para un jurista clásico habría sido *possessio*⁷⁹.

CT 2.26.1 (330): ...si altera pars locorum adepta dominium subterfugiendo moras attulerit, ...⁸⁰

En realidad, lo que la parte había efectivamente conseguido era la posesión⁸¹. La decisión sobre la propiedad se presenta como pendiente de solución⁸².

CT 5.15.15 (364): Enfyteutica praedia... pleno dominio privatis occupationibus retentantur...

⁷⁵ También IP 5.6.1 denomina en repetidas ocasiones a la parte fuera de control como el *possessor* anterior. El uso esporádico de *possessor* para un ex-poseedor (CT y IT 4.23.1; Greg. ep. 9.146 lin. 11), lo que no fue tampoco del todo inusual entre los juristas clásicos (Kaser, *Eigentum* 349 sigs., 362), se explica fácilmente por razones de contexto y se debe a inadvertencia.

⁷⁶ Cf. *infra* págs. 222 sigs.

⁷⁷ Ligeramente diferente, Albertario V 211. Los escritores bizantinos son significativamente más cumplidos: véase Anonymus ad D 10.4.3.15 (Zachariae, Suppl. ad Heimbach, *Basilica* pág. 53 schol. 25).

⁷⁸ *Infra* págs. 233 sig.

⁷⁹ Para la razón de esto, *infra* pág. 60. Ocasionalmente *dominus (=possessor) soli* aparece en el Digesto. Pero en D 43.17.3.7 i. f. *dominus soli* puede haber sido fruto del autor de la cláusula indudablemente espuria que inmediatamente le precede. Éste pudiera haberlo introducido todo ello con el fin de restaurar la conexión con la línea argumental clásica. Para detalles sobre este texto tan discutido, véase Ind. Int.

⁸⁰ No es de extrañar que CJ 3.39.3 eliminase esta frase.

⁸¹ Véase también Cuiac. Obs. 19.16 y Ubbelohde V 675 nota 33.

⁸² Para el *dominus* mencionado en la sentencia final, véase *infra* págs. 247 sig.

La administración del dominio público tomaba los inmuebles, aquellos de los que habían sido privados los *emphyteuticarii*, en su propia «privada» administración⁸³. La expresión «pleno dominio» parecería entonces aludir a la reunión de la posesión de hecho con la propiedad⁸⁴.

CT 10.12.2.1 (368): ...de quorum dominio (scil. mancipia) fuga vel quo alio genere discesserint.

CT 4.22.2 (380): Quisquis... possessorem quietum dominio suo huiusmodi terrore turbaverit, ...; qui ius alienum inproba temeritate pervasit⁸⁵; ver también IT: Quicumque... dominium possessoris aliqua ratione conturbaverit, ...; ...proprietas suam sine dilatione recipiant.

NV 8.1.1-3 (440): ...Quando... possessorum praetermissa conventio est? quando dominis non sunt denunciata litigia...? aut quae patrimoniorum potest esse securitas, si toties insidietur inuasor, quoties possessores esse contingit absentes? ...Idcirco...quisquis in-convento domino...possessorem de praedio rustico urbanove depulerit, possessione protinus restituta causae totius...amissione multatus aestimationem rei occupatae mox cogatur inferre: ...qui quod legibus debuerat postulare, in-convento possessore pervasit⁸⁶.

Esta constante variación entre *possessor* y *dominus* depara un estricto equivalente de NT 20.1⁸⁷.

ET 10: Quod si illam possessionem occupaverit, ...et rem cum fructibus in eo statu domino reddat invasam.

IT 3.5.2: ...quidquid... donatione ad ius dominiumque sponsae transierit, si vir sponte eam... accipere noluerit uxorem, omnia quae sunt tradita non reposcat. Et si quid de nominatis tam sollemniter rebus et traditis apud se habere dinoscitur, ad sponsae dominium, quam accipere noluit, sine dilatione aliqua transferatur.

Puesto que la prometida no había perdido el derecho que adquirió sobre las cosas que se le habían entregado⁸⁸, ella obtendría la posesión únicamente y no el *dominium* en el sentido clásico del término.

IT 4.22.4: ... res, quas (léase quam) discedens dominus in sua proprietate dimisit, integra ab actoribus domini, quousque redeat, vindicetur⁸⁹.

Proprietas está por posesión. El objeto de la discusión es un procedimiento posesorio⁹⁰. Cf. IT 4.22.1 y el claro lenguaje de CT 4.22.4.

⁸³ Mitteis, *Erbpacht* 47 sigs.

⁸⁴ Sería prácticamente equivalente a «ad rem privatam denuo revertantur» de CT 15.14.10 (395).

⁸⁵ Estos pasajes fueron omitidos en CJ 8.4.6.1.

⁸⁶ Cf. *infra* págs. 243 sig.

⁸⁷ *Supra* pág. 22. El pasaje pertinente no aparece en CJ 7.41.3.

⁸⁸ Para esta transacción, véase *infra* págs. 141 sig.

⁸⁹ Para *vindicare*, *infra* págs. 209 sig.

⁹⁰ *Infra* pág. 237.

Véase también Greg. Ep. 9.145 (599): si... res... a possidente sublata est..., eius cui subtracta est dominio reformetur.

Eod. 146 (599): si... contra iuris ordinem fines ipsius a possidente sublati sunt, in possessoris redeat res pervasa dominio.

Hay, además, expresiones semejantes. En IT 9.20.1 la cláusula «si quis de re sua fuerit violenter expulsus» podría hacernos creer que la parte expulsada era el propietario. Pero en la línea siguiente da por sentado que «de eius proprietate is qui expulsus est civiliter fuerit superatus»; *sua* indicaba, por tanto, posesión más que derecho. Incluso el término *ius* no hubo de significar más:

CT 2.26.1 init. (330): Si quis super invasis sui iuris locis prior detulerit querimoniam, ...⁹¹.

La discusión que sigue muestra que estaba completamente *sub iudice* a quién pertenecía la cosa⁹². Esto es así también en CT 11.36.25 (378):

...iure fundi penes eum qui appellaverit constituto.

Pendiente la apelación, la posesión de un *fundus* en litigio debería ser dejada al apelante, si bien, como se afirma pocas líneas antes, «si res mobilis est, ...appellatione suscepta possessori res eadem detrahatur et idoneo collocetur». La misma tendencia demuestra la conexas frase final de PS 5.6.8:

Ex rebus vi possessis si aliquae res arserint vel servi decesserint, licet id sine dolo eius, qui deiecit, factum sit, aestimatione tamen condemnandus est, qui ita voluit adipisci rem iuris alieni,

una expresión que reproduce fielmente IP 5.7.6:

...qui rem iuris alieni violenter visus est occupasse.

El contenido material de la decisión y su fundamento lógico son clásicos, pero la forma ciertamente no, como Ulp. D 43.16.1.35 y, en particular, Paulo. 13 ad Sab. D eod. 15 muestran. Ni fue el autor original de las *Sententiae* quien substituyó *rem ab alio possessam* con *rem iuris alieni*.

Incluso la doble expresión *dominium et ius* no tiene por qué aludir a otra cosa que no sea la posesión. IT 5.18.1, después de afirmar que «si quis colonum alienum in re sua... triginta annos habuerit, ac si suum vindicet», presenta este equivalente:

Colona etiam si viginti annis in alieno dominio et iure permanserit, a priore dominio non quaeratur.

⁹¹ Constantino CT 9.10.3 (319) lin. 7 habla también de *amissae possessionis iura*. Cf. Gregor.Ep. 9, 146 i.f.: «dummodo indecenter possessoris ius minime perturbetur».

⁹² Para detalles, *infra* págs. 247 sig.

CT 5.18.1.3 (419), al que se refiere, habla en cambio de mujeres que «ante vice-simum annum de solo, cui debebantur, abscesserint». Es verdad que, en otros sitios, esta doble expresión hace referencia tanto al control físico como al protegido jurídicamente: CT 13.6.2 (365)⁹³, 9.42.11 (393), NV 31.6 (451), IT 3.5.2 (*supra* pág. 32). Pero debemos ser cuidadosos y no construir nítidas distinciones jurídicas interpretando el término *ius* como derecho y el término *dominium* (*proprietas*) como posesión. Ambos conceptos, confusos, no se percibían clara y distintamente.

B. *DOMINIUM Y IURA IN RE ALIENA*⁹⁴

La desintegración del *dominium* clásico no se produjo sólo en su mezcolanza con la *possessio*. La antítesis entre *dominium* como un derecho de señorío esencialmente pleno y los derechos limitados que otros pudiesen tener en la cosa tampoco sobrevivió.

1. *Ususfructus*

La legislación bajo imperial, como bien se sabe, mostró tendencia a limitar las facultades de ciertas personas que habían sido consideradas propietarias en el derecho clásico. En especial, los afectados por estos cambios fueron:

- (a) el *pater familias* en lo referente a los *bona materna* (CT 8.18.1, 2, 3, 6, 7, 9, 10 y NV 35.10 con Interpretaciones; RB 26.2).
- (b) el cónyuge que se vuelve a casar con respecto a los bienes que adquirió del cónyuge fallecido (CT 3.8.2, 3; 3.9.1; 5.1.8 con IT; NT 14.3 y 6; RB 16.2).
- (c) el cónyuge supérstite con respecto a la *dos* o la *donatio ante nuptias* (CT 3.13.3.1; NT 14.1 hasta 5; NS 1 con Interpretaciones; CJ 6.61.4 [472])⁹⁵.
- (d) cualquier cónyuge respecto a lo que le ha correspondido a él o a ella por causa de divorcio (CJ 5.17.8.7, 7a)⁹⁶.

⁹³ Véase *infra* pág. 42.

⁹⁴ Este término lo aplicamos aquí conforme al uso general. A pesar de no encontrarse de forma literal en las fuentes clásicas, sí coincide con su espíritu. Está directamente implícito en las *formulae in ius conceptae* referentes a *servitus* y *usufructus* (Lenel §§ 72, 73) y en máximas tales como «nulli res sua servit» (Paul D. 8.2.26) y «usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi» (Paulo, D 7.1.1).

⁹⁵ Extendido a toda clase de adquisición procedente del otro cónyuge en INT 14 lin. 83 sigs. (*infra* nota 118).

⁹⁶ Las referencias citadas arriba están sólo a modo de prueba general. Algunas van con varias de las categorías que aparecen en el texto. Además, muestran etapas diferentes en la evolución gradual de las reglas.

Versar acerca de la finalidad concreta de unas disposiciones legales dirigidas a introducir reformas en el ámbito del derecho de familia⁹⁷ cae fuera del objetivo de este libro. Son aquí de interés sólo en la medida en que usan términos para definir las relaciones implicadas con los bienes. Esto lo hacen de manera incidental y no de propósito. Pero de tanto más interés resultan en cuanto son útiles para arrojar cierta luz sobre conceptos del derecho vulgar.

Todas las personas a las que se alude en estos cuatro grupos habían tenido anteriormente *dominium* en el sentido estricto de la palabra. Ahora lo ven reducido a un mero *ususfructus*. Sujetos a usufructo aparecen ciertos conjuntos de bienes más que una cosa singular, como había sido el caso normal objeto de discusión en época clásica. La idea como tal no era del todo nueva. Ya en tiempos de Cicerón alguno «bonorum suorum usum fructum legavit»⁹⁸. Más tarde, Augusto, en su legislación matrimonial, dispuso que los cónyuges podían, uno de otro, adquirir por testamento un tercio de sus bienes, respecto del cual, en ausencia de hijos comunes, sólo adquirirían usufructo⁹⁹. Sin embargo, puesto que las *res quae usu consumuntur*, incluidas normalmente en los bienes relictos, no podían propiamente ser objeto de *ususfructus*, un *senatus consultum* pronto añadió que, en lo que concernía a estas *res*, el legatario había de ser hecho propietario a cambio de que prometiera la restitución de *tantundem eiusdem generis*¹⁰⁰. De aquí que, dejando a un lado el tenor de la ley o del legado, su derecho *in re* no era *ususfructus* sino *proprietas*¹⁰¹.

Con todo, este expediente en su conjunto quedó estrictamente limitado a las cosas consumibles, para las que fue inventado y era indispensable. No tendía a ninguna adulteración o confusión de los conceptos. Ahora como antes, *proprietas* y *ususfructus* siguieron siendo considerados básicamente distintos en esencia y en lo relativo al ejercicio de las acciones. Algunos textos, muy citados, deben recordarse aquí:

Gai IV 3: In rem actio est, cum *aut* corporalem rem intendimus nostram esse *aut* ius aliquod nobis competere velut utendi aut utendi fruendi.

Ulp. D 7.6.5 pr: Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, *quia qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet*.

Paul. D 7.1.1: Usus fructus est ius *alienis* rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

⁹⁷ Para esta materia véase sobre todo Mitteis, *Reichsr.* 230-312, también Brunner, *Abh.* II 96 sigs., Bonfante I 379 sigs., Pietro Vaccari en *Per il XIV Centenario della Codificazione Giustiniana* (Pavía, Tipografía Cooperativa. 1934) 245 sigs.

⁹⁸ Top. 17. Sin embargo, en aquella época se sostenía que el legatario no tenía derecho ni al vino ni al aceite que producía la heredad, ya que su *usus* no podía sino constituir *abusus*.

⁹⁹ UE 15.3: «usumfructum tertiae partis bonorum eius capere possunt, et quandoque liberos habuerint, eiusdem partis proprietatem». Véase también P. Oxy. 2089 § 4 (*cf.* SZ 48, 550).

¹⁰⁰ UE 24.27.

¹⁰¹ Véase también el contenido clásico de Gayo. D 7.5.2.1 y Paul. FV 46; *cf.* Arangio Ruiz 240 sig., 443 sig., Giuseppe Grosso, *Bull.* 43 (1935), 237 sigs.

A lo largo del período clásico, el *ususfructus* siguió siendo un *ius in re aliena*, no *sua*.

Pero al poco tiempo los gobernantes tuvieron que habérselas con ciertas heterodoxas ideas que parecían imponerse. Diocleciano había tenido que ocuparse, probablemente en numerosas ocasiones, de casos orientales en los que la *proprietas* sobre algún inmueble o sobre esclavos era dada, mediante *legatum* o *donatio*, con la condición: «ut post mortem eius qui accepit ad te rediret» (FV 283). En consecuencia, los que así recibían creíanse con derecho a disponer de la cosa mientras sus derechos durasen (CJ 3.33.9; 6.37.20). El emperador, fiel a los principios clásicos, rechazó tales pretensiones, «cum ad tempus proprietas transferri nequiverit». Constantino, no obstante, adoptó una actitud diferente. En efecto, también él habría declinado aceptar un poder en el beneficiario de alienar el bien. Pero no encontró defecto alguno en la noción de una «*proprietas ad tempus*». De hecho, él mismo utilizó esa noción con manifiesta naturalidad:

CT 8.18.1.1 (315): Res quae ex matris sucessionem fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate adque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur.

CT 8.18.2 (319): ita eas haberi placet in parentum potestate, ut dominium tantum possessionis usurpent, alienandi vero licentiam facultatemque non habeant.

El *dominium* aludido en estas disposiciones no tiene relación con la propiedad ilimitada de la que un legatario de *res quae usu consumuntur* gozaba en el período anterior. Las cosas consumibles ni se mencionan ni en particular se consideran. Por el contrario, como muestra el repetido énfasis que se hace en la inalienabilidad, lo que el emperador tenía principalmente en mente eran los inmuebles y otras cosas específicas. Con respecto a estas cosas, sin embargo, su *dominium* no apunta sino hacia un verdadero *ususfructus*¹⁰². Dicho de otra forma: ahora el usufructo aparece como una especie de *proprietas* más que como su antítesis. La antítesis que se presenta en CT 8.18.1.3 es entre *solidum perfectumque dominium* y *proprii iuris eam rem esse*.

A la nueva manera de enfocar el asunto se le puede seguir el rastro en los siglos posteriores.

CT 3.13.3.1 i.f. (422): ...ita ut proprietas eiusdem (scil. dotis) a liberis ex eadem susceptis alienari a marito non possit.

¹⁰² Esto procede del modo precisamente cómo c. 1 describe los derechos de los *parentes*. Además, en CT 8.18.3 (334), Constantino mismo los señala como *usufructuarii*. P. Krüger (SZ 37, 90), siguiendo una opinión sostenida ya por autores anteriores (véase SZ 25, 406 nota 2) insistió efectivamente en que Constantino mantuvo y sólo limitó la propiedad del cónyuge. Pero es difícil ver la diferencia entre esta propiedad limitada y un usufructo. Su argumento de que el emperador no podía usar realmente bien, con un nuevo sentido, un término ya establecido parece dar por sentado lo que se trata de probar. Véase también Gothofr. *Paratitlon ad* CT 8.18, Mitteis, *Reichsr.*, 238 sig., 549.

El marido superviviente, aunque tiene *proprietas* en la *dos*, no puede enajenarla y desviarla así de los hijos¹⁰³.

CT 8.18.10.1 (426): bonorum ex matris patrimonio filio qui defunctus est quaesitorum solum usumfructum (pater) retentet, ad alios filios... post eius obitum *proprietate reditura*.

Así, pues, de acuerdo con la misma disposición (CT 5.1.8), *proprietas*, esto es, el dominio, está ya en los hijos antes de la muerte del padre¹⁰⁴, y así la *proprietas* que se revierte equivale al usufructo¹⁰⁵. En exacta correspondencia está

IT 3.9.1.: usumfructum vero (mulier) de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinebit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, *proprietate reditura est*.

Una vez más, la *proprietas* que se revierte no supone más que lo que la frase precedente había expresado con *usumfructum refundat*. La *proprietate*=dominio, como se afirma en la *alia lex* a la que se hace aquí referencia (CT 3.8.3 [412]), era, desde el principio, reservada a los *fili*. Evidentemente, la misma idea subyace en esos pasajes¹⁰⁶ que dicen que «todo» revierte a los *fili*:

IT 3.8.3: Post obitum vero earum (mulierum) ad prioris mariti filios omnia revertuntur.

IT 3.13.3: omnia post eius (scil. patris) obitum ad communes filios revertantur.

En efecto, esto tiene poco que ver con la idea clásica de que un finalizado *ususfructus ad proprietatem revertitur*, consolidando de este modo, por su reversión, la propiedad, esto es, el dominio: Jav. D 7.1.54; Tryph. D 23.3.78.2; Ulp. D 7.2.6.1; Inst. 2.4.4.; véase también Gayo II 30 (*convertatur in proprietatem*); PS 3.6.28 (*ad proprietatem recurrit*); CJ 3.33.3 pr. (213) (*ad proprietatem regredi*).

Por consiguiente, nada importaba que los hijos en común no aceptaran la herencia del último de sus padres fallecido, porque podían exigir como suya cualquier cosa que el fallecido hubiera recibido de su cónyuge, ya que los bienes de éste último no eran objeto de cuestión: «quia nihil de illius parentis rebus qui posterior moritur habere dinoscitur» (INT 14 lin. 91). El resultado se encuentra en perfecto acuerdo con la idea de que el cónyuge supérstite no tenía sino el usufructo. Y, sin embargo, unas pocas líneas antes (83) INT aludía a este usufructo hablando «de omnibus rebus uxoris quae ad *proprietatem* mariti... pervenerunt».

¹⁰³ RC 3.13.2, por consiguiente, interpreta: «et maritus et mulier, dum advivunt, in usumfructum sibi vindicent».

¹⁰⁴ Antes de ella sólo se les impide la reivindicación de los *bona materna*.

¹⁰⁵ Neutral es la frase de IT 8.18.10 «quod ille de maternis bonis habuit revertatur».

¹⁰⁶ También probablemente venga a propósito Salviano, *Ad ecclesiam* 1.26 (*Corp. scr. eccles. Lat.*, vol. 8). «Quid rectius... quam ut ubi res ab eo discedit qui usum habuit, revertatur ad eum possessio qui utendam concessit?».

El resultado obtiene confirmación en Oriente. En CJ 1.2.14.9 y 10 (470), León declara bajo qué condiciones el *oeconomus* de una iglesia puede constituir un usufructo sobre tierras eclesiásticas («ut desideranti cuiquam certarum possessionum atque praediorum, urbanorum scilicet sive rusticorum, ad ius ecclesiasticum pertinentium temporaria usus fructus possessio pro ipsius petitione praestetur»). Tras el paso de ese tiempo, continúa, «redituum proprietate ad ius et dominium ecclesiasticum recurrente firmiter». Si aquí la incertidumbre prosigue respecto a si pudo haberse considerado que el usufructuario tenía *proprietas* tan sólo sobre los réditos, esta duda queda disipada porque se dispone a continuación que debe devolver tanto los réditos recibidos como la propiedad en el inmueble: «cum ipso praediorum dominio et rebus immobilibus eorumque colonis et mancipiis ecclesiae derelinquat»¹⁰⁷. En consecuencia, cuando el *pactum* era nulo por no ajustarse a estas condiciones, «possessionem ecclesiasticam tamquam nullo iure transcriptam in ipsius iure ac dominio permanere et ab ecclesiasticis sive oeconomis decernimus vindicari». Parece inevitable tener que concluir que, en caso contrario, el *ius ac dominium*, o alguna parte del mismo, se conferiría al usufructuario.

Asimismo es reveladora la manera en la que, no mucho más tarde, ET 54 i.f. proveyó a favor de los derechos del cónyuge que se hubiese divorciado con justo motivo. Utilizando como referencia NT 14.4 (439)¹⁰⁸, dispone el *edictum*:

maritus et dotem lucretur, et sponsalitiā recipiat vel sibi habeat largitatem, et tituli utriusque proprietatem secundum leges filiis eum iubemus servare communibus. Pari etiam modo... mulier... et dotem recipiat, et sponsalitiā lucro habeat largitatem. Cuius tamen sponsalitiā tantum donationis proprietatem liberis communibus etiam ipsa conservet.

La parte inocente recupera o logra la *dos* así como la *sponsalitiā largitas*, esto es, la *proprietas* sobre estas unidades. Sin embargo, algunas de éstas habían de reservarse para los hijos comunes. Así, si bien el marido tiene que preservar la *proprietas* de ambas unidades, la mujer sólo la *donationis proprietatem*, no encontrándose limitada con respecto a la *proprietas* sobre la *dos*¹⁰⁹. En un caso, por consiguiente, la *proprietas* de ambos padres está limitada; en el otro, no. Pero en ambos casos, los juristas pensaron únicamente en términos de *proprietas*. No hay referencia a *ususfructus*.

Por lo general, no obstante, el término *ususfructus* se aplicaba libremente¹¹⁰, a veces en frases nuevas, expresivas de la actual posición central de *possidere*¹¹¹. Hay

¹⁰⁷ Compárense algunos documentos escritos más de un siglo después en Occidente: «(post) transcriptum vero usumfructum meum... Monasterium habeat teneat possideat iure dominioque suo in perpetuum vindicet et defendat» (Marini núm. 89=Spangenberg núm. 34); igualmente Marini, núm. 93=Spangenberg núm. 38).

¹⁰⁸ «Dominium autem rerum, quae liberis vel huius legis vel praeteritarum constitutionum auctoritate servantur, ad liberos pertinere decernimus».

¹⁰⁹ Véase también Brunner, *Abh*, II 98.

¹¹⁰ Agustín, De Genesi ad litteram 27 (Migne 34, 290) habla «de usitatis formulis humani iuris, quemadmodum appelletur ususfructus».

¹¹¹ *Supra* pág. 24.

«possidere in usufructu(m)» (IT 3.8.2; 8.18.9; RB 26.2), «usufructuarie» (RB 16.2), «usufructuario ordine» (IT 8.18.10)¹¹² en contraste con «possidere dominio» (CT 8.18.10 pr. § 1)¹¹³. En otras ocasiones, *proprietas* y *usufructus* son contrastados como en los antiguos tiempos¹¹⁴. A este respecto, nos enfrentamos exactamente con la misma situación con la que nos encontramos cuando afirmamos que la transformación de la *possessio* no pudo impedir que los juristas usaran el término a la vez con su significado clásico¹¹⁵. Un derecho vulgar se caracteriza por su no interés en la definición clara de los conceptos. Difícilmente puede ser casual el que no hayamos encontrado indicio alguno de haberse intentado utilizar la legislación del Bajo Imperio para la elucidar la alteración sufrida por el concepto de usufructo. A juzgar por el Brev. (cf. CT 2.23 y 24), en el Código Teodosiano no había título *de usufructu*. Tampoco CJ 3.33 incluye siquiera una sola disposición publicada entre los años 294 y 530.

En todo caso, permanece el hecho de que *usufructus* había pasado de ser un *ius in re aliena* a constituir una forma de *proprietas*, un *dominium* limitado o una *possessio*. Limitado lo era, en efecto, por su determinada duración y su contenido. Estos rasgos, bien que inherentes al usufructo clásico, eran ahora acentuados regularmente y, a fin de cuentas, porque ofrecían los mejores medios para mantener este tipo de *dominium* diferenciado de los otros tipos. Hay pruebas abundantes al respecto. Mientras el usufructo aparecía como posesión «in diem vitae» (Ambros. epist. 82.7¹¹⁶; CT 3.8.2 pr. § 1 [382]; NV 35.10 [452], INV eod. lin. 158 etc.; cf. IT 8.12.1 lin. 3), la propiedad, en contraste, era señalada mediante frases como «solidum perfectumque dominium» (CT 8.18.1.3) [315], «omne... pleni proprietate iuris obtineat» (CT 3.8.2.2 [382]), «pleno iure conquirit» y «simili firmitate possideat» (CT 5.1.8 [426]), «consequatur iugi dominio possidendam», «perpetuo iure domini possideat» (CT 8.18.10 pr. § 1 [426])¹¹⁷, «sibi velut propriam vindicet facultatem» (IT 3.8.2 i.f.), «perpetuo iure vindicet» (IT 5.1.8), «iuri suo perpetuo vindicandum» (IT 8.18.9; cf. RC 8.9.4), «iure perpetuo vindicabit» (INV 35 lin. 154). Mientras que el usufructo excluía la «alienandi licentia» (CT 8.18.1.1; eod. 2; 6; 7 [todo el siglo cuarto] con IT; CT 3.13.3.1 [422]; CJ 5.17.8.7a [449]; NT 14.5 [439]; RC 8.9.1, 2), se decía que el propietario tenía «liberam postestatem (facultatem) alienandi» (CT 8.18.1.2 [315]; eod. 2 [319]), «naciscendi domi-

¹¹² Véase también Salviano (*supra* nota 37): «possessores usufructuarii».

¹¹³ Cf. δεσποτικῶς κτᾶσθαι en el contrato de 359 citado *infra* pág. 65. También comparable resulta el canon 7 del Concil. Agath. de 506 (Mansi [*infra* ch. IV nota 298] VIII p. 319): «ut vel in usufructo vel in directa venditione aliquid distrahatur». Por otro lado, cf. Acta Synhodorum habitantium Romae de 502 (Mommson, *MGH*, Auctores XII pág. 449): «nulli liceat praedium rusticum... sub qualibet alienatione ad cuiuslibet iura transferre... sed nec in usum fructum rura aliquibus dari liceat...».

¹¹⁴ CT e IT 3.8.3 (412); 5.1.8 (426). 8.18.10.1, 2 (426); NV 10.1 (441); NS 1 pr. (463); GE 2.1.7; IT 8.18.2; IP 1.11.3; RB 26.2; Praeceptum Theoderici en *MGH*, Auctores XII pág. 392 (a. 507 o 508). Véase también el *instrumentum donationis* en Spangenberg núm. 26 par. 2 (471).

¹¹⁵ *Supra* pág. 21.

¹¹⁶ *Supra* págs. 25 sig.

¹¹⁷ IT: «in proprietate patria residebunt»; RC 8.9.3: «hoc pater in perpetuo sibi vindicavit».

nii et testandi circa quem voluerit» (CT 3.8.2.2 [382]; cf. IT lin. 23), «faciendi de eis (rebus) quidquid voluerit» (INV 35 lin. 154; cf. IT 5.1.8; 8.18.6; RC 8.10) etc. La mayoría de estos pasajes ni siquiera muestran los términos *usufructus* o *dominium*.

2. Otros tipos de *dominium* limitado

Los supuestos concretos hasta aquí discutidos, aunque demuestran una completa confusión de los conceptos tradicionales, todavía presentan el contenido de un usufructo esencialmente como siempre había venido siendo. Pero aquella confusión provocó otras consecuencias de no pequeño alcance. Anunció desintegración y abandono de aquellos limitados y claramente definidos tipos de *iura in re* que, en otro tiempo, integraron la auténtica estructura del derecho relativo a la propiedad. Ya no existió ninguna necesidad de aferrarse a los tipos anteriores o razón alguna para ello. Se deshizo el compacto grupo que formaban. Quedó abierto el camino para formas de las que el período clásico nada había sabido. Un hombre podía tener derecho no sólo a hacerse con los frutos de una cosa, sino que también podía otorgar la propiedad de la misma, aunque sólo a personas particularmente capacitadas al efecto. Podía también tener derecho a enajenar la cosa a cualquiera, aunque sólo *inter vivos*. Le podía resultar posible el transmitirla incluso *mortis causa*, aunque sólo a favor de ciertas personas. Llegó a ser posible un indefinido número de formas. Si algunas de éstas eran sintomáticas de la siempre creciente invasión de las consideraciones de interés público en el dominio del derecho privado, otras crecieron en su interior de forma independiente. He aquí unos pocos ejemplos.

De acuerdo con NT 14.7 (439)=CJ 5.9.5.7, el cónyuge supérstite que se abstentía de casarse de nuevo seguía siendo considerado como *dominus rerum*, de las que había adquirido del premuerto, y con derecho a consumirlas o disponer de ellas¹¹⁸. Sin embargo, a la muerte del cónyuge superviviente, los hijos comunes, aunque rechazasen aceptar la segunda herencia, podían exigir lo que quedaba de aquellos bienes que se habían considerado transmitidos a ellos directamente por el que premurió: «ut eis liceat res a patre profectas ut paternas, a matre ut maternas accipere». Siendo una especie de herederos subsidiarios sobre el remanente (*Nacherben*), excluían el derecho del *dominus* a disponer *mortis causa* y hacían que su posición fuera algo a medio camino entre la de propietario y la de usufructuario. De este modo, un expediente opuesto al principio clásico «semel heres semper heres», pero familiar también al derecho vulgar en materia de testamentos¹¹⁹, fue asimismo utilizado a los efectos de la sucesión intestada.

¹¹⁸ INT 14, probablemente para ajustarse a la disposición más reciente NS 1, rechaza esta regla. El viudo o la viuda, respectivamente, veñase reducido a tener el usufructo, «etiamsi ad alias nuptias non transierit» (lin. 84, 87). Véase *supra*, pág. 34 nota 95, pág. 38; también Brunner. *Abh.*, 97 sig.

¹¹⁹ *Atti*, Roma II 34 sigs.

Varias formas de *dominium* limitado se establecieron en interés público. En fecha tan temprana como los inicios del siglo tercero, Alejandro Severo donó tierra conquistada a los oficiales y veteranos de los ejércitos situados en las fronteras¹²⁰, con la salvedad de que podrían transferirla *mortis causa*, o de otra forma, pero sólo a los que se incorporasen también al servicio en defensa de las fronteras: «...limitaneis ducibus et militibus donavit ita ut eorum essent, si heredes eorum militarent, nec umquam ad privatos pertinerent, dicens attentius eos militaturos, si etiam sua rura defenderent» (Script. Hist. Aug. 58.4). Cincuenta años más tarde, Probo siguió una política similar: «Veteranis omnia illa quae anguste adeuntur loca privata donavit, addens ut eorum filii ab anno octavo decimo, mares dumtaxat, ad militiam mitterentur» (Script. Hist. Aug. 16.6). Las fuentes jurídicas del siglo quinto que tratan de *terrae limitaneae* (CT 7.15.1 [409]; NT 24.4 [443]), *castella* (CT 7.15.2 [423]), o de cualesquiera otros terrenos públicos ocupados por algún soldado (CT 2.23.1 [423])¹²¹ confirman esta política. Sean las que sean las premisas particulares de las varias disposiciones, permanecía la idea general de que tales lugares, si bien en *perpetuo iuro et firmo dominio* (CT 2.23.1) del poseedor original, nunca habían de ir a parar a las manos de personas no capacitadas para ello. Normalmente, habían de ser soldados; en casos esporádicos (*cf.* CT 7.15.1), habían de ser al menos hombres dispuestos a las tareas de defensa y hábiles al efecto. Incluso un soldado que espontáneamente hubiese transmitido el suelo *in alios* pudiera ser que lo recuperara en tanto que retenía la propiedad (CT 2.23.1.1; NT 24.2)¹²². Para cuando se produjera una situación de suelo vacante, se proveía que el Estado lo asignara a otro soldado (*cf.* CT 7.15.1).

Otra de las transformaciones del concepto tradicional de propiedad resultó del carácter obligatorio de la organización social que se desarrolló a partir del siglo cuarto¹²³. Con el control por parte del Estado de los gremios de comerciantes, como por ejemplo los armadores (*navicularii*), panaderos (*pistores*), tratantes de ganado porcino (*suarii*), y siendo la pertenencia a los mismos tanto obligatoria como hereditaria, no se permitió que las propiedades de los miembros se distrajesen de su aplicación al fin de las corporaciones, fin que no era otro sino el de asegurar un adecuado suministro para la población. Las propiedades estaban afectadas a aquella «función» («obnoxias functioni facultates»: CT 13.5.20 [392] y *passim* de esta u otra manera parecida). A pesar de ello, los comerciantes o artesanos y técnicos no dejaban de ser propietarios ni se les impidió vender tales propiedades:

Fundi omnes ad naviculariorum dominium pertinentes... (CT 13.6.6 [372]).

¹²⁰ *Cf.* Paulo D. 21.2.11 pr.

¹²¹ *Infra* págs. 50 sigs.

¹²² *Cf.* Gothofr. acerca de CT 7.15.1 y 2, Aldo Checchini, *Arch. giur* 78 (1907), 418 sigs.; para CT 2.23.1 a este respecto, véase Biscardi 80 sigs.

¹²³ Véase, sobre todo, el segundo volumen de Jean Pierre Waltzing, *Étude historique sur les corporations professionnelles* (Bruxelles, 1896), esp. 285 sigs., 372 sigs.; además, F. de Robertis, *Diritto associativo romano* (Bari, Laterza, (1938), 418 sigs. y Biscardi 85 sigs., con muchas referencias; también Ernst Kornemann, *RE* 4, 464 sigs., Stoeckle, *RE* 16, 1918 sigs. Para el compromiso personal de los miembros de los *collegia*, véanse p. ej. Karlowa I 913 sigs., Waltzing II 298 sigs., Kübler 345 sigs.

In his quae navicularii vendunt, quoniam interciperere contractum emendi vendendique fas prohibet... (CT eod. 7 [375]).

Praedia rustica vel urbana, quae possident privato iure pistores, nec senatorem nec officialem comparare permittimus, contractu pari cum aliis non interdicto (CT 14.3.3 [364])¹²⁴.

En consecuencia, los que recibían adquirirían la propiedad:

bona ad se transmissa sine inquietudine possideant (CT 13.6.4 [367]).

Pero cuando quiera que se traspasaban estas propiedades, las cargas públicas sobre ellas impuestas iban con ellas. Cuando, por consiguiente, una *res obnoxia* perteneciente a un *navicularius* se vendía y transmitía a un forastero, el *emptor*, si bien no se convertía ni tenía que convertirse en *navicularius* ni quedaba sujeto con todos sus bienes, «navicularii functionem pro modo portionis comparatae subeat; res enim oneri addicta est, non persona mercantis» (CT 13.6.7 pr. [375]). Dicho de manera más clara: el comprador se enfrentaba a esta alternativa: o asumía la «función» de manera proporcional o tenía que devolver la tierra a quien se la había transmitido, quien además, a pesar de la venta, no se consideraba que hubiera perdido su derecho en ella¹²⁵:

Fundi omnes ad naviculariorum dominium pertinentes et ad aliorum iura translati..., etsi ad navicularios translati sint, reddantur dominis actione in rem et persecutione¹²⁶ concessa, nisi maluerint hi, ad quos res pervenerint, onus agnoscere, cui erat ille obnoxius, cuius nomine vindicatio competit, evictionis ac melioratae rei perceptorumque fructuum inspectione habita (CT 13.6.6 [372]).

Lo que importa, en primer lugar, es el hecho de que los juristas de aquel tiempo no interpretaron la carga impuesta sobre el inmueble del *navicularius* etc. en términos de un *ius in re aliena* en favor del Estado o de la corporación. En vez de eso, consideraron a la corporación como propietaria asimismo de las *res obnoxiae*:

CT 13.6.2 (365): Patrimonia naviculariorum, quae quolibet genera in extraneorum dominia demigrarunt, in corporis sui ius proprietatemque remeant.

CT eod. 4 (367): Naviculariae facultates naviculario corpori reddantur, si bona rite retinentes subire eorum onera nolint, quorum possessione fruuntur.

Esta actitud es particularmente destacable en vista del hecho de que todas las disposiciones aquí citadas, referentes a la propiedad de los miembros de las corporacio-

¹²⁴ Más riguroso es CT 4.3.13 (369) i.f: «...quicumque ex privatis a pistoibus fuerit consecutus, sciat corpori obnoxium vendere et alienare non posse, sed in sua causa et pistorum nomine ac iure residere». Para los detalles, véase Godofredo.

¹²⁵ Véase también CT 14.4.8.2 (408): «Ii vero, qui praedia obnoxia corpori (suariorum) vel ex empto vel ex donato vel ex quolibet titulo tenent, pro rata publicum munus agnoscant aut possessionibus cedant».

¹²⁶ Véase *infra* págs. 217 sig.

nes, se publicaron en el corto lapso de doce años. No hay lugar, por consiguiente, para suponer controversias al respecto o cambios de opinión.

La noción de *dominium* habíase desarrollado tan flexible y confusa como para permitir toda clase de modificación limitativa.

3. *Ius perpetuum* y *emphyteusis*

La serie de investigaciones que se llevaron a cabo alrededor de 1900 sacaron a la luz una gran variedad de formas de tenencia inmobiliaria, especialmente en los dominios imperiales y eclesiásticos, aparecidas durante las revoluciones agrarias de los siglos cuarto y quinto¹²⁷. Comenzando por la base, tenemos el arrendamiento ordinario, con o sin término establecido (*conductio*); el de larga duración (*emphyteusis*) en las propiedades del patrimonio privado del emperador reinante (*patrimonia*); el arrendamiento perpetuo (*ius perpetuum*) en posesiones vinculadas a la función imperial en cuanto tal (*res privata*); la transmisión de suelo, aunque sujeta al pago de un *canon* permanente al emperador (*ius privatum salvo canone*) y, en casos excepcionales, una transmisión incluso sin tal exigencia (*ius privatum dempto canone*).

Entre estas cinco categorías, tanto la primera como las dos últimas de poco sirven para aclarar la relación entre *dominium* y otros *iura in re*. Una *conductio* temporal nunca implicó propiedad¹²⁸. El *ius privatum* sí, y el nombre mismo se eligió para expresar precisamente eso¹²⁹. Mas ni siquiera el *ius privatum*, en efecto, fue en absoluto un derecho tan comprehensivo como el *dominium* en época clásica. El concesionario, por norma, debía el *canon*. Asimismo podía quedar expuesto a que forzosamente se le «endosara» tierra yerma (*epibole*), por la que tenía que contribuir con otros, de forma proporcional, al impuesto que sobre ella pesaba (*peraequatio*)¹³⁰. Pero un propietario de tierra no de dominio público o de tierra privada tampoco se libró de estas interferencias. El *canon* fue también un impuesto público fijo¹³¹, y no perdió este carácter cuando, como en el caso de una *emphyteusis*, gradualmente fue confundiéndose con la renta¹³². De aquí que, sobre la base de la escasa información que tenemos, el *ius privatum* no parece mostrar rasgos

¹²⁷ Véase Rudolf His., *Die Domänen der römischen Kaiserzeit* (1896) 82 sigs., Édouard Beaudouin, *Nouvelle revue historique de droit* 22 (1898) 310 sigs., y en especial Mitteis, *Erbpacht* 38 sigs. y Rostovtzeff, *Kolonat* (1910) 390 sigs. Véase también Mitteis, *Privatrecht* I 361. Apenas nada nuevo se encuentra en W.R. Johnston, «Emphyteusis: A Roman 'Perpetual' Tenure» en *Univ. of Toronto Law Jour.* 3 (1939-40), 323 sigs.

¹²⁸ O incluso real *possessio*, *infra* págs. 60 sig.

¹²⁹ Al derecho en las *possessiones iuris civilis* (= *iuris privati*) se le llamó *dominium*, p. ej., en NMc 3 (451)=CJ 11.70.5 *passim*. Pero este uso apenas merece ser digno de mención.

¹³⁰ Max Weber, *Römische Agrargeschichte* (Stuttgart, Enke, 1891) 209 sigs., Seeck, *RE* 5, 1186; 6, 30 sigs., Mitteis, *Erbpacht* 39 sig., 64, Francis de Zulueta, *De patrociniis vicorum* en *Oxford Studies in Social and Legal History* (Oxford, Clarendon, 1909) 10 sig., 60, 68 sigs., Hans Lewald, *SZ* 32 (1911) 479 sigs., Angelo Segrè, *Traditio* 5 (1947) 124 sigs.

¹³¹ Leopold Wenger, *Canon (Akademie der Wissenschaften in Wien, Phil. hist. Klasse. Sitzungsberichte Bd. 220 Abh. 2 [1942] 34 sigs. 40 sigs.*

¹³² Weber 208 sig., His 104 sig., Mitteis 39, Wenger 39, 41.

incompatibles con lo que en este período era el normal derecho de propiedad sobre la tierra¹³³. Por lo tanto, las siguientes observaciones se limitarán a los dos tipos de tenencia inmobiliaria que restan: *ius perpetuum* y *emphyteusis*.

En efecto, desde el principio debemos dejar claro un punto: no hay nada que indique que uno u otro derecho fuera considerado un *ius in re aliena*. Ni siquiera los juristas clásicos parecen haber considerado tal el *ius in agro vectigali*: o bien trataron al concesionario como propietario¹³⁴, sobre la base de una *emptio venditio*, o como mero obligado en una *locatio conductio* (Gayo III 145)¹³⁵. Fuera de esta alternativa, no se les ocurrió ninguna otra posibilidad¹³⁶. ¿Cómo pues se aproximó al asunto el derecho vulgar?

Mitteis¹³⁷ ha mostrado cómo *ius perpetuum* y *emphyteusis*, antes de que se confundieran ya tarde en el siglo cuarto, diferían no sólo por los tipos de suelo imperial a los que se aplicaban, sino también por su duración y contenido. De los dos, el primero fue un derecho más fuerte. No podía ser rescindido excepto por decisión imperial y, consecuentemente, otorgaba al cesionario un control más firme sobre el inmueble; incluso llevaba consigo el derecho a manumitir los esclavos adscritos a la tierra. Sin embargo, para respaldar más su afirmación, utiliza Mitteis un argumento que parece difícil de suscribir. El *ius perpetuum*, señala¹³⁸, aparecía como *dominium*, mientras que la *emphyteusis*, antes de que se confundieran ambos entre sí, se le denegó esta condición y fue considerada más bien como mera *conductio*. Semejante argumento exigiría adjuntar al término *dominium* un sentido técnico tan preciso, que es imposible obtenerlo del lenguaje de estas fuentes. El *dominium*, que éstas presentan, más necesita ser guiado que poder guiar él mismo. De hecho, utilizan la palabra de manera tan imprecisa que su significado real a menudo tan sólo puede ser deducido a partir de la antítesis sugerida por el contexto. Ni diferenciando períodos cronológicos ni separando *emphyteusis* y *ius perpetuum* hay manera posible de sacar algo en limpio de semejante caos. He aquí la prueba:

CT 5.13.1=CJ 11.66.1 (341) presenta a los *perpetuarii*¹³⁹ comprando (*compassasse*)¹⁴⁰ *de fisco* y adquiriendo propiedad transmisible hereditariamente¹⁴¹. En CT

¹³³ Véase también *infra* págs. 108 sig.

¹³⁴ El lenguaje de los legos le denominó tranquilamente *dominus*: Plin., Epist. 7.18.3. Para el lado opuesto, véase Scaev. D 20.1.31 pr., § 1.

¹³⁵ La opinión se encuentra dividida con respecto a si una *actio in rem* fue finalmente posible para el cesionario. En sentido afirmativo Lenel § 70, Arangio-Ruiz 254 nota 1, 259, Biondi, *Servitù prediali* 6 nota 1. Ciertos distingos por parte de Wieacker SZ 59, 628 sigs. y Kaser SZ 62, 43, donde pueden encontrarse más referencias.

¹³⁶ Véase también Bonfante III 126.

¹³⁷ *Erbpacht*, 42 sigs., 57.

¹³⁸ 44 sig., 56. Ha sido corrientemente seguido en esto; véase, p. ej., Arangio-Ruiz, *Aegyptus* I (1920) 26 e *Istituzioni* 256, E. Kornemann, *RE*, Supplementband 4 (1924) 263, Enrico Bassanelli, *La colonia perpetua* (Roma, Foro Italiano 1933) 51 sig.

¹³⁹ Mitteis 44, 47, 52, 58.

¹⁴⁰ Véase para este término *Atti*, Roma II 40 sig.

¹⁴¹ Véase *infra* pág. 64.

5.13.4 (véase también CJ 11.66.2) (368) la parte que «perpetuo iure suscipiat» también aparece como *dominus*¹⁴². De acuerdo con esto, tal individuo era diferenciado de un *conductor* en CJ 11.66.3 (377), CT 11. 16.12 (380) y CT 11.16.20 (389); y en CJ 11.71.2 (383) es contado entre «his qui nec titulo conductionis eos (scil. fundos) detinent». Pero en la misma disposición del año 383¹⁴³ (CT 10.3.4=CJ 11.59.6) parece aludirse al *perpetuarius* en la frase «ut quisque conductor fuerit inventus possessor fundi»¹⁴⁴. De forma explícita lo encontramos caracterizado como un *conductor* en CJ 11.71.3 (395), CT 14.3.19 (396), CT 1.11.1 (397), CT 10.3.5 (400) y en una *constitutio* del año 429 (CJ 11.71.5.3, 6), que también menciona (§ 5) que el emperador, por medio de una *donatio*, podía elevar a una persona *possidentem iure perpetuo* a la categoría de *dominus*¹⁴⁵.

Con el *emphyteuticarius* sucede algo parecido. Aparece como *conductor* en CT 5.15.15 (364), CT 11.16.12 (380), 10.3.3 (380) y en CT 10.3.7 (417)¹⁴⁶. Su derecho es diferenciado del (*plenum*) *dominium* en CT 5.15.15 (364)¹⁴⁷ y en CJ 11.62.8 (386), o del *ius privatum* en CT 5.15.17 (364); eod. 19 (368); CT 5.12.2 (415) y NT 5.2=CJ 11.62.13 (439). Igualmente, no obstante, se dice de él, en CJ 11.62.2 (321), CT 2.25.1 (325), CT 13.11.6 (394), que es *dominus* o que tiene *dominium*, y resulta opuesto a un arrendatario en CJ 11.62.8 (386) y en CT 16.5.54.5 (414). Llama especialmente la atención la asimetría existente entre CJ 11.63.2 (367), donde tales hombres «fundorum non sint domini», y CJ 11.62.4 (368), en la que los mismos emperadores se refieren a ellos afirmando «neque enim magis commodamus nostra quam tradimus ea iure domini». Igualmente divergentes son CJ 11.70.4 (397) «eos qui... fundorum iuris patrimonialis sive templorum¹⁴⁸ possessores effecti sunt... firmum dominium tenere decernimus» y CJ 11.62.9 (398): «Universi cognoscant nihil privato iure salvo canone fundis emptis cum patrimonialibus esse commune»¹⁴⁹, que parece insistir en una desemejanza fundamental entre *emphyteusis* y propiedad privada. En CT 5.15.18 (368) la misma sentencia se refiere al concesionario como *conductor* y a su derecho como *dominium*. Así lo hace, en efecto, CT 10.3.3 (380)¹⁵⁰.

La confusión fue a peor. Obviamente, los redactores de esas disposiciones tenían una muy vaga y oscura idea de lo que significaba *dominium*. Cuando querían afirmar al arrendatario perpetuo la integridad de sus prerrogativas, como, por

¹⁴² En CT 5.15.17 (364) el significado de «perpetuo iure donavit» se presta a la duda.

¹⁴³ Véase Gothofr. III 402, P. Krüger *ad h.l.*; Seeck 133 sig., 135, 261.

¹⁴⁴ Mitteis 44 nota 1, 64, Bassanelli 54.

¹⁴⁵ En CT 12.1.33 (342) el *privatum dominium (proprietas)* y el cultivo de tierra perteneciente a la Corona (*ex re privata nostra*) son asimismo opuestos. Pero el fundo en cuestión se considera tenido *colonatus iure*, y no *iure perpetuo*.

¹⁴⁶ Véase también, de acuerdo con la sugerencia de Mommsen, la rúbrica de CT 5.12.

¹⁴⁷ *Supra* pág. 31.

¹⁴⁸ La primera alternativa significa *fundi emphyteutici*, la segunda *fundi rei privatae*: Mitteis 55, 58.

¹⁴⁹ Introduciendo cierta salvedad en esta declaración, CJ 11.62.10 (399) pone separados los *fundi patrimoniales* «propriamente tales» y aquellos *qui salvo canone iure privato... concessi sunt*.

¹⁵⁰ Véase *infra* pág. 64.

ejemplo, su poder sobre los esclavos de la propiedad (CT 2.25.1), su derecho al aumento en número de los esclavos y de las cabezas de ganado que pudiera producirse (CT 5.13.4), la seguridad en la tenencia mientras durase la buena conducta (CT 5.13.1; CJ 11.62.4; CT 13.11.6; CJ 11.70.4; véase también CJ 11.62.2), entonces fácilmente se les ocurría llamarle *dominus*. Cuando, sin embargo, se ocupaban de sus cargas o restricciones, tales como su sujeción tributaria y *peraequatio* (CT 10.3.4; CJ 11.62.9), la posible interrupción de su tenencia (CT 5.15.15; 10.3.3; CJ 11.71.3; CT 14.3.19; CT 1.11.1; 10.3.5; CJ 11.71.5) o la nulidad de las manumisiones (CJ 11.63.2), entonces lo calificaban más bien de *conductor* y, ocasionalmente, incluso no le reconocían en absoluto ni *dominium* ni *ius privatum*. Esta fue la situación hasta 438. Parece esencialmente la misma en ambas partes del Imperio.

Tras esto sus caminos se separaron. Y lo hicieron de forma significativa: mientras que en Oriente, consciente de este revoltijo y deseoso de restaurar conceptos precisos, se llegó incluso a una clara y adecuada separación de *emphyteusis* y *dominium*¹⁵¹, en Occidente no se hizo un esfuerzo de este tipo. Se dejó que las cosas derivasen hasta el punto de llegar a desaparecer¹⁵² el término *emphyteusis* y, junto con él, el tratamiento del arrendamiento perpetuo como una institución diferente en sí misma. Es verdad que algunas disposiciones legales occidentales, justo después de la promulgación del Codex (NV 13 pr. [445], 27 pr. y 4 [449], 34.3 [451], siguieron la línea ya conocida e hicieron referencia a *praedia iuris emphyteutici*, o cosa parecida, como algo generalmente establecido. Pero un poco después, la posición parece haber cambiado. La Interpretatio da testimonio de ello. Un único pasaje, evidentemente atento a no separarse de la disposición que comenta (CT 4.12.3 [320]), presenta los términos tradicionales: «servo emphyteuticario... vel patrimoniali aut ex privata re principum». El único texto que utiliza el término (IT 3.30.5) cree necesario añadir una definición: «si... minores possessionem iuris emphyteutici, hoc est quod ex fisci bonis parentes eorum habere meruerant, sub qualibet praestatione tenuerint». Y la definición misma es bastante reveladora. El intérprete, adrede o sin querer, salta por encima de las demás formas de tenencia de fundos públicos y considera que «enfiteutico» y «fiscal» son sinónimos. No está ya familiarizado con el significado específico de *emphyteusis*. De acuerdo con esto, pone *fiscalis* en vez de *patrimonialis vel emphyteuticarius* en IT 2.25.1¹⁵³ y en vez de *patrimonialis*¹⁵⁴ en IT 5.17.2. De manera parecida, en INMc 2 vierte la cláusula de la Novela (§ 1) *possessionibus vel patrimonialis templorumve aut civilis fiscalisve iuris* con un *provincialibus vel a possessoribus*.

¹⁵¹ *Infra* págs. 75 sigs.

¹⁵² Una instructiva información prima facie al respecto puede fácilmente lograrse de Thes. V 528 sigs.

¹⁵³ CT: fundis patrimonialibus vel emphyteuticariis. IT: patrimoniorum seu fiscalium domorum sive privatorum.

¹⁵⁴ Este término, con la misma excepción de IT 4.12.3, fue igualmente eliminado. *Patrimonium* equivale normalmente a los bienes, frecuentemente los de un individuo.

En realidad, aparte de la posterior influencia de la codificación justiniana¹⁵⁵, la historia de la *emphyteusis* en Occidente había concluido¹⁵⁶; es decir, la historia del concepto, no la de la tenencia rural perpetua como institución económica. La nueva forma de designar la institución en el lenguaje jurídico se encuentra en una *Interpretatio*, que parece ser de lo más digna de atención ya que se aparta marcadamente de la Novela, cuya explicación asumí¹⁵⁷. INMc 3 reza así:

Si quid de fiscalibus agris vel aedificiis donatione principis vel venditione vel qualibet ratione ad privatos fortasse pervenerit, id lex ista constituit, ut soluto canone a possessoribus in perpetuum teneatur et, inpletis fiscalibus debitis, illi qui possident heredibus suis relinquendi aut quibus voluerint donandi habeant potestatem.

Ha desaparecido la distinción entre *emphyteusis* y *ius privatum*¹⁵⁸. Ha desaparecido la alusión a cualquier tipo específico de tenencia. En cambio, surge un claro principio: todo aquel que, no meramente *ad tempus*, haya recibido tierra fiscal puede conservarla definitivamente y disponer de ella *inter vivos* o *mortis causa*, habiendo pagado el *canon* y cumplidas sus otras obligaciones para con el *fiscus*. Esta fue una típica simplificación. Pero, con todo, un punto llama no poco la atención. Utilizando exactamente las palabras entonces normalmente utilizadas para expresar propiedad¹⁵⁹, el Intérprete afirmaba la posición del concesionario de una forma que no dejaba dudar acerca de cuál de las dos caracterizaciones en conflicto, *dominus* o *conductor*, había llegado a prevalecer. Consecuentemente, y siendo esta vez fiel a la Novela, mencionó, al indicar las causas del *in perpetuum tenere*, la donación imperial y la venta, y, si bien añadió un terminante *vel qualibet ratione*, no se preocupó de mencionar la *locatio conductio* ni con finalidad de contraste ni de otra forma¹⁶⁰. Hasta este punto habíase perdido la idea de arrendamiento perpetuo¹⁶¹ y se le había cedido terreno a la propiedad. Ciertamente, se trataba de una propiedad

¹⁵⁵ Este es el motivo por el que *emphyteusis* se repite en Gregor. 1.70 i.f.; 3.3 i.f.; 9.125. En general, véase Conrat, SZ 34, 36 sigs.

¹⁵⁶ También es reveladora la actitud de los glosarios. Entre los pocos que dan cuenta de la palabra, Gloss. Ansileubi (*Glossaria Latina*, ed. Wallace M. Lindsay y otros I [París, Les Belles Lettres, 1926] pág. 203), del siglo VII, simplemente reitera IT 3.30.5: «enfiteutici quod ex fisci bonis a parentibus accipitur», y la aproximadamente contemporánea Gloss. Abstrusa (*ibid.* III [1926] pág. 34) se contenta con la declaración negativa: «emphyteutici possessores non veri». Isidoro omite la palabra por completo. El autor de la RC es evidente que nunca la oyó: la refiere con *enfeti* (o *enfeci*) *voce* (10.2).

¹⁵⁷ El alcance de NMc 3 (esp. § 1) era limitado: véase *infra* nota. 278.

¹⁵⁸ Asimismo el *ius privatum* desapareció de la *Interpretatio*.

¹⁵⁹ *Infra* págs. 62 sig.

¹⁶⁰ Si se hubiese querido un contraste, el negocio probablemente habría sido llamado *precarium* más que *conductio*: SZ 66,10 sigs., 22.

¹⁶¹ Efectivamente, las disposiciones que excluían a los *curiales* de *conducere rei publicae agros or saltus* (CT 10.3.2 [372] y de ser *conductores in privato agro* (NT 9.1. 2 [439] se encuentran debidamente referidas en la *Interpretatio*. Sin embargo, lo que se les ordenó a los *decuriones* fue que se guardaran de un *conducere ad tempus* (arg. CT 10.3.5 [400]; véase también Brunner, *Forsch.* 671). Además, incluso la noción de una ordinaria *locatio conductio rei* estaba claramente en decadencia: SZ 66, 17 sigs., 22 sig.

inflada. Los *fiscales agri vel aedificia* no dejaron de pertenecer al *fiscus*, y el derecho del concesionario estuvo completamente condicionado al cumplimiento de las obligaciones que él o sus predecesores habían asumido. Pero estos mismos rasgos, aunque claramente opuestos al punto de vista clásico, estaban pregonando el curso de futuros desarrollos¹⁶².

En todo caso, la nueva regla llamó la atención de los juristas de Alarico. El *Breviarium* la asume mientras desecha casi todos los títulos y disposiciones, tanto del CT como de las Novelas, que trataban de los distintos tipos de arrendamiento perpetuo¹⁶³. Esta negativa, deplorable como resulta al impedirnos obtener una visión más extensa de la *Interpretatio*, nos permite confirmar el hecho de que los visigodos no hacían distinción entre *emphyteusis* y otras categorías de tenencia hereditaria. Conocieron tal tenencia sólo como mero instrumento. Un análisis de la legislación y práctica germánicas más tempranas nos llevarán a la misma conclusión. El resultado final de toda esta evolución fue que tanto *ius perpetuum* como *emphyteusis* desaparecieron del pensamiento del derecho vulgar y fueron sustituidos por una innominada tenencia asemejada a la propiedad.

4. *Superficies*

Esta palabra parece estar totalmente ausente en las fuentes del Bajo Imperio¹⁶⁴. Este vacío no es mera casualidad. La evolución en época clásica no habría impresionado a los juristas del derecho vulgar, aunque hubiese resultado en la concesión al *superficiarius* de una *actio in rem*¹⁶⁵ y, de este modo, en el reconocimiento de un *ius in re aliena*. En cambio, su común inclinación a ver los derechos transmisibles hereditariamente en las cosas como una especie de propiedad, les impulsó a considerar el problema de la prerrogativa de construcción bajo el mismo aspecto. Sin embargo, el problema tomaba una forma cuando se edificaba en terreno público y otra forma cuando se hacía en terreno privado.

(a) Durante el Principado, cualquier particular «qui commodum amittit quod ex publico consequatur qualequale sit» (Ulp. D 43.8.2.11) podía impedir que se construyese de forma ilícita¹⁶⁶ *in loco publico*, por medio del *interdictum ne quid in loco publico fiat* (Lenel 237)¹⁶⁷. Y lo que es más importante, el poder público

¹⁶² *Infra* págs. 90 sigs.

¹⁶³ CT con IT 4.12.3 (véase *supra* pág. 46) tampoco fue incluido.

¹⁶⁴ Ni se usó en el lenguaje clásico para casas construidas en suelo público: Siro Solazzi, *SHDI* 7 (1941) 386 sigs.

¹⁶⁵ Así, p. ej., Lenel § 249, Riccobono, *Annali Palermo* 3/4 (1917) 509 sigs., Biondi 479 sigs. *Contra* Rabel, *Mélanges Girard* II (París, Rousseau, 1913) 388 nota 1, Arangio-Ruiz 258 sigs., Wenger, *Philologus* 88 (1933) 255 nota 5. Para más referencias, véase Ind. Int. ad D 43.18.1 pr.

¹⁶⁶ Ulp. D 43.8.2.15: *illicite aedificaveris*.

¹⁶⁷ Véase Lenel § 235 acerca del *interdictum ne quid in loco sacro religioso sancto fiat*. En PS 5.6.1a (ex D 43.6.3) la cláusula *propter fortuita incendia*, que presenta un razonamiento completamente distinto (*infra* págs. 111 sigs.), pertenece a un estrato posterior; cf. Beseler III 5 sig, Edoardo Volterra, *Atti*, Bolonia I 107.

podía intervenir hasta el punto de derribar toda construcción ya finalizada. La alternativa a la que se enfrentan la recoge Ulp. D eod. 2. 17: «si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debet id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere»¹⁶⁸. Si se imponía tal renta¹⁶⁹, o si con anterioridad se había dado derecho a construir, la concesión¹⁷⁰ podía ser temporal o a perpetuidad a la vez que transmisible hereditariamente. Pero, incluso, en el último caso, era la entidad pública la que seguía siendo propietaria exclusiva¹⁷¹.

Estas reglas no parecen haber bastado para hacer frente a las exigencias del bienestar público en los siglos tardíos. Las condiciones de vida se trastornaron y la iniciativa privada precisaba mayores estímulos para ponerse en marcha. Con el emperador Juliano se dio un paso más. Para promover iniciativas de construcción de carácter privado, ofreció la propiedad sobre la misma a cualquiera que construyese una casa en terrenos públicos. De la *constitutio* promulgada en 362 nos queda un fragmento en latín (CT 15.1.9) y otro en griego (CJ 8.11.3)¹⁷².

Comperimus super ergasteria publica, quae ad ius pertinent civitatis, plerosque sibi domos struxisse. Praecipimus ergo eas inconcusso iure qui aedificaverunt possidere.

Ὁ εἰς τόπον τῆς πόλεως κτίσας αἰναλώμασιν, ἐν ᾧ μὴ βλάβη τὴν πόλιν, ἴδιον αὐτοῦ ἐχέτω τό κτισθὲν καὶ μᾶλλον εὐχαριστεῖσθω ὡς τὴν πόλιν κοσμιῶν.

Mientras el primer pasaje trata de construcciones erigidas sobre talleres públicos, el segundo tiene que ver con cualquier casa, que fuera un aceptable edificio, construida en lugar público y a costa del constructor. Este mismo lenguaje corriente es el que utiliza IT 15.1.9:

Si qui in civitate consistentes in locis publicis sibi domos forte construxerint, eas sine inquietudine possidere debebunt.

El hecho de que el constructor tuviese que pagar una *pensio* al Estado o a la comunidad (CJ 11.70.1, del mismo año)¹⁷³ no debilitaba su derecho¹⁷⁴, el cual, aunque diferente en los términos, era en esencia igualmente caracterizado como pro-

¹⁶⁸ Véase Mommsen II 437 nota 4, 440 nota 1, Pernice SZ 5, 90 sig., Biondi 575. Dudo de la interpolación que sugiere Arangio-Ruiz, *Bull.* 32.23.

¹⁶⁹ Véase también Ulp. D 50.10.5.1: «curabit... praeses provinciae... si qua loca publica vel aedificia in usu privatorum invenerit, aestimare, utrumne vindicanda in publicum sint an vectigal eis satius sit imponi...». Aquí la alternativa es distinta a la de D 43.8.2.17, porque los *aedificia* evidentemente los erigía el Estado y después eran puestos en uso privado. Cf. Mitteis I 368 sig., Biondi 575, 609.

¹⁷⁰ Para diversidad de aspectos relativos a las concesiones hechas por Estado, *fiscus*, *municipes* o *civitates*, véase Biondi 567 sigs.

¹⁷¹ Véase la inscripción concerniente a la *columna Divi Marci* (Bruns núm. 144=Arangio-Ruiz núm 110), Labeo D 41.1.65.4, Ulp. D 18.1.32. Cf. Mommsen II 436 nota 1, 440 nota 1, 1052, Arangio-Ruiz 258 sig.

¹⁷² Para este problema véase Mommsen y Krüger *ad haec loca*.

¹⁷³ Seeck 134, 210. En Gothofr. *ad* CT 15.1.22 se recogen más textos al respecto.

¹⁷⁴ Véase también *supra* pág. 43.

piedad: *incusso iure possidere=sine inquietudine possidere*=ἰδιον αὐτοῦ ἔχειν¹⁷⁵. En verdad, no todos los emperadores parecen haber compartido la opinión de Juliano. Los legisladores de 383 ordenaron que *omnia... in quocumque publico loco... extructa* fuesen destruidos (CT 15.1.22)¹⁷⁶, y los de 406 ordenaron la remoción de los *aedificia privatorum publicis aedibus adhaerentia*¹⁷⁷ *sive superposita* (CT eod. 46). Pero son de mayor autoridad las tres primeras disposiciones. Prueba de ello son no sólo IT 15.1.9 y CJ 8.11.3, sino especialmente las interpolaciones de Justiniano: CJ 8.10.9 suprimió la citada sentencia de c. 46 y CJ 8.11.6 limitó las sanciones de c. 22 a las construcciones erigidas *contra ornatum*¹⁷⁸ *et commodum ac decoram faciem (civitatis)*¹⁷⁹. Además, CT 15.1.52 (424)=CJ 8.11.19 muestra claramente la futilidad de esas prohibiciones¹⁸⁰ y CT 2.23.1 (423) resume, en definitiva, la política de Juliano en un caso especial del que hablaremos dentro de poco. La «formula de competitionibus», transmitida en Cass. 7.44, proporciona otra confirmación:

Nescio quid grande de se videtur promittere, qui loca desiderat publica possidere. Hoc enim ita fieri decet, si res squalida in meliorem loci faciem transferatur et revocetur ad ornatum quod pridem iacere videbatur incultum. Atque ideo desideranti tibi illum locum proprietario iure concedimus, praeter aes aut plumbum vel marmora, si tamen ibi fuerint latere comperta. Age itaque... securus etiam ad quoslibet vel ad posteros transmissurus quod proprio fuerit labore compositum. Quia tanto firmitus unusquisque talia possidebit, quanto se auctoresque suos amplius expendisse probaverit.

El asunto de esta concesión no es la construcción de un edificio nuevo sino la restauración de uno viejo. Sin embargo, en estas circunstancias, ¿es probable que el *fiscus* haya renunciado a su derecho sobre el edificio? La sentencia inicial no da la impresión de apoyar esto. La cuestión se plantea incluso de manera más aguda, a la vista de CT 2.23.1 (423). Un soldado que «in solo publico vel aedificium aliquod construxerit vel saeptis quibuslibet spatia certa concluderit, perpetuo iure et firmo dominio eadem ex nostra generali auctoritate possideat». Digno de nota es que la construcción de un edificio y el cercado de un lugar sean equiparados. Más casos aún recoge la IT: «quicumque militans in solo publico... aliquid pro utilitate sua crediderit faciendum» o «nostris utilitatibus serviens locum pu-

¹⁷⁵ Cf. RC 15.1: «Illi qui in civitatem inhabitant, licet ei in terra publica sibi domum edificare et postea in perpetuo securus possidere». Véase también *infra* págs. 62 sig.

¹⁷⁶ Godofredo cree que esta disposición se dio originalmente sólo para la ciudad de Antioquía. Localmente limitada, en todo caso, fue CT 15.1.47 (409), que proveía acerca del derribo de *privata aedificia* erigidos en los terrenos pertenecientes al Palacio de Constantinopla.

¹⁷⁷ Sobre este caso *infra* pág. 112.

¹⁷⁸ Compárense las disposiciones que prohíben la remoción y el traslado de ornamentos, estatuas, etc. de un edificio: CJ 8.10.6 (321) y 7 (362).

¹⁷⁹ El modo de expresarse esta cláusula recuerda, de paso, el utilizado por Teodorico (507-511), quien concedió una licencia solicitada para la construcción *privatarum aedium* en el foro de Roma con la salvedad: «ita tamen si res petita aut utilitati publicae non officit aut decori» (Cass. 4.30.2, 3).

¹⁸⁰ En esta disposición, el *plerosque* es casi idéntico al *plerosque* empleado sesenta años antes en CT 15.1.9.

blicum construxerit vel ad excolendum fortasse tenuerit». En estos últimos casos, el Estado no puede haber renunciado a su derecho sobre el terreno. De aquí que, probablemente, tampoco lo hiciera en caso de *superficies*. La construcción, por consiguiente, no pertenecía sólo al constructor¹⁸¹. Concretamente, la yuxtaposición de actividades de construcción y de agricultura¹⁸² parece sugerir poderosamente que *superficies* y *emphyteusis* eran tratadas de la misma forma¹⁸³. Si bien en los distintos textos se hacía énfasis en la propiedad del constructor, la idea subyacente, como en los textos referentes al arrendamiento perpetuo, era, principalmente, la de imposibilitar el éxito de toda reclamación de peticionarios particulares. Este propósito aparece con toda claridad en CT e IT 2.23.1, la única de estas disposiciones conservada con alguna mayor extensión. También está muy claro en el título de Casiodoro «de competitionibus».

(b) En el derecho clásico, el que construía en suelo de otro, si bien conservaba su derecho sobre los materiales de construcción¹⁸⁴, no adquiría la propiedad del edificio que hubiese levantado con ellos. Lo construido se hacía del dueño del suelo y sólo de él (*superficies solo cedit*)¹⁸⁵. A este respecto, no importaba si el constructor había edificado con el consentimiento o no del propietario¹⁸⁶, como tampoco importaba si el constructor creíase o no dueño del terreno. Sin embargo, un constructor *bona fide* podía retener lo construido hasta que sus gastos fueran reembolsados. Esta solución clásica se adentró un poco en los tiempos posteriores. Sólo el tratamiento dado a las *impensae* experimentó algún cambio. Bajo el procedimiento formulario, podía obtenerse su reembolso únicamente por medio de una *exceptio doli* en la *formula petitoria*, y no mediante *actio* (Gayo II 76; D 41.1.7.12; 44.4.14; véase también CJ 3.32.11 y 16 [293]). Insiste en lo mismo CG 6.1 y 2 (242-245) afirmando que esos *sumptus* pueden asegurarse *per retentionem*. IG 6.1, 2 y, posiblemente bajo su influencia, ET 137, pasando por alto los detalles procesales, como de costumbre, son menos taxativos en la denegación de acción por los gastos, si bien al menos la IG parece observar al constructor como poseedor y demandado. GE 2.1.6 es seguro a este respecto; pero en otro, se aparta de la visión mantenida por los textos restantes. El epitomista sostiene que el constructor tenía derecho a las expensas, independientemente de su *bona* o *mala fides*.

¹⁸¹ No es comparable el caso de CT 15.1.50 (412), en el que *contractus quidam et permutatio facta videatur*.

¹⁸² Véase asimismo RC 2.21: «Quicumque milis in terra dominicalem edificium fecerit, ...postea ipsum edificium nullus homo ei tollere non potest. Similiter et de agro, ubicumque laborare potuerit, ...nullus homo ei tollere non potest».

¹⁸³ La legislación y la práctica del siglo sexto revelan su completa fusión: *infra* págs. 77 sig.

¹⁸⁴ Andrea Guarneri Citati, *Annali Palermo* 14 (1930) 227 sigs., Kaser, *SZ* 65 (1947) 232 sigs.

¹⁸⁵ Para referencias, véase Seckel-Kübler *ad* Gai II 73. La *proprietas aedium* pertenecía al *dominus soli*, no al *dominus materiae*. Estos dos *domini* resultaban claramente diferenciados: Jul. D 6.1.59; Gai. D 44.1.7.10 y 12; Paulo. D 6.1.23.5 y 7; 46.3.98.8 i.f; Ulp. D 7.1.15 pr.; 44.2.7.2; CJ 3.32.2 (213); cf. Javol. D 41.3.23 pr. Los escritores clásicos no parecen indicar una propiedad dividida, como es sugerido por Kaser 239 sig.

¹⁸⁶ En Ulp. D 9.2.50 la frase *invito domino* sólo sirve para dar cuenta de la disponibilidad de la *actio legis Aquiliae*.

De hecho, parece referirse sólo al constructor *mala fide: illis qui aliena praesumpserint hoc competit*¹⁸⁷.

Esta actitud tan sorprendente¹⁸⁸ está estrechamente conectada con el tratamiento enteramente nuevo que se da al propietario que ha permitido a otro construir en su propio suelo. GE 2.1.4 comienza como si no tuviera otro objetivo que simplemente copiar o parafrasear a su modelo (Gai. II 73):

Item regulariter constitutum est ut superposita inferioribus cedant,

pero en seguida continúa explicando:

id est ut, si quis in solo nostro *sine nostro permissu* domum aedificaverit, ad eum cuius terra est domus aedificata pertineat.

El *argumentum e contrario* parece inevitable¹⁸⁹. De haberse construido la casa con el permiso del dueño del suelo, no habría pertenecido a él sino al constructor. Este último, en consecuencia, no era ya un demandado a disposición y, por ello, ni estaba en situación ni en necesidad de que sus gastos le fuesen reintegrados (2.1.6)¹⁹⁰. Probablemente, que existía esta regla es algo que se dio por sentado ya a finales del siglo cuarto. Al ocuparse, en el nuevo sistema de alojamiento de militares, del derecho a elegir primero el «dominus propriae domus» respecto a una de las «tres domu divisa partes» CT 7.8.5 pr. (398) sigue diciendo:

Plenum enim aequitate atque iustitia est, ut qui aut successione fruitur aut empto vel extrucone gaudet, electam praecipue iudicio suam rem teneat et relictam.

La yuxtaposición de las tres alternativas es reveladora. El *dominus*, ello está implícito¹⁹¹, pudiera ser que hubiera adquirido la propiedad sobre la casa por sucesión *mortis causa*, por compra o por construcción. Este último caso sólo tendría sentido en el supuesto de que el terreno no perteneciese al constructor.

La regla, ciertamente, supone una quiebra notable del sistema clásico. Y, con todo, no resulta tan abrupta como superficialmente pudiera parecerlo. Debería en-

¹⁸⁷ Sobre *praesumere*=usurpar o tomar por la fuerza, un término muy común en el lenguaje legal de Occidente, véase *infra* pág. 216 nota 80, también Bernhard Kübler, SZ 58, 378; cf. Hermann F. Hitzig, SZ 14, 203 nota 3. Menos satisfactorios resultan Conrat, *Gaius* 22 nota 62 y Archi 248 sig.

¹⁸⁸ No hace al caso la idea expresada en las alteraciones de D 6.1.37 i.f. y de CJ 3.32.2.1 [sive... sive... sit] que tienen que ver con el *ius tollendi* y la *rei vindicatio* de los materiales de construcción después de venirse abajo la casa. Una inferencia de la disponibilidad de la *exc. doli* en el Derecho del Corpus iuris resulta excluida por el fr. 37 y por Inst. 2.1.30=D 41.1.7.12. Para las interpolaciones, véase Alfred Pernice, *Labeo* II 1 (2ª ed., Halle, 1895) 384 sig., Riccobono (*infra* nota 352) 181 sig., 375 nota 2, Bonfante II 2, 89 nota 3, 94 nota 4, e Ind. Int.

¹⁸⁹ A este respecto, véase también Archi 238 sig.

¹⁹⁰ El caso intermedio, en el que el constructor actuó *bona fide* sin permiso del propietario, aparentemente no se le ocurrió al epitomista.

¹⁹¹ Véase también Gothofr. *ad h.l.*; cf. *infra* pág. 62.

tenderse como otra consecuencia del proceso general de desintegración y simplificación. El contrato normal de arrendamiento o venta, que el sistema clásico había requerido para establecer una *superficies*¹⁹², fue substituido por el mero consentimiento del propietario del terreno. Habían desaparecido los tecnicismos procesales de un *interdictum* o de una *quasi in rem actio*, si es que existió, y lo que sobrevivió fue la mera huella de un derecho real conferido al constructor. Derecho que, siendo perpetuo, podía fácilmente incluirse en el concepto de *dominium*, como el arriendo perpetuo de la tierra de cultivo y la *superficies* en terrenos públicos. Pero a diferencia de estos casos, no habría lugar para el surgimiento de un *dominium* dividido. La construcción pertenecía al propietario del suelo¹⁹³ o al constructor.

Esta conclusión viene también respaldada por algunos textos visigodos y lombardos. No reflejando concepciones germánicas¹⁹⁴, LV 10.1.6, 7 y ER 151 parecen ser valiosos testimonios del derecho vulgar romano. Es especialmente digno de mención el estrecho paralelo existente entre *sine nostro permissu* (GE) y *sine permissione domini* (LV 10.1.7). Volveremos a estos pasajes¹⁹⁵.

Así, pues, IG 6.1.2 y ET 137, al reiterar la tradición clásica, están en claro desacuerdo con GE, LV y ER. Tales incongruencias, incluso dentro del Breviarium, no son más sorprendentes que las antinomias de la compilación de Justiniano. El autor de la IC pudo o haber seguido a la ligera la disposición (de 242) que estaba interpretando o no estar enterado de la eficacia del consentimiento del propietario.

5. *Servitus*

Las *servitudes*, en el derecho vulgar, experimentaron un desarrollo del que los libros de derecho de Justiniano dicen muy poco. Al seguir una doctrina de posible origen oriental, estos libros presentan un concepto de *servitus* que sobrepasa los límites clásicos del mismo y que incluye esos derechos *in re*, que, en consecuencia, son conocidos hasta hoy en muchos sistemas de derecho civil como servidumbres personales¹⁹⁶. Sin embargo, la legislación prejustiniana y la literatura occidental se revelan como estrictamente contrarias a esto. La palabra misma «servitus» se encuentra en contadas ocasiones: en GE 2.1.3 i.f., donde se ha tomado, evidentemente, de Gayo¹⁹⁷, en CJ 12.23.12 pr. (424/5); 11.43.6 pr. (439-441)¹⁹⁸,

¹⁹² Ulp. D 43.18.1.

¹⁹³ Véase también ET 137: «amittat quam in solo alieno fecerat mansionem».

¹⁹⁴ *Infra* nota 449. Para la medida en que cabe la negación, véase también Brunner I 532 nota 12.

¹⁹⁵ *Infra* págs. 91 sigs.

¹⁹⁶ Carlo Longo, *Bull.* 11 (1898) 281 sigs., 336 sigs., Rabel 450 nota 4, Kunkel 145, Giuseppe Grosso, *Usufrutto* (Turín, Giappichelli, 1935) 6 sigs., Biondi 675 sigs.

¹⁹⁷ Más tarde, los epitomes Seld. y Monach reemplazaron *servitudes* con *iura*.

¹⁹⁸ A juzgar por las *inscripciones*, las dos disposiciones se promulgaron en Oriente: Seeck 139, 349 sigs., 369 sigs.

probablemente también en una disposición incorporada al CT (=4.24 Mommsen) y citada en RB 17.6, a la que 17 Rubr. y 31.3 hacen referencia. Esto parece ser lo que hace el total. La Interpretatio, que desconoce por completo el término, lo sustituye con *usus*¹⁹⁹ en IP 1.17.2²⁰⁰. A primera vista, uno pudiera verse inclinado a explicar este desuso presumiendo que resultaba deseable evitar toda confusión con *servitus*=esclavitud. Pero había más razones para ello. No simplemente la palabra, sino el entero concepto técnico de servidumbre (*ius praediorum*) habíase perdido. No aparece título de *servitutibus* en el Breviarium y, muy probablemente, no lo había en el CT (cf. CT 2.23 y 24). El título correspondiente en el CJ (3.34) no presenta siquiera una disposición al respecto desde Diocleciano a Justiniano. Las *constitutiones* existentes de esta época que tienen que ver con *via, iter, aqua*, etc., se ocupan de caminos públicos y acueductos. Incluso cuando su lenguaje lo toman en préstamo del derecho privado, no es de derecho privado de lo que hablan. La *servitus luminis vel aeris* en RB 17.6 apunta a limitaciones generales en materia de construcción²⁰¹. Así también, claramente, las *servitutes* de CJ 12.23.12 pr. (424-5)²⁰² y Zenón CJ 8.10.12.2 b (δουλεία). El *usus aquae* en CT 15.2.5 (389); 6 (395); 7 (397), el *ius aquae* en CJ 11.43.5 y la *servitus aquarum aquaeductus Hadriani* en CJ eod. 6 pr. (ambos de entre 439-441) se refieren al derecho a sacar agua de los acueductos públicos. CJ 11.63.1.1 (319) regula el *aquarum ius potestatesque* entre *emphyteucarii* y *coloni*²⁰³.

Ni que decir tiene que los derechos particulares, especialmente los de paso y agua²⁰⁴, continuaban ejerciéndose²⁰⁵. Pero habían dejado de tener una designación o concepto propios. Los términos del derecho público y privado se mezclaron sin remedio. En estas circunstancias, no es nada seguro que el autor de IP 1.17 concibiera la rúbrica «De servitutibus» en su sentido original. Ni puede saberse si al utilizar *aquaeductus* (1.17.1) o *usus aquae* (1.17.2) tuvo en mente sólo aguas de carácter privado²⁰⁶. La duda aumenta por la manera tan poco clara como se definen los derechos de paso (1.17.1)²⁰⁷:

¹⁹⁹ Sin pensar en lo poco elegante de la frase: «usus... non utendo perit». Al mismo tiempo, *usus* también permanece con su significado clásico: IP 3.9.9.

²⁰⁰ Si nos fuera lícito generalizar, habría ocasión para formular la antítesis de que mientras en Oriente se llegó a clasificar *usus* como una *servitus*, en Occidente *servitus* se resolvió en *usus*. RB 17.2 presenta en cambio *aquae cursum*.

²⁰¹ *Infra* pág. 112.

²⁰² «Viros devotos palatinos non oportere in hac regia urbe apud virum illustrem praefectum urbis litigare compelli, nisi de aedificatione domorum et servitutibus et annonis orta videatur causa: in aliis vero causis tam pecuniariis quam criminalibus apud viros illustres tantummodo comites suos respondere».

²⁰³ Para un uso no clásico de *servitus* en textos interpolados, véase *infra* págs. 74 sig.

²⁰⁴ Para el ámbito cubierto en otro tiempo por las *servitutes praediorum urbanorum*, véase *infra* págs. 111 sigs.

²⁰⁵ Prueba de ello, de ser necesaria, podría proporcionarla RB 17.2, 3 y la cláusula «iter quo per rem alienam ad nostram pergimus» (IP 1.17.1).

²⁰⁶ Véase, por ejemplo, CT 15.2.7 (397): «Usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis quibusque manere censemus nec ulla novatione turbari».

²⁰⁷ Las definiciones de Isidoro 15.16.4, 8, 13 están tomadas de fuentes antiguas.

Viam, qua eundo ad rem nostram uti solemus, vel iter, quo per rem alienam ad nostram pergimus, et actum, id est qua pecora minare consuevimus, vel aquaeductum, bienio non utendo, si quis usus non fuerit, perire ei certissimum est.

Sólo la explicación relativa a *actus* hace uso de los escritos antiguos²⁰⁸. Sin embargo, ¿dónde está la diferencia entre una «via qua eundo ad rem nostram uti solemus» y un «iter quo per rem alienam ad nostram pergimus»? Si *via* tiene un significado específico, no puede apuntar sino a un camino público. De hecho, la Epitome Aegidii reproduce la palabra con *via publica*, y RC 23.23 lleva el encabezamiento *de via publica privata*²⁰⁹. La idea resultante de que un camino público podía perderse por no uso es bastante absurda. Ello únicamente agrava la confusión.

La misma mezcolanza de ideas surge de RB 17. Bajo el epígrafe *De clausis itineribus*²¹⁰ vel *aliis (!) servitutibus* ciertas actuaciones que obstruyen los caminos públicos (17.1) aparecen como servidumbres. Luego, las secciones 2 y 3 se apartan y pasan a hablar de servidumbres privadas²¹¹; las secciones 4 y 5 tratan de situaciones en las que un *consors* puede o no exigir la división efectiva de diferentes tierras en común²¹², y la sección 6, como ya se ha mencionado, discute las restricciones de carácter público en la edificación bajo el nombre de *servitutes*. Por otro lado, la clasificación de los derechos de paso²¹³ está en total desacuerdo con la Interpretatio. En la frase «viam iter actum, hoc est ubi carpenta vel carra conversari possunt» RB 17.3 describe o bien *actus* sólo²¹⁴ o *via iter actus* como caminos por los que los carruajes podían ir. La visión del autor de GE 2.1.3 es, por otra parte, distinta. Después de copiar literalmente la frase «iura praediorum urbanorum vel rusticorum» (Gai. II 14) y de presentar una lista de los primeros, continúa diciendo:

Praediorum vero rusticorum iura sunt via vel iter, per quod pecus aut animalia debeant ambulare vel ad aquam duci, et aquaeductus.

De manera que pasa por alto *actus*, llama *iter* el derecho a conducir y abreviar el ganado, dejándonos a obscuras respecto a *via*, término con el que, aparentemente, pretendía abarcar cualquier camino o senda para tránsito humano²¹⁵. Finalmente,

²⁰⁸ Conrat, *Gaius* 58 sig. y *Paulus* 144 piensa en un derecho de pasto del ganado. Pero este no es el significado de *minare*, una palabra muy familiar al latín medieval (Du Cange, *Glossarium* ed. Léopold Favre, Niort, 1883 sigs., h.v).

²⁰⁹ Así una de las dos familias de manuscritos.

²¹⁰ Cf. LB 27 Rubr. y 27.3.

²¹¹ *Infra* págs. 190 sig.

²¹² *Infra* pág. 82.

²¹³ Para el probable punto de vista clásico, véase Arangio-Ruiz, *Studi Brugi* (Palermo 1910); véase también sus *Ist.* 236 sig.

²¹⁴ Así Conrat, *Paulus* 144 nota 409.

²¹⁵ Véase también Hitzig, SZ 14, 203. Archi, 234 sig toma *via vel iter* como un concepto al que la sentencia relativa podría referirse. Pero de esta forma no quedaría ningún espacio para caminos utilizados por hombres. Las fuentes de este período usan *vel* y *et* de forma intercambiable; véase, p. ej., IP 1.17.1.

RC 23.23 se contenta con afirmar: «Hoc est via privata, qui non est strata publica».

La desaparición de *servitus* como término técnico, la confusión entre los instrumentos de carácter privado y público y el embrollo en el agrupamiento de los derechos de paso son suficientes indicios de la completa desintegración del anterior sistema de *servitutes*. Un factor más puede añadirse. Si exceptuamos algunas afirmaciones respecto a adquisición y pérdida de los derechos de paso y agua por transcurso del tiempo²¹⁶, ningún texto parece decirnos en qué forma se constituye una servidumbre. Sólo podemos suponer que, en caso de hacerse por negocio jurídico, se hacía mediante *pactiones et stipulationes*²¹⁷. Si en época clásica este medio²¹⁸ fue apto para producir efectos *in rem* sobre suelo provincial, se sigue que, con mayor razón, pudo servir a este propósito cuando la estricta distinción entre actos de transmisión y actos de obligación pertenecía ya al pasado²¹⁹. Si, no obstante, en un caso dado, un acuerdo daba lugar a un derecho *in re* o, simplemente, a derechos y deberes personales entre las partes contratantes o sus herederos, era algo que dependía totalmente de los términos del acuerdo. La variedad de situaciones que a este respecto ofrece Egipto²²⁰ puede usarse, con seguridad, como guía respecto a lo que ocurrió en Occidente. Pues parece encajar con lo que podía esperarse tras haber caído en desuso la *mancipatio* y la *in iure cessio*.

Evidentemente, junto con el término *servitus* desapareció también su esencial carácter real. Pero incluso allí donde se pretendía que el derecho fuera exigible a todos, no hay razón para presumir que siguiera siendo considerado como un *ius in re aliena* y comparado con la propiedad. La idea puede más bien haber sido la de que a la parte con derecho le pertenecía el camino o el arroyo. Como en los tiempos más antiguos²²¹, el aprovechamiento en cuestión pudiera ser que se haya entendido como un miembro más de la expansiva familia de las propiedades, como un tipo de *dominium* análogo al de un usufructuario. Pero las pruebas al respecto parecen muy escasas²²². La general reserva que guardan las fuentes con respecto a las servidumbres rústicas es quizá más que casual. Los derechos individuales de paso y de agua, de carácter real, habían dejado de desempeñar, muy probablemente, un papel importante y comparable con el que habían desempeñado anti-

²¹⁶ *Infra* págs. 200 sig.

²¹⁷ Sobre la *traditio vel patientia* véase *infra* págs. 198 sig.

²¹⁸ *Infra* pág. 198.

²¹⁹ *Infra* págs. 127 sigs.

²²⁰ *Cf.* su exposición en Taubenschlag, *Law* 193 sigs.

²²¹ *Infra* págs. 71 sig.

²²² Una remota indicación puede que se encuentre en RB 17.4, 5, en donde la propiedad en común de la tierra y su división aparecen como parte del título «de *servitutibus*». En Egipto, un papiro del siglo sexto (P. Monac. 16) muestra al propietario de una casa vendiendo y transmitiendo un patio adyacente, en el entendido de que el muro entre la casa y el patio quede en *condominium* (lin. 19 sig.), pero que, con todo, quede su mantenimiento al cargo exclusivo del vendedor. Arangio-Ruiz, núm. 107 se inclina a considerar este acuerdo como producto del contagio entre las reglas referentes a la *paries communis* y las de la *servitus oneris ferendi*.

guamente. Esto sólo estaría en correspondencia con la decadencia de las granjas pequeñas y medianas, y con la proliferación de las grandes propiedades, si aquellos derechos perdieron parte de su trascendencia económica y ofrecieron así menos incentivo para un tratamiento legal.

Por otro lado, los derechos reales de disfrute no unidos a un control efectivo del inmueble no quedaron ya limitados al área cubierta antaño por una *servitus*. La regla «*servitus in faciendo consistere nequit*» había durado más que su utilidad. Conforme surgieron tipos de *dominium* que daban a una persona no sólo los derechos del antiguo *usufructuarius* sino también un poder limitado de enajenación²²³, se convirtió en una posibilidad la existencia de una carga real (*Reallast*). La obligación de un *perpetuarius* o de un *emphyteuticarius* de pagar un *canon* periódico por el suelo era generalmente practicada y conocida en todas partes por los juristas. Les preocupaba poco si el *canon* era tributo, renta o las dos cosas. Ni podían ver razón alguna para confinar tales instrumentos a los casos que involucrarán derechos hereditarios. El que compraba de un *emphyteuticarius* podría seguir con los *onera* de este último, y también incluso cuando la tierra que se compraba, no estando sujeta a *emphyteusis*, era propiedad privada del vendedor («*si quis ab enfiteuticariis... privati iuris quippiam comparaverit*»: CT 11.1.4 [337])²²⁴. Era posible crear la misma clase de gravamen mediante negocio jurídico. Nada había que impidiese a un propietario imponer sobre su tierra una obligación de realizar prestaciones periódicas, en especie o dinero, a favor de una persona determinada. La persona de este modo beneficiada adquiriría un *ius in re* exigible a todo propietario subsiguiente. No importaba si la tierra pertenecía al Estado²²⁵, a la Iglesia o a un particular. Un ejemplo de este último caso se encuentra en la epístola, antes comentada, de Ambrosio²²⁶, el cual denominaba *usufructus* un derecho que, de acuerdo con el criterio clásico, ni lo era ni tampoco se podía clasificar realmente como una clase de *dominium*. Se trataba de un *ius* innominado.

Tal fue el derecho a recibir diariamente del Estado raciones de pan (*annona civica*), cuando esto fue unido al hecho de tener en Constantinopla y Roma casas en propiedad: «*aedes sequantur annonae*» (CT 14.17.1 [364])²²⁷. Este derecho no podía ni venderse ni dejarse *mortis causa*, excepto con la casa. Era un «personal derecho real» a prestaciones positivas y, de este modo, invertida imagen de una *Reallast*. Es verdad: el caso pertenecía al derecho público; pero incluso en el supuesto de que esta distinción siguiera en pie, sería imprudente suponer que los particulares no podían igualmente asumir obligaciones que hubieran de ser cumplidas en favor del propietario, en cuanto tal, de un determinado trozo de tierra. Los juris-

²²³ *Supra* págs. 40 sigs.

²²⁴ Cf. Seeck, *RE* 6, 31.

²²⁵ Históricamente, la institución se originó en el derecho público: Pernize *SZ* 5, 72 sigs. 93 sigs.; 19, 85; véase también Mario Pugliese en *Per il XIV Centenario (supra nota 97)* 529 sigs., Kaser, *SZ* 62, 61, Biondi, *Servitù prediali (supra nota 42)* 106 sig.

²²⁶ *Supra* págs. 25 sig.

²²⁷ Para detalles, véase Kübler, *Studi Bonfante* II 351 sigs.

tas del derecho vulgar se sintieron llamados a acatar las necesidades que surgían en la práctica diaria. No se cuidaron de los límites inherentes en los conceptos jurídicos tradicionales. El afán sistematizador no fue una de sus pasiones.

6. *Pignus*

La afirmación precedente es una de las razones que nos va a explicar el hecho de que tampoco se considerara que el *pignus* fuera un *ius in re aliena*. Indudablemente, en este caso los elementos para la formación de tal concepto sí que habrían estado presentes. De un lado, el deudor continuaba siendo el único propietario (IT 3.2.1: *rem debitoris*; IP 2.12.6: *rem suam*; LV 5.6.3 Antiq.: *domino* [bis]²²⁸; véase también Isid. 5.25.22: *dominium penes debitorem est*). De acuerdo con esto, los frutos de la cosa en garantía, por principio, «ad debitorem, non ad creditorem pertinet» (IP 2.5.2; cf. 2.12.5). El acreedor, si es que obtenía la posesión²²⁹, se consideraba que la tenía sólo temporalmente: «rem ipsi oppigneratam ad tempus» (IT 3.2.1); cf. «cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor» Isid. cit.)²³⁰. Por otro lado, en caso de no cumplimiento, podía obtener la cosa en garantía tanto de todo tercero como del deudor: «...qui pignus vel hypothecam²³¹ non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare» (CT 4.14.1 pr. [424])²³². Su derecho, pues, parecía tener carácter real sin ser propiedad.

Y sin embargo, podría resultar estéril buscar en los juristas del derecho vulgar afirmaciones que pudieran ser interpretadas en sentido favorable a la existencia de un *ius in re aliena*. Existe, además, una segunda razón para esta ausencia. Si esta categoría no se aplicaba a los derechos que necesariamente suponían control de hecho y disfrute, tales como *emphyteusis* y *ususfructus*, mucho menos se sentía la necesidad de su aplicación al *pignus*²³³. Aquí el centro de gravedad está en la relación entre acreedor y deudor²³⁴ y, en menor medida, en la existente entre la pluralidad de acreedores²³⁵. Incluso en el antiguo derecho pasó mucho tiempo antes de que al acreedor se le concediera *actio in rem*²³⁶. De aquí que el efecto frente a terceros ciertamente no se presentara en sí mismo como fundamento para

²²⁸ Para el origen romano de esta sección, véase von Meibom, *Das deutsche Pfandrecht* (Marburgo 1867) 257 sigs., Zeumer, LV *ad h.l.*

²²⁹ No mucha relevancia debería darse a *momentum* en IP 5.7.14 i.f.: *infra* pág. 253 nota 385.

²³⁰ La nueva fraseología *pignus deponere creditori* o *apud creditorem* (*infra* pág. 205 nota 69) parece también característica en relación con esto.

²³¹ Este término parece ser ajeno a la legislación occidental y al derecho vulgar. Por causa de destrucción durante la guerra, el pertinente número del Thes. no ha estado a mi disposición.

²³² Para PS 5.26.4, véase *infra* págs. 205 sig.

²³³ En el período que aquí nos ocupa, el *pignus* no conducía automáticamente a una extinción del derecho de redención en caso de mora.

²³⁴ Es instructivo echar una ojeada a los pasajes reunidos por Conrat, *Brev.* 235 sigs. Véase también RB 14.2, 3. Ese es el motivo por el que este asunto será más adecuadamente tratado en el volumen II de esta obra.

²³⁵ Véase, p. ej., IP 2.13.3.

²³⁶ Para esta *actio*, véase Kunkel 157 sig., Arangio-Ruiz 178, 264; *contra* Albertario IV 231 sig.

una ordenación sistemática. Mucho más cercana a este respecto habría sido la semejanza que ofrecía la *protopraxia*. Esta institución, cuyo real objetivo era la sujeción en garantía de cosas en manos de personas distintas del deudor²³⁷, era en esencia, si no de nombre, familiar al derecho vulgar en diversidad de formas. Como cosa natural, un bien en propiedad privada se consideraba *obnoxium* u *obligatum* o *veluti pignoris iure* comprometido a favor del Estado, las comunidades o las corporaciones por impuestos y *munera*. Los términos técnicos fueron los mismos que los empleados para las hipotecas legales²³⁸, las cuales, por otra parte, interesaron a los legisladores y escritores mucho más que lo que llegaron a interesarles los *pignora* convenidos sobre cosas específicas. Cuando lo que estaba en cuestión eran cargas públicas, los juristas, a veces, llegaron a describir a los acreedores como propietarios de las cosas afectadas a la satisfacción de aquéllas²³⁹. Pero en caso de relaciones de derecho privado, se refrenaron y no lo hicieron.

C. POSSESSIO COMO DENOMINADOR COMÚN EN EL DERECHO DE BIENES

1. Possessio como presunto *ius in re*

La discusión precedente ha llegado a un resultado que, contemplado desde el sistema clásico, no podría ser más negativo y desalentador. El concepto de *dominium*, que antaño irradiaba claridad, aparecía ahora muy desustanciado y privado de todo exacto significado. No sólo incluyó en sí anteriores *iura in re aliena*, tales como *emphyteusis*, *superficies*, *ususfructus*, y quizá también *servitus*, sino que asimismo fue usado como intercambiable con *possessio*. Todas esas exactas y depuradas nociones degeneraron. Plantéase, no obstante, la cuestión de si el asunto debió de parar en esto. ¿Nada hubo detrás de estos cambios más que confusión y decadencia, o podría intentarse reunirlos en un todo coherente y contemplarlos desde un mismo punto de vista?

Una característica parece destacarse: el papel predominante que desempeña *possidere*. Traspasando ampliamente sus límites clásicos, se convirtió en el concepto básico y, en gran medida, llegó a ser denominador común en el derecho de bienes. Pues fue aplicado notoriamente para designar todos los derechos reales que, normalmente, van unidos a tenencia efectiva, ya propiedad o usufructo, arrendamiento perpetuo o derecho de superficie. En vez de llamar a un hombre propietario, los juristas prefirieron indicarlo como *possessor*, *possidens* o el que tiene *possessio*²⁴⁰. Esto no significa que confundieran del todo las dos cosas. En ningún sistema jurídico digno de este nombre puede una situación de hecho ser simplemente iden-

²³⁷ Franz Wieacker, *Festschrift Paul Koschaker I* (Weimar, Böhlau, 1939) 231 sigs., 238 sigs., 254 sig.

²³⁸ *Infra* pág. 117 nota 132.

²³⁹ *Supra* págs. 41 sigs.

²⁴⁰ *Supra* págs. 21 sigs.

tificada con una sancionada por el derecho o reconocida como tal. Más que confundidos, *dominium* y *possessio* fueron aproximados. De aquí que *petitor* y *possessor* pudieran ser enfrentados y que el *possessor* tuviera que entregar la cosa si el *petitor* probaba su derecho²⁴¹. De aquí la distinción entre *iure* y *corpore possidere*²⁴². De aquí la práctica de implicar un *ius possidendi* en frases como estas: *possidendi habent potestatem (facultatem), possidere debent, possideant, possidebunt,* etc.

Pero este mismo uso, inconcebible para un juriconsulto clásico, demuestra que *possidere* se ofrecía como el término general utilizable para expresar tanto propiedad como cualquier derecho a un efectivo control de la cosa. Si, de este modo, la antítesis entre *factum* y *ius* se oscurecía, ello importaba poco a los juristas del tiempo. Al igual que le sucede a la gente corriente de todo lugar, les resultaba difícil concebir una posesión no acompañada de propiedad o una propiedad sin posesión efectiva. En la abrumadora mayoría de los casos, vieron que posesión y propiedad coincidían, y no se preocuparon de más. Si había un esporádico caso que se apartaba de lo normal, estaban persuadidos de que sus circunstancias podrían establecerse en juicio. Entretanto, mientras no hubiera prueba en contrario, se suponía y mantenía que el *possessor* era *dominus* y era tomado *prima facie* por tal. *Vice versa*, se suponía que un *dominus* tenía el control de hecho y podía de este modo aparecer ese término cuando lo que se discutía se refería sólo a la *possessio*²⁴³.

Además, algunas reglas actuaban conjuntamente de una forma que hicieron esas suposiciones tolerables en la práctica. En primer lugar, un adquirente *bona fide* o donatario de un poseedor no podía descansar confiadamente en el presunto derecho de este último: tenía que ceder ante el propietario²⁴⁴. En segundo lugar, la suposición no se extendía a aquellos que tenían pero dejaban de ejercer personalmente el control (*suo nomine*). Como sucedía en época clásica²⁴⁵, el familiar, representante, liberto o esclavo, que estuviese al cuidado de la propiedad de otro hombre o trabajara en ella, era considerado *alterius (absentis) nomine possidens*, y la *possessio* era reconocida únicamente al *alter*, el *dominus possessionis*, como se le denomina en CJ 3.19.2 (331) y const. Sirm. 16 [lin. 22]=CT 5.7.2.3 (408)²⁴⁶. Los textos presentan como tales no poseedores a los *parentes, proximi, propinqui, amici, actores, procuratores, liberti* y *servi* de los principales (CT e IT 4.22.1; eod. 4; const. Sirm. 16; IP 5.2.2). Sus *coloni* entraban, por regla general²⁴⁷, en esa misma categoría (CT 11.1.14; cf. 2.30.2; 4.23.1; 5.19.1, 2)²⁴⁸. Así también ocurrió con sus

²⁴¹ Para detalles, véase *infra* págs. 222 sigs.

²⁴² *Supra* págs. 26 sigs.

²⁴³ *Supra* págs. 31 sigs.

²⁴⁴ *Infra* págs. 166 sigs.

²⁴⁵ Cf. Gai. D 41.2.9; Ulp. D 43.16.1.22; Paulo D 43.24.17.

²⁴⁶ No es pertinente CJ 9.39.2 pr., § 2 (451), donde *dominus possessionis* parece significar el propietario de la tierra.

²⁴⁷ A excepción de los «coloni qui in suis conscribti locis proprio nomine libris censualibus detinentur»: CT 11.1.14; eod. 7; véase Gothofr. *ad h.l.*

conductores ad tempus (const. Sirm. 16 cf. CT 11.16.20; CJ 11.71.2)²⁴⁹: «eos autem», se afirma con carácter general en CJ 7.39.2 (365), «possessores non conuenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem»²⁵⁰. Todas estas personas, si bien sujetas a una acción *unde vi* e, incluso, capacitadas para entablar una acción *unde vi* a favor del poseedor ausente²⁵¹, de ser demandadas en una acción de propiedad²⁵², lo único que debían hacer era manifestar el nombre de aquél ante el tribunal (CJ 3.19.2 [331]), no pudiendo entablar esta última acción a favor del propietario, a menos que les hubiese éste otorgado específicamente poder de representación: la cláusula «per se vel per homines suos» en CT 13.11.16 i.f. (417) remite a «per se vel per aliam personam legibus ordinatam».

2. Métodos usados para describir distintos *iura in re*

Por lo tanto, la mayoría de los derechos reales tuvieron como forma común de manifestación la de *possidere*. Si la teoría occidental le hubiera prestado a esto alguna atención, podrían haber sido clasificados como subdivisiones de *possessio*²⁵³. El antiguo requisito de un *animus rem sibi habendi* no constituía un obstáculo. El usufructuario, el arrendatario hereditario, el autorizado a construir en suelo de otro, todos ellos tenían ese *animus*. Se consideraban a sí mismos como *domini*, y, con mayor o menor frecuencia, así se les llamó porque el *dominium* había dejado de ser de forma exclusiva el derecho a, en principio, un poder total sobre la cosa. Estaban ellos, pues, *in re sua* más que *in re aliena*. Sus poderes no diferían ya en estructura y carácter, sino sólo en alcance y, a veces, en duración. El *quantum* variaba, pero no el *quale*. Con esta forma de considerar el asunto, se acabó el estricto contraste anterior entre *dominium* y *ius in re aliena*. No sobrevivió.

La nueva mentalidad se vio obligada a producir un lenguaje nuevo. Tanto *possessio* como *dominium* habían llegado a adulterarse demasiado como para indicar inequívocamente qué significaban en un caso dado. Vemos así a redactores de leyes y documentos poner especial cuidado en acumular calificativos escogidos para indicar lo que en realidad tenían en mente. En este esfuerzo, sin embargo, exhi-

²⁴⁸ Cf. Justiniano en CJ 8.5.1. pr., § 1; Gregor. Moralia 14.41 (Migne 75, 1065): «non possessor agri, sed colonus est creditus».

²⁴⁹ Véase también Agustín, Enarratio in Psalm. 148.11 (Migne 37. 1945 sig.): «Inquilinus enim es, non possessor domus. Locata est enim tibi domus..., non donata; etsi nolis, migrabis, et non eam tali conditione accepisti, ut quasi tempora certa tibi sint. Quid dixit dominus tuus? Quando uolueris, cum dixeris, migra: paratus esto... inquilinus es in terra, eris possessor in coelo».

²⁵⁰ Para los *precario possidentes* enumerados aquí junto al *conductor* entre aquellos *qui... alteri possederunt*, véase SZ 66, 3 sig.

²⁵¹ *Infra* págs. 237, 248 sig.

²⁵² Por una tercera parte. Para las acciones entre el *dominus possessionis* y la parte que posee de él, véase *infra* pág. 219 nota 142.

²⁵³ Esto es algo totalmente distinto de la clara tendencia de la doctrina oriental a acentuar un algo de derecho como implícito en *possessio*.

bieron escaso método o regularidad. En algunos pocos casos marcaron, mediante la distinción *iure (animo) y corpore possidere*²⁵⁴, la diferencia entre el control de derecho y el de hecho. Con mucha mayor frecuencia, dedicáronse a utilizar atributos o descripciones para indicar el específico *ius in re* del que estaban tratando. Hicieron un trabajo relativamente aceptable cuando compararon la propiedad con el usufructo²⁵⁵ y otros derechos de mayor alcance pero de características semejantes²⁵⁶; mas erraron al no percibir la necesidad de mantener aparte, de un lado, la propiedad y, de otro, derechos tales como el *ius perpetuum*, la *emphyteusis* y la *superficies*.

(a) Lo que los grandes juristas habrían denominado *dominium* fue significado mediante paráfrasis como, entre otras, las siguientes²⁵⁷:

CT 4.11.1 (316): ...sine aliqua interpellatione possidentes... securi possideant.

CT 5.10.1 i.f. (319 o 320): ...ita debet firmiter possidere, ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat; cf. IT: habendi eum (infantem) et possidendi habeat potestatem.

CT 3.32.1 i.f. (322): ut (el comprador)...securus... possessor sit.

CT 10.8.3 (326): salva possidentium proprietate, quibus... in perpetuum quaesita est firmitas possidendi²⁵⁸.

CT 11.7.4=CJ 10.21.1 (327): comparatoribus data firmitate perpetua possidendi; cf. IT: firmo iure hoc ordine empta possideant.

FV 35.5=3.1.2.1 (337): «certa et vera proprietas» se requiere para conferir derecho a un vendedor²⁵⁹.

CT 10.17.1=CJ 10.3.5 (369): ut perpetuo penes eos (res) sint iure dominii.

CJ 11.62.6 pr. (384): inconcusse possideant atque ad suos posteros mittant.

CT 5.14.30 init.=CJ 11.59.7 pr. (386): salvo patrimoniali canone perpetuo ac privato iure defendat velut domesticum et avita successione quaesitum sibi habeat, suis relinquat²⁶⁰.

CT 5.11.11. i.f. (386): de iure dominii et perpetuitate securus²⁶¹.

CT 10.17.3=CJ 4.44.16 (391): sub empti titulo perpetuo dominii iure potiantur.

CT 7.8.5 pr.=CJ 12.40.2 (398): dominus propriae domus... eatenus intrepidus ac securus possideat portiones, ut...

CJ 11.59.11.1 (400): penes eos... proprietas possessionis intemerata permaneat.

²⁵⁴ *Supra* págs. 26 sigs. Sobre el uso restringido de *momentum*, véase *supra* pág. 21 e *infra* pág. 245.

²⁵⁵ Para éste véase, *supra* pág. 40.

²⁵⁶ Cf. *supra* págs. 40 sigs.

²⁵⁷ Para CT 4.11.1, 5.10.1, 11.7.4 y CJ 11.62.6 pr. véase también *supra* pág. 22.

²⁵⁸ *Infra* pág. 167.

²⁵⁹ *Infra* pág. 166.

²⁶⁰ *Infra* pág. 186.

²⁶¹ *Infra* pág. 187.

CT 15.1.50 i.f. (412): inconcusso robore et ipse habere et quibus velit tradere habebit liberam facultatem (caso de *permutatio*).

CT 16.10.20.1=CJ 1.11.5 (415): id in eorum patrimoniis aeterna firmitate perduret.

CT 13.11.16 init.=CJ 11.58.7 pr. (417): apud eum possessio firma permaneat, cui a pe-raequatore semel eam traditam fuisse constiterit²⁶².

NT 5.1.3 (438): ...firmiter in aeternum veluti privato et inconcusso iure possideat, ...ad heredum quoque suorum vel emptorum legitimorum, quin etiam retentatorum, si dominus quoquo pacto abalienaverit, ius commodis migraturis.

NT 22.2.8=CJ 10.35.2.7 (443): quarta portio... apud eam... perpetuo iure permaneat; cf. INT lin.167: integram hereditatem... sine aliqua inminutione possideant.

NMc 3.1 (451): manente penes eos successoresque eorum et detentatores²⁶³ inlibato dominio; apud eos dominium in perpetuum... permaneat; ver también 3.2 y CJ 11.70.5.1 y 2.

NAnth. 3 pr. (468): ...eo qui donata est firmiter possidente; § 1: hoc perpetuam obtineat firmitatem²⁶⁴.

INT 20: is qui excoluit... perpetuo iure possideat²⁶⁵.

INV 32 lin. 91: rem comparatam emptor perpetuo iure possideat.

Dicción y estilo parecidos se encuentran en los documentos pre-justinianos de venta y donación. Dos ejemplos podrán ser suficientes²⁶⁶. BGU 316, 20=Mitteis, Chr. núm. 271=Arangio-Ruiz núm 135. Venta de un esclavo (359)²⁶⁷:

δοῦλον κυρίως ἔχειν καὶ δεσποτικῶς κτᾶσθαι καὶ πωλεῖν διοικεῖν ὄν ἂν αἰρῆται τρόπον ἀπὸ τῆς σήμερον ἡμέρας καὶ εἰς αἰεί.

Marini núm 83=Arangio-Ruiz núm 99, col. II (Donación de Odoacro, ca. 490): «ad tuum dominium optima profitemur lege migrasse, quos utendi possidendi alienandi vel ad posteros transmittendi libero potiaris arbitrio»²⁶⁸.

(b) Idénticos epítetos y enumeración de funciones se utilizaron para caracterizar los derechos sobre inmueble perteneciente a otra persona o entidad, especialmente el dominio imperial.

²⁶² Unas pocas líneas después, esta *possessio* es referida con «dominationes semel constituae».

²⁶³ Cf. Max Radin, *Studi Bonfante* III 158.

²⁶⁴ *Infra* pág. 167.

²⁶⁵ *Infra* pág. 187.

²⁶⁶ Para más ejemplos, véase Marini núm 93, 114, 117, 118, 119=Spangenberg núm. 38, 49, 52, 52a, 53. Cf. también *infra* págs. 89 sig.

²⁶⁷ Acerca del carácter en su mayor parte jurídico-romano de este contrato, véase Mitteis, *Grundzüge der Papyruskunde* (1912) I 193, Hans Julius Wolff, *Revue d'histoire du droit* 14 (1936), separata 21. Arangio-Ruiz da muchas referencias.

²⁶⁸ Cf. Gregor. 9.98 (599): «famulum ..., quem nostra voluntate diu iam possides, fraternitati tuae iure directo (*infra* pág. 137 nota 115) donamus atque concedimus, ita ut eum habeas, possideas atque iuri proprietatique tuae vindices atque defendas et quidquid de eo facere volueris, quippe ut dominus, ex hac donatione iure perfecta libero potiaris arbitrio». Véase allí también Appendix I (II pág. 438, lin. 14) de 587.

CT 10.19.1 (320): ...etiam distrahendi habeant liberam potestatem²⁶⁹.

CT 5.13.1=CJ 11.66.1 (341), relativo a *perpetuarii*²⁷⁰: propria firmitate possessas (scil. possessiones) etiam ad posteros suos dominii perpetis (Just.: perpetui) durabilitate demitti.

CT 5.13.2 (341): quemque iure comparatas possessiones vel villas serenitatis nostrae tempore firmiter optinere atque ad posteros suos transmittere.

CT 15.1.9 (362): eas (domos) inconcusso iure qui aedificaverunt possidere; cf. IT: eas sine inquietudine possidere debebunt²⁷¹.

CJ 11.62.3.1 (365): eas (possessiones) in perpetuum apud eos qui eas susceperint et eorum posteritatem remanere²⁷².

CJ 13.6.4 (367): bona ad se transmissa sine inquietudine possideant²⁷³.

CJ 11.62.5 (377): perpetuo eundem atque inconcusso iure possideant.

CT 10.3.3 (380): penes eos iugem (=perpetuam) permanere iubeas possessionem, quos priore conductionis iure eandem meruisse constiterit.

CT 10.19.11 (384): exercentibus cedat habituris licentiam vendendi, donandi et quo voluntas suaserit transferendi²⁷⁴.

CT 5.14.33 (393): Ius enfyteuticum, quo... praedia possessoribus sunt adjudicata perpetuariis, ita inconcussum... esse retinemus, ut quod semel traditum fuerit, nec a nobis unquam possit nec ab alio aliis possidentibus occupari.

CJ 11.70.4 (397): eos... firmum dominium tenere discernimus... teneat quisque ius proprium.

CT 2.23.1 pr. (423): perpetuo iure et firmo dominio eadem... possideat: cf. IT: perpetuo in eius iure permaneat²⁷⁵.

NT 26.4=CJ 11.59.17 (444): firmiter eum volumus possidere.

Cass 7.44: ... proprietario iure concedimus; ...securus etiam ad quoslibet vel ad posteros transmissurus.

La conformidad de las dos series de textos es sorprendente. Aquí y allí, los juristas empleaban una de las dos formas, o una combinación de las dos, para denotar *dominium*, ya cuando indicaban alguna de las facultades típicas y principales ínsitas en la propiedad, o cuando acentuaban la estabilidad y el carácter permanente del control sobre la cosa. En este último y más frecuente caso, *firmum* y *perpetuum* fueron los epítetos más comunes y *perpetuum* llegó a ser un término especialmente popular después de que el *ius perpetuum*, en el sentido de arriendo perpetuo, se hubiese confundido con la *emphyteusis*. Hacia mediados del siglo quinto no podría ya esperarse que el término *ius perpetuum*, sin más especifica-

²⁶⁹ *Infra* pág. 110.

²⁷⁰ *Supra* pág. 44.

²⁷¹ *Supra* págs. 49 sig.

²⁷² Cf. Mitteis, *Erbpacht*, 48 sig., 53, 56.

²⁷³ *Supra* pág. 42.

²⁷⁴ *Infra* pág. 110.

²⁷⁵ *Supra* págs. 50 sig.

ción, pudiera estar por *emphyteusis*²⁷⁶, mientras que, sin vacilaciones, era aplicado como un equivalente de propiedad (NT 22.2.8 [443]; IT 5.1.8; 8.18.9; INT 20; INV 32 y 35).

Si no fuera por el contexto, los tipos (a) y (b) no podrían ser separados acertadamente. Sólo las referencias a *loca publica*, *fundi patrimoniales* y otras cosas por el estilo han sugerido la agrupación sub (b), e incluso este criterio no es siempre concluyente, como muestran los pasajes que, con seguridad o probabilidad, aluden al *ius privatum* (cf. CJ 11.62.6 pr.²⁷⁷; CT 5.14.30 init.; NT 5.1.3; NMc 3.1²⁷⁸). CT 13.11.16, p.ej., podría interpretarse en uno u otro sentido. Al final, la distinción entre *ius privatum* y *emphyteusis* pierde su significado por completo (cf. INMc 3)²⁷⁹.

3. *Dominium (possessio?) duorum in solidum*

Hemos visto que el concepto anteriormente existente de *ius in re aliena* había llegado a desaparecer. La *servitus*, en otro tiempo un destacado miembro de esta familia, ya nunca más figuró como categoría específica. Otros derechos, desde el *ius perpetuum* hasta el *ususfructus*, se consideraron ahora como variedades de *dominium*. Ninguno de ellos, no obstante, operó como *dominium* exclusivo. El suelo estatal dejado en *emphyteusis* estaba también en propiedad del emperador²⁸⁰; la tierra de frontera, que definitivamente dejaba de estar ocupada por un soldado con capacidad para ello, revertía al Estado; los bienes de los miembros de una corporación, afectados a ésta, pertenecían asimismo al *collegium*; los *bona materna* sobre los que el padre supérstite tenía *dominium=ususfructus* eran vistos al mismo tiempo como propiedad de los hijos²⁸¹. El resultado inevitable fue el de un *dominium duorum in solidum*²⁸². Las dos propiedades diferían en alcance y duración. Si bien podía ser que coexistieran durante un lapso más o menos extenso, al final

²⁷⁶ CJ 11.71.5 (429) parece establecer una especie de *terminus ad quem*. En NV 13 pr. i.f. (445) *perpetuariis* parece remitir a «enfyteuticae glebae possessor». NV 27 (449) se toma la molestia de emplear y reiterar (princ. y § 4) la verbosa expresión: «iuris perpetui emphyteutici (emphyteuticarii) patrimonialis (et) rei publicae». Incluso en esta conexión *ius perpetuum* es totalmente ajeno a la Interpretatio, y *emphyteusis* no sobrevivió mucho tiempo (*supra* págs. 46 sigs.).

²⁷⁷ Véase Beaudouin, *supra* nota 127, 347 nota 4; Mitteis 40 nota 2.

²⁷⁸ La Novela extendió la obligación de pagar el canon a los que habían adquirido suelo municipal bajo un *ius privatum demto canone*; cf. Brunner, *Forsch.* 675.

²⁷⁹ *Supra* págs. 47 sig.

²⁸⁰ Aquí está la diferencia con el antiguo *ager publicus*, donde el individuo no podía tener sino la posesión protegida por *interdicta*: Kaser, *SZ* 62 (1942) 4 sig., 26 sigs., 81, también *Eigentum* 341 sig.

²⁸¹ Para *superficies* en terreno público, véase *supra* págs. 49 sigs. Lo mismo, al parecer, una mina era tanto del operario como del terrateniente: *infra* págs. 109 sigs.

²⁸² Lo impugna Biscardi 122, aunque acertadamente observa el adulterado uso que se hacía del término *dominium* etc. (61 sigs.). Su argumento de que las controversias entre el Estado y los individuos eran resueltas en vía administrativa es de escaso peso en relación con el derecho vulgar. También deja sin cubrir aquellos casos en los que el Estado no era parte. Para el dogma clásico, véase Vittorio Scialoja, *Teoria della proprietà* I (Roma, Sampaolesi, 1928) 425 sigs., 436 sigs.

una de ellas resultaba ser superior a la otra. La administración imperial podía terminar con el arriendo «perpetuo» si se demoraba el pago del *canon* (CT 3.30.5; 5.15.16, 18) o si se abandonaba el inmueble (CT 5.14.30; 5.11.12). Tras la muerte del padre²⁸³, los hijos podían entablar una acción judicial contra todo aquel a quien el difunto hubiese enajenado de manera ilegal los bienes maternos (CT e IT 8.18.1; NT 14.4). Consecuencias similares se producían en los otros casos.

Lo que las fuentes nos presentan, sin embargo, es sólo el material en bruto. Dejan sin indicar de alguna forma si la coexistencia de los diversos *dominia* fue comprendida y conceptuada. Tuvieron que pasar varios cientos de años antes de que doctos juristas abordaran el problema teórico, separando un *dominium directum* (*eminens*) y un *dominium utile*²⁸⁴. Esta doctrina ha sido localizada en puntos de vista germánicos y contrapuesta a los conceptos romanos²⁸⁵. Pero la perspectiva que nos otorga el derecho vulgar abre un panorama nuevo. En cualquier caso, a juzgar por lo que hasta ahora señalan las pruebas disponibles, antes bien que las fuentes germánicas fueron la legislación de los siglos cuarto y quinto y pasajes del Digesto los que sirvieron a los glosadores y a Bártolo²⁸⁶ como puntos de partida.

Síguese, con mayor razón, que el derecho vulgar no se tomara la molestia de especular acerca de una *possessio plurium in solidum* en el sentido de una co-tenencia de hecho. Pero, en la práctica, la cuestión debió de presentarse respecto a si, en los casos citados anteriormente, el propietario superior tenía acción posesoria cuando el propietario inferior era desposeído. Ciertamente, la acción por los *bona materna* se denegaba a los hijos, viviendo el padre, ya sobre la base de que carecían de acción petitoria (*cf.* IP 5.2.1)²⁸⁷ o, como es probable que la mayoría mantuviera²⁸⁸, porque no tenían ni control efectivo ni ningún otro aprovechamiento presente o pasado en la cosa²⁸⁹. «Non enim potest esse possessor qui non capit fructum». Este comentario de Ambrosio, el obispo y jurista²⁹⁰, que de manera tan

²⁸³ Y sólo después de ésta. Este es el significado que hay detrás de *proprietas reditura* y términos parecidos (*supra* pág. 37). Véase, especialmente, IT 3.13.3: «filii non sibi hoc, dum advixerit pater eorum, ... vindicent».

²⁸⁴ Algunos rudimentos de esta manera de pensar aparecen ya en Séneca, de benef. 7.4.3: «Fines Atheniensium aut Campanorum vocamus, quos deinde inter se vicini privata terminatione distinguunt. Et totus ager (illius) aut illius rei publicae est, pars deinde suo domino quaeque censetur. Ideoque donare agros nostros rei publicae possumus, quamvis illius esse dicantur, quia aliter illius sunt, aliter mei». Véase también 7.6.1.

²⁸⁵ Gierke II (1905) 368 sigs. con muchas referencias, Huebner 232 sigs., Édouard Meynial, *Mélanges Fitting* II (1908) 411 sigs.; véase también, aunque con indecisión, Paul Koschaker, *SZ* 58 (1938), 255, 437. *Contra* Heusler II 48 sigs., Franz Beyerle, *Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrechts* (Weimar, Böhlau, 1932) 13 nota 2 y, para el Derecho Inglés, Pollock y Maitland II 6 nota 1.

²⁸⁶ *Cf.* Ernst Landsberg, *Die Glosse des Accursius* (Leipzig 1883) 97 sigs., Emilio Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune* (Padua, Cedam, 1937) 13 sigs.

²⁸⁷ *Supra* pág. 30.

²⁸⁸ *Supra* págs. 29 sig.

²⁸⁹ IP 5.6.1, al discutir los *interdicta* posesorios, llama constantemente al demandante *prior possessor* o el que *possedit*; *cf.* también IP 5.7.5.

²⁹⁰ En *Evang.* Lucae 5.61 (Migne 15, 1653). Alrededor de 389 (Otto Bardenhewer, *Geschichte der altkirchlichen Literatur* III [Friburgo, Herder, 1912] 519).

sorprendente coincide con la posterior noción germánica de *gewere*²⁹¹, puede muy bien haber expresado la concepción dominante en su tiempo. Está en perfecto acuerdo con el edicto del emperador Juliano, quien, mediante la afirmación siguiente, resume la regla que establecía la sujeción de los *possidentes* al pago de los tributos que gravaban los inmuebles: «dominium qui fructus capit tributa exigi iustum est» (CT 11.3.3 y 4 [363]). Existen también otros pasajes que se refieren al usufructuario y en los que el término *possessio*, sin nada que lo adjetive, abarca uso y disfrute, como ocurre en CT 8.18.2 (319): «ut dominium tantum possessionis usurpent» y en CT 3.8.2 (382): «possidendi tantum... facultate concessa»²⁹². Sobre esta base, la posesión del propietario superior, si obtenía algún provecho de la tierra, puede que haya sido algo dado por sentado, como era el caso del Estado por la percepción del *canon* del *emphyteuticarius*. Si llegó a extraerse tal conclusión, es algo, sin embargo, de lo que cabe dudar. Cuando pueden utilizarse medidas administrativas, hay poca necesidad de recursos posesorios²⁹³.

4. Origen del nuevo enfoque

¿De dónde partieron los movimientos que ocasionaron la posición mantenida por el derecho vulgar? Vista la entidad del problema, la tesis del origen oriental se presenta como ineludible. Un cierto número de las peculiaridades hasta aquí discutidas han sido también descubiertas como presentes en la práctica oriental o helenística. Recordemos el indistinto uso de *κυριεία* y *κράτησις*, la ausencia de una propiedad concebida con la precisión necesaria para hacer posible su distinción bien de la posesión²⁹⁴ o de los derechos en las cosas de otros, la enumeración de las funciones de la propiedad para que hiciera las veces de un concepto inequívoco y la idea de una múltiple *κυριεία* en grados diversos²⁹⁵. Considerando que la transformación llega a ser evidente desde el tiempo de Constantino, y puesto

²⁹¹ *Infra* nota 465.

²⁹² Véase también IT 8.12.1 y 8.18.6; *supra* pág. 24.

²⁹³ En CJ 11.62.4 i.f. (368) y NT 19 pr.=CJ 11.66.7 pr. (440) *possessio* significa la heredad imperial como tal.

²⁹⁴ El hecho de que la distinción entre *δεσποτεία* y *νομή* se haga en algunos papiros del siglo tercero (P. Oxy. 1468, 16-17 [258] y P. Tebt. 335, 6-7) podría ser una consecuencia de la Constitutio Antoniniana (Arangio-Ruiz, *Bulletin de l'Institut d'Egypte* 29 [1948] 114 sig.) La misma influencia podría dar cuenta de P. Greng. II 74, 12 (304) y Friedrich Preisigke, *Sammelbuch* 5356, 10 (311?). Pero incluso mucho más tarde se encuentra la misma distinción: P. Goodspeed 15, 10-11 (362) y Carl Wessely, *Studien I* pág. 7 nota 2, 18-20 (454). Esto no es más sorprendente que el lenguaje conservador en un número de disposiciones y comentarios contemporáneos: véase *supra* nota 14.

²⁹⁵ Mitteis, *Reichsr.* 69 sigs., 499 sigs., Ernst Rabel, *Haftung des Verkäufers* (Leipzig, Veit, 1902) 50 sig. y SZ 36 (1915) 341 sig., Partsch, SZ 43 (1922) 566, Ernst Heinrich Seligsohn, *Justa Possessio* (Friburgo, Tesis Doctoral 1927) 6 sigs., Paul Koschaker, *Über einige griechische Rechtsurkunden* [*Abh. der philol.-histor. Klasse der Sächsischen Akademie der Wissenschaften* 42] (1931) 46 sigs., Arangio-Ruiz, *Arch. giur.* 108 (1932) en recensión de U. E. Paoli, separata 3 sig., Hans Julius Wolff, *Traditio* 2 (1944) 63. Cf. también Andreas Bertalan Schwarz, *Die öffentliche und private Urkunde im römischen Ägypten* [*Abh. cit.* 31] (1920) 170 sigs., G. Simonetos, *Festschrift Koschaker* III (1939) 173 sigs. y referencias en Taubenschlag, *Law* 173 sig., 185 sigs.

que este gobernante fue claramente sensible a los usos helenísticos, es muy claro que sería imposible negar tales influencias *a limine*. Pero darlos por sentado tampoco estaría justificado. La experiencia diversa de los estudiosos a lo largo de las pasadas décadas ha contribuido mucho a prevenirnos contra suposiciones *prima facie* de una tan comprehensiva recepción²⁹⁶. Una actitud de reserva parece ser particularmente prudente ante lo que nos ocupa. En primer lugar, nadie se propuso declarar la guerra a los conceptos y al espíritu de los escritos clásicos. Fueron vistos con reverencia y elevados en rango hasta el de las leyes. Constantino mismo, a la vez que deseaba «perpetuas prudentium contentiones erueret» (CT 1.4.1), proclamaba: «Universa quae scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda» (CT eod. 2). La Ley de Citas CT 1.4.3 (426) revela la misma tendencia. Además, nada indica que emperador alguno tomara ni una medida específica o emprendiera una política determinada en impulso de las nuevas concepciones en materia de derecho de propiedad. Más bien las hicieron valer como algo ya establecido, como si el camino por ellas marcado fuera el de siempre hasta entonces seguido. Así, pues, falta absolutamente una abrupta ruptura con el pasado. En numerosos pasajes, leyes y documentos utilizan, p.ej., *possidere*, *possessio* y *possessor* en el viejo sentido²⁹⁷, o ponen *proprietas* frente a *ususfructus* de forma aparentemente similar a como lo hacían Paulo o Ulpiano²⁹⁸. En tercer lugar, si hubo alguna considerable influencia de las ideas helenísticas, deberían ser detectables en los documentos romanos que contienen la creación o la transmisión de derechos reales. No hay duda de que un número de expresiones o rasgos estilísticos en los contratos de venta se abrieron paso desde Oriente, y no sólo en época tardo imperial²⁹⁹. Pero, como han demostrado investigaciones recientes³⁰⁰, no deberíamos exagerar la influencia de esos modelos formales sobre el derecho sustantivo. Puesto que el uso de documentos como forma más común para los negocios jurídicos, y dado que a los notarios occidentales, en cierta medida, debían de serles familiares los documentos escritos en griego, el resultado ampliamente negativo al respecto de aquella recepción no podría parecer sino sorprendente.

En estas circunstancias, el factor externo en la transformación de los conceptos del derecho de propiedad debe ser estimado como esporádico y secundario. La evolución del derecho vulgar fue, en esencia, un proceso que, desde dentro, se había ido desarrollando lenta y gradualmente a través de los siglos y que se manifestó abiertamente en el siglo cuarto cuando, ya no estorbados por la ortodoxia de la cancillería imperial, los juristas se sintieron libres para seguir su propia modo

²⁹⁶ Véanse también algunas afirmaciones del que esto escribe: *Atti*, Roma II 44 sig., *Amer. Historical Review* 48 (1942) 25 sig.

²⁹⁷ *Supra* nota 14.

²⁹⁸ *Supra* nota 114.

²⁹⁹ Paul M. Meyer, *Z. für vergleichende Rechtswissenschaft* 35 (1917) 98 sigs.; 39 (1921) 252.

³⁰⁰ Arnold Ehrhardt, *SZ* 51, 164 sigs., 186 sig.; cf. Kunkel 101 nota 17, H. J. Wolff, *Revue d'histoire du droit* 14 (1936), separata 20 sig., Franz Wieacker, *Vom römischen Recht* (Leipzig, Koehler und Amelang, 1944) 206.

de pensar³⁰¹. Un modo, no obstante, necesaria y muy severamente desviado de lo que había sido cien años antes. Habíase perdido la preparación concienzuda y la energía mental que, con exclusividad, les hubiera permitido mantener el nivel alcanzado por los grandes juristas, penetrar el juego de frenos y contrapesos de su sistema y realizar una armónica adaptación del mismo a las necesidades del tiempo. No alcanzaron a comprender aquella altamente refinada construcción en la que cada noción tenía una significación y una precisa relación con los otros conceptos. De manera instintiva, y no muy conscientes de lo que estaban haciendo, intentaron verter esas nociones de forma que apelaran a la experiencia corriente. El *dominium* nunca nadie lo había visto. Pero cada cual conocía la posesión que tenía de muebles o inmuebles. Además, hasta Diocleciano, en todo lugar, excepto en Italia y áreas de *ius Italicum*, la propiedad del suelo fue designada, incluso técnicamente, *possessio* más que *dominium*. Esta forma visible de control y de uso se impuso como la perspectiva natural desde la que abordar el nuevo derecho relativo a la propiedad, de la misma forma que lo fue en muchos pueblos en sus comienzos, incluyendo a los romanos.

5. Derecho romano primitivo y Derecho romano vulgar

Merece notarse que el derecho vulgar muestra, de hecho, un gran número de rasgos en común con el más antiguo derecho romano³⁰². El concepto de propiedad como un, en principio, ilimitado derecho de control sobre la cosa no había nacido todavía. El término *dominium* o *proprietas* no apareció hasta finales de la República Romana³⁰³. La ausencia de un concepto tal hizo que los juristas recurrieran a una descripción de su alcance, para lo cual la combinación «uti frui habere possidere licere» se probó apropiada y proporcionada³⁰⁴. Igualmente, los *iura in re aliena* tampoco habían sido concebidos como tales. Aunque la escasez de fuentes al respecto hace que no esté probada del todo, puede que muy probablemente sea cierta la suposición³⁰⁵ de que las viejas *servitutes*³⁰⁶ rústicas, e incluso el *ususfructus*³⁰⁷, cayeron dentro de lo abarcado por el *meum esse*, iguales, pues, en naturaleza al control sobre el resto y sólo cuantitativamente limitadas por su ámbito de

³⁰¹ Véase también *supra* págs. 5 sig.

³⁰² Tratar de esto en detalle no cae, naturalmente, dentro del objeto de este libro. Si, por consiguiente, en lo fundamental, me satisface referirme a las recientes, originales y profundas contribuciones de M. Kaser, esto no significa infravalorar la valiosa labor realizada por otros autores precedentes. Véase, p. ej., Moritz Voigt, *Berichte der Sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften, Philologisch-Historische Klasse* 26 (1874) 159 sigs., esp. 176 sigs., Seligsohn (*supra* nota 295) 10 sigs., Siber 108, 112 sig., Kunkel 122 sig., 146 nota 1, Biondi 659 sigs., 665 sigs., todos ellos con referencias.

³⁰³ Kaser, *Eigentum* 3 sigs., 306 sigs.

³⁰⁴ Para los detalles, Kaser *SZ* 62 (1942) 22 sigs., *Eigentum* 321 sig.

³⁰⁵ *Contra*, especialmente, Giuseppe Grosso, *SDHI* 8 (1942) 10 sigs., *I problemi dei Diritti Reali* (Turín, Giappichelli, 1944) 12 sigs., 18 sigs. El estudio de Riccobono, *Bull.* 49/50 (1948) 33 sigs., atiende fundamentalmente del derecho clásico.

³⁰⁶ Koschaker, *SZ* 58 (1938) 258 sig., Kaser, *Festschrift Koschaker* (*supra* nota 237) I 446 sigs.

³⁰⁷ Kaser, *Festschrift Koschaker* I 458 sigs., *SZ* 65 (1947) 258 sigs., 371 sig.

aplicación. Un *dominium duorum in solidum*, dividido en funciones, habría sido una de las consecuencias³⁰⁸ si los primeros juristas se hubieran parado a pensarlo. El *meum esse* del viejo procedimiento³⁰⁹ clamaba por el reconocimiento de un mejor derecho a poseer³¹⁰, y la *possessio* o *usus*, esto es, el control de hecho sobre la cosa, se consideraba como un componente normal de la propiedad³¹¹. Pero la sola *possessio* difícilmente era considerada suficiente como apenas bastante para expresar este derecho a poseer³¹² o para presumirlo. Y existen más diferencias³¹³.

Las semejanzas, no obstante, parecen tener tal amplitud que indican que la tendencia jurídico-vulgar era tan indígena en Roma como en cualquier otra parte. Son tanto más sorprendentes cuanto no pueden tener ningún tipo de conexión causal. Sería absurdo imaginar que los hombres del Bajo Imperio tuvieron algún conocimiento de los primitivos cimientos que yacían enterrados bajo el edificio clásico. Lo que sucedió fue que, de manera inconsciente, recayeron en una más primitiva técnica legal³¹⁴. De esta forma, parecían enlazarse circularmente lo viejo y lo nuevo. Y, así, en una forma un tanto sorprendente, la corriente volvía aproximadamente al punto de donde había partido. Y, con todo, la diferencia fundamental se percibe con facilidad. Durante la República, un verdadero espíritu creativo labró los rudimentos a partir de los que surgieron los eternos conceptos romanos. Durante el Dominado, estos conceptos, si bien estaban a mano, volviéronse inextricables e inaprovechables. El gran derecho del pasado fue vulgarizado.

D. POSICIÓN DE JUSTINIANO

1. *Possessio*

Es bien sabido que los hombres de Justiniano siguieron, con entusiasmo, la tendencia postclásica a basar las consecuencias jurídicas sobre el *animus* de una persona, incluso cuando tal intención no hubiese resultado incorporada a declaración alguna o no fuera apoyada por circunstancias manifiestas al mundo circundante. El *animus possidendi* no fue una excepción. En algunos casos importantes se consideró que bastaba con dar por válida la continuación de la posesión, aun cuando el control real sobre la cosa hubiera dejado de existir³¹⁵. Un principal, cuyos re-

³⁰⁸ Kaser, *Eigentum* 16 sigs., 302 sigs.

³⁰⁹ Sobre *vindicare* como apoderamiento extrajudicial, tanto en el derecho primitivo como en el vulgar, véase *infra* págs. 202 sigs.

³¹⁰ Para tendencias similares hacia una propiedad relativa en el derecho vulgar, véase *infra* págs. 233 sigs.

³¹¹ Kaser 10 sig., 362 sig.

³¹² Kaser 340 sig., 361 sigs.

³¹³ Véase, p. ej., *supra* nota 280.

³¹⁴ Análogas, en parte, son las observaciones que hace Grosso, *Annali Università Camerino* XII 2 (1938) 3 sigs. y *Scritti Ferrini* (Pavía) (1943) 253 sigs.

³¹⁵ Para los detalles, véase esp. Rotondi III 94 sigs., 143 sigs., 167 sigs., 201 sigs., 271 sigs., Pringsheim, *Law Quarterly Review* 1933, 53 sig., también Levy, *Hergang der römischen Ehescheidung*

presentantes o subordinados abandonaban la heredad (CJ 7.32.12), y, en definitiva, cualquier ausente (CJ 8.4.11), retenía la posesión a no ser que, y hasta que, cesara en su *animus possidendi*. Con esta muestra de indiferencia hacia el elemento material, la *possessio* obtenía la estabilidad propia de los derechos. En adelante, no mostró ya aquella fundamental diferencia, respecto a la propiedad, que entrañaba la esencia de su concepto clásico. No es de extrañar, por consiguiente, que un cierto número de textos, unos con origen en el derecho vulgar³¹⁶, otros influidos por la doctrina oriental, interesaran a los recopiladores y que los incluyeran en sus códigos. Se incorporaron pasajes que expresaban *dominium* en términos de *possidere* (CJ 6.56.5.1=CT 5.1.8; CJ 9.12. 7 pr.=CT 9.10. 3 init.; CJ 10.21.1=CT 11.7.4; CJ 11.62.6 pr.; 11.70. 4 etc.). También se adoptó el principio de las dos clases de *possessio* (CJ 7.32.10; cf. 2.14.1.3; 10.10.5.1), con una *quae iure consistit* muy superior a *alia quae corpore*³¹⁷. Además, una porción de textos del Digesto se alteraron para acentuar el contraste entre *animo* y *corpore possidere* (p.ej., D 41.2.19.1; eod. 27 y 29; 43.26.15.4). Y, sin embargo, impresionados por la fuerza y consistencia del sistema clásico, los codificadores no se decidieron a llegar hasta el final en esta dirección. Quizá se dieron cuenta de que una prosecución consecuente de la idea de *retinere possessionem animo* podría llevarles a verse atrapados por la confusión entre posesión y propiedad. Y, determinados a evitarlo, no se les pasó por la cabeza mezclar las nociones, como había hecho la Interpretatio (IP 5.2.1), atribuyendo *animo possidere* a quien pudiera entablar una *rei vindicatio*. No reconocieron *animus possidendi* en un *vi deictus*: su posesión la dieron por perdida (véase esp. D 41.3.5 y 43.16.1.24 y 45)³¹⁸. No impidieron que el término *possessio* fuera la palabra técnica que designara la cuestión envuelta en el procedimiento interdicial. Tampoco les pareció que *possessio* creara una presunción de *dominium*. Sin vacilar, tomaron innumerables pasajes que acentuaban el carácter fáctico de la *possessio* y su diferencia respecto al *dominium*, ya procedentes de escritos clásicos o de afirmaciones con posible ascendencia oriental (p.ej. D 6.2.7.6)³¹⁹. Se dieron prisa igualmente por adoptar el expediente oriental de la *possessio iuris* y, de ese modo, extender el concepto de *possessio*, en el sentido de mero ejercicio de hecho de derechos, a cosas incorpóreas tales como *servitus* y *superficies*³²⁰. Si, de este modo, el uso de *possessio* ganó en complejidad y ambigüedad³²¹, su idea de *dominium* era clara. No resucitando el obsoleto dualismo de *dominium* e *in bonis*

(Weimar, Böhlau, 1925) 97, Arangio-Ruiz 276 sigs., Kunkel 113 sig., Albertario II 247 sigs. y *passim* parece ir demasiado lejos en la suposición de interpolaciones.

³¹⁶ Cf. *supra* págs. 21 sigs.

³¹⁷ *Supra* págs. 27 sigs.

³¹⁸ La versión de Justiniano acerca de la regla de la pérdida del derecho (CJ 8.4.7) no supone realmente contradicción: «*possessionem quam abstulit restituit possessori*; sin autem... *possessionem inuasit, ... eam possidentibus reddat*». Estas faltas de correspondencia son producto del descuido. Véase también *supra* nota 75.

³¹⁹ «*Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit*». Cf. Beseler III 128, Albertario IV 230.

³²⁰ *Supra* nota 24.

³²¹ Para la posesión del que tiene *precario*, véase también SZ 66, 6 sig.

esse, volvieron del todo al concepto clásico de aquél como derecho pleno en la cosa³²². Nunca utilizaron o tomaron los términos *dominium* o *dominus* para expresar posesión³²³. La supresión de *locorum adepta dominium* en CJ 3.39.3, a diferencia de CT 2.26.1, otorga un ejemplo muy a propósito.

2. *Ususfructus*

Más decididamente incluso sostuvo la distinción básica entre *dominium* y *ius in re aliena*. Hay una aplastante cantidad de doctrina de autoridad en materia de *ususfructus*³²⁴. No sólo los resúmenes de los escritos antiguos permanecen inalterados en este asunto, sino que el emperador, cuando habla por sí mismo, lo hace en la misma línea. Es suficiente con echar una rápida ojeada a sus opiniones (p.ej., Inst Tit. 2.4; 3.28 pr.; CJ 3.33.12-17³²⁵; 6.61.6, 8; 7.15.1) para que se nos transmita esta impresión, y la doctrina de su época contribuye mucho a poder sostener esto todavía más. Como en tiempos ya muy anteriores³²⁶, las *actiones in rem* se pensaban como dirigidas o a una *res corporalis* («si Titius (scil. rem) suam esse intendat») o a una *res incorporalis* («si agat ius sibi esse fundo... utendi fruendi»): Inst 4.6.1 i.f y 2; 2.2.2, y el extenso comentario de Teófilo. Una vez más se resaltaba que el *ususfructus*, en tanto que derecho separado de la propiedad (Inst 2.4.1 y Theoph.), no podía recaer sobre «res quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usum fructum» (Inst eod. 2). Que recayera sobre tales se consideraba. παρά τὴν φύσιν τοῦ *usufructu*. ὁ γὰρ *usufructos* κατὰ ἄλλοτρις δεσποτείας ἐστίν (Theoph. págs. 125 y sig.); no podía recaer sino en *alienis rebus* (Inst. 2.4 pr.; Theoph. págs. 120, 121, 124). Incluso cuando «utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui», en realidad «senatus non fecit quidem earum rerum usum fructum (nec enim poterat), sed per cautionem quasi usum fructum constituit» (Inst. 2.4.2 y Theoph.). Por último, en cuanto al término, «ususfructus revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem» (Inst 2.4.4. y Theoph.; véase también CJ 3.33.14.1, 2; eod. 16.3)³²⁷.

³²² Cf. Gregor. epist. 2.10 (591): «hortum... monasterio... iure proprietario possidendum tradere... festinet». 3.17 (593): «hortum... Florae abbatissae tradere debeas proprietatis iure procul dubio possidendam». 3.18: «puerum... iuri dominioque tuo dari tradique praecipimus. Quem quoniam traditum ex nostra voluntate iam possides, huius te necesse fuit... largitatis auctoritate fulciri».

³²³ Cf. *supra* págs. 32 sig. En CJ 8.4.6 pr. («conveniendos dominos locorum esse aut, si forte defuerint, actores eorum») *dominus* claramente significa el principal en contraposición al representante; véase también *infra* pág. 239 nota 285. En D 47.9.7 i.f. *dominus possessionis* se refiere al propietario de la tierra. *Dominium possessionis* no se encuentra. Véase también P. Krüger, SZ 37, 91 nota 2.

³²⁴ No me convence el opuesto punto de vista que presenta K. Kagan, *Tulane Law Review* 20 (1945) 98 sigs., 378 sigs.; 21 (1946) 74 sigs., 192 sigs., 390 sigs.; 22 (1947) 94 sigs.

³²⁵ Véase especialmente CJ 3.33.13.3 y 16.1 i.f.

³²⁶ *Supra* págs. 35 sig.

³²⁷ Cf. *supra* págs. 36 sigs.

Esto es esencialmente una repetición confirmadora del derecho clásico. Teófilo, con objeto de impedir toda mala interpretación, se constriñe en todo momento a no verter *proprietatis* y *ususfructus* al griego. Además, dentro del *Corpus iuris*, mientras que muchísimos pasajes al respecto se refieren al propietario como *dominus proprietatis*³²⁸, no parece haber uno siquiera que denomine a la otra parte *dominus ususfructus*³²⁹. Su nombre es (*usu*)*fructuarius*, a menos que se opte por expresiones más largas. El clasicismo del punto de vista de los compiladores lo demuestra, en dos palabras, la forma en que transformaron CT 8.18.1.1 en CJ 6.60. 1 pr. Con respecto a los *bona materna*, Constantino había dispuesto que «ita sint in parentum potestate adque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur»³³⁰. Justiniano, sin embargo, lo cambió en: «ita sint in parentum potestate, ut fruendi dumtaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente». La regla, en lo substancial, no se alteraba, pero su concepto quedaba trastocado por completo. El *dominium*, antes atribuido a los padres, en tanto que *fructuarii*, se desplazaba ahora a los hijos, en tanto que propietarios³³¹. Si un Ulpiano se hubiese tropezado con las palabras de Constantino, las habría corregido, en términos generales, del mismo modo.

Ante lo manifiesto que resulta todo esto, unas pocas disparidades aquí y allá poco contarían³³². Pero su existencia no puede admitirse. Ninguno de los siguientes pasajes³³³, en especial, permite inferir que el *ususfructus* fuera concebido como una especie de *dominium*. En materia de *missio in bona*, Ulp. D. 42.5.8 pr. interpreta la cláusula edictal «Dominum invitum detrudere non placet» (Lenel 213) diciendo que «appellatione domini fructuarius quoque continetur». Este es el método común de interpretación extensiva e idéntico al de, p.ej., Ulp. D 39.4.3.1: «Quod ait 'in dominos' (cf. D eod. 1 pr.), sic accipiendum est 'in socios vectigalis', licet domini non sint». La sentencia que cierra Jul. D 7.6.3: «est enim absurdum plus iuris habere eos qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint» tiende a contrastar el mero goce de un usufructo con la adquisición del derecho. El lenguaje es lo bastante inusual como para justificar la opinión dominante de que las palabras no son propias de Juliano³³⁴. De todas formas, sin embargo, el autor sólo pretendía oponer los elementos de hecho y de derecho en el *ususfructus*. Esto nada tiene que ver con el caracterizar el usufructo en sí mismo

³²⁸ VIR II 345, 21 sigs.; Inst 2, 1, 36.37 etc. (véase ahora también Kaser, *Eigentum* 310). De aquí que la combinación *dominium proprietatis* (Jul. D 7.4.17) no haya podido ser censurada.

³²⁹ Cf. VIR V 1534, 42; véase también Kaser 310. En un sentido diferente, Pernice, *Labeo* II 1, 424, Biscardi 59.

³³⁰ *Supra* pág. 36.

³³¹ En el mismo sentido δεσποτεία y χρῆσις resultan contrastadas en Nov. 98.1, 2.1, 22 (539) y 127.3 (548).

³³² No puedo aceptar la discusión de Pierre Masson, *Rev. historique de droit* 13 (1934) 215 sigs., que acomete la tarea de mostrar que Justiniano confundió *dominium* y *ususfructus*.

³³³ No hace al caso Inst 2.1.37, donde las crías de los animales se consideran pertenecer al usufructuario *naturali iure domini*.

³³⁴ Beseler II 6, Rabel, *Mél. Girard* II 402 sigs., Bonfante III 379, Kaser, *Festschrift Koschaker* I 465 nota 112, y otros.

como *dominium*. Esto mismo es igualmente cierto en Ulp. D 43.24.15.8, un texto que versa acerca de la cláusula «*quanti ea res erit*» de la *formula arbitraria* en el *interdictum quod vi aut clam*: «*Ergo nonnumquam etiam dominii ratio habenda est, ut puta si propter hoc opus quod factum est servitudes amittantur aut ususfructus intreat*». Si aquí se hubiera pretendido que *dominium* indicara *ususfructus*, también habría incluido las *servitudes*, un uso del término excluido de manera uniforme por las fuentes. Además, al explicar a continuación la afirmación primera, el texto mismo distingue «*vel servitutium vel ususfructus vel ipsius proprietatis*». En consecuencia, la *dominii ratio* debe de significar otra cosa. Pudiera ser que técnicamente se refiriera a la propiedad y significar que, cuando servidumbres o usufructo resultaran implicados, la cantidad debida al propietario se vería incrementada por causa de la pérdida de una *servitus* o que se vería reducida por el daño que otras partes con derecho hubieran sufrido. Mas pudiera ser que dicha expresión se usara en sentido amplio³³⁵ y que quisiera decir simplemente que, junto a las de hecho, podrían entrar en consideración las circunstancias jurídicas. En ninguno de los dos casos se pretendió caracterizar un *ususfructus* como *dominium*. CJ 5.9.5.7, al final, hizo suyo NT 14.7³³⁶, incluidas las palabras *quasi rerum dominis*. Con todo, el cónyuge sobreviviente no era un *fructuarius* sino un propietario sólo limitado en su poder de disponer *mortis causa*.

3. *Servitus*

En el ámbito al que se refieren las *servitudes*, Justiniano muestra un eclecticismo que combina elementos de distintas corrientes. La espina dorsal y el grueso de su sistema los tomó de los juristas clásicos, resucitando y perpetuando así ese gran concepto que había quedado oscurecido en el derecho vulgar. Al mismo tiempo, sin embargo, lo extendió en dos direcciones: De un lado, adoptó un expediente clasificatorio probablemente introducido por las escuelas orientales. Considerando que tanto el *ususfructus* (incluyendo *usus*, etc.) como las *servitudes praediorum* eran *iura in re aliena* que deparaban algún tipo de control y uso efectivos, los puso conjuntamente bajo el comprehensivo nombre de *servitudes*³³⁷. Por otro lado, tampoco rechazó la tendencia del derecho vulgar que contaba entre las *servitudes* las limitaciones a la propiedad. Ya tuvieran sus raíces en el viejo *ius civile* o hubieran sido establecidas por disposición imperial³³⁸. Las interpolaciones sirven una confirmación adicional. Como *servitus* aparece, p.ej., en el marco de la *actio aquae pluviae arcendae* (D 39.3.1.22)³³⁹, la carga *inferiorum praediorum* de tener

³³⁵ Para su probable origen postclásico, véase Antonio Faber, *Coniecturae iuris civilis* (Lugduni 1661) 16, 20 y Beseler V 78.

³³⁶ Véase *supra* pág. 40.

³³⁷ *Supra* nota 196.

³³⁸ *Supra* págs. 53 sig.

³³⁹ Cf. Pietro Ciapessoni, *Spunti critici in tema di servitù legali* (Pavía, Treves 1937) 17 sigs., Biondi 143 sigs. Sus referencias a *servire* en D. eod. 1.23 y 2 pr. son menos convincentes; cf., p. ej., D 8.3.13.1 (Biondi 586); D 23.3.76 i.f.

que recoger la corriente natural de agua. Como *servitus* aparece, ocasionalmente, incluso el derecho a defenderse de una *immissio* excesiva procedente del fundo colindante (D 8.5.17.2)³⁴⁰. Con *servitus*, en D 8.2.24 i.f., puede que se haga referencia a limitaciones legales en materia de edificación³⁴¹, y Justiniano mismo cita la ley principal sobre este asunto, la *constitutio Zenonis* (CJ 8.10.12), como una *quae de servitutibus loquitur* (eod. 13). Esta aceptación del derecho vulgar se quedó, no obstante, en la superficie. No llegó mucho más allá de reconocer que una *servitus* podía crearse por ley no menos que mediante acuerdo³⁴². La autoridad en esta materia fueron, definitivamente, los textos clásicos.

4. *Emphyteusis*

La manera de tratar los compiladores el arrendamiento perpetuo fue diferente. Como es bien sabido, incorporaron varias disposiciones que se ocupaban de las condiciones jurídicas relativas a la tenencia de propiedad imperial. Al hacerlo, sin embargo, su interés se concentró amplia y primordialmente en algunos puntos específicos tales como la firmeza del concesionario en su situación, sus responsabilidades, especialmente el *canon*, y su sujeción a la *peraequatio*. Esto aparte, su posición a menudo sigue siendo oscura³⁴³. Se dejó el *ius privatum* en tan indefinida forma, que incluso los Glosadores fueron incapaces de captar su trascendencia³⁴⁴. *Ius perpetuum* y *emphyteusis*, confundidos bajo este último nombre (CJ 1.33.2), continuaron³⁴⁵ apareciendo muchas veces como *dominium*³⁴⁶ y, en otras ocasiones, como *conductio*³⁴⁷. No se hizo ningún esfuerzo por desenredar el típico caos de conceptos de los siglos anteriores. Probablemente los compiladores no dejaron de darse cuenta de tal confusión. Más bien la estimaron tan mayúscula que no se mo-

³⁴⁰ La formal y lógicamente defectuosa cláusula *de servitutes agere oportere* no es probable que fuera escrita por Alfeno; véase también Perozzi I 632 nota 1.

³⁴¹ Así Biondi 61 sigs. Pero la interpretación del pasaje, cuya versión existente presenta un mero y condensado resumen del original, dista mucho de haber quedado establecida definitivamente. Véanse los autores a los que Biondi hace referencia, también Ciapessoni 25 sigs., Grosso, *SDHI* 5, 240 sig.

³⁴² *Infra* págs. 116 sigs.

³⁴³ Ni los Scholia a los Basilica ni los Basilica mismos parecen esclarecer mucho.

³⁴⁴ Explican ellos la antítesis entre *fundi patrimoniales* y aquellos *empti privato iure* (CJ 11.62.9; *supra* pág. 46) diciendo: «illa patrimonialia quae quis acceperit directe a principe in emphyteusin», mientras que *privato iure* eran aquellos que «privatus a privato emit» (gl. *universi*). Véanse también las glosas a CJ 11.62.10 y gl. *si qui y debita* a CJ 11.70.5. La regla «nemo dempto canone ad comparationem dominicae possessionis accedat» (CJ 11.66.7) se construyó interpretativamente con el sentido de que, previamente a que las propiedades fueran vendidas por la casa imperial, «antea essent emphyteucarii alicuius privati vel ecclesiae vel fisci» y vueltas al emperador, después de lo cual «ipse imperator solvebat alii canonem vel pensionem» (gl. *dominicae* en CJ 11.66.7 y *fundi* a 11.62.4).

³⁴⁵ *Supra* págs. 44 sigs.

³⁴⁶ En CJ 11.66.1 y 2 los compiladores puede que hayan creído que lo que estaba en cuestión era una venta corriente y la transmisión de la propiedad. Pero idea semejante apenas podría ser objeto de consideración al respecto de CJ 11.62.2, 4, 12 y 11.70.4. En CJ 11.62.14 (491) Anastasio parece haber tratado de la adquisición por larga posesión de un *ius privatum* (cf. 7.39.4).

³⁴⁷ CJ 11.71.3; eod. 5.3, 6; véase también CJ 11. 59.6 (*supra* pág. 45).

lestaron en interpolar todos los textos al respecto si podía encontrarse un modo más sencillo de poner orden en todo este asunto. Y ese modo estaba a mano. El emperador Zenón se había encargado de redefinir el *contractus emphyteuticarius*. Aquella Lex Zenoniana (476-484) fue ahora colocada al frente del nuevo título «De emphyteutico iure» (CJ 4.66) y en Inst. 3.24.3 era referida como el derecho en vigor («quo iure utimur»). De la lectura del último pasaje posiblemente nadie podría inferir que antes de Zenón el arrendamiento perpetuo hubiera representado jamás algo en la legislación imperial. Ni el más leve indicio hace pensar en esas numerosas disposiciones y sus contradicciones. En contraste con la nueva regulación es puesto solamente el estado de la cuestión tal como lo refiere Gayo (III 145) con respecto al ya muy fuera de uso *ius in agro vectigali*. De hecho, el propio método de Zenón al tratar este asunto fue el de los juristas clásicos. En uno u otro caso, el problema se formuló mediante la pregunta «utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio»³⁴⁸. La solución, en efecto, difirió en que la posición mayoritaria de los antiguos «locationem conductionemque esse» fue rechazada³⁴⁹ en la decisión imperial: «ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addendum». Sin embargo, su decisión positiva de que la *emphyteusis* fuera tratada como un *ius tertium* vino esencialmente motivada por el deseo de que, a falta de acuerdo, se repartiera, de alguna forma, entre concedente y concesionario la carga del riesgo en caso de destrucción o disminución por fuerza mayor de la productividad de la tierra. No tuvo necesidad de decir con tantas palabras que al concesionario no le pertenecía el fundo. Esto estaba claramente implícito en su denegación de la *alineatio* y totalmente de acuerdo con la opinión dominante en época clásica. Ni tuvo tampoco que insistir en que el *ius tertium* era un *ius in re (aliena)* que podía hacerse valer contra cualquiera. Esto también era lógico.

Sobre la base de semejante clasificación, Zenón y sus sucesores se tomaron la molestia de ser inequívocos en su terminología. *Emphyteuticarius* (*emphyteuta*) y *dominus* fueron contrastados constantemente: Zenón *loc. cit.*; Justino CJ 7.39.7.7; Justiniano CJ 1.4.32=4.66.4; 4.51.7; 4.66.2, 3; Inst 3.24.3 i.f.; véase también Anastasio CJ 1.2.17.3; Justiniano CJ 1.2.24.14; Nov 7.3.2; 120 *passim*, especialmente 1 pr.; 7.1; 8. En su afán por trazar los derechos y deberes de las partes en el contrato³⁵⁰ y por contribuir de esta manera a su mejor regulación, Justiniano nunca dejó de considerar al arrendatario perpetuo como un no propietario³⁵¹, salvo con respecto a las mejoras hechas por él en el fundo (CJ 4.66.3)³⁵². Si, por consiguiente, en un

³⁴⁸ *Supra* págs. 43 sigs.

³⁴⁹ En CJ 4.65.32 Zenón además consideró pertinente remarcar que una *conductio* simplemente creaba un vínculo entre quien *nomine conductionis accepit* una cosa y el *dominus*.

³⁵⁰ Véase, p. ej., Bonfante III 127, Arangio-Ruiz 257 sig.

³⁵¹ No resulta contradictoria su observación de que un entregar en *emphyteusis* permanente οὐδέ πόρρω καθέστηκεν ἐκποίησης. (Nov. 7.1). Ocasionalmente, denomina *emphyteusis* incluso una *conductio ad tempus*: ἄδειαν δίδομεν ... μὴ μόνον πρόσκαιρον ἐμφύτευσιν πολεῖσθαι ..., ἀλλὰ καὶ διηλεκτῶς ταῦτα ἐμφυτευτικῶ δικαίῳ τοῖς βουλομένοις δίδοναι (Nov. 120.6.1 [544]).

³⁵² El cuidado, que se observa a lo largo de toda la disposición, puesto en la contraposición es sorprendente. Nótese, p. ej., «suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre; novum

pasaje extraño a CT 5.12.3 (434), CJ 11.62.12.1 i.f. concede a los *emphyteuticarii*, en cuanto *fundorum sunt domini*, el derecho de manumitir esclavos del fundo, semejante contradicción de lo afirmado no pudo ciertamente haber sido puesta allí por los compiladores³⁵³. Con el resto del pasaje, aquello fue probablemente tomado de otra disposición pre-teodosiana emitida después de 367 (cf. CJ 11.63.2).

La clasificación de la *emphyteusis* como un *ius in re* distinto de la propiedad no quedó confinada dentro de los límites de la legislación y la doctrina³⁵⁴. La práctica jurídica contemporánea hizo lo mismo que éstas³⁵⁵. En verdad, la posición jurídica del *emphyteuta* bajo los términos convenidos en un caso determinado, no se ajustaba siempre al modelo establecido en aquellas disposiciones imperiales. En el P. Cairo Maspéro 67299=Arangio-Ruiz núm 115 lin. 21-22, p.ej., se le declaraba libre tanto para mejorar como para deteriorar el fundo y, en correspondencia, asumía todo *periculum*. Consecuentemente, sus prerrogativas y responsabilidades se acercaban mucho a las de un propietario. Y, aun así, no se le consideraba como tal. En la dilatada ἐμφυτευτική ὁμολογία (lin. 60) no se hace en ninguna parte caso omiso de la distinción tal como fue planteada por Zenón. Lo que el cesionario recibía del monasterio en cuestión no era la propiedad sino un ἐμφυτευτικὸν δίκαιον (lin. 15, 24 y *passim*). Esto mismo ha de decirse del P. Cairo Masp. 67298 lin. 25. Más tarde, sin embargo, en el año 616, P. Lond. II p. 323 caracteriza ocasionalmente una *emphyteusis* (lin. 16, 24 y *passim*) como δεσποτεία (lin. 66). Con esto se recaía en un pasado confusionismo.

5. Superficies

Con respecto a la *superficies*, de parte de Justiniano ninguna iniciativa semejante o actitud específica resultan manifiestas. Nunca llegó a utilizar este término. Cuando se ocupa de un derecho, transmisible hereditariamente, de construir un edificio o de gozar de lo edificado, lo concibe como *emphyteusis*: Nov. 7.3.2 i.f. (535); 120.1.2 (544)³⁵⁶. De aquí que aparezca dificultoso el compartir la opinión³⁵⁷ que le considera como quien hizo de la *superficies* un *ius in re aliena* en sí mismo. Esta interpretación de la *superficies*, como particularmente respaldada por D 43.18.1, debe atribuirse, con toda probabilidad, a los más antiguos juristas

emphyteutam vel emptorem meliorationis suscipere; ius suum vel emponemata transferre». Cf. Riccobono, Dal diritto classico al diritto moderno, *Annali del Seminario Giuridico di Palermo* 3-4 (1917) 508 sig.

³⁵³ Como fue mantenido por Mitteis, *Erbpacht* 45, 50.

³⁵⁴ Véase también Basil. 20.2 (Heimb. II 375 sigs.).

³⁵⁵ Para el papiro cf. en particular Arangio-Ruiz, *Aegyptus* 1 (1920) 22 sigs. y Howard Comfort, *ibid.* 17 (1937) 3 sigs.; para las Epístolas del Papa Gregorio, véase Mommsen, *Schr.* III 178 sigs.

³⁵⁶ La misma tendencia se encuentra en la práctica contemporánea: P. Cairo III 67299=Arangio-Ruiz núm 115; véase también, P. Klein. Form. 314 y, para el siglo octavo, CPR II 75. Cf. Arangio-Ruiz, *Aegyptus* 1, 22 sigs., Comfort, *ibid.* 17 (1937) 15 sigs., 22 sig. Una disposición de 423, promulgada en Occidente (CT 2.23.1), muestra ya una aproximación parecida: *supra* pág. 51.

³⁵⁷ Véase, p. ej., Rabel (*supra* nota 165) 388 nota 1, Riccobono (*supra* nota 352) 511 sigs., Arangio-Ruiz 260.

orientales o, lo que sería más correcto, a un grupo de ellos. Otro grupo, que asimismo dejó algunos vestigios en el Digesto (30.86.4)^{357a}, parece haber negado a la *superficies* el carácter de un derecho *sui generis* y preferido considerarla como *servitus* antes que como *emphyteusis*. Pero ninguna de estas tres líneas de pensamiento³⁵⁸ era compatible con la presunción de propiedad en el constructor sobre el edificio³⁵⁹. Tiene poca importancia que, como en caso de *emphyteusis*, una afirmación del derecho vulgar, que establecía la propiedad del constructor en suelo público, se dejara deslizar en la compilación (CJ 8.11.3). Tampoco es relevante que las instrucciones de un *dominus binarium aedium*, que dispuso en desacuerdo con la regla *superficies solo cedit*, se hicieran ocasionalmente efectivas, como en la primera sentencia, interpolada, de D 39.2.47³⁶⁰. La fundamental antítesis entre *superficies* y *dominium* está con seguridad establecida en el *Corpus iuris*. La razón, no obstante, de estas evidentes asimetrías a la hora de construir jurídicamente la *superficies* no puede ser sino una. Aparentemente porque había perdido mucho de su función específica en el sistema económico de su tiempo, Justiniano no tenía ya vivo interés en esa institución. En general, había abundancia de solares en los que construir y no escasez³⁶¹.

Cuando se erigía, sin su autorización, una construcción en terrenos que pertenecían a otro, los compiladores se adherían al principio *superficies solo cedit* (esp. Inst 2.1.30 y 32, también Theophilus *adhl.*). Relajaron el principio sólo en que el abombamiento, en menos de medio pie, de un muro limítrofe entre dos propiedades no se hacía del vecino sobre cuya propiedad se introducía (D 8.5.17 pr. itp)³⁶².

6. Inexistencia de *dominium* en dos por entero

La actitud decidida que mostró Justiniano en su oposición al *dominium* en dos por entero, y en la restauración de una nítida antítesis entre *dominium* y *iura in re aliena*, hace difícil creer que ocasionalmente tomara la iniciativa de ponerse del lado contrario mediante la aceptación de que pudiera existir propiedad por entero en dos personas simultáneamente sobre la misma cosa. Tal *dominium duorum in solidum* no meramente habría entrado en conflicto con su rechazo directo en Cels. Ulp. D 13.6.5.15 y Tryph. D 49.17.19.3. Por encima de todo está el no encontrarse en las propias disposiciones legales del emperador. En caso de *impetratio dominii*

^{357a} Las inferencias que hace Solazzi, *SDHI* 13-14 (1947-48) 307 sigs. a partir de conjeturas sugeridas en relación con D 39.2.45 y 8.2.24, son interesantes, pero no lo suficientemente seguras.

³⁵⁸ Véase también D 43.18.2.

³⁵⁹ Soy incapaz de seguir la concepción opuesta que adelantó Biondi, *Categoria* 525 sigs. y *Servitù prediali* 71 sigs. Cf. la crítica de Giovanni Pugliese, *Temì Emiliana* 20, 4 (1943) 119 sigs. Véase también Grosso, *SDHI* 5, 248 sig.

³⁶⁰ Riccobono, *loc. cit.* 520 sigs. El motivo que está detrás de la alteración fue el de la consideración, normalmente otorgada, a la regulación establecida por una parte con derecho más bien que un reconocimiento consciente de una propiedad separada por plantas.

³⁶¹ Kübler, *RE IVa* 931; véase también *supra* págs. 49 sigs.

³⁶² Perozzi I 631, Bonfante II 1, 284, Biondi 335 sig.

(CJ 8.33.3.3.3a-c [530]), p.ej., afirma repetidamente que, por concesión de autorización imperial, el acreedor se convierte en propietario de la cosa dada en prenda, mientras que el derecho del deudor quedaba limitado a poderla rescatar dentro de un plazo de dos años. Si dejaba de ejercer ese derecho, la transmisión del derecho de propiedad al acreedor-propietario (*creditor idemque dominus*) ya no era revocable³⁶³. Ni por un instante se daba que deudor y acreedor fueran copartícipes en el *ius dominii*.

Ni tampoco la notoria *constitutio* sobre la propiedad en la *dos* (CJ 5.12.30 pr., § 1 [529]) respalda la idea de un *dominium* en dos por entero, como se ha supuesto por una hueste de doctos escritores³⁶⁴. La disposición, se mantenía, consideraba a la mujer como natural (*naturaliter*) y auténtica (*veritas*) propietaria, mientras que se refería la propiedad del marido como basada en la sutileza de las antiguas leyes (*legum subtilitate*). Cuando la interpretación moderna de c. 30 tiende a construir jurídicamente su derecho como una suerte de *ius nudum*³⁶⁵ o como un mero usufructo³⁶⁶, es verdad que no se implica un *dominium duorum in solidum*. El problema aparece sólo cuando se sugiere que, en virtud de c. 30, su *rei vindicatio* seguía teniendo consecuencias prácticas y, *vice versa*, que la acción de la mujer para la restitución de su *dos*, supuestamente una *vindicatio utilis*, tenía además alcance limitado³⁶⁷. Difícilmente podríamos aceptar este modo de pensar, ya que el pasaje no habla de una *vindicatio utilis*³⁶⁸ o de una división de poderes entre los dos (ex)-cónyuges. Lo que más bien revela es que el emperador se enfrentó a dos principios opuestos, el (romano) de la propiedad del marido y el (helenístico) de la propiedad de la mujer, y que no le gustaba el primero, al que por dos veces descalificó como *legum subtilitas*. De hecho, diez años más tarde (Nov 91.1 [539]), dio por sentado que la propiedad estaba en la mujer, sin más discusión o salvedad: ἐνταῦθα γὰρ καὶ ἡ *in rem* ἢ περὶ δεσποτείας ἀρμόζει καθαρῶς, καὶ ἕκαστον δεῖ τὸ οἰκεῖον ἔχειν μὴδὲν προνομίου δεόμενον. Pero en 529 su rechazo de aquel principio todavía no había resultado en una regla definitiva. En vez de eso, mostraba la misma indecisión y vacilación que revela el Digesto al tratar de esta materia³⁶⁹. Esquivó

³⁶³ «Plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam inrevocabilem factam». No hay indicación de un *dominium plenum* contrapuesto a un *dominium minus plenum* (*contra* Koschaker, *SZ* 58, 257 nota 1).

³⁶⁴ Para referencias véase Bonfante I 323 sigs., Albertario I 372 y Pringsheim, *Law Quart. Rev.* 59 (1943) 245 sigs.; véase también Partsch, *Archiv für Papyrusforschung* 7 (1924), 278.

³⁶⁵ Cf. Albertario 371 sigs., 398. El derecho del marido ha sido llamado una mera teoría (Arangio-Ruiz 455, Siber 306, Petropoulos, Ἱστορία καὶ εἰσηγήσεις τοῦ Ῥωμαϊκοῦ δικαίου, Atenas [1944] 1086 nota 43), «una mera propiedad formal» (Hans Julius Wolff., *SZ* 53 [1933], 355), o un «formalismo muerto» (Johannes M. Sontis, *Die Digestensumme des Anonymos* [Heidelberg, Winter, 1937] 51). Véase también Percy E. Corbett, *The Roman Law of Marriage* (Oxford, Clarendon, 1930) 179.

³⁶⁶ Bonfante I 329, Petropoulos 196 sig. y otros.

³⁶⁷ Pringsheim 248 sig. y los autores que se citan allí en la nota 27. Véase también Pringsheim, *Jour. Roman Studies* 1944, 62 sig.

³⁶⁸ Pero, incluso, si el recurso fuera llamado así, no indicaría una tendencia hacia la el reconocimiento de una propiedad en dos por entero. Véase, en general, *infra* págs. 228 sig.

³⁶⁹ Albertario, *loc. cit.*, Sontis 49 sigs.

la cuestión más general, y pudo hacerlo porque lo que directamente le ocupaba era una controversia específica. Un marido había hipotecado *res dotales* a sus acreedores, aunque no las había entregado todavía³⁷⁰. ¿Prevalecerían las hipotecas por sobre los derechos de la mujer *post dissolutum matrimonium*? El emperador, a la vez que no cuestiona la validez de las *hypothecae*, responde de manera enfática que no: «mulierem in his vindicandis omnem habere... praerogativam et neminem creditorum mariti qui anteriores sunt sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare». La justificación racional que añade consta de dos partes: Con la primera (*princ.*) se refiere al «natural» *dominium* de la mujer, incluso durante el matrimonio, y denomina *subtilis*³⁷¹ el derecho del marido, pero se contiene a la hora de abolirlo, con lo que deja todo nebuloso. Con el segundo argumento (§ 1), lo hace algo mejor: Establece los recursos de la mujer de acuerdo con si es ella o el marido quien ha de ser considerado el propietario. Para la mujer ha de existir a su disposición una *in rem actionem*, basada en la propiedad (*quasi in huiusmodi rebus propriis*), y una acción *hypothecariam omnibus anteriorem*, en su condición de acreedora hipotecaria y, en consecuencia, de no propietaria. De aquí que, prosigue la ley, sus intereses serán custodiados de la mejor manera posible (*plenissime consulatur*). Si las *res dotales* son juzgadas de su pertenencia (*mulieris res esse intellegantur*), su *actio in rem* (= *rem vindicatio*) contra los *creditores mariti* prevalecerá; si, no obstante, el tribunal mantiene³⁷² que esos bienes *ad mariti substantiam pervenisse*, la mujer los recuperará por medio de su preferente *actio hypothecaria*³⁷³. Las dos opiniones son claramente presentadas como constitutivas de una alternativa válida (*sive... vel*), y esto se reitera en las palabras finales *per utramque viam sive in rem sive hypothecariam*. Taleleo (Heimbach III 446 Sch. 4) lo expresa de la misma manera: Εἴτε γὰρ τῇ φύσει προσχωμεν, ὡς δέσποινα κινεῖ τὴν περὶ δεσποταίας ἰν ῥεμ · εἴτε τῷ νόμῳ, πάλιν κινεῖ τὴν ὑποθηκαρίαν. La alternativa es, evidentemente, de carácter disyuntivo y elimina cualquier *dominium* dividido. Importa poco si la aclaración que se ofrece en 5.12.30.1 formaba parte de la disposición original o se añadió más tarde, cuando se redactó el segundo Codex. Esta última suposición parece sugerirla el hecho de que la hipoteca

³⁷⁰ Este es el motivo por el que el *maritus* era considerado el demandado (§ 2) y la prioridad de los acreedores en reclamar los bienes (*vindicare*) era materia de discusión (*princ.*). Por lo tanto, la cláusula *si tamen extant* servía sólo para excluir los bienes destruidos (*cf.* también Bonfante I 371 sig.).

³⁷¹ Esto no es en absoluto una simple repetición de tales generalizaciones clásicas como aparecen en Tryph. D 23.3.75 init. y también en Boethius ad Cic. top. 17.65 (sobre su alcance véase H. J. Wolff 357 sig.). Para el uso de *subtilis* en Justiniano, véase Pringsheim (*supra* nota 364) 247 nota 17, con referencias.

³⁷² No estaba abierto a la mujer el poder elegir una de las dos posibilidades, como ha sido supuesto frecuentemente (Robert von Mayr, SZ 26 [1905] 104 nota 1, Bonfante I 371, II 2, 284, Siber 307; referencias más antiguas en Heinrich Dernburg, *Das Pfandrecht I* [Leipzig, 1860] 383 nota 5). Con mayor corrección, Dernburg, *Pandekten* (sexta edición, Berlín, Müller, 1901) III, § 19 nota 1 parece dar por sentado que Justiniano se mostraba permisivo en dejar a los jueces que eligieran entre las posibilidades de que las *res dotales* o fueran «ex naturali iure eiusdem mulieris» o pertenecieran «secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam».

³⁷³ Inst 4.6.29 i.f. considera sólo la última posibilidad; véase también Theophil. *Adhl.*

legal de la mujer sobre los bienes del marido no se creó antes de 530 (CJ 5.13.1.1 b, c), y su carácter preferencial *contra omnes mariti creditores* no tuvo efecto antes de 531 (CJ 8.17.12.4, 5).

E. LOS REINOS ROMANO-GERMÁNICOS

El derecho concerniente a la propiedad, tal y como resulta de las primitivas codificaciones de estos reinos, no careció en absoluto de reglas con demostrable o probable ascendencia germánica³⁷⁴. Pero en mayor grado se hace presente el peso del derecho romano contemporáneo. El factor fundamental responsable de este resultado fue la aceptación de la propiedad privada tanto sobre inmuebles como sobre muebles.

1. Propiedad individual

Si godos y burgundios hubieran expulsado a los poseedores romanos y ocupado la totalidad del territorio para ellos mismos, puede que hubieran seguido la línea de muchos otros grupos germánicos y dispuesto sus nuevos asentamientos en comunidades de aldeas basadas en asociaciones de miembros de la marca o comarcas (*Markgenossenschaften*), con pastos y bosques en propiedad común (*Allmende*) y una regulación obligatoria en relación con la tierra arable (*Flurzwang*). Tal evolución, sin embargo, no tuvo lugar. Fue imposibilitada por el hecho de que, en los tres reinos, los gobernantes adoptaron la idea, en general, mas no en el detalle, del sistema de división en cuatro partes o cuarteles (*hospitalitas*) que los emperadores habían estado aplicando en relación con sus propios soldados³⁷⁵. Como resultado de esto, la finca de un romano se dividía, entre él y un miembro del pueblo victorioso, con arreglo, de modo general, a una cuota determinada. Un visigodo, p.ej., obtenía dos tercios de un concreto *fundus*, mientras que el resto quedaba en manos del romano, y lo mismo se tuvo como bueno entre los ostrogodos, donde un digno *praefectus praetorio* fue alabado oficialmente porque «in tertiarum deputazione Gothorum Romanorumque et possessiones iunxit et animos» (Cass. 2.16.5)³⁷⁶. Cada uno, pues, de los dos *consortes* adquiría propiedad individual en la cuota que le era asignada³⁷⁷. Se les dejaba llevar a cabo la correspondiente partición del espacio del *fundus* cómo y cuando quisieran. Mientras tanto, permane-

³⁷⁴ Cf., p. ej., *infra* págs. 121 sig.

³⁷⁵ CT 7.8.5 (398)=CJ 12.40.2, sujeto a las salvedades establecidas en CT eod. 10 (413)=CJ eod. 5. Cf. Gothofr. *adhl.*, véase también H. Brunner I 72 sigs.

³⁷⁶ Véase también 7.3.1: *Gothos vobiscum habitare permixtos*.

³⁷⁷ Para la división general de la tierra en los tres reinos, véanse Ernst Theodor Gaupp, *Die germanischen Ansiedlungen und Landteilungen in den Provinzen des römischen Westreichs* (Breslau 1844) 317 sigs., H. Brunner, *loc. cit.*, Schröder 108 sig., 218, Seeck VI 128 sig., Ludwig Schmidt, *Geschichte der deutschen Stämme. Die Ostgermanen* (2ª ed., Munich, Beck, 1934) 171 sigs., 362 sig., 505 sigs., Torres II 80 sigs., también Otto Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* I (Berlin 1868) 80. Algunas cuestiones secundarias son todavía controvertidas.

cían como copropietarios *pro indiviso*. Pero se les dejó la libertad de poder preferir un término medio: el de proceder a la separación de la tierra de labrantío (RB 30.4), las casas (LB 38.7) y los huertos, manteniendo a la vez en uso común bosques y pastos de la finca (LV 10.1.9; LB 13 y 31; cf. LV 8.5.2). En realidad, este acuerdo era tan frecuente, que los pastos sin cercar se suponía que eran comunes (LV 8.5.5), y, por otro lado, el desmonte unilateral o el cultivo de bosque o de tierra baldía normalmente se consideraban suficientes como para transformar la propiedad de común en individual (*remota hospitit sui communione*: LB 13 y 31; LV 10.1.9). Además, uno u otro *consors* podía exigir, en cualquier momento, la división física de un *ager* (RB 17.4), mientras que *prata*, *silvae* y *montes* se distribuían sólo si ambos *consortes* así lo deseaban (RB 17.5)³⁷⁸.

No hay mucho en todo este cuadro que difiera de la *communio* romana. La principal desviación, a saber, el distinto tratamiento de las tierras de y no de labrantío³⁷⁹ pudiera ser que haya tenido su origen en la razón de que con ello, a efectos prácticos, se satisfacían mejor los intereses ordinarios de los consortes. También puede que ello se haya visto respaldado por costumbres germánicas más antiguas. Pero de ningún modo supuso tanto como haberse producido la adopción de la *Markgenossenschaft*³⁸⁰, bajo la cual los prados y los bosques circundantes a una aldea pertenecían, necesaria y permanentemente, en mano común a los aldeanos. Tampoco es correcto considerar el romano *ager compascuus* como modelo³⁸¹. En éste el derecho de apacentar se confirió a los propietarios contiguos (*ad proximos quosque possessores*)³⁸² sin consideración de su número u origen de su derecho de propiedad³⁸³. Originalmente,

³⁷⁸ Ése parece ser el significado de la antítesis entre RB 17.4 y 5. En conformidad con LB 67, RB 17.5 indica que por todo el tiempo que durase la *communio pro indiviso* la cuota de cada *consors* con respecto a *silvae* etc. fuera proporcional a la tierra arable que a cada uno perteneciera (*pro rata possessionis*). En otras palabras, la regla no pretendía hacer obligatoria la *communio* en tierra no arable. Una interpretación semejante iría contra la efectiva partición de pastos y bosque tal y como consta en LB 27.4 (*prati domino*); 28.2; 31.2 (*in campo alterius*), LV 8.3.13 y 15; 8.4.27; 8.5.1 y 4; 10.1.6 (*in consortit terram*); 10.1.8, 9, 13, 14. Cf. también (hasta este punto) E. T. Gaupp 346 nota 2, Raymond Saleilles, *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur* 1 (1891) 93 sig.

³⁷⁹ Mudas al respecto de esta distinción son, aparentemente, las fuentes ostrogodas existentes, como que no dan muchas explicaciones acerca de la técnica del procedimiento de división.

³⁸⁰ Así Theophil Melicher, *Der Kampf zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im Westgotenreiche* (Weimar, Böhlau, 1930) 233 sigs. cuyo razonamiento no resulta respaldado por los textos a los que hace referencia. Véanse en esto las precisas afirmaciones de Torres, II 137 sigs., y, en general, Karl Zeumer, *NA* 23, 469. Para los términos *consors* y *vicinus* en relación con esto, véanse Brunner I 73, 74 nota 4, Torres 81, 86 sig.

³⁸¹ Así Dopsh, *Grundlagen* I 214 sig., 345 sig., 356; cf. *Foundations* 98, 140, 144 sig.; también Torres II 82 sigs., 138.

³⁸² Hyginus, Lachm. 116, 21 sigs.=Thul. 79, 22 sigs. y Lachm. 201, 12 sigs.=Th. 164, 11 sigs.; Siculus Flaccus, Lachm. 157, 9 sigs.=Th. 121, 16 sigs. Véase también Festus: «Compascuus ager relictus ad pascendum communiter vicinis» e Isid., Etym. 15.13.9. El mismo régimen pudo aplicarse a los bosques (Siculus Flaccus, Lachm. 152, 12 sigs.=Th. 116, 13 sigs. (como se cita *infra* pág. 104); también Hygin., Lachm. 201, 12=Th. 164, 11.

³⁸³ Diferente es el caso de Scaev. D 8.5.20.1, en el que un número de *municipes qui diversa praedia possidebant* adquirirían un *saltus communis*, «ut ius compascendi haberent». Ese *ius* resultaba establecido por un acuerdo privado. Véase p. ej., Mitteis, I 344 nota 13, Biondi 241 sigs.

no fueron ni propietarios ni poseedores³⁸⁴ de los pastos. Los textos romano-germánicos, sin embargo, se ocupan, en resumidas cuentas, del godo o burgundio y del romano como propietarios o copropietarios (*consortes*) de resultas de la división general de las tierras³⁸⁵. Además, no hay indicios de que el antiguo *ager compascuus* sobreviviese de algún modo al Principado³⁸⁶. Los autores más tardíos en los que encontramos referencia al mismo son los *Agrimensores*, de principios del siglo segundo³⁸⁷. Agennius Urbicus, que compiló sus escritos alrededor del año 400 de nuestra era, aparentemente ya no estaba familiarizado con la institución. Al comentar a Frontino, se aparta significativamente de él:

Frontinus (Lachm.15,4 sigs.=Thulin 6,7 sigs.): Est et pascuorum proprietates pertinens ad fundos, sed in commune; propter quod ea compascua multis locis in Italia communia appellantur, quibusdam provinciis pro indiviso.

Agenn. Urb. (Lachm. 48, 21 sigs.=79,19 sigs.=Th. 39,14 sigs.³⁸⁸: Relicta sunt et multa loca quae veteranis data non sunt. Haec variis appellationibus per regiones nominantur: in Etruria communalia vocantur, quibusdam provinciis pro indiviso. Haec fere pascuas certis personis data sunt depascenda tunc cum agri adsignati sunt. Haec pascuas multi per potentiam³⁸⁹ invaserunt et colunt.

El comentarista omite *compascua*. Substituye *communia* con *communalia*³⁹⁰ y *proximi possessores*³⁹¹ con *certae personae*. Suprime por completo la idea de que el derecho de apacentar pertenece a los *fundi* y que se ejercita *in commune*. Lo que le viene a la cabeza, en cambio, es algo tan familiar a su tiempo como es ver a los *potentes* invadir y cultivar los *pascuas* al modo como lo hacían con todo tipo de tierras aprovechables³⁹².

³⁸⁴ Kaser, SZ 62, 51 nota 163.

³⁸⁵ LV 8.5.2 y 5; 10.1.9; LB 13, 31, 67

³⁸⁶ Véase, en general, Max Weber (*supra* nota 130) 131 sigs. y *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* (Tubinga, Mohr, 1924) 227 sigs., 272; Mitteis I 344 sig., Egon Weiss, RE. 11, 1097.

³⁸⁷ Thes. III 2022. Festus e Isidoro (*supra* nota 382) consignan el viejo término simplemente para definirlo. En las *Formulae Andecavenses* (10a i.f., 11 i.f., 24 i.f.) del siglo VII, *compascere* quiere significar *compescere*.

³⁸⁸ Es evidente que Lachmann se inclinaba por la atribución de estas líneas a uno u otro escritor más antiguo que Agennius: sus afirmaciones I 15 nota, 48, 79, II 142 no son del todo coherentes; véase también Thulin 20. Más certera es la opinión de M. Weber, *loc. cit.*, 125.

³⁸⁹ Así los manuscritos; *in potentiam* editores. Pero véase, p. ej., CT 6.4.22.2 (373); CJ 11.60.1.1 (385); CT 12.3.1 (386); 11.24.3 (395); 3.1.9 (415).- CT 5.14.33 (393) y 13.11.9 (398) presentan *in potentia*, que, en lo que hace al último texto, aparece como *potentia* en CJ 11.59.10. Ambas versiones substancialmente son lo mismo.

³⁹⁰ El término *communale* parece peculiar de Agennius (véase además Lachm. 86, 25). No hay otros pasajes enumerados en Thes. III 1952, 41.

³⁹¹ Véase *supra* nota 382.

³⁹² Véanse algunas de las referencias *supra* nota 389 y, particularmente, Salviano, *De gubernat. Dei* (Corp. scr. eccles. Lat., vol. 8) 4.4.20; 5.8.42-44; 5.10.54, 56.

Por último, entre los cientos de pasajes procedentes del Bajo Imperio que tratan de *civitates* y *municipia*, *decuriones* y *possessores* no hay vestigios de semejante propiedad comunal. De hecho, el *ager compascuus* no podía cuadrar con una situación caracterizada por el masivo abandono de las tierras y su asignación forzosa a poseedores capaces de pagar los enormes impuestos³⁹³. Estas medidas hicieron distinguir a los emperadores entre tierras fértiles y pobres (*fertiles, opimas, idoneas, utiles, etc. terras* frente a *defectas, steriles, inopes, minus idoneas, inutilis, etc. possessiones*). Salvo el *ruris ingenium* (CT 9.42.7 [369]=CJ 9. 49. 7.1), la diferencia entre *agri* y *prata* les interesó en menor medida. Cuando se ocupan de *pascua* o *silvae* no pertenecientes al Estado ni a los municipios (p. ej. CT 9.42.7 cit.; 7.7.4 [415]; eod. 5 [415]=CJ 11.61.3), ello se produjo en relación con *bona damnatorum* o para proteger los pastos de interferencias por parte de los militares. No hay una palabra acerca de un derecho o uso colectivos.

2. *Possessio, dominium, ususfructus* y modificaciones varias

La propiedad privada, pues, constituyó la base del derecho de bienes en los primitivos reinos en suelo romano, tanto para la población germánica como para la romana. Quedó así expedito el camino para la utilización de muchas de las formas aportadas por las fuentes romanas y que los legisladores tenían delante. Un breve examen bastará para mostrar cómo adoptaron los conceptos fundamentales del derecho vulgar.

Tanto en la Antigua Visigótica como en la Lex Gundobada, *possidere* y sus derivados conservaron su doble naturaleza. Podían connotar el control de hecho, tanto en relación con larga posesión³⁹⁴ como con acciones para la restitución³⁹⁵. Normalmente, sin embargo, implicaban el derecho del que tenía la cosa bajo su control³⁹⁶. Qué derecho en concreto querían con esto significar, era algo que frecuentemente debía señalar el contexto. *Possidere* podía indicar propiedad sin más³⁹⁷. Podía referirse a aquellos tipos de control en los que el derecho sobre el fundo u otras cosas dependía de la continuidad de una relación subyacente entre un *patronus* o un *dominus* y beneficiarios tales como un *bucellarius* (CE 310)

³⁹³ Cf. *infra* pág. 108.

³⁹⁴ CE 275 (*ex* Recc. LV 10.3.4); LV 5.1.4. En CE 276 (*ex* LV 10.3.5) *possessione* está por *usucapione*, un término que no deja huella en el derecho vulgar; véase *infra* pág. 172 nota 360.

³⁹⁵ LV 8.1.2; LB 83.1. En un período posterior, al demandante se le exigía que sostuviera que el demandado *malo ordine possideat*: Ed. Roth. 228; Liutpr. 90 (véase *infra* pág. 241). Los recursos posesorios eran una cosa del pasado: véase *infra* pág. 266.

³⁹⁶ Como en las fuentes romanas (*supra* nota 75), el término *possessor* pudiera hacer referencia a un ex-poseedor. CE 312 decía *possessor (rem suam recipiat)* donde, en substitución, Leovigildo (LV 5.4.20) puso *qui possedit*.

³⁹⁷ P. ej., LB 13; 14.5 («sortis iure possidens»=«sortis titulo adquisita» en LB 1.1); 51 pr. («omnem eius substantiam filio addiximus possidendam»).

o un eclesiástico o un hijo de eclesiástico, en relación con la *res ecclesiae* (CE 306; cf. LV 5.1.4), o un tenedor *qui terras ad canonem accipit* (LV 10.1.11)³⁹⁸.

En otros casos, bien documentados y esclarecedores, *possidere*, en conexión con cláusulas que definen su alcance y duración, servía para significar la posición de los cónyuges o parientes con respecto a los bienes dados o dejados a ellos³⁹⁹. Si su posesión había de ser lo que en otro tiempo hubiérase conocido como *dominium*, sería descrita más o menos como se hace en CE 319⁴⁰⁰: «de res sibi a marito donatis possidenti et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem» (cf. también LB 24.4, 5)⁴⁰¹. En otro caso, su derecho era caracterizado como *ususfructus*⁴⁰² o en forma parecida⁴⁰³, aunque una mayor indicación y descripción de las limitaciones que acompañaban a ese derecho también era posible del todo hacerla⁴⁰⁴. CE 322 ofrece un ejemplo muy completo de este último tipo:

Mater... usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vendere nec uni ex filiis conferre praesumat,

o en LB 24.1:

Mulier... donationem nuptialem, dum advivit, usufructu possideat; post eius mortem ad unumquemque filium quod pater eius dederit revertatur, ita ut mater nec donandi nec vendendi nec alienandi de his rebus, quas in donatione nuptiali accepit, habeat potestatem.

Este *usufructuarium ius*, sin embargo, no era visto en absoluto como un *ius in re*⁴⁰⁵ *aliena*⁴⁰⁶. Resultaba una suerte de *proprietas*. La herencia, o una parte de la misma, se entendía como perteneciente al beneficiario de la misma, aunque de una manera limitada:

Quod si... filii post mortem patris defuncti fuerint, ad matrem iubemus hereditatem mariti vel filiorum integram pertinere. Post mulieris autem obitum id quod de successione

³⁹⁸ Cf. «donata possideat»; «qui terras vel aliquid ex munificentia ecclesiae possident»; «ipse possideat».

³⁹⁹ Cf. *supra* págs. 24 sigs.

⁴⁰⁰ Véase también la salvedad establecida por Leovigildo LV 5.2.4.

⁴⁰¹ La costumbre de expresar la propiedad mediante la enumeración de las facultades que le eran inherentes fue, como en el ámbito romano (*supra* págs. 61 sigs.), practicada muy ampliamente y, de manera muy detallista, observada por los redactores de los negocios jurídicos. Los ejemplos abundan. Véanse, p. ej., Form. Visigothicae 11 (Zeumer lin. 5 sigs.); 20 (pág. 584 lin. 22 sigs.); 23 (lin. 28 sigs.); 32 (lin. 28 sigs.); 33 (lin. 5 sigs.).

⁴⁰² CE 322, LB 14.6; 24.1, 3.

⁴⁰³ P. ej., *usufructuario iure possidere, usufructuaria portio*: CE 320, 321, 322, LB 78.1.-LB 62.1, 2, por otro lado, presenta *utendam, utatur*; véase también Leovigildo LV 4.2.14 (lin. 21): *de ipso usu sibi debito*. Muchos más ejemplos en las *formulae* francas. Para el uso romano *supra* págs. 38 sig.

⁴⁰⁴ LB 42.1; 51.2; 53.1; 74 pr. y 2; LV 5.2.4.

⁴⁰⁵ Aunque, exactamente como en las fuentes romanas (*supra* nota 114), ocasionalmente sobrevivió la vieja antítesis: «(Mater) dotem... quam a marito suo acceperat, quamdiu vixerit, utatur filio proprietate servata» (LB 62.2).

⁴⁰⁶ Brunner mantuvo una opinión distinta con respecto a LB 78.1, *Abh.* II 227 sig. Pero véase Franz Beyerle, *Gesetze der Burgunden* (Weimar, Böhlau, 1936) 172.

filiorum in usumfructum tenuit, ad legitimos filiorum suorum heredes decernimus pertinere (LB 24, 3); ...*fuerat constitutum, ut... mulier... tertiam hereditatis eius usque in diem vitae suae propriis utilitatibus vindicaret* (LB 74 pr.); ...*de filiorum suorum proprietate designatam superius accipiat portionem* (LB 74.3).

En consecuencia, tras la muerte de la madre, el caudal «revertía» a sus hijos, como si no les hubiese pertenecido ya desde la muerte del padre⁴⁰⁷:

post eius (scil. mulieris) mortem ad unumquemque filium quod pater eius dederit revertatur (LB 24.1); quam tamen (portionem) post obitum eius ad filios ipsius placuit remeare (LB 74.2; cf. 74 pr.); post transitum eius ad legitimos mariti heredes omnia (=tertia totius substantiae mariti) revertantur (LB 42.1).

Véase también: (patre) in fata conlapso ad reliquos filios defuncti fratris substantia remeabit (LB 51.2)⁴⁰⁸.

La conclusión es obvia. Una vez más, el *ususfructus* fue considerado como un derecho *in re sua* más que en *aliena* y distinguido de la plena *proprietas* no por su estructura, sino por su alcance y duración. Una vez más⁴⁰⁹, pudiéramos añadir, encontramos que hubo derechos más plenos que el *ususfructus*, pero más limitados que la *proprietas* en sentido clásico. Una donación podía no darle al beneficiario el derecho de vender lo donado o dejárselo a otros excepto en ciertos casos⁴¹⁰. El *bucellarius* retenía las donaciones de su *patronus* únicamente tanto tiempo como permaneciera en su servicio, y sus hijos, excepto con la misma condición, tampoco podían conservarlas (CE 310; cf. ER 177)⁴¹¹. La propiedad sobre la tierra que donaba el rey de Borgoña sólo podía pasar a los descendientes masculinos del donatario, y ni podía dejarse por testamento ni disponerse de ella *inter vivos* (LB 1.3). Igualmente limitadas en diverso grado fueron en su mayor parte las donaciones de tierra de los soberanos merovingios y agilofingios. Más tarde, en un tiempo tan tardío como los siglos noveno y décimo, las donaciones de inmuebles hechas por los soberanos o las iglesias, en el área oriental de los francos, se consideró que transmitían *proprietas* (*concedere* o *tradere in proprietatem*) a pesar del hecho de que tales inmuebles ni podían ser alienados ni heredados⁴¹². «Esto cuadra a la perfección», tal y como afirma Brunner⁴¹³, «tanto con la evolución general del derecho germánico como con el principio, comúnmente válido, de una diferenciación gradual de las instituciones jurídicas dondequiera que el derecho primitivo busca manejar de he-

⁴⁰⁷ Cf. *supra* pág. 37.

⁴⁰⁸ Más tarde, las fórmulas francas usan frecuentemente la expresión (*rem*) *in dominationem revocare*: p. ej., Form. Marc. II 5, 6, 39; Turon. 6, 7, adic. 3; Senon. 32.

⁴⁰⁹ Véase *supra* págs. 40 sigs.

⁴¹⁰ Para las afirmaciones que siguen, véase Brunner, *Forsch.* 7 sigs. y *Rechtsgeschichte* II 330 sigs.

⁴¹¹ Compárense los precedentes romanos *supra* págs. 41 sig. Pasaron muchos cientos de años hasta que el feudalismo medieval llegara a desarrollarse en todas sus ramificaciones. Pero algunos de sus primeros elementos están aquí manifiestos. Cf. Brunner, *Forsch.* 1 sigs., 39, *Rechtsgeschichte* II 6, 328 sigs. Para *patrocinium*, véase SZ 66, 5 sig.

⁴¹² Brunner, *Forsch.* 34 sigs.

⁴¹³ 32; véase también *Rechtsgeschichte* I 6 sig.

cho, sirviéndose de la noción de propiedad, situaciones concretas para las que el derecho más desarrollado llega a crear *iura in re aliena* específicos». Esto ciertamente es así⁴¹⁴. Pero queda en pie la cuestión de si, de haber encontrado la distinción entre la *proprietas* y *iura in re aliena* en el derecho vulgar, los que compusieron los códigos germánicos hubieran tenido que partir desde abajo del todo. En realidad, la ausencia de esa distinción no ha de ser imputada sólo a la juventud del pensamiento germánico⁴¹⁵, sino que se debió, por lo menos en el mismo grado, a la decadencia de la técnica jurídica romana. Si no se produjo una interacción causal necesariamente en la dirección del progreso, indudablemente tuvo que darse en sentido contrario.

No debiera pasarse por alto otro paralelismo. *Possidere* se constituyó en término dominante y omnicompreensivo. Aunque continuaba significando tenencia de hecho, fue empleado despreocupadamente para expresar cualquier tipo de propiedad⁴¹⁶. No puede sorprender, por consiguiente, que, como una subdivisión de *possessio*, *dominium* fuera asimismo usado en ambos sentidos. Mientras que a menudo manteníase su viejo significado⁴¹⁷, *dominium* claramente está por control de hecho⁴¹⁸ en form. Visig. 35 («rem iuris mei quam ille... violentius usurpatione de meo dominio abstulit») y 43 («ut... servum iuris mei, qui de servitio meo se subtrahit... meo dominio revocare studeas»). También en Leovigildo LV 5.4.20 (cf. CE 312), *dominium possessoris* sólo puede indicar razonablemente la propiedad presunta de un poseedor, pues la cuestión relativa a la propiedad es presentada como *sub iudice* («etiamsi bona sit causa petentis»)⁴¹⁹.

3. Tenencia hereditaria

Otra línea recta entre el derecho romano vulgar y el primitivo derecho germánico se advierte en materia de tenencia hereditaria rural. *Emphyteusis* y otros términos técnicos, usados anteriormente para tal tenencia y que vemos ir desapareciendo en el mundo romano del siglo quinto, no son tampoco conocidos en el ámbito germánico. Pero, de nuevo⁴²⁰, este vacío no debe confundirse con una falta de continuidad en los usos económicos⁴²¹. Ya CE 306, aunque conservado sólo en

⁴¹⁴ Véase también la concisa información al respecto que hace Herbert Meyer en *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde* I (Estrasburgo, Trübner, 1911-13) 530 sigs.

⁴¹⁵ Gierke II 349.

⁴¹⁶ *Supra* págs. 59 sigs.

⁴¹⁷ P. ej., LV 5.1.4: «ne quamvis longa possessio dominium ecclesiae... secludat»; CE 276 (ex LV 10.3.5): «proprietas fundi».

⁴¹⁸ Véase *supra* págs. 31 sigs.

⁴¹⁹ Para IT 9.20.1, en algún tanto similar, véase *supra* pág. 33.

⁴²⁰ *Supra* págs. 46 sigs.

⁴²¹ La opinión dominante entre los historiadores ibéricos del derecho mantiene la existencia de un arrendamiento perpetuo en el derecho visigodo. La argumentación en contra, recientemente expuesta por Merêa 185 sigs., no me parece convincente. Tampoco lo es, en otro respecto, el estudio de E. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles* (1879) 261 sig., al que Brunner I 289 se refiere. No distingue entre las condiciones del tiempo anterior a los francos y las que resultaron las propias del posterior sistema de *beneficia*.

parte, da por sentado que «fili clerikorum... terras vel aliquid ex munificentia ecclesiae possident» y naturalmente confirma ese derecho de posesión mientras estos hijos permanezcan al servicio de la Iglesia. Leovigildo (LV 5.1.4) reafirma la regla, con modificaciones y ampliaciones. Más importante: la *Antiqua* en algunas disposiciones (10.1.11-15), parte de las cuales son indudablemente de origen euriano, se ocupa sucesivamente de problemas relativos a la tenencia de tierras por contraprestación. Bajo estas disposiciones, el concedente, denominado simplemente *dominus* o *qui prestitit, dederit, accolam susceperit* etc., podía ser cualquiera, ya el rey, la iglesia o un particular. Lo relativo a la causa de la relación es dejado tan confuso que recuerda la cláusula *qualibet ratione* en INMc3. Las *leges* 14 y 15 se conforman con hacer referencia a uno *qui prestitit (dat)* y a otro *qui accipit (terras)*, a uno *qui (accolam)⁴²² susceperit* y a otros *qui suscepti sunt*. Las *leges* 11, 12 y 13 escogen el término más impreciso posible al calificar como acuerdo el negocio jurídico (*placitum*)⁴²³. Sólo la *lex* 12 añade algo de color con la frase *per precariam epistulam*, que, como se ha explicado en otra ocasión⁴²⁴, sugiere un contrato aproximadamente equivalente a la entonces casi extinguida *locatio conductio rei*⁴²⁵. Pero, muy singularmente, esta *lex* no entra en la serie de las demás. Se centra en la tenencia limitada a *certus annorum numerus*, y fue incluida evidentemente para poner en claro el alcance de las otras disposiciones por medio de su contraste con éstas. La *lex* 13 menciona que «plures filii vel nepotes in loci ipsius habitatione subcreverint»; la *lex* 14, al tratar de las controversias sobre la cabida del terreno en tenencia, da por sentado que el concedente original podría haber sido sucedido por *heredes* que habrían de pobrar la cantidad de tierra entregada por sus *autor, antecessores, parentes*. Asimismo, la *lex* 15⁴²⁶ se comprende mejor partiendo de la premisa de una relación de largo plazo⁴²⁷.

Todo gravita, no obstante, sobre la *lex* 11, mayor en importancia:

Terras que ad placitum canonis date sunt, quicumque susceperit, ipse possideat, et canonem domino singulis annis, qui fuerit definitus, exolvat; quia placitum non potest inrumpi. Quod si canonem constitutum singulis annis inplere neclexerit, terras dominus post suo iure defendat; quia sua culpa beneficium, quod fuerat consecutus, amittit qui placitum non inplisse convincitur.

⁴²² *Accola* no es propiamente un término jurídico. En el mejor de los casos, hace referencia al hombre que cultiva tierra sobre la que otro tiene un control superior. Cf. Thes. I 328 sig. sub III.

⁴²³ Cf. Dahn, *Könige* VI 126 nota 6.

⁴²⁴ SZ 66, 12 sig.

⁴²⁵ SZ 66, 23 sigs.; véase también *infra* nota 437.

⁴²⁶ Cf. Zeumer, *edit. ad h.l.*

⁴²⁷ Esto es incluso más evidente en LV 10.1.19, una enmienda debida a Recesvinto. Es interesante su intento de acentuar la diferencia entre el establecimiento de tal tenencia y una completa transmisión del derecho: «si quis terram... ita ab alio acceperit possidendam, ut ille qui dat sic sub alicuius exolutionis debito det, ne videatur ius rei sue amittere voluisse, ...». Semejante definición pudiera exactamente igual de bien haber sido dada por Eurico.

El estilo de esta regla es singular y tiene un claro sabor a Eurico. Además, se dirige tanto a los fundos públicos como a los privados. Pero la posición del concesionario se acerca mucho a la que INMc3 había expresado al decir que fundo semejante «soluta canone a possessoribus in perpetuum teneatur». No hay ni límite temporal ni una indicación de existir arriendo, y la ausencia de ambos queda destacada fuertemente mediante la antítesis señalada en la *lex* 12. El argumento de que «placitum non potest inrumpi», aunque primariamente dirigido al concesionario, no es menos verdad que concierne también al concedente. Pues puede reclamar la devolución de la tierra⁴²⁸ sólo si el concesionario negligente deja de pagar el *canon* y, de ese modo, *sua culpa* pierde el «beneficio»⁴²⁹ concedido. En otro caso, el concesionario transmite la tierra a sus *fili* *vel nepotes* (*lex* 13; véase también *lex* 14) y, probablemente, tiene libertad para disponer de ella *inter vivos*. Que el legislador, enemigo normalmente de toda construcción jurídica, no se tomara la molestia de clasificar ese derecho como una especie de propiedad, es algo que no puede sorprenderle a uno. Que, no obstante, anduviera en esa línea, pudiera conjeturarse de la exclusión completa de un arrendamiento (arg. e contr. *lex* 12) y de que la categoría de un *ius in re aliena* no entraba en el horizonte de esos juristas en absoluto. La *emphyteusis* había quedado proscrita. La liberación respecto a las designaciones tradicionales no cesaba. Pero la fundamentalmente íntima afinidad, existente en lo substancial, entre la *lex* 11 e INMc3 difícilmente puede ponerse en duda. Si tuviéramos más de la Interpretatio⁴³⁰, quizás estaríamos en condiciones de establecer incluso relaciones lógicas formales y en situación de determinar con claridad el origen de la *lex* 11.

El enfoque jurídico vulgar, sin embargo, no es algo limitado en absoluto a los códigos visigodos. Un contrato de venta de tierra, redactado en el reino africano de los vándalos en 493-494⁴³¹ afirmaba que los vendedores «habuerunt tenerunt possederunt iuris eorum fuerunt et ex hac die in... emtorem eorum transtulerunt ut habeat teneat possideat utatur fruatur ipse eredesve eorum in perpetuum»⁴³². Todo este modo de expresarse parecería sugerir que el comprador adquirió el control exclusivo, si no fuera por el hecho de que la tierra se dice estar *sub dominio* de un tercero. Su propiedad, por lo tanto, es más bien la de un arrendatario hereditario.

Exactamente la misma situación se presenta considerablemente más tarde en un cierto número de formularios comerciales francos, reunidos precisamente en la zona norte del Loira, durante los siglos séptimo y octavo⁴³³, en Angers y Tours. Todos es-

⁴²⁸ *Suo iure defendere* recuerda el clásico *sibi defendere* (véase Seckel-Heumann, *defendere* 3a).

⁴²⁹ Cf. *lex* 13: «quod eum terrarum dominus habere permiserit». *Beneficium* no se utiliza todavía aquí con el sentido que llegará a ser técnico más tarde. Véase también IP 5.7.8, en relación con una concesión *ad tempus*: «quia pro beneficio suo pati quemcumque iniuriam non oportet». Cf. Brunner I 307 sig., Hans von Voltelini, *Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte* 16 (1922) 279 sigs., 286 sig.

⁴³⁰ *Supra* pág. 48.

⁴³¹ Editado por H. J. Wolff; véase *infra* pág. 130 nota. 58.

⁴³² Otro contrato relacionado de 494 (Wolff 4 sig.) es menos completo.

⁴³³ Para una interpretación detallada, véase Brunner, *Forsch.* 661 sigs., también RG I 288 sig.; Cf. Adhémar Esmein, *Mélanges d'histoire du droit* (París 1886) 393 sigs., Beaudouin (*supra* nota 127) 704 sigs.

tos formularios se refieren a transacciones (venta, donación, «*cessio*» *in dotem*, etc.) entre el concesionario y un tercero, mientras que la concesión misma, hecha en el pasado y, por lo general, hecha por una iglesia, se presupone y consecuentemente ni se analiza ni se determina. El concesionario tiene todos los privilegios y responsabilidades⁴³⁴ implicados normalmente en la tenencia hereditaria y fácilmente habría podido ser llamado *emphyteuticarius*⁴³⁵ si el término no hubiera, en general, caído en desuso. En realidad, el concesionario indica la cosa que transmite como suya propia (form. Andec. 58, Tur. 8 y 42) e, incluso, cuando falta semejante afirmación expresa, utiliza por lo regular expresiones que de forma típica se empleaban para conferir propiedad plena a quien se transmitía (p. ej. form. And. 1c⁴³⁶, 48⁴³⁷, 21). Esto, sin embargo, no le impide hacer referencia al santo de la iglesia respectiva como propietario cuyos derechos no han de verse perjudicados por el negocio (*salvo iure illius sancti cuius terra esse videtur*; form. And. 1, también 8, 21, 40, 58; Tur. 8 y 42). En todos estos respectos, particularmente cercana a lo esencial del documento vándalo resulta la form. And. 37: «Ergo transcrivimus tibi mansello nostro illo super terraturio vir inluster illo⁴³⁸, et hoc... perpetualiter ordine tradimus ad possedendum, et hoc est abendi, tenendi seu conmutandi, posteris tui, vel ubi tua decrederit⁴³⁹ volomtas, derelinquendi». Además, en form. And. 7, el tercero, dirigiéndose al concesionario, habla de *res (praeiudicium, ius) vestra et domni illius*, esto es, de cosa que pertenece, al mismo tiempo, al concesionario y al concedente. De manera que todos los elementos ya conocidos reaparecen casualmente: que se evite un nombre para la tenencia perpetua; que se haga relación a propiedad, por muy vagamente que ella sea concebida; y la ausencia de cualquier conato de crítica respecto a la propiedad dividida en dos o de construcción jurídica de la relación como arriendo. En otras palabras, las *formulae* siguen el punto de vista introducido por los juristas a mediados del siglo quinto y adoptado en los sucesivos reinos germánicos. Interpretatio y Antiquae suministran los eslabones de la cadena probatoria. Que los juristas galos en el siglo octavo consideraron INMc3 regla vigente, es algo respaldado además por la forma en que aparece en las Epitomae Aegidii y Monachi. Igualmente, RC 19.2 consideró la Interpretatio como digna de adopción y merecedora de alguna modificación.

⁴³⁴ Cf. Brunner 663 sig.

⁴³⁵ Brunner 663 pone reparos porque en caso de *emphyteusis* el *dominus* debería haber tenido los derechos de consentimiento previo y retracto, de los cuales esos negocios no muestran indicio ninguno. Pero esas prerrogativas no fueron introducidas antes de Justiniano (CJ 4.66.3) y aparentemente nunca estuvieron presentes en el derecho vulgar.

⁴³⁶ «...in tuae iure et dominacione hoc recipere debias» etc.

⁴³⁷ «...quidquid de ipsa vinia facere volueris, liberam in omnibus habeas potestatem faciendi». De manera bastante extraña, la rúbrica, en contraste con el texto del formulario 4, denomina el negocio una *vindicio de terra conducta*. Este *conducere* es tan poco familiar al lenguaje del siglo 7º, que parece más prudente verlo como un lapsus (Zeumer ad h. l.) que hacer de él el fundamento donde apoyar la suposición de una terminología general (Brunner 664 sig. y I 289). Después del Codex Theodosianus, no parece haber ni un simple pasaje en el que se haya utilizado *conductio* para designar un arrendamiento perpetuo (véase también *supra* nota. 161). El *conductor* en LB 38.10 hace referencia a un arrendatario temporal corriente.

⁴³⁸ Léase: «mansellum nostrum illum super territorio viri illustris illo».

⁴³⁹ Léase: «decreverit».

4. *Superficies*

En materia de *superficies* ya se ha señalado la correspondencia existente entre las fuentes germánicas y el derecho vulgar⁴⁴⁰. Con ocasión de ocuparse de los problemas surgidos en la partición original de un *fundus* entre el *possessor* romano y su *consors* godo, Eurico⁴⁴¹ dispuso que cuando un *consors*, que ignorase *quod portio sit consortis*, plantara una viña (o construyese una casa)⁴⁴² en el terreno del otro, sin objeción de parte de éste, podría retener la viña hasta que se le diese a cambio otra porción de tierra de igual valor (LV 10.1.6 Antiq.). Este privilegio, no obstante, se limitaba sólo a los *consortes*, y como tal fue tomado por LB 31. Fuera de esa relación específica, la mera *bona fides* del plantador no le bastaba a los efectos de adquirir derecho sobre la tierra. Era necesario el permiso del propietario. En caso contrario, perdía la viña (LV 10.1.7 Antiq.)⁴⁴³:

Qui vineam in alieni fundi territorio, in quo ipse consors non est, sine permissione domini, sive per vim aut forsitan domino nesciente vel absente, plantaverit, etiam si ei contradictum non fuerit, vineam quam plantavit amittat, quia sufficere ei debet, quod ad duplicationem rei non addicitur qui aliena pervasisse dinoscitur.

La conformidad con GE 2.1.4 resulta sorprendente: *sine permissione domini=sine nostro permissu*; la pérdida, por consiguiente, afecta igualmente a los plantadores *bonae* y *malae fidei*⁴⁴⁴, aunque, diferente en esto de GE, ninguno de los dos podría recuperar sus gastos. La secuencia de las *leges* 6 y 7 y la cuidada expresión de la primera de ellas vuelven el *argumentum e contrario* incluso más terminante: quien actuó *domini permissione* podría mantener lo que hubiera plantado o construido, presumiblemente por una compensación o convenida al efecto o como la que se menciona en la *lex* 6.

Similar al respecto de todo esto es Ed. Roth. 151:

Si quis molinum in terram alienam aedificaverit et suum probare non potuerit, amittat molinum et omnem operam suam, et ille habeat, cuius terram aut ripam esse invenitur; quia omnes scire debent quod suum, non alienum est.

El constructor del molino *amittat molinum* y todo el trabajo que puso en construirlo. El que creyera que le pertenecía el suelo no le ayudaría⁴⁴⁵. Pues todo el mundo ha de saber lo que es suyo y no ajeno⁴⁴⁶. Esta regla, sin embargo, tiene su

⁴⁴⁰ *Supra* págs. 52 sig.

⁴⁴¹ Cf. Zeumer, edición.

⁴⁴² Este caso se añadió después.

⁴⁴³ Aparentemente pasada por alto o confundida con *lex* 6 por Dahn, *Studien* 88 sigs.

⁴⁴⁴ Compárese el caso análogo de un arrendatario que traspasa sus linderos en LV (Anti.) 10.1.13.

⁴⁴⁵ Halban II 112 y Juan Beneyto Pérez, *Studi Albertoni* (Padua, Cedam, 1938) III 271 sig., siguiendo a Schupfer, entienden mal el texto al presuponer un caso de *mala fides*. Este caso se contempla en ER 354.

⁴⁴⁶ Esta máxima, que pone a la par negligente falta de conocimiento con conocimiento, tiene un valor muy diferente al de la afirmación de Justiniano: «Omnes autem scire debent quod non suum

excepción. No sería de aplicación si el constructor pudiera probar que el molino⁴⁴⁷ le pertenece. Pero, ¿cómo podría hacerlo? Para un clásico, la proposición de que un constructor *in terra aliena* pudiera demostrar que el edificio le pertenece habría constituido una contradicción en los términos. Incluso el consentimiento del propietario de la tierra sólo podría haber resultado, a lo más, en la concesión de un *ius in re aliena*. El jurista del siglo séptimo, sin embargo, no conocía semejante concepto. La única posibilidad que para él existía era la de que el molino sólo a uno pertenecía. Y la respuesta evidentemente dependía de si habíase acordado algo al respecto con el propietario del terreno; pues ningún otro caso se ve más fácilmente cubierto por la cláusula *suum probare (non) potuerit*. Si había habido acuerdo, el molino pertenecía al constructor; era *suum*, aun cuando la *terra* bajo sus cimientos fuese *aliena*. Una vez más, se deja ver que *superficies solo cedit* había dejado de ser un principio incondicionado. El suelo y la construcción podrían pertenecer a sujetos distintos, si así lo deseaban⁴⁴⁸. Y daba lo mismo si la construcción se apoyaba tan superficialmente en el suelo que podía fácilmente ser separada y trasladada a cualquier otro lugar⁴⁴⁹.

5. *Servitus*

Si recordamos la suerte que corrió la *servitus* en el derecho vulgar⁴⁵⁰, no puede sorprendernos la desaparición del término en las legislaciones germánicas. A más de esto, sólo ocasionalmente encontramos disposiciones alusivas a la posibilidad de llegar a acuerdos particulares en cuya virtud pudiera uno cortar un árbol fructífero del bosque del otro (LB 28.2), o introducir cerdos o ganado bovino u ovino con fines de pasto en el monte del otro (LV 8.5.1 y 5 i.f. [Antiq.]), etc. Pero a juzgar por los textos, nada hay que indique que el *placitum* o *pactio* vinculara a otros que no fuesen las partes del acuerdo⁴⁵¹. Si hubo casos en que tuvieron efectos *in rem*⁴⁵², la necesidad de acuerdos con esa eficacia debe de haber sido más pequeña incluso que en el derecho vulgar. El uso colectivo originario de la tierra dejó im-

est hoc ad alios modis omnibus pertinere» (CJ 8.4.11.1). El sonido similar de las dos sentencias ciertamente no es base suficiente para la común suposición (p. ej., Pasquale del Giudice, *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, Ser. II vol. 19 [1886], 568 sig., Brunner I 532 nota 10, pero véase también Camillo Giardina, *Studi Besta* [Milán, Giuffrè, 1939] III 109 sigs.) de que Rotario se sirvió de Justiniano.

⁴⁴⁷ Si... *suum probare non potuerit*. *Suum* no debe cambiarse por *suam*, como sugirió del Giudice y se vertió en la traducción de F. Beyerle, *Gesetze der Langobarden* (Weimar, Böhlau, 1947) 49. Si la *terra* es *aliena*, no puede ser *sua*.

⁴⁴⁸ En la Galia, más de cien años después, un formulario en blanco de venta cuida de distinguir entre casa y terreno: «vindedi... casa mea cum ipsa area, ubi posita est infra civitatem; casa vel terra; casam vel aream». (Form. Tur. 42).

⁴⁴⁹ La antigua concepción germánica, de resultar reconstruible, variaba en diversos puntos: cf. Heusler I 335 sigs., Martin Wolff, *Bau auf fremdem Boden* (Jena, Fisher, 1900) 11 sigs., Gierke II 9 sig.

⁴⁵⁰ *Supra* págs. 53 sigs.

⁴⁵¹ Véase también Dahn, *Studien* 106 (más correcto que 97).

⁴⁵² Para la Alta Edad Media, véase Heusler I 339 sig., II 15 sig.

presa su huella en forma de numerosas reglas que possibilitaban el que se beneficiasen otros distintos del propietario. Observando ciertos límites, todo el mundo era libre de andar, descansar, demandar refugio, cortar madera y apacentar animales en las tierras de otro hombre⁴⁵³.

F. DERECHO VULGAR Y DERECHO GERMÁNICO: *POSSESSIO Y SEISIN*

Si repasamos las características del derecho vulgar de bienes, tal y como quedó configurado en el Imperio y en los reinos que a éste sucedieron, no podemos sino reconocer varios rasgos comunes con la germánica *vestitura* (seisin, *Gewere*)⁴⁵⁴. Las semejanzas son numerosas y evidentes. Al igual que la *possessio*, la *Gewere* exigía, en general, una tenencia de hecho *suo nomine*⁴⁵⁵. Al igual que la *possessio*, la *Gewere*, no siendo un derecho real, era su típica manifestación externa. De aquí que no sólo fuera comúnmente usada para expresar el derecho; establecía también una presunción de que tal derecho existía⁴⁵⁶. *Vice versa*, al igual que *domin*
n *i* *u* *m*
en ocasiones no significaba más que posesión legítima, así *eigen*, traducido como *proprium* o *proprietas*, puede que haya indicado la tierra que un hombre tenía en su *Gewere*⁴⁵⁷. Además, el derecho a poseer, ordinariamente subyacente tanto en *possessio* como en *Gewere*, no tenía que coincidir necesariamente con el de propiedad; pudiera también tratarse del de arriendo perpetuo, del de usufructo u otro derecho real. De aquí que todos estos derechos, ya expresados en términos de *Gewere* o de *proprietas*, fuesen considerados semejantes en estructura y sólo diferentes en las utilidades que suponían, impidiendo así que cupiera establecer un nítido contraste entre *proprietas* y *ius in re aliena*⁴⁵⁸. Puesto que eran meras variaciones o grados del mismo poder jurídico, el término *Gewere* no era más apto para identificarlos inequívocamente que *possessio* o *dominium*. Con frecuencia se requirió una enumeración o descripción adicionales de las facultades incluidas en un derecho determinado⁴⁵⁹. Son abundantes los documentos y formularios en blanco de negocios que presentan a un futuro propietario como persona que obtiene *plena* o *libera possessio* o *proprietas* (*egenlike gewere*), o que describen su posición más o menos en esos términos: «Tradidimus perpetualiter ad possidendum, ut teneant adque possedeant et quidquid exinde facere elegerint, liberum perfruantur arbitrium» (Lo-

⁴⁵³ *Infra* págs. 121 sig.

⁴⁵⁴ Para una visión general, véase Huebner 183 sigs. y, para el Derecho Inglés, la extensa exposición de Pollock y Maitland II 29 sigs.

⁴⁵⁵ Heusler, *Die Gewere* (1872) 117 sigs., Gierke II 191. No es esto, por supuesto, el llamado *animus domini* del derecho clásico; cf. *supra* págs. 60 sigs.

⁴⁵⁶ Heusler II 20 sig., Brunner, *Grundz.* 195 sig., Gierke 189 sigs., 203, 349 sigs., Huebner 193.

⁴⁵⁷ Heusler II 17. En sí, *eigen* significaba bienes raíces (en su oposición a bienes muebles): Jakob Grimm, *Deutsches Wörterbuch* v. *Eigen* (Leipzig 1862). Cf. *supra* págs. 86 sig.

⁴⁵⁸ Heusler II 14 sigs., Gierke 351 sigs. Cf. *supra* págs. 34 sigs., 61, 85 sigs.

⁴⁵⁹ Heusler II 16 sig., Brunner 196, Gierke 199 sig., 351 nota 11. Cf. *supra* págs. 61 sigs., 85.

ersch-Schröder-Perels, *Urkunden zur Geschichte des Deutschen Privatrechtes* 3ª ed. [1912] núm. 26) o: «vos et successores vestri ad possidendum et ad fruendum ... perenniter firmissimam habeatis potestatem» (*ibid.* Núm. 30). Podía darse que propiedad y usufructo fueran comparados desde la común perspectiva de *possidere*, como en Form. Marc. I 13: «...dum advixerit, absque aliqua diminutione de qualibet rem usufructuario ordine debeat possidere⁴⁶⁰, et post eius discessum memoratus ille habeat, teneat et possideat et suis posteris aut cui voluerit at possedendum relinquat». Cuando un usufructuario percibía los rendimientos físicos de la cosa, mientras, a cambio, recibía el propietario el pago de una renta o la prestación de unos servicios, las dos *seisins* aparecían yuxtapuestas, con graduación funcional, y siendo una de ellas más fuerte que la otra⁴⁶¹, de manera similar a como ello se producía en el *dominium*⁴⁶² (y concebiblemente *possessio*)⁴⁶³ *duorum in solidum* en el derecho vulgar.

Ni que decir tiene que este paralelismo⁴⁶⁴, por lo que podemos ver⁴⁶⁵, no fue tal que no dejara nada sin cubrir. No obstante, las correspondencias parecen bastante sorprendentes. Son tan reales y calan tan hondo en el detalle, que es difícil creer en una total no dependencia del concepto de *Gewere*. Es cierto que ese carácter independiente del concepto ha sido afirmado generalmente. Apenas existe un estudio sobre la *Gewere* que no haga énfasis en la fundamentales diferencias de ésta respecto a la estructura romana del derecho de bienes. Pero el sistema que estos autores tienen en mente es el derecho romano erigido por los juristas, republicanos y clásicos, y resucitado por Justiniano, y no el derecho romano que encontraron vigente las tribus germánicas cuando invadieron el Imperio. Si esta cuestión se ve desde el derecho vulgar, el supuesto contraste deja de apreciarse.

A estas alturas pudiera quizás uno preguntar si las similitudes entre formaciones vulgares y germánicas se debieron a una simple coincidencia o a una efectiva recepción, si las reglas de la *Gewere*, formadas *post hoc* (*ius Romanorum*), se formaron también *propter hoc*. Un tratamiento documentado de este problema sería ciertamente una tarea que merecería la pena emprender. Pero cae fuera de los límites de este libro y de la competencia de su autor. Sólo unas pocas indicaciones, provisionales e incompletas como son, puedo brindar aquí. Ninguna de aquellas dos posibilidades da la impresión de dar en el clavo. Es un hecho establecido que los redactores germánicos de documentos legales empezaron aprovechándose de

⁴⁶⁰ Esto es: *zu Leibzuchtsgewere*.

⁴⁶¹ Brunner 195 sig., Gierke 195 sig., Huebner 227 sig.

⁴⁶² Cf. *supra* págs. 65 sigs., 89 sig.

⁴⁶³ *Supra* págs. 66 sig.

⁴⁶⁴ Para más coincidencias, véase Heusler, *Gewere* 59 sigs., 114 sigs. y *passim*.

⁴⁶⁵ P. ej., mientras la característica distintiva de *Gewere* en inmueble fue la del disfrute (*Nutzung*) (Heusler, *Gewere* 115 sigs. e *Institutionem* II 22, Brunner 195, Gierke II 191 sig.), la prueba definitiva de la existencia de ese mismo requisito para la *possessio* en el derecho vulgar no parece haberse alcanzado claramente (*supra* págs. 66 sig.). Hay esporádicos indicios del reconocimiento de una posesión de derecho (*saisine de droit, ideelle Gewere*); cf. *supra* págs. 30, 66, 84 nota 396 en comparación con Pollock y Maitland II 60, Brunner 196 sig., Gierke II 193 sigs.

los modelos del derecho vulgar y que, hasta cierto punto, esta práctica continuó no poco en los siglos siguientes⁴⁶⁶. De forma similar, romana fue, en particular, la utilización que se hizo de esos documentos para el propósito de la transmisión de la propiedad⁴⁶⁷. Este uso, a su vez, llegó a mezclarse⁴⁶⁸ con el, en parte⁴⁶⁹, tipo indígena de *traditio*, la (*in*)*vestitura* en el sentido primitivo del término, esto es, ese acto formal sobre la finca que originalmente reunía el acuerdo de transmisión y la entrega de la posesión⁴⁷⁰. A través de estas y otras vías, el concepto vulgar de *possessio* pudo fácilmente haberse adoptado para indicar la posición legal del nuevo poseedor (propietario), y cuando, más tarde, *vestitura* pasó a ser término técnico para denotar esta posición⁴⁷¹, puede que llegara a ser identificada plenamente con lo que era *possessio* en el derecho vulgar. Pero recepción de formas no tiene por qué ser recepción de instituciones. Con frecuencia indica sólo que una manera de pensar, manifestada en las expresiones tomadas en préstamo, le resultaba atractiva al pueblo que las recibía porque tenía él mismo nociones propias, aunque sin formular, similares. Que esto fue lo que sucedió en este caso, es algo que encuentra apoyo firme en razones de carácter general. Los griegos, asimismo, basaron su derecho de bienes en la posesión⁴⁷². Así lo hicieron los primeros romanos⁴⁷³. Así otros pueblos. El de tomar la inmediata comprensión de los derechos en la cosa como punto de partida y fundamento fue el punto de vista natural para unos hombres no formados en un refinado sistema de conceptos lógicamente dispuestos. El resultado, por consiguiente, no daría la impresión de ser esencialmente diferente del encontrado en problemas afines⁴⁷⁴. Muy bien puede ser que los juristas germánicos aprovecharan aquellos conceptos romanos que estaban a tan sólo medio camino de sus propias ideas⁴⁷⁵. Si así fue, ambos usos, romanos y germánicos, podrían haber contribuido al derecho relativo a la *Gewere*. La proporción en que entraron esas diferentes contribuciones no es algo, naturalmente, que pueda calcularse. Pero difícil resultará ya mantener que la *Gewere* fue una institución típica o peculiarmente germánica.

⁴⁶⁶ Brunner I 564 sig.

⁴⁶⁷ Lo cual, sin embargo, nunca llegó hasta suponer una *traditio per cartam*: *infra* págs. 141 sigs.

⁴⁶⁸ Brunner, Urk. 276, 302 sigs.

⁴⁶⁹ Véase también *infra* 134 nota 89.

⁴⁷⁰ Heusler, *Gewere* 6 sigs., *Inst.* II 66 sigs., Brunner, *Grundz.* 197, Schröder 303 sigs.

⁴⁷¹ Heusler 50, Brunner 195.

⁴⁷² *Supra* pág. 67.

⁴⁷³ *Supra* pág. 69.

⁴⁷⁴ Para la garantía, en las ventas, acerca de la propiedad, véase Rabel (*supra* nota 295) 34 sigs.

⁴⁷⁵ Conjetura ociosa sería contemplar el curso que podría haber tomado la actividad de estos juristas de haber tenido que vérselas con la jurisprudencia clásica o con la compilación justiniana. Sólo a la luz de la situación en la que realmente se encontraron, la del derecho vulgar, cabría decir que tuvieron que conformarse con la *Gewere* «porque la técnica jurídica no supo hallar términos para los derechos abstractos en el modo jurídico de expresión de aquellos días» (Heusler II 20).

CAPÍTULO II. **DOMINIUM E INTERÉS PÚBLICO**

Las limitaciones sobre la propiedad, establecidas ya para favorecer el bienestar común o en interés de determinados individuos, experimentaron progresos significativos tras el período clásico. El primer tipo hubo de multiplicarse en gran escala. El segundo no sólo aumentó en número, sino que también, en parte, cambió su carácter. Los recursos administrativos pasaron frecuentemente a reemplazar o complementar las acciones ordinarias y, en ocasiones, fueron utilizables haciendo caso omiso de los deseos de la parte implicada. Este proceso de transformación cualitativa y cuantitativa constituyó un rasgo característico del derecho de bienes en el Bajo Imperio.

Es cierto que un número considerable de las medidas pertinentes se nos presentan con la forma que adoptaron en las declaraciones imperiales. Pero sería imprudente extraer la conclusión de que todas o la mayoría debieron su formación a la exclusiva y original iniciativa de un emperador o de sus asesores. Con frecuencia, la proclamación oficial marcaba el punto álgido más que el principio. Naturalmente, los comienzos no son siempre rastreables. Pero a veces los antecedentes de una regla en usos no promulgados¹ o en regulaciones de carácter local² pueden determinarse con un mayor o menor grado de probabilidad. En otros casos un emperador consideraba oportuno tener en cuenta la costumbre local³. No otro es el motivo por el que ese asunto requiere su estudio en el marco de este libro.

Este asunto guarda relación de muchas formas con el capítulos anterior y los posteriores. Si no fuera por haber decaído el nivel de los juristas, la desintegración del concepto de propiedad podría ciertamente no haberse dado. Pero esta misma desintegración se vio promovida por el hecho de que un derecho de propiedad inmobiliaria protegido de interferencias públicas era algo que había dejado de existir. El deber de cultivar el terreno y de hacerse cargo de una tierra estéril adicional, si así se ordenaba⁴, convertía al propietario privado en una especie de

¹ Véase, p.ej., *infra* págs. 115, 186, también 110 sig.

² Véase, p.ej., *infra* págs. 101, 120, también 101 nota 40, 113 sig.

³ Véase, p.ej., *infra* nota 66. *Cf.*, en general, Taubenschlag, *Mélanges Cornil* (París, Sirey, 1926) 499 sigs.

⁴ *Supra* pág. 43.

funcionario que debía a los intereses del Estado, en un grado difícilmente menor que a los suyos propios, la determinación de lo que podía hacer y debía tolerar. En consecuencia, *emphyteusis* y *superficies* en terreno público pudieron fácilmente ser consideradas como una suerte de *dominium*. Además, las nuevas exigencias de tierra que cultivar y vivienda provocaron que las dos instituciones florecieran y cambiaran su carácter⁵. En otros ámbitos, tipos completamente nuevos de *dominium* limitado hicieron su aparición impulsados por razones políticas de interés público⁶. Los impuestos y los *munera* moldearon el derecho privado. Su influencia se manifiesta vigorosamente en los modos de adquisición de la propiedad en inmuebles. Las nuevas formas de transmisión y el tratamiento que se hace de los *agri deserti* nos lo ejemplifican⁷. Además, la excesiva carga impositiva fue una de las razones que provocaron un creciente paternalismo. El Estado sintióse llamado a apoyar y fomentar la prosperidad de un número siempre decreciente de súbditos capaces de pagar impuestos. En determinadas ocasiones entró a cuidar del bienestar del individuo y a supervisar sus relaciones con los demás⁸. También aquí está la clave de un desarrollo que, bajo determinadas circunstancias, hizo que los derechos *in re* crecieran *lege*, sin iniciativa de las partes⁹. Lo creciente del poder y la intervención del Estado en el ámbito del derecho privado¹⁰ resulta trasfondo indispensable para deslizar una mirada inteligente dentro de las muchas corrientes del derecho vulgar relativo a los bienes. De forma parecida, consideraciones de interés público dan razón ampliamente en los reinos germánicos del reconocimiento de la propiedad privada sobre inmuebles¹¹ y del modo en que fue tratada¹².

La discusión que sigue a continuación se presentará de manera resumida allí donde los hechos esenciales estén suficientemente establecidos. No se ha buscado realizar una exposición completa. Las posiciones preclásicas y clásicas se tratarán únicamente al efecto de situar las tendencias tardías en un marco apropiado¹³. El concepto de *dominium* se emplea en el amplio sentido del derecho vulgar, aunque el grueso de las pruebas hace referencia al pleno dominio.

A lo largo de la historia romana, la primacía del Estado sobre el individuo fue un principio indiscutible. Una regla podía hundir sus raíces en tiempos inmemoriales o proceder de una ley escrita; podía descansar en el *imperium* de un magistrado o en el de un emperador; podía encontrar expresión en una disposición de alcance general, provincial o local, dirigida ya a los *cives*, a los *peregrini* o a am-

⁵ Respecto a la fusión de *emphyteusis* y *ius perpetuum*, *supra* pág. 44; para la *superficies*, *supra* 48 sigs.

⁶ *Supra* págs. 40 sigs.

⁷ *Infra* págs. 124 sigs., 185 sigs.

⁸ *Infra* págs. 111 sig.

⁹ *Infra* págs. 116 sig.

¹⁰ Véase, p.ej., *infra* págs. 166 sig.

¹¹ *Supra* págs. 81 sigs.

¹² *Infra* págs. 118 sigs.

¹³ Por el contrario, el estudio de Francesco De Martino, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 16 (1941) 21 sigs. se limita esencialmente al período clásico.

bos. La regla podía exigir servicios personales, militares o civiles, el pago de impuestos o prestaciones en especie, y tales cargas podían recaer sobre los bienes de un hombre o sólo sobre sus tierras o sus bienes muebles. A menos que fuera revocada por una autoridad superior, una medida promulgada en debida forma tenía que ser obedecida, y las posibilidades de apelar contra ella fueron limitadas¹⁴. Pero los órganos de gobierno no hacían siempre el mismo uso de su supremo poder. Hubo cambios sorprendentes. Estos ofrecen las características específicas de los períodos en los que se divide este capítulo.

A. LA REPÚBLICA

Durante la república temprana, hablando sumariamente, tanto el magistrado como el *pater familias* viéronse guiados y limitados, de forma importante, por fuerzas extralegales tales como usos y buenas costumbres, que sacaban de los ciudadanos lo mejor de sí mismos¹⁵. Si en el comportamiento personal o en la administración del patrimonio, ya en el ejercicio de poderes públicos o privados, dejaban sus titulares de ajustarse a ese modelo de conducta, el *ensor* podía constreñir, aunque indirectamente, al transgresor¹⁶. Sin embargo, al pasar el tiempo y llegar a prevalecer el interés particular sobre el espíritu público y las antiguas tradiciones, los vínculos morales fueron debilitándose gradualmente. La oportuna actividad de los censores llegó a un punto muerto¹⁷, y los otros magistrados, cuando les era posible actuar, refrenaron toda interferencia de su parte con la conducta o el patrimonio de los ciudadanos. La época individualista de César y Cicerón¹⁸ contempló el apogeo de esta tendencia hacia el *laissez faire laissez aller*. El reclutamiento y el servicio militar obligatorio, por ejemplo, aunque nunca se abandonaron, cayeron en desuso después de que Mario hubiese creado legiones formadas principalmente por voluntarios profesionales¹⁹. Los impuestos directos (*tributa*), incluyendo el *tributum soli*²⁰, prác-

¹⁴ Las referencias parecen innecesarias. Un estudio reciente en Francesco Maria De Robertis, «Emptio ab invito», *Annali di Bari* 7-8 (Año 1945-1946) 208 sigs. El estudio de J. Walter Jones, «Expropriation in Roman Law» (*Law Quart. Rev.* 45 [1929] 512 sigs.), no distingue los distintos períodos históricos.

¹⁵ Schulz, *Principles* 20 sigs., 158 sig., 201 sig., 231 sigs. y *passim*, Kunkel, *Neue Jahrbücher* 12 (1936) 197 sig., Kaser, *SZ* 58 (1938) 66 sigs., *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung* (Tübinga, Mohr, 1939) 13 sigs., *Eigentum* 186 sigs., *Altrömisches Ius* (Gotinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 1949) 61 sigs.

¹⁶ Para una lista de acciones y omisiones objeto de inspección censoria, véase Mommsen II 377 sigs.

¹⁷ Mommsen II 336 sig., Kaser *SZ* 58, 77.

¹⁸ A pesar del constante énfasis de Cicerón en la *communis utilitas* o *salus* y en otras cosas por el estilo (cf. Steinwenter, *Festschrift Koschaker* I 89 sigs.).

¹⁹ Mommsen, *Römische Geschichte III*, 8ª ed. (Berlín, Weidmann) 497 sigs., *Staatsrecht III* 298 sig., Wilhelm Liebenam, *RE* 5 (1905) 610 sigs., Seckel I 241 sigs.

²⁰ No era tal *tributum* el *vectigal* que tenía que pagar el comprador de *ager publicus*, que pasaba tenerlo en propiedad como *ager privatus vectigalisque* (Lex agraria del 111 lin. 49 y 66). Este *vectigal* representó, probablemente, una parte, o el total, del precio de adquisición pagadero en vencimientos periódicos. Además, fue abolido en Italia antes de que finalizara el siglo segundo. Acerca de todo esto, véase Kaser, *SZ* 62 (1942) 6 sigs., 19 sig.

ticamente²¹ habían dejado de imponerse a los ciudadanos desde 167 a.C. hasta Diocleciano, con la excepción del impuesto sobre la herencia que Augusto introdujo²². Los *munera*, en forma de servicios personales para la construcción o mantenimiento de calzadas, edificios, acueductos, etc., se siguieron exigiendo, pero su alcance se vio reducido y, en Roma, fueron ampliamente sustituidos por trabajo asalariado a costa de los propietarios de las tierras próximas²³. Se trató de restringir el poder de expropiación incluido normalmente en la *coercitio* de los magistrados²⁴. Un ciudadano sentenciado a muerte podía escapar a la ejecución si se iba al extranjero, y se consideraba que el magistrado estaba obligado a concederle el tiempo necesario para ello²⁵. Además, la jurisdicción criminal sobre los ciudadanos estaba tan ampliamente regulada por las leyes que el poder discrecional de los magistrados en la fijación judicial de las penas parecía estar casi eclipsado por una regla cercana al principio *nulla poena sine lege*²⁶.

B. EL PRINCIPADO

1. Aspectos generales

El Principado siguió esta política de abstención sólo cuando, como en los casos de reclutamiento militar²⁷ e impuestos directos²⁸, la carga que pesaba sobre los provinciales hacía posible suavizar en Italia el trato que se dispensaba a los ciudadanos. No obstante, se abandonó en general la tendencia anterior y se restauró el carácter prioritario del bienestar común²⁹. Gradual pero inequívocamente, con crecientes vigor e importancia, afloró la nueva corriente. En el ámbito del derecho penal, un ciudadano convicto ya no podía esperar ahorrarse su propia ejecución³⁰, y, desde Marco Aurelio e incluso más tarde, el juez imperial poseía un poder discrecional casi ilimitado en la determinación de la pena³¹. Menos aún se resistió el Estado a exigir trabajo y bienes al individuo. Para el mantenimiento de los acueductos³² pú-

²¹ Una excepción fue el 43 a.C., año de guerra civil.

²² Mommsen III 227 sigs., Kübler 219, con referencias; véase también Jolowicz 35 sig.

²³ Mommsen III 224 sigs., Pernice SZ 5 (1884) 81 sig.

²⁴ Lex Servilia agraria del 63 a.C. (Cic. de lege agr. 1.14 sig.) y Lex Julia agraria del 59 (Cass.Dio 38.1.4). Cf. De Robertis *loc. cit.* 158 sigs., 170 sigs.

²⁵ Levy, *Die römische Kapitalstrafe* (Heidelberg, Winter, 1931) 18 sigs.

²⁶ Levy, *Bull.* 45 (1938) 92 sigs., cf. *Washington Law Rev.* 13 (1938) 296 sig.

²⁷ Mommsen III 740 sig., Liebenam, *RE* 5, 615 sig. y 6, 1604 sigs., Seeck I 251 sigs., II 1 sigs.

²⁸ Mommsen II 1013 sigs., Kübler 225 sigs.

²⁹ La primacía del interés del Estado parece estar oficialmente subrayada en la acostumbrada cláusula de las *Leges de imperio* (cf. Bruns núm. 56=Riccobono núm. 15) 17 sigs., que autorizaba al *princeps* a ordenar «quaecumque ex usu rei publicae maiestateque divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit». Cf. Steinwenter *loc. cit.* 90 sigs. y referencias en Anton von Premerstein, *Vom Werden und Wesen des Prinzipats* (Munich, Beck, 1937) 179 nota 1.

³⁰ *Kapitalstrafe cit.* 47.

³¹ *Bull.* 45, 85 sigs.

³² Sobre este tema véase recientemente De Robertis, *loc. cit.* 172 sigs.

blicos de la ciudad de Roma³³, un *senatus consultum* de 11 a.C. dispuso que los materiales necesarios «ex agris privatorum... darentur tollerentur sumerentur exportarentur³⁴ et ad eas res omnes exportandas earumque rerum reficiendarum causa, quotiens opus esset, per agros privatorum sine iniuria eorum itinera actus paterent darentur» (Frontino, de aquis urbis Romae cap. 125)³⁵. Ese mismo año el Senado declaró el suelo privado, un cierto ancho de espacio a lo largo de los acueductos, como zona de seguridad en la que «neque monumentum in is locis neque aedificium post hoc tempus ponere neque conserere arbores liceret: si quae nunc essent arbores intra id spatium, exciderentur» (con algunas salvedades) (Frontino cap. 127)³⁶. Además, la tierra requerida para la construcción de un acueducto era adquirida mediante expropiación si el propietario rehusaba vender (Frontino cap. 128): «sed cum (maiores nostri) aquas perducerent, si difficilior possessor in parte vendunda fuerat, pro toto agro pecuniam intulerunt et post determinata necessaria loca rursus eum agrum vendiderunt, ut in suis finibus proprium ius res publica privati-que haberent».

2. El siglo primero

Tenemos confirmadas muchas más interferencias en interés de la seguridad pública a lo largo del siglo primero de nuestra era. Para evitar incendios, Augusto prohibió la construcción de edificios de más de cierta altura (Strabo 5.3.7 i.f.)³⁷. Bajo Tiberio, un senador, cuya casa había sido afectada en sus cimientos por la construcción de una calzada pública y un acueducto, reclamó sin éxito a los *praetores aerarum* indemnización por daños y perjuicios (Tac. Ann. 1.75)³⁸. Establecer con carácter general *onera vehiculorum praebendorum* para el correo oficial fue la premisa de un edicto de Claudio (CIL III 7251)³⁹. En tiempos de Claudio y Nerón, el Senado, al generalizarse y revisarse una regla que era familiar a los romanos⁴⁰ desde hacía más de un siglo, intervino⁴¹ para impedir que *ruinis aedificiorum*

³³ Para Urso, en España, compárese Lex Urson. cap. 99 (Bruns núm. 28=Riccobono núm. 21). En el edicto de Augusto referente al acueducto de Venafrum (Bruns núm. 77=Riccobono núm. 67) lin. 46: «neve ea aqua per locum privatum invito eo cuius is locus erit ducatur» véase De Robertis 173.

³⁴ Para una indemnización tasada *virii boni arbitratu* y, si era posible, *sine iniuria privatorum*.

³⁵ Riccobono núm. 41, véase también Bruns núm. 47.

³⁶ Véase también la Lex Quintia de aquaeductibus de 9 a.C. (Bruns núm. 22=Riccobono núm. 14) esp. lin. 22 sigs.

³⁷ Cf. Biondi 24 sig., 43 sigs.

³⁸ Sólo el emperador concedía el *pretium aedium* y ello como medida de gracia.

³⁹ Cf. también Plutarco, Galba 8.4 y Script. Hist. Aug. Adriano 7.5: *ne magistratus hoc onere gravarentur*. Véase Otto Hirschfeld, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten*, 2ª ed. (Berlín, Weidmann, 1905) 190 sigs. y Rostovtzeff, 336. sigs., con nuevas aportaciones en su edición alemana *Gesellschaft und Wirtschaft* (Leipzig, Quelle und Meyer) II 97 sigs.

⁴⁰ Véanse las leyes municipales para Tarentum lin. 32 sigs. (Bruns núm. 27=Riccobono núm. 18) y Urso c. 75 (Bruns núm. 28=Riccobono núm. 21); cf. también la ley de Malaca c. 62 (Bruns núm. 30 b=Riccobono núm. 24).

⁴¹ Para los *senatus consulta* Hosidianum y Volusianum, véase Bruns núm. 54=Riccobono núm. 45, con referencias; también Mommsen, *Strafr.* 848, Bonfante II 1, 265.

ullam partem deformare Italiae (SC Volus. i.f.): se prohibía a los propietarios destruir sus casas o extraer sus materiales de construcción para negociar con ellos⁴². Cuando tras el incendio del 64 emprendió Nerón la reconstrucción de la ciudad en forma de hileras regulares de casas bajas, con calles amplias y más espacios abiertos (Tac. Ann. 15.43), para poder hacerlo tuvo que presionar a los reluctantes propietarios inmobiliarios. Se dice específicamente de Vespasiano que se sirvió de la fuerza frente a esos propietarios: «vacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent, cuicumque permisit» (Suet. Vesp. 8.5)⁴³. Alrededor del cambio de siglo, lo más tarde, el asunto de los *munera* comenzó a atraer la atención de los juristas (Javol. D 50.4.12).

El derecho de paso a través de predio ajeno no faltó tampoco en este período. Es verdad que normalmente el acceso a una calzada pública vendría amparado por la antigua disposición referente al *limes* o por una *servitus* acordada especialmente⁴⁴. De aquí que la regla general consistía en lo que leemos en CJ 3.34.11 (294), no obstante el hecho de que por lo que hace al contexto y ámbito de la disposición todo permanece oscuro:

Per agrum quidem alienum, qui servitutum non debet, ire vel agere vicino minime licet: uti autem via publica nemo recte prohibetur.

Pero esta regla tenía limitaciones. Se hicieron inevitables, en primer lugar, por las necesidades del tráfico general. Ya las *leges colonicae* parecen haber incluido una disposición constante al efecto de que cuando el *limes*, esto es, el paso público establecido al dividirse el suelo para marcar los límites entre los lotes asignados, transcurría por un terreno impracticable, el *possessor* de un lugar adyacente tenía que permitir el paso por éste a cualquiera. Igualmente, cuando se daba el caso de que el *limes* resultaba obstruido por una construcción privada, el propietario estaba obligado a dejar el paso franco o a permitir que la gente diera un rodeo por sus tierras:

Frontinus de controvers. (Lachm. 24,6=Thul. 10,7): Omnes enim limites secundum legem colonicam itineri publico servire debent⁴⁵; sed multi exigente ratione per clivia et confragosa loca eunt, qua iter fieri non potest, et sunt in usu agrorum eorum locorum, ubi proximus possessor, cuius forte silva limitem detinet, transitum inverecunde denegat, cum itineri limitem aut locum limitis debeat.

Frontinus de controvers. agrorum, como resulta de Agennius Urbicus (Lachm. 58,12=Thul. 49,15): ... quae loca fortasse possessori silvae causa sint utilia, horum loco non inique, per quae possit loca commode iri, iter commutat.

⁴² Véase también el *edictum Vespasiani* referido en CJ 8.10.2 (222).

⁴³ Véase también Knip 479 sig., Hans-Erich Kaden, *Revue des Études Latines* 15 (1937) 148 sig.

⁴⁴ Acerca de la interpretación liberal de los juristas al presumir negocios respectivos, véase, p.ej. Jul. D 30.81.3, Marcellus D 33.2.15.1, Ulp. D 7.6.1 pr. § 1.

⁴⁵ Cf. Lex agraria de 111 lin. 89 (Bruns núm. 11=Riccobono núm. 8); Lex Mamilia Roscia cap. 4 (Bruns núm. 15=Riccobono núm. 12); Lex Ursonensis cap. 78 y 104. Véanse también las palabras finales en la inscripción de Pompeya referente a la *servitus aquae ducendae* (Bruns núm. 141, 15=Aranjo-Ruiz núm. 106 o).

Hygin., de condicionibus agrorum (Lachm. 121,1=Thul. 84,3): Item sanxerunt (scil. auctores divisionis), sicubi limites in aedificium aliquod inciderint, is cuius aedificium esset daret iter populo idoneum per agrum suum quod semper esset pervium. In quorundam vero villis, qua limites transeunt, ianuae sunt semper patentes praestantesque populo iter.

Sículo Flaco, de cond. agr. (Lachm. 158, 22=Thul 123, 4), trata de la misma situación en una forma mucho más elaborada. La validez jurídica de estas reglas resulta confirmada de forma indirecta y su examen completado por Javoleno, que cita un caso de urgencia pasajera no cubierto por las leyes coloniales:

Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet (D 8.6.14.1).

Como en todos los demás ejemplos, el cumplimiento de este deber se aseguraba mediante medidas administrativas⁴⁶. El *interdictum quo itinere actuque privato* no era de aplicación: Ulp. D 43.19.1.6.

Tal derecho de paso, sin embargo, no sólo existió en interés del flujo de peatones y vehículos por una vía pública. No menos podía utilizarse cuando, en caso contrario, un determinado campo arable pudiera verse condenado a quedar inculto. Después de exponer la obligación del propietario de contribuir al mantenimiento de varios tipos de *viae*, Sículo Flaco (Lachm. 146, 14=Thul. 110, 14) prosigue:

Ad omnes autem agros semper iter liberum est. Nam aliquando deficientibus vicinalibus viis per agros alienos iter praestatur. Qui<dam> etiam conveniunt specialiter uti servitutum praestent his agris, ad quos necesse habent transmittere per suum; nam et his verbis comprehenditur «ita ut optimus maximusque est»⁴⁷; nam et aquarum ductus solent per alienos agros iure transmittere⁴⁸. Itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt; quae non universo populo itinera praestari videntur, sed eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est.

Sículo insiste con claridad en que siempre se puede acceder libremente a todo campo. «Pues cuando, como a veces sucede, las vías públicas están en mal estado, se concede paso por los campos propiedad de otro. Incluso algunos acuerdan específicamente una *servitus*». La antítesis que resulta aquí acentuada no puede significar sino que en el primer supuesto la ley otorga el paso sin ningún tipo de acuerdo o consentimiento de parte del propietario⁴⁹. El autor vuelve (*ut diximus*) a esta parte de su relación, tras la digresión referente a la *servitus*, para afirmar: «Así que cuando las calzadas, como sucede con frecuencia (*saepe*), discurren por tierra de otros de forma obligada (*necessario*), en esos casos, sin embargo, no es-

⁴⁶ Cf. «interveniunt magistratus» en D 43.8.2.25.

⁴⁷ Al interpretar esta cláusula Sículo sigue una opinión rechazada por la mayoría de los juristas: Proc. D 50.16.126; Cels. D 18.1.59; Venul. D 21.2.75; Paulo D 50.16.169; Ulp. D 50.16.90.

⁴⁸ Véase *infra* nota 109.

⁴⁹ Para «viam praestare» a instancia las autoridades véanse también las palabras arriba citadas de Javoleno D 8.6.14.1.

tán abiertas al público en general, sino sólo a quienes tienen necesidad de ellas para acceder a sus propias tierras». En relación con este pasaje resultan una vez más contrastados, un poco más adelante, los casos con y sin *servitus* (Lachm. 152, 10=Thul. 116, 11):

Sed et de viarum condicionibus locuti sumus. Quorundam agri servitatem possessoribus ad particulas suas eundi redeundique praestant. Quorundam etiam vicinorum aliquas silvas quasi publicas, immo proprias quasi vicinorum, esse comperimus, nec quemquam in eis caedendi pascendique ius habere nisi vicinos quorum sint⁵⁰; ad quas itinera saepe, ut supra diximus, per alienos agros dantur.

Parece bastante difícil de admitir que Sículo, especialista en el arte de la agrimensura, hubiera relatado una práctica tan contraria a la ley en vigor. Más bien se impone la conclusión de que cuando, en interés de la agricultura, se mostraba como absolutamente necesario que el paso estuviera disponible, se otorgaba incluso a pesar de la oposición del propietario. Lo que únicamente no se nos dice, por caer fuera del interés del *agrimensor*, es el modo cómo el *iter praestare* era jurídicamente exigido. Sin embargo, poco puede dudarse de que debió de procederse coercitivamente por vía administrativa, como en el caso de que *viae publicae exemptus commeatus sit vel via coartata* (Ulp. D 43.8.2.25). Pudiera ser que el magistrado obligara al propietario a que concediese el pasaje *precario* o bien en cualquier modo adecuado⁵¹. No resulta contradictorio el muy discutido *rescriptum* de Severo y Caracala (Ulp. D 11.7.12 pr.) que ordena a los *praeses provinciae* que fueren a uno *qui fundum adiunctum habeat* a conceder *precario iter ad sepulchrum* a otro que *sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum*⁵² *non habeat*⁵³. La opinión común mantiene que la evidente peculiaridad del *iter ad sepulchrum* excluye la concomitante existencia de un derecho de paso en cualquier otro caso⁵⁴. Sin embargo, a la luz del testimonio de Sículo Flaco⁵⁵, la interpretación correcta puede muy bien ser otra distinta. La situación discutida en fr. 12 ciertamente no entrañaba tanto interés público como el caso de un campo carente de acceso a la calzada pública. Si a pesar de ello los emperadores decidieron conceder un recurso, esto debe querer decir que la negativa a socorrer a un agricultor que no pudiera cultivar por carecer de paso era del todo inconcebible. La ayuda entre agricultores era tan generalmente practicada que ni el rescripto ni el jurista tuvieron que referirse a ella.

⁵⁰ Sobre esta posición, véase *supra* pág. 85 nota 382.

⁵¹ Véase también XII Tab. 7.7; Sículo Flaco (Lachm. 146,9=Thul. 110, 8). Cf. Pernice, SZ 5, 81.

⁵² Cf. Paulo D 8.1.14.1.

⁵³ Sobre la frase final en fr. 12 p., *infra* pág. 118.

⁵⁴ Véanse, p.ej., Contardo Ferrini, *Pandette* (3ª ed., Milán, Società Editrice Libreria, 1908) 456, 464 (aunque vacilante), Perozzi I 635 sig., Bonfante II 1, 259 sigs., Arangio-Ruiz 181 sig.; también, en relación con el derecho clásico, Biondi 264 sigs.

⁵⁵ Pocos escritores parecen tenerlo en cuenta. Entre quienes sí lo hacen, algunos intentan razonarlo: cf. Biagio Brugi, *Le dottrine giuridiche degli Agrimensores Romani comparate a quelle del Digesto* (Padua 1897) 366 sigs., Biondi 257 sig., 586. A este respecto, es acertada la exposición de Moritz Voigt, «Das römische System der Wege im alten Italien» en *Berichte der kgl. sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften* 24 (Leipzig 1872) 35 sig.

3. El siglo segundo

En el siglo segundo, las interferencias del poder público se produjeron aún en mayor medida⁵⁶. Ningún otro emperador hubo tan decididamente favorable a la idea de que los privilegios que contrariaban el bien común debían ceder ante éste que Marco Aurelio. En sus *Meditaciones* (Εἰς ἑαυτόν) valoraba sólo los actos que servían al bien común (πράξεις κοινωνικάι: 4.33 i.f) y denunciaba los que no perseguían un fin social (ἐπὶ τὸ κοινωνικὸν τέλος: 9.23). Todo el que decidía apartarse del cuerpo político semejaba un exiliado (φυγᾶς, ὁ φεύγων τὸν πολιτικὸν λόγον: 4.29), y al hombre ocupado en cuestiones inútiles para el bien común (ὁ ἀκοινωνητὸν τι πράσσων: 8.34) se le comparaba con el que se automutila⁵⁶. Además, estos puntos de vista no sólo fueron materia de especulación. Entre otras medidas, el emperador *dominium dedit* a un *socius* que había reparado una casa que tenía en copropiedad y a quien los otros propietarios, pasados cuatro meses, todavía no le habían abonado los gastos (D 17.2.52.10)⁵⁷. Para cuando semejante refacción se hubiera hecho con dinero prestado, concedió al prestamista un *pignus* sobre la casa (Pap. D 20.2.1) y un *privilegium exigendi* (Ulp. D 42.5.24.1). No permitió que un propietario pudiese recuperar una cosa que le hubiera sido robada cinco años después de que un *bonae fidei emptor* la hubiera adquirido *a fisco* (Inst 2.6.14; CJ 2.36.3 [294])⁵⁸. Para fomentar el rescate de prisioneros de guerra, probablemente fue él quien dispuso que un ciudadano rescatado fuera esclavo del rescatador mientras no obtuviese el reembolso⁵⁹. No hay manera de poder saber cuánto más pudo el emperador haber regulado en la misma línea. Tan sólo una, ignorándose en qué medida, pequeña parte de sus rescriptos, reunidos en veinte libros por Papirio Justo, ha llegado hasta nosotros⁶⁰, y muchos de aquéllos se ocupan de problemas creados por la colisión de intereses públicos y privados. Antes de que finalizara el siglo, la nueva tendencia se manifestó de forma significativa, aunque probablemente pasajera, en un declaración general de Pertinax por la que se permitía a cualquiera apropiarse para fines agrícolas de las tierras no utilizadas⁶¹.

Las cargas municipales llegaron a ser asimismo incluso más numerosas y agobiantes. Esta materia también parece haber atraído la especial atención de Marco Aurelio⁶². Al poco tiempo, los juristas siguieron su ejemplo⁶³. El libro que cierra

⁵⁶ Para referencias en general véase Kaden *supra* nota 43, 145 sigs., también Rostovtzeff 592 nota 32.

⁵⁶ Comparar las ideas afines de Cicerón, de offic. 1.28 sig., 69 sigs., 153.

⁵⁷ Cf. Levy *PS* 41 sig.

⁵⁸ *Ibid.* 113 sigs.

⁵⁹ *Classical Philology* 38 (1943) 170 nota 90.

⁶⁰ Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I (Leipzig, Tauchnitz, 1889) 947 sigs., Fazio, *SDHI* 5 (1939) 414 sigs., Schulz, *History* 153.

⁶¹ Herodiano 2.4.6. Para los detalles, véase *infra* págs. 185 sig.

⁶² Véase el segundo libro de Papirio Justo.

⁶³ Rostovtzeff 358 sig., 601; Kübler *RE* 16, 646.

el Digesto da una idea justa de la riqueza de su dedicación a la detallada exposición y sistematización de los *munera*. Pero mantuvieron estas y otras materias administrativas completamente separadas de sus discusiones sobre derecho privado⁶⁴. En particular, nunca se les ocurrió considerar las imposiciones públicas como restricciones a la propiedad. Esas cargas se situaban en un plano distinto. No se exigían a través del *ordo iudiciorum* o del procedimiento *extra ordinem* ajustado sobre aquél. No podían dejarse a un lado por acuerdos entre privados o impugnarse judicialmente. Como la superioridad del poder intrínseco al *imperium* se daba por sentada, ni siquiera fue necesario precisar que las facultades de derecho privado habían de ceder. Sólo fueron debatidas en términos de derecho privado las restricciones a la propiedad que tenían su origen en él mismo y que podían ser objeto de acción. Este es el motivo por el que los comentarios se limitan a tratar del derecho concerniente a las relaciones de vecindad. Nadie, señalan, podría, en su caso, oponerse a la inmisión de humos, vapores, agua y humedad procedentes del vecino contiguo, mientras se deriven de un uso normal. Nadie podría, en su caso, prohibir a sus vecinos la corta o poda de árboles que se proyectaran sobre sus predios o recoger los frutos de aquéllos que cayesen en estos. A nadie, en su caso, le sería lícito realizar una construcción que redundase en un incremento del flujo natural de agua de lluvia al predio adyacente. Sin embargo, incluso estas y otras limitaciones parecidas⁶⁵, pocas en número y sin importancia si se comparan con la multitud de obligaciones de carácter público, no parecen haberse considerado como limitaciones al *dominium*. La limitación de la libertad de acción de A era una extensión de los poderes de B, y lo que hoy beneficiaba a B, mañana podría tornarse en provecho de A. Estas regulaciones, necesarias para situar las relaciones de vecindad sobre una base firme y equitativa, eran en interés recíproco. Además, el señalarlas como limitaciones podría haber sido pertinente sólo si los juristas hubiesen hablado de la propiedad como de un derecho intrínsecamente ilimitado, pero se guardaron de hacerlo.

C. EL DOMINADO

1. Aspectos generales

Así que el Principado se caracterizó por un avance constante de las medidas administrativas en lo que había sido dominio autónomo del ciudadano. El poder público se interfirió cada vez en mayor medida⁶⁶. Y, sin embargo, al final de ese período las prerrogativas dejadas al propietario particular siguieron siendo lo sufi-

⁶⁴ Cf. Pernice, SZ 5, 3 sig., Schulz, *Principles* 28 sigs.

⁶⁵ Como, p.ej., las presupuestas en la *cautio damni infecti* y *operis novi nuntiatio*.

⁶⁶ De este modo Alejandro CJ 8.10.3 (224) hizo depender el derecho de un aldeano a convertir su casa en un jardín del consentimiento de los magistrados, si la costumbre local así lo disponía; la cláusula «item vicinorum» con toda probabilidad se debe a una alteración postclásica (véase también *infra* págs. 111 sig.). Asimismo, la ley local determinaba si después del derrumbamiento de un edificio privado la comunidad podía vender el solar (Diocl. CJ 11.30.4).

cientemente amplias como para preservar la naturaleza individualista del *dominium*. Las cargas y obligaciones públicas no significaban sino una suerte de enclave dentro de un territorio gobernado por instituciones de derecho privado, y entre estas instituciones el *dominium* seguía siendo el derecho más comprehensivo. En el Dominado, no obstante, esta posición se invirtió casi por completo. Lo que anteriormente no era sino un enclave se extendió hasta el punto de absorber la mayor parte del área antaño en manos del poder privado. Los cambios fundamentales en la estructura política, económica y social del imperio no es necesario recordarlos aquí. Baste con recordar que la constricción se convirtió en la nota clave. Ningún ámbito de la actividad humana se libró de la reglamentación estatal. El reclutamiento de mano de obra y la acaparación de recursos se practicó, tanto si verdaderamente servía al bienestar común como si tan sólo servía a los intereses del erario público. La *utilitas publica*, muy alegada como razón fundamental⁶⁷, cubría de forma indiscriminada ambos objetivos. En especial, la propiedad privada, aunque mantenida como institución, fue primariamente considerada como realidad que había de servir al bien común o al poder público, y sólo dentro de estos límites podría usarse para ventaja del individuo.

Ni siquiera el poder creciente de la Iglesia, opuesta como en nuestros días a los métodos totalitarios del Estado, tuvo otra opción que la de reconocer esta penosa realidad. Significativo a este respecto es el sermón pronunciado por Ambrosio en 386, después de que Valentiniano hubiese ordenado que se entregara a los arrianos una basílica de las afueras de Milán (Epist. 20)⁶⁸. Los funcionarios imperiales exigieron «ut basilicae fieret matura traditio dicentibus imperatorem iure suo uti, eo quod in potestate eius essent omnia. Respondi, si a me peteret quod meum esset, id est fundum meum, argentum meum, quidvis huismodi meum, me non refragaturum...; verum ea quae sunt divina, imperatoriae potestati non esse subiecta» (c. 8). Y además: «Mandatur denique: Trade basilicam. Respondeo: ...Domum privati nullo potes iure temerare, (imperator,) domum Dei existimas auferendum? Allegatur imperatori licere omnia, ipsius esse universa. Respondeo: Noli te gravare, imperator, ut putes te in ea quae divina sunt, imperiale aliquod ius habere» (c. 19). En el primer pasaje el obispo de Milán nada objeta al poder supremo del legislador sobre toda propiedad privada; en el segundo muestra su oposición al mismo sólo para acentuar, incluso con mayor fuerza, que las *res divinae* al menos deberían verse libres de toda interferencia. De los dos principios en conflicto, el de la inviolabilidad de las facultades de derecho privado pudo sobrevivir como una venerable teoría, pero la omnipotencia del emperador, cuando se afirmaba con porfía, lo anulaba⁶⁹.

Algunas evoluciones específicas son particularmente dignas de mención.

⁶⁷ Arthur Steinwenter, *Festschrift Koschaker* I 93 sigs.

⁶⁸ Migne 16, 1037 sigs. Véase también Epist. 21 (1045 sigs.). Cf. Seeck V 201 sig.

⁶⁹ Ferrini II 490 en un análisis de la Epístola, generalmente esclarecedor, llega a una conclusión diferente.

2. Expropiación

La expropiación de un bien privado, a cambio de una compensación en especie o dinero, se realizaba libremente y sin dudarla cuando quiera que el «interés público» pareciera requerir *ut privata iuste neglegeretur paulisper utilitas* (CT 15.1.50 [412])⁷⁰. Por supuesto que esto ocurrió, en primer lugar, en favor de las obras públicas, especialmente la construcción de edificios (CT 15.1.30 [393]=CJ 8.11.9; eod. 50 cit.; eod. 51 [413]=CJ eod. 18; eod. 53 [425]). Para hacer más aceptable semejante medida a los sometidos a ella, el legislador podía en ocasiones considerar adecuado recurrir a argumentos paternalistas: el ciudadano «cum pulchritudine civitatis etiam fortunas suas auctas esse laetetur» (eod. 50); «ita enim et splendor operis et civitatis munitio cum privatorum usu et utilitate servabitur» (eod. 51). Del mismo modo, sin embargo, fue exigida *urgente necessitate* la venta de productos como trigo o cebada: CJ 10.27.1 (491); eod. 2 (no mucho más tarde), véase también CT 14.15.3 (397)=CJ 11.23.2 y CT 11.15.2 (384). Además, los dueños veíanse privados de sus esclavos y a éstos se les otorgaba la libertad como recompensa por haber revelado ciertos delitos (CT 9.24.1.4 [320]=CJ 7.13.3; CT 9.21.2.1 [321]=CJ 7.13.2; CT 7.18.4.1 [380]=CJ 7.13.4; CT 16.9.4 [417], cf. CJ 1.10.1).

3. *Epibole y peraequatio*

Equivalente a la expropiación era también el mecanismo por el que un propietario que abandonaba el predio durante un cierto período perdía su propiedad en beneficio de otro que la ocupaba y la cultivaba⁷¹. Aquí la pérdida de uno era la ganancia de otro. Pero teniendo en cuenta la opresiva carga impositiva, la perspectiva de semejante ganancia dejó de ser incentivo suficiente. Bajo la presión de las irresistibles tendencias de la época, los derechos se eclipsaron o se tornaron deberes. Puesto que los ocupantes espontáneos dejaron de presentarse en número adecuado, cualquier pedazo de tierra abandonada o yerma, junto con las cargas públicas que llevase consigo⁷², podía ser asignado a la fuerza a los *decuriones* de la *civitas* respectiva y, finalmente, de manera proporcional, a todos los terratenientes del distrito. Los expedientes con este fin, conocidos como *epibole y peraequatio*, empezaron a utilizarse, como parece (CJ 11.59.1), ya en la época de Aureliano (270-275), siendo posteriormente desarrollados por Constantino y sus sucesores. La larga serie de *constitutiones* en CT 11.1 y CJ 11.59, que cubre este asunto⁷³, prueba su amplia aplicación en la práctica. Quien rechazase por estéril el predio

⁷⁰ Cf. Perozzi I 626 nota 1, Francesco De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità* (Bari, Istituto di diritto romano, 1936) 177 sigs. y *passim*. Menos aceptable: Bonfante II, 1, 249 sigs., Wieacker, *SZ* 57, 474 sig.

⁷¹ *Infra* págs. 185 sigs.

⁷² *Supra* pág. 43.

⁷³ Véase Seeck, *RE* V 1186, VI 30 sigs., Mitteis, *Erbpacht* 58 nota 1, 64 sig., Kübler 347 nota 4. De Zulueta, «De patrociniis vicorum» en *Oxford Studies in Social and Legal History* I núm. 2 (1909) 68 sigs. estudia los posibles antecedentes de la institución.

que forzosamente se le asignaba perdía todos los otros más fértiles que le hubiesen sido asignados (CT 5.14.34=CJ 11.59.9 [394]). Se enfrentaba a la desagradable alternativa de pagar impuestos por una tierra inservible o ser expulsado de la que servía. El excelente principio de que «ne alterius culpa alter incipiat subiacere dispendio» se aplicaba sólo a los impuestos adeudados y no pagados antes de que el nuevo propietario se hiciera cargo (CT 13.11.16=CJ 11.58.7 [417]).

4. Minas

Tampoco un propietario conservaba su anterior discrecionalidad⁷⁴ respecto a la utilización o no explotación de los recursos minerales de su tierra, ya superficiales o del subsuelo. El avanzado agotamiento de las viejas minas⁷⁵ obligó a buscar y explotar otras nuevas. Como era natural, la nueva tendencia principió por las minas fiscales en tanto que minas más valiosas que podían ser reguladas sin interferir en la propiedad privada. Ya en el siglo segundo los emperadores animaron la ocupación y explotación de las minas públicas. La naturaleza del derecho de explotación minera, conferido al ocupante por la ibérica⁷⁶ *lex metalli dicta* de tiempos de Adriano⁷⁷, se ha interpretado con frecuencia como un *ius in re aliena*, es decir *fisci*⁷⁸. Esta opinión no resulta apoyada por el texto. Lo que se reconocía a cualquiera era un *ius occupandi* (§ 3, tres veces). El *occupator* (§§ 1, 4) obtenía una mitad indivisa del pozo, mientras que la mitad fiscal (*proprietas* [§ 2] *partis dimidia ad fiscum pertinentis* [§ 1])⁷⁹ la reservaba para él (*ad eum pertineat*) tan pronto como hacía oferta de precio por la mina y pagaba al fisco 4000 sesteracios (§ 2)⁸⁰. Pero no podía comenzar a fundir el mineral (§ 1) y obtener esa *proprietas*⁸¹ mientras no comprase realmente la mitad fiscal (*a fisco emerint* [§ 4 i.f.]; también *vendito* [§ 1], *puteum a fisco venditum* [§ 3 i.f.])⁸² y pagase lo que es constantemente (§§ 1, 2, 4 i.f) llamado el *pretium*. Pero ni siquiera esta adquisición era definitiva. Perdía su derecho, por ejemplo, si dejaba los trabajos durante seis meses consecutivos (§ 3 i.f) o⁸³ dejaba de pagar por la renovación de su derecho (*puteum iuris retinendi causa usurpare*: *lex met. Vipasc. i.f.*). Todo esto nos puede

⁷⁴ Ulpiano en la inalterada frase inicial de D. 8.4.13.1. Nótese la expresión *nec publico nomine*. Para más referencias véase Kübler, SZ 49, 570.

⁷⁵ Cf. Seeck II 203 sigs.

⁷⁶ Para Italia véase Rostovtzeff 274, y Ernst Schönbauer, *Beiträge zur Geschichte des Bergbaurechts* (Munich, Beck, 1929) 132 sigs.

⁷⁷ Bruns núm. 113=Riccobono núm. 104; véase también la última sección de la denominada *lex metalli Vipascensis* (Bruns núm. 112=Riccobono núm. 105).

⁷⁸ Kübler, SZ 30, 421 y 49, 574. Schönbauer 121, 129 sig. compara el *fiscus* con el germánico «Obereigentümer».

⁷⁹ Las dos mitades reunidas son llamadas *puteus universus* en § 1.

⁸⁰ Para las distintas interpretaciones de este pasaje, véase Schönbauer 68 sigs. y SZ 55, 212 sigs., Kübler, SZ 49, 572 sig.

⁸¹ Ni seguro estaba siquiera de que no le fuera confiscada la *pars occupatoris* (§ 1).

⁸² Cf. *emptor* en la *lex met. Vipac. lin. 15/16*.

⁸³ Schönbauer, *Bergbaurecht* 111 sigs. y SZ 55, 218 sig., Kübler 572.

dar una idea de por qué el *occupator* y *emptor* es denominado alternativamente⁸⁴ como *colonus* (§ 6 y esp. §§ 1, 4)⁸⁵. Otra de las razones fue, sin duda, el hecho de que el *fiscus* nunca dejaba de ser el dueño del suelo, incluida la mina. Se decía, no obstante, que el *occupator-emptor-colonus* tenía la *proprietas*⁸⁶. Para la manera de pensar de un jurista clásico semejante modo de hablar habría significado una confusión total de conceptos básicos. La manera popular de enfocar el asunto difería completamente. Estaba plenamente de acuerdo con lo que llegó a prevalecer en el Bajo Imperio⁸⁷. Así que contamos, por lo tanto, con otro ejemplo acerca de ese fenómeno de roturación, largamente anticipada en los usos provinciales, del camino hacia un vulgarismo generalizado⁸⁸.

Los desarrollos discutidos hasta el momento no traspasaron el dominio público. Sin embargo, en el Dominado sí que se llegó más lejos. Para aumentar la producción de minerales y reducir así los *saxorum pretia*, los cuales *marmorum cupiditate in inmensum quoddam aucta sunt* (CT 10.19.2 [363]), se permitió la extracción de mármol y otros minerales incluso en suelo privado. Si esa licencia universal para la explotación de la tierra de propiedad privada se concedió en una fecha tan temprana como el año 320 (CT eod. 1) o no antes de 382 (CT eod. 10=CJ 11.7.3), es algo controvertido⁸⁹ y, aquí, de relativa menor importancia. El resumen existente del c. 1 es tan corto que no nos permite escudriñar las circunstancias que movieron a Constantino. Únicamente puede conjeturarse que quiso zanjar las disputas que habían surgido a raíz de prácticas al margen de la ley. En 382, los más tarde, estaba ya establecido con carácter general que cualquiera podía buscar filones *per privatorum loca*⁹⁰ con tal de que pagara un 10 por ciento sobre el producto, en concepto de derechos, tanto al Estado como al dueño del suelo (*dominus*). El 80 por ciento restante, como recoge CT eod. 11 de 384, era para los ocupantes *habituris licentiam vendendi donandi et quo voluntas suaserit transferendi*; véase también CT eod. 1: *etiam distrahendi habeant liberam potestatem* y eod. 10: *suis desideriiis vindicando*. En otras palabras, el propietario de la tierra veía cómo, sin él quererlo, su derecho sobre el subsuelo quedaba limitado a una participación en su producto, mientras que el explotador de la mina se quedaba con un porcentaje ocho veces mayor. El derecho de este último era permanente, susceptible de transmisión hereditaria y transferible de cualquier modo. Es presentado en términos que recuerdan el lenguaje empleado en relación con propietarios y arrendatarios perpetuos⁹¹. Una vez más, el concepto de *ius in re aliena*

⁸⁴ Koschaker, SZ 30, 462 sig., Schönbauer, *Bergbaurecht* 77 sigs. y SZ 55, 218 sig.; se muestra indeciso Kübler, SZ 49, 573.

⁸⁵ Pej.: «colonis... eas... partes quas a fisco emerint».

⁸⁶ Cf. Kübler, SZ 30, 421, Koschaker 463, Rostovtzeff, *Kolonat* 352 sigs., 358 sigs.

⁸⁷ *Supra*, p.ej., págs. 44 sigs., 65 sigs.

⁸⁸ *Supra* págs. 6 sig.

⁸⁹ Cf. Schönbauer 147 sigs., donde además se estudia el nada claro CT 10.19.13.

⁹⁰ Excepto bajo los cimientos de los edificios: CT e IT 10.19.14 (393)=CJ 11.7.6, en cuyo caso *non tam publicae rei studium quam privati causa videatur fuisse dispendii* (CT).

⁹¹ *Supra* págs. 62 sigs.

está notablemente ausente, y la idea popular de una doble propiedad, diferenciadas sólo por sus funciones, parece insinuarse como el pensamiento subyacente, aunque inexpresado.

5. Normas de edificación

Durante el Principado, cualquiera parece haber tenido libertad para edificar en sus tierras como quisiera si observaba las probablemente escasas disposiciones que restringían la altura de las construcciones⁹² por razones de seguridad pública⁹³. Una vez más, el Bajo Imperio da muestras de una actitud totalmente distinta. Aunque es verdad que no nos han llegado muchas regulaciones al respecto, las que tenemos bastan para hacernos una idea del número y alcance de las nuevas limitaciones. Previamente, a nadie se le había prohibido construir en tierra de su propiedad que lindara con graneros públicos. Constantino, sin embargo, en CT 15.1.4 (320), para prevenir la propagación de los incendios sobre tales *horrea* prohibió cualquier construcción *intra centum pedes* y confiscó no sólo todo edificio así erigido, sino también *omnes res eius* (a saber, quien *aedificandi amore publica damna neglexerit*) *et quidquid in suo iure habuit*. Más tarde (CT 15.1.38 [398]) el distanciamiento de los *privata aedificia* parece haberse considerado como suficiente. La misma sanción se dispuso contra los *privatae aedes* que, estando adosados a edificios públicos de una u otra capital⁹⁴, estropearan su espléndido aspecto (CT 15.1.25 [389]), y, de forma más general, contra cualquier construcción erigida a sólo 15 pies de todo tipo de *publicae aedes*: CT 15.1.46 [406]⁹⁵=CJ 8.10.9. Un individuo cuyo balcón o galería (*maenianum*) se proyectase desde su casa sin guardar quince pies (*pedes liberi aeris*) de distancia respecto de un granero público, o diez pies respecto de otra construcción, podría ver su *maenianum* derribado y su casa perdida en beneficio del tesoro público: CJ 8.10.11 (423). Asimismo sujetos a demolición estaban los cobertizos u otras construcciones adosadas a muros públicos o privados que pudieran incendiarse con facilidad, servir de escondite a ladrones o que estrechasen excesivamente calles o pórticos: CT 15.1.39 (398).

La razón de todos estos ejemplos fue la seguridad pública⁹⁶. Si las normas imperiales del siglo cuarto llegaron más lejos, no lo podemos afirmar con las escasas fuentes de que disponemos. Sin embargo, de manera gradual, el gobierno central empezó a considerar que también la protección de los vecinos respecto a

⁹² Y las reglas concernientes al *ambitus*, supuesto de que de manera limitada persistiera su aplicación. Así Biondi 41 sig. contra la opinión dominante.

⁹³ *Supra* pág. 101.

⁹⁴ Respecto a Roma, Amiano 27.9.10 relata que en 367-8 Praetextatus, por aquel entonces *praefectus urbi*, «maeniana sustulit omnia fabricari Romae priscis quoque vetita legibus, et discrevit ab aedibus sacris privatorum parietes eisdem invecunde connexos».

⁹⁵ Sobre su sentencia inicial, véase *supra* pág. 50.

⁹⁶ En un determinado barrio de Constantinopla hubo que trasladar todos los hornos «propter salubritatem urbis»: CT 14.6.5 (419).

construcciones indeseables⁹⁷ era un asunto de interés público⁹⁸. Los juristas clásicos, fuera del campo cubierto por un pequeño número de recursos judiciales⁹⁹, habían dejado en manos de la parte implicada la prevención de los problemas que pudieran venir de los edificios adyacentes o el luchar contra ellos. En concreto, nada podía hacerse para impedir que un vecino bloquease luz, aire o vistas¹⁰⁰, a menos que uno estuviera en condiciones de conseguir una *servitus* mediante acuerdo¹⁰¹ o de tomar por su propia cuenta una medida que importara un efectivo desquite. Sin embargo, el siglo quinto rechazó con total claridad esta manera tan individualista de ver las cosas. Un propietario estaba ahora obligado a limitarse de tal manera que asegurase al vecino un adecuado acceso a su inmueble, el libre paso del aire y de la luz natural e incluso las vistas sobre el mar o la montaña. No podemos decir con exactitud en qué momento se abrió por primera vez el portillo a esta evolución. Pero el CT establece un claro *terminus ante quem*, cuya prueba nos viene ofrecida por RB 17.6:

De servitute luminis vel aeris similiter constitutum, ut inter privatorum fabricas decem pedes, inter publicas quindecim dimittantur, secundum legem Theodosiani libri IV sub titulo «De edificiis privatis et publicis»¹⁰².

La *constitutio* a la que hace referencia tal vez pueda o no identificarse con CJ 8.10.11(423), mencionada anteriormente. De todos modos, la *servitus*¹⁰³ *luminis vel aeris* fue establecida por ley¹⁰⁴. Al poco tiempo, el emperador León (457-474), en una disposición publicada para Constantinopla, añadió el derecho de vistas al prohibir cualquier alteración que afectase (φώτα ἢ ἀποψιν τῶν γειτόνων) (cf. CJ eod. 12.1a)¹⁰⁵. Pero, ¿fue este derecho de vecindad *ius cogens* o se podía disponer de él? Este fue el problema, en primer lugar, que parece haber llevado a Zenón a promulgar su regulación general de la construcción (CJ 8.10.12 [474-491])¹⁰⁶. Pero no

⁹⁷ Y otras alteraciones: CJ 8.10.3 itp. (*supra* nota 66).

⁹⁸ Biondi 27 sigs.

⁹⁹ *Supra* págs. 105 sig.

¹⁰⁰ A condición de que el vecino siguiera en su propio inmueble. Si su construcción se extendía sobre suelo público, podía serle prohibida mediante el *interdictum ne quid in loco publico fiat*: Ulp. D 43.8.2.12, 14. Véase también Adolf Berger, *RE* 9, 1653, Bonfante II 1, 344.

¹⁰¹ Ver, p.ej., Ulp. D 8.2.9; eod. 15 i.f.; CJ 3.34.8 y 9 (293). Cf. Biondi 45 sig.

¹⁰² CT. 4.24 en las ediciones de Gothofredus y Mommsen.

¹⁰³ Cf. *supra* pág. 53.

¹⁰⁴ Véase también el llamado Libro Siro-Romano de Derecho L 120=R II 151. Para ediciones y traducciones cf. Schulz, *History* 345.

¹⁰⁵ Biondi 112 sigs. mantiene que los redactores del Breviario insertaron el *ius fenestrae* en GE 2.1.3 con el propósito de adaptar su lista de *praediorum urbanorum iura* a las limitaciones a la edificación ordenadas por Zenón. Pero sin considerar la pasividad generalmente mostrada por los visigodos en relación con los textos que seleccionaban, el *ius fenestrae* muy bien podría apuntar a un *ius luminis immittendi* (Paul. D 8.2.40; CJ 3.34.8 [293]), en idéntica forma a como lo hace *luminum servitus* en Paul. D eod. 4 init. Para objeciones a la interpretación de Biondi de fr. 4 (118 sigs.), véase también Grosso, *SDHI* 5, 243 sig.

¹⁰⁶ Cf. Biondi 23 sigs., 107 sigs. Acerca del origen y la tradición del texto de c. 12, véase, de un lado, Biondi, *Bull.* 44 (1936-37) 363 sigs. Y, de otro, Valentino Capocci, *SDHI* 7 (1941) 155 sigs.

se trataba de un conjunto uniforme. Un número de estas disposiciones, exclusiva o primeramente promulgadas en beneficio de todos, no podía ser modificado por los particulares (véase, por ejemplo, § 5c). Otras sólo habían de aplicarse si los vecinos no habían llegado a un acuerdo en contrario (véanse, por ejemplo, §§ 1a, 1b, 3b, 4b). En estos últimos casos, pues, la seguridad pública no era considerada como el factor decisivo. Pero, con todo, se consideró necesario establecer minuciosas regulaciones para restringir toda construcción proyectada por un propietario, a no ser que el vecino (o los vecinos) así protegido le dispensara del cumplimiento de esas reglas. Hasta tal punto habíase convertido en propósito de la legislación imperial el fijar límites claros entre facultades e intereses contrapuestos en materia de bienes.

6. Derecho sobre aguas

En lo concerniente al derecho privado sobre aguas¹⁰⁷, la nueva tendencia no tomó como decisivo el punto de vista social. Las condiciones geográficas y climatológicas desempeñaron un papel determinante. Los escritores clásicos no conocieron otro recurso más que la vieja *actio aquae pluviae arcendae* cuyo objetivo era el de impedir que un propietario incrementase el caudal normal de agua de lluvia que recibía el inmueble de su vecino¹⁰⁸. En consecuencia, si quería disminuirlo mediante la desviación del agua para su uso particular, podía hacerlo con total libertad, salvo que por una *servitus* específicamente constituida al efecto debiera hacerse cargo de los intereses del vecino¹⁰⁹: p. ej. Treb.-Ulp. D 39.2.24.12; Proc.-Ulp. D eod. 26; Ofil.-Lab.-Ulp. D 39.3.1.21; Lab.-Ulp. D 43.8.2.13¹¹⁰. Incluso Diocleciano CJ 3.34.10 (294) no dudó en mantener este estado de cosas¹¹¹. Esta extraña combinación de reglas, que lo mismo limitaban que favorecían una conducta inconsiderada, no puede ser fácilmente deducida de un pensamiento individualista o de algún principio general de tolerancia. Estas reglas dependían más bien de la característica situación reinante en Italia, donde las lluvias estacionales aportaban, por regla general, abundante agua¹¹². Fuera de Italia, en zonas áridas, las regulaciones tomaron otro rumbo. Protegían al propietario frente a una reten-

¹⁰⁷ Respecto a aguas públicas, ver *infra* pág. 120; sobre la reciente controversia acerca de la desviación de tales aguas para uso privado, cf. Biondi 591 sigs.

¹⁰⁸ Incluso en este caso la disponibilidad de la *actio* estuvo sujeta a variaciones: D 39.3.1.3 sigs.

¹⁰⁹ Sículo Flaco no lo contradice (Lachm. 146, 19=Thul. 110, 20) «nam et aquaram ductus (quidam) solent per alienos agros iure transmittere». Que el autor tenía una *servitus aquae ducendae* en mente, se demuestra por los pasajes que preceden y el contraste entre su *solent* aquí y el «semper iter liberum est» (*supra* pág. 103) en la frase del comienzo. Ver también Biondi 277.

¹¹⁰ Perozzi, *Arch. giur.* 53 (1894) 350 sigs. e *Ist.* I 634, 636 sig., Bonfante, *Ist.* 8ª ed., 298 sig., 308, Arangio-Ruiz 181 nota 2, 221 sig., Biondi 141 f.

¹¹¹ No son pertinentes los resúmenes de los rescriptos que se conservan en CJ 3.34.6 (269) y 7 (286): c. 7 hace referencia a un acueducto público (*procurator noster*), c. 6 parece tratar de *vicini* que, teniendo una *servitus aquae*, pedían más agua que la que podían exigir *statuta consuetudinis forma*. Cf. Hugo Burckhard, *Glück's Pandekten, Serie der Bücher* 39 und 40 III (Erlangen 1881) 251 sigs. Otra explicación ha sido propuesta por Solazzi, *Annali Bari* 1942, reimpresión 27 sig.

¹¹² Karlowa II 482, Perozzi *loc. cit.* 375. Para Roma véase, p.ej., también Cass. 3.53.6.

ción de agua. Lo que los juristas dejaron de referir fue claramente afirmado por Agennius Urbicus, *De controv. agror.*, que probablemente lo tomó de Frontino (Lachm. 36, 16=Thul. 24, 4):

Multa enim et varia incidunt quae ad ius ordinarium pertinent, per provinciarum diversitatem. Nam cum in Italia ad aquam pluviam arcendam controversia non minima concitetur, diverse in Africa ex eadem re tractatur. Quom sit enim regio aridissima, nihil magis in querella habent quam si quis inhibuerit aquam pluviam in suum influere: nam et aggeres faciunt et excipiunt et continent eam, ut ibi potius consumatur quam abfluat,

e *ibid.* (Lachm. 57,22=Thul.49,3):

Haec controversia per regiones variis generibus exercetur... In Italia aut quibusdam provinciis¹¹³ non exigua est iniuria, si in alienum agrum aquam inmittas; in provincia autem Africa, si transire non patiaris.

No resulta arriesgado inferir que, en las provincias con aporte de agua bueno y malo a la vez, las disposiciones tuvieron como objetivo impedir toda interferencia en el modo natural de fluir el agua por la propiedad colindante, ya fuese flujo de salida o entrada.

Este tratamiento más comprensivo se abrió necesariamente paso en el derecho general establecido por ley cuando fue proyectado con la clara intención de que sirviera para todo el conjunto del Imperio¹¹⁴. En todo caso, el Digesto, en pasajes interpolados¹¹⁵, presenta la *actio aquae pluviae arcendae* como el recurso general establecido para asegurar un reparto equitativo del agua entre vecinos e impedir cualquier perturbación contraria a ese equilibrio. La sistemática, si bien imperfecta, conformación del nuevo régimen de aguas de uso privado sobre la base de la antigua *actio civilis* puede haber sido obra de los hombres de Justiniano¹¹⁶. Pero no deberíamos pasar por alto que elementos esenciales pudieron ser tomados, y de hecho lo fueron, de regulaciones anteriores: algunas originadas en el mismo derecho romano; otras en opuestas prácticas provinciales, si bien el principio general de su regulación pública se estableció, en todo caso, para todo lugar. Una indicación de esas regulaciones podría extraerse de D 50.13.2, un fragmento de la obra postclásica *Ulpiani Opiniones*: «De usu aquae, de rivis novis incivilter institutis... praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det». Sometido a tales medidas estaba con seguridad incluso un propietario que infringiese las reglas de equidad al construir una nueva conducción de agua en sus tierras.

¹¹³ La cláusula *aut... provinciis*, de acuerdo con Thulin, parece haber sido añadida por Agennius Urbicus.

¹¹⁴ Poco tiene ello que ver con influencia cristiana u oriental, como sugiere Albertario, *Introd. I* (1935) 89, 91 sig.

¹¹⁵ D. 39.3.1.11, 12; eod. 2.5, 6, 9; cf. Ind. Int.

¹¹⁶ Así la mayoría de los autores citados anteriormente.

7. Prohibición y limitación de enajenar

En el derecho clásico, la enajenación de la propiedad privada estuvo sometida a relativamente infrecuentes prohibiciones o restricciones de carácter legal. Cuando se establecían, tenían un carácter normalmente provisional¹¹⁷ e intentaban proteger a la parte cuyos intereses, para resultar protegidos, exigían el mantenimiento del *status quo* mientras durara una determinada situación jurídica. Éste fue el denominador común de las disposiciones referentes a la *res litigiosae*, los *fundi dotales* y *pupillares*. Sin embargo, la legislación postclásica está repleta de disposiciones promulgadas para impedir o limitar en interés público y, por consiguiente, de manera definitiva la transmisión de inmuebles o de ciertos bienes muebles¹¹⁸. De poco serviría volver a referir la cantidad de casos implicados y la variedad de modificaciones que presentan¹¹⁹.

Particularmente interesante a una exposición sobre el derecho vulgar es el hecho de que la tierra localizada en un núcleo de población organizado¹²⁰ no podía ser en absoluto transmitida a los forasteros o a ellos vendida a menos que el convecino (*convicanus*) no hiciese uso de su prerrogativa. Tal derecho preferente de compra parece haber sido practicado y reconocido en el siglo cuarto¹²¹. Aunque fue abolido provisionalmente en 391 (CT 3.1.6)¹²², reapareció poco tiempo después en su forma más estricta (CT 11.24.6.1 [415]; CJ 11.56.1 [468]) y fue favorecido por Justiniano, como claramente lo demuestra su inclusión en CJ 4.38.14 i.f. Mientras pudiera admitirse fácilmente que la exclusión rigurosa de cualquier forastero se inspiraba en el deseo de dar una especie de compensación, por las cargas impuestas a través de la *epibole* y la *peraequatio*¹²³, a los habitantes de las villas, la institución de este derecho preferente de compra está tan extendida en sistemas jurídicos tan poco familiarizados con ese tipo de tributación¹²⁴ que su origen en los usos locales difícilmente puede ser descartado¹²⁵. La forma en que Diocleciano se expresa en un caso análogo en CJ 4.52.3 parece prestar un apoyo adicional a la suposición de que existían unas prácticas provinciales en este sentido.

¹¹⁷ Es distinto, p.ej., el caso discutido *supra* nota 41.

¹¹⁸ O quitar elementos de ornato de los edificios: *supra* pág. 50 nota 178.

¹¹⁹ Un estudio detallado es el de Bonfante II 2, 48 sig.; véase también *supra* págs. 41 sig.

¹²⁰ *Metrocomia*=pueblo principal. Véase De Zuleta (*supra* nota 73) 59.

¹²¹ Symmachus, Epist. 9.30. Cf. el comentario de Godofredo en CT 3.1.6.

¹²² Significativamente (*infra* págs. 120 sig.) sólo esta legislación fue incorporada al Breviarium. Véase también IT 3.1.6.

¹²³ Esta conexión fue reconocida únicamente por Karl Eduard Zachariae von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 3ª ed. (Berlín 1892) 236 sigs., Pernice, *SZ* 3 (1882) 67, Mitteis, *Reichsr.* 69 n. 6, De Zulueta 72 sigs.

¹²⁴ Acerca de προτερικόν ο πρωτέρια en los papiros, véase Taubenschlag, *Law* 242 nota 6; para la restricción de la concesión de un *ius vectigale* o *emphyteusis* a los residentes en la comunidad, véase Mitteis, *Erbpacht* 12, 22 y *SZ* 22 (1901) 159; para las reglas germánicas, *Shröder* 109 nota 5, 303 notas 37, 38 y, en general, Huebner 395 sigs. Cf. *LB* 84.2.

¹²⁵ Cf. Emilio Bussi, *Ricerche intorno alle relazioni fra retratto bizantino e musulmano* (Milán, Vita e Pensiero 1933) 31 sigs., véase también Rostovtzeff, *Kolonat* 144 sig., 175 nota 1, Taubenschlag, *Atti*, Roma I 310, Panagiotis J. Zepos, *SZ* 54 (1934) 403.

8. Derechos *in re* de origen legal

Como un subproducto de esta evolución, el establecimiento de inferiores *iura in re* por operación de la ley se convirtió en un rasgo característico de este período. Para la jurisprudencia clásica era requisito indispensable el acuerdo entre las partes, tanto en caso de *ususfructus* como de *servitus*¹²⁶. El *pignus* se basó en el mismo principio. Cuando las condiciones exigían el reconocimiento de una garantía real independiente del consentimiento del deudor, los juristas o consideraron ese consentimiento como algo dado de manera tácita¹²⁷ o, atentos a señalar la peculiaridad de semejante relación, prefirieron hablar de *velut pignoris iure* y similares o evitaron el término en general¹²⁸. De manera significativa, fue Marco Aurelio el primero en superar esos escrúpulos mediante la concesión al acreedor que había pedido prestado dinero para la reparación de una casa de un *pignus* legalmente incondicionado sobre ella (Pap. D 20.2.1)¹²⁹. En el mismo sentido, Severo y Caracalla introdujeron un *ius pignoris* del *pu-pillus* sobre toda *res* obtenida con su dinero por otro (CJ 7.8.6 [Alex.]; Ulp. D 20.4.7 pr.). No podemos saber si la época clásica llegó a incluir nuevos ejemplos de *pignus* legales. Pero si así fue, difícilmente pudieron tener que ver más que con situaciones esporádicas y claramente definidas. Se dio un primer paso, nada más.

La aproximación a este asunto que realiza el Bajo Imperio se muestra muy diferente. Bajo el impacto de la interferencia y la coacción totalitarias, el crecimiento de la iniciativa privada se vio restringido e impedido en su desarrollo. El individuo esperaba que las autoridades se hicieran cargo de sus necesidades. En consecuencia, el acuerdo entre las partes dejó de considerarse requisito esencial para la constitución de los derechos reales. Las medidas legislativas vinieron a colmar ese vacío. La actitud paternalista de los legisladores consideró la regulación de los intereses privados asunto de bienestar público¹³⁰. Así como la propiedad terminaba o se adjudicaba por decreto, del mismo modo comenzaron a existir, si bien distinguidos del *dominium*, derechos *in re* de carácter menor. Estos derechos, a su vez, tendieron a ser adjuntados a los conceptos tradicionales a los que ellos respondían funcionalmente. El *pignus* legal o la *hypotheca* legal, el *ususfructus* legal

¹²⁶ Para *servitus* véase Ciapessoni (*supra* pág. 75, nota 39) y ahora, en especial, Biondi 211 sigs. y *passim*, cuya copiosa discusión, sin embargo, en ocasiones se presta a la crítica. Biondi 329 presume la existencia de «casi classici di costituzione legale di servitù». Pero los casos que tiene en mente o se mantienen claramente dentro de la órbita usual de interpretación de las *servitutes* creadas mediante negocios jurídicos o no se ocupan de una *servitus* en absoluto. Sobre D 8.5.17.2 i.f. (B. 336), véase *supra* pág. 75.

¹²⁷ En vista de lo común que era ponerse de acuerdo para constituir un *pignus* en situaciones de este tipo: Nerat. D 20.2.4; Pomp. D eod. 7 pr.; cf. Afric. D 47.2.62.8 y Ulp. D 13.7.11.5.

¹²⁸ Paul. D 46.1.68.1; 49.14.21; Fragn. de iure fisci § 5; CJ 8.14.1 y 2 (213/4). Cf. Wieacker, *Festschrift Koschaker* I 238 sigs., 254 sig. Paul. D 27.9.2 y D 40.1.40, sin embargo, presentan simplemente *ius pignoris*.

¹²⁹ *Supra* pág. 105.

¹³⁰ Véase también *supra* págs. 111 sig.

y la *servitus* legal¹³¹ fueron exponentes de la nueva corriente. El desarrollo de las garantías generales basadas en la ley es demasiado bien conocido como para que precise aquí de mayor elaboración, aunque debería resaltarse que el mero término *pignus* o *hypotheca* probablemente no puedan ser comprobados en esta conexión hasta después de la publicación del Código Teodosiano¹³². El usufructo legal¹³³ llegó a tener tal importancia que las disposiciones legales y las discusiones que tuvieron que ver con él abarcaron mayor terreno¹³⁴ que las dedicadas al usufructo por acuerdo¹³⁵. El concepto de *servitus* se desintegró hasta el punto de desaparecer. De los casos esporádicos en los que sobrevivió, la mayoría versa sobre limitaciones a la propiedad introducidas por ley, ya en relación con tierras privadas o públicas, ya en interés de vecinos o del común¹³⁶.

D. LA POSICIÓN DE JUSTINIANO

Resumamos la actitud de Justiniano: no podemos contar con que haya seguido la tendencia expuesta en el Capítulo I. Cuando entraban en discusión las bases mismas, fundamentales, de la estructura del derecho de bienes, sus doctos auxiliares sintieron aversión por la rampante confusión del derecho vulgar y, poniendo al efecto lo mejor de su capacidad, intentaron mantener los elementos conceptuales del sistema clásico. Sin embargo, el conflicto eminentemente práctico entre poder estatal y autodeterminación privada no podía resolverse sin más volviendo al principio predominantemente liberal mantenido en el Principado. Desde el punto de vista económico y social, el mundo de Justiniano se parecía más al de Constantino que al de Augusto. Los compiladores, a pesar de su clasicismo, se vieron en la necesidad de tener que actuar de acuerdo con esto¹³⁷. Así que asumieron la mayor parte de las innovaciones surgidas en los últimos siglos y alteraron un cierto número de reglas antiguas con el fin de actualizarlas.

En relación con lo que se acaba de decir podría hacerse amplio uso de las disposiciones incorporadas más o menos *verbatim* tanto en el CT como en el CJ. Con

¹³¹ La expresión «*pignus legale*» etc., no parece haber sido empleada de manera explícita. Pero véase, p.ej., CJ 5.14.11.2 (530): «*ex praesenti nostra lege habeat hypothecam*».

¹³² NT 11.3 (439)=CJ 8.14.6, también INT; CJ 5.9.8.3,4; 5. 13.1.1b, c; 5.14.11.2; 5.70.7.5a, 6c, todo de Justiniano. Constantino emplea *tamquam pigneris titulo* (CT 3.30.1) [314]=CJ 5.37.20), mientras IT omite *tamquam*. INS 1 i.f. presenta *loco pignoribus obligentur*. CT 3.17.4.2 (390)=CJ 5.35.2.2 (véanse también IT y RB 36.4), que emplean *obligationem* y *obnoxia*.

¹³³ *Supra* págs. 34 sigs.

¹³⁴ Considérese la elaborada relación que hacen las Interpretaciones: Conrat, *Brev.* 121-131, 334-341.

¹³⁵ En este último campo, la transmisión *retento usufructo* se convirtió en tema favorito: p.ej. CT 8.12.8, 9; NV 10.1; NM 7.7 con Interpret.; IT 8.12.1 lin. 3 y 21; RB 22.5. Cf. *infra* págs. 139 sig.

¹³⁶ *Supra* págs. 53 sigs.

¹³⁷ Theophilus *ad Inst* 1.2.7 (Ferrini pág. 15) se aparta por un momento de su discurso para afirmar: βασιλεὺς δὲ ... οὐ μόνον τῆς ἡμετέρας περιουσίας, ἀλλὰ καὶ αὐτῶν τῶν σωματίων ἐστὶ κύριος. Esto cuadra por completo con «*allegatur imperatori licere omnia, ipsius esse universa*» en Ambros. Epist. 20.19 (*supra* pág. 107).

respecto a expropiación¹³⁸ e impedimentos a la enajenación, en el tratamiento de las aguas y los *agri deserti* Justiniano no se desvió, en nada que fuera esencial, del derecho vigente anterior a su tiempo. A los grupos de personas protegidas por *iura in re* de carácter legal añadió algunos más. Reforzó las limitaciones a la construcción¹³⁹, basándose principalmente¹⁴⁰ en la *constitutio* Zenonis, extendidas a *omnibus uribus Romani imperii* (CJ 8.10.13 [531]), prohibió toda construcción que interceptase el viento que llegase a las eras de otros (CJ 3.34.14.1 [531]) y emitió disposiciones (Nov 63 [538]) para impedir prácticas evasivas de la ley de Zenón. En otros asuntos consideró conveniente frenar levemente la política de intervención en el *dominium*. Manteniendo la libertad postclásica de poder explotar el mineral de suelo ajeno¹⁴¹, exigió al explotador que tuviera consideración respecto al legítimo uso del terreno que cabía a su dueño (D 8.4.13.1 itp.: *ita tamen... ut...*)¹⁴². Del mismo modo ordenó a los tribunales que dispusieran el *iter ad sepulchrum*¹⁴³ de la manera menos perjudicial al vecino (D 11.7.12 pr. i.f. itp.: *ita tamen ut...*). El derecho de aguas añade más ejemplos de su deliberado intento de hacer justicia distributiva mediante la conciliación de las tendencias individualistas y sociales¹⁴⁴. Pero permanece también el conocido dualismo entre lo viejo y lo nuevo, inadvertidamente presentes e incompatibles entre sí¹⁴⁵. En todo este ámbito, los remanentes clásicos incorporados en su compilación no reflejaban ciertamente el derecho vivo de su época.

E. LOS REINOS ROMANO-GERMÁNICOS

El poder efectivo¹⁴⁶ de los gobernantes góticos no fue menos autocrático que el de los emperadores en Constantinopla¹⁴⁷. Si bien el rey burgundio compartía ligeramente el poder legislativo con los nobles¹⁴⁸, ello no provocaba una disminución de lo absoluto de su autoridad sobre el pueblo. La comparativamente menor extensión de los tres reinos incrementó el grado de centralización efectiva del poder¹⁴⁹. Esta situación se reflejó, naturalmente, en cómo fue considerada la propiedad sobre las cosas de los súbditos, tanto nacionales como romanos. Teodorico, con Casiodoro como portavoz, podía ocasionalmente llegar a tanto como a deno-

¹³⁸ Para más detalles, De Robertis, *Emptio ab invito* (*supra* nota 14) 190 sigs.

¹³⁹ *Supra* págs. 111 sig.

¹⁴⁰ Véase también CJ 8.11.14 que extiende la disposición de CT 15.1.39 a otras *opera publica* distintas de las murallas.

¹⁴¹ *Supra* págs. 109 sig.

¹⁴² Perozzi I 638 nota 6, Schönbauer, *Bergbaurecht* 157 sig.

¹⁴³ *Supra* págs. 103 sig.

¹⁴⁴ Véanse los pasajes citados *supra* nota 115.

¹⁴⁵ Véase, p.ej., Bonfante II 1, 287 notas 2, 3, también *supra* nota 101.

¹⁴⁶ Desde el punto de vista legal, como es bien conocido, los reyes ostrogodos fueron sólo diputados de los monarcas de Bizancio (Mommsen, *Schr.* VI 457 sigs.). También lo fueron los reyes burgundios (L. Schmidt, [*supra* págs. 84 nota 377] 170).

¹⁴⁷ Para referencias, véase Dahn, *Könige* II 130 sig., III 278 sig., VI 496 sigs.

¹⁴⁸ L. Schmidt 178 sig., F. Beyerle (*supra* pág. 85 nota 406) 151.

¹⁴⁹ Mommsen 462, 473, 483 sig., etc.

minarse a sí mismo no sólo soberano por la gracia de Dios, sino también dueño de todo lo que estuviese bajo el poder de su gobierno¹⁵⁰. Pero aunque puede rechazarse esta afirmación en tanto que mera exageración retórica, la tendencia oculta tras esta idea era muy real y no se aparta de la política practicada por los emperadores al ocuparse de las facultades de derecho privado. El valor social y la función fiscal de toda propiedad, y en especial de la inmobiliaria, no se acentuaron menos que en épocas anteriores. Las consecuencias prácticas concuerdan. De entre las regulaciones romanas entonces en vigor, muchas continuaron rigiendo, unas pocas se hicieron impracticables, y otras fueron complementadas con disposiciones que apuntaban en la misma dirección, aunque revelando un espíritu divergente.

1. Expropiación, *munera*

La abundancia de tierra en manos de los reyes puede que haya reducido un tanto la necesidad que tuvieran de apoderarse de bienes inmuebles privados para obras públicas¹⁵¹. Sin embargo, no cabe duda de que se recurrió con toda libertad a medidas coactivas cuando hizo falta. En Italia, por ejemplo, el gobierno ordenó a todo poseedor de cereal que vendiera al precio de adquisición el que no necesitase para su familia (Cass. 9.5.2 [527])¹⁵². Otras veces, el gobernante se hacía con mármol (*ibid.* 1.28), madera (4.8; 5.16-20), esclavos (5.16.4), etc., contra compensación¹⁵³. Lo más esencial de esta política de expropiación puede muy bien captarse en Cass 5.20.2: «ut nihil ad laedendum possessorem studiose videatur inquiri, sed tantum quae sunt necessaria utilitatis nostrae causa praesumantur. Non exquiratur aliquid a domino, quod postea publico non dicatur acceptum. Ligna silvestria iubemus caedi, non aliquid de alienis facultatibus violenter abscidi...». Con la misma indiferencia, requisaban los reyes trabajo y servicios. Surgieron *munera* muy diversos¹⁵⁴. Por ejemplo, había que cavar fosos defensivos (Cass. 12.17), los campamentos tenían que ser fortificados y las casas construidas para asilo de las poblaciones vecinas (Cass. 1.17). Las calzadas públicas, los puentes y los acueductos tenían que ser reparados y conservados en buen estado. La relación que se aproxima más a las numerosas disposiciones imperiales sobre este asunto (CT 15.3.1-6 [319-423]; cf. CJ 11.65.1; 10.25.2; 1.2.7+11.75.4) se encuentra en RB 17.1. El Breviarium se contentó con tomar PS 1.14.1 y 5.6.2, mientras que Cass. 5.38; 8.30; 12.18 se ocupa de casos particulares.

¹⁵⁰ Cass. 10.5.2: «domun exceptam non habet princeps, sed quidquid divino auxilio regimus proprie confitemur»; 6.8.6: «qui sua cunctos patimur possidere, aliena nobis debeant libenter offerre». Cf. *supra* nota 137.

¹⁵¹ Los redactores del Breviarium dejan de incorporar las disposiciones pertinentes referidas *supra* pág. 108.

¹⁵² Cf. Dahn, *Könige* III 162 sig., 279 sig., también sobre precios máximos establecidos para los alimentos.

¹⁵³ Dahn III 87 sig.

¹⁵⁴ Véase Dahn III 147, 278 sig.; VI 260.

2. Normativa sobre aguas y edificación

Los cercados que obstruyeran o impidieran gravemente la navegación de un «río mayor»¹⁵⁵ habían de ser evitados o eliminarse de manera que «inviolati alvei tractus navium relinquantur excursibus» (Cass. 5.20.3) o al menos debían ser eliminados los obstáculos que redujeran el paso por un canal en más de la mitad (LV 8.4.29)¹⁵⁶. Con un lenguaje sorprendentemente similar los dos textos apuntan al egoísta que «sibi tantum festinet includere quantum ad multos poterat pervenire» o «contra multorum commune commodum suae tantummodo utilitati consulturus». Pero esta consideración del asunto ni era específicamente germánica ni nueva¹⁵⁷. El *praetor* romano de una forma mucho más cabal y técnicamente superior había prohibido toda construcción que anulase o dificultase de alguna forma la navegación por un *flumen publicum* o que alterase el flujo de agua que previamente se daba en el mismo (D 43.12-15)¹⁵⁸. No hay motivo para suponer que el núcleo de las reglas substantivas incorporadas en estos *interdicta* hayan sido menos válidas en el derecho vulgar que bajo Justiniano. Tenemos a nuestra disposición prueba directa de tal continuidad desde la República (Frontin. *de aquis urbis Romae* 97) hasta la época del Bajo Imperio (CT 15.2; CJ 11.43) en lo relativo al mantenimiento y protección de los acueductos¹⁵⁹. Un número de estas disposiciones tuvo como objetivo terminar con la desviación no autorizada de sus aguas. Teodorico prestó atención al mismo problema (Cass. 3.31.2-4). El uso del agua por un particular, que procediera de antiguo, fue privilegiado, aunque con efectos distintos, en CT (Brev.) 15.2.7=CJ 11.43.4¹⁶⁰, así como resulta también de Cass. 3.31.3. Las regulaciones del CT referentes a distancias mínimas entre edificios para salvaguardar luces y aire de los vecinos se recogen por vía de referencia entre los burgundios (RB 17.6)¹⁶¹.

3. *Agri deserti*

Por lo demás, los códigos germánicos deparan aspectos totalmente nuevos. Por encima de todo pusieron fin al desafortunado y nunca concluido asunto de los *agri deserti*¹⁶². Ni el Breviarium ni la legislación en Italia¹⁶³ o Burgundia muestran ves-

¹⁵⁵ Sobre la definición del concepto en LV 8.4.29, véase Dahn, *Studien* 65, 96 nota 10.

¹⁵⁶ Con un acercamiento casuístico del problema.

¹⁵⁷ Así Halban I 230.

¹⁵⁸ Lenel §§ 241-244.

¹⁵⁹ Compárese también la disposición en Riccobono núm. 98 (siglo sexto) con Frontino c. 127 (*supra* pág. 101).

¹⁶⁰ Su relación con los acueductos puede afirmarse con seguridad a través de las rúbricas y CT 15.1.36.

¹⁶¹ *Supra* pág. 112.

¹⁶² *Supra* pág. 108, *infra* págs. 185 sigs.

¹⁶³ En un sentido no técnico los *agri deserti* aparecen en Cass. 3.52.8 indicando los *tortuosae semites, silvae asperae et dumeta* que un *agrimensor* tenía que recorrer para resolver una delimitación controvertida.

tigio alguno de *epibole*, *peraequatio* u otras medidas que tuviesen que ver con las tierras abandonadas. En vez de ser abandonada, se codiciaba la tierra más que nunca. De hecho, el hambre de tierra había sido la fuerza impulsora de las grandes migraciones¹⁶⁴. Los recién llegados ocuparon fácilmente las zonas despobladas con colonos¹⁶⁵. Esta desorganizada ocupación de las tierras fue detenida¹⁶⁶. La ocupación corrió a cargo del rey, mientras que el individuo adquiriría tan sólo el área que le fuera asignada¹⁶⁷.

4. Derechos de paso, parada, pasto y asilo

Las reglas proyectadas para limitar el alcance de la propiedad privada incluían rasgos no menos característicos y rasgos desconocidos por el derecho vulgar. Las tribus germánicas nunca habían estado al corriente de un derecho de propiedad tan individualista como el que, gradualmente durante el Dominado, había ido llegando a su fin. Partiendo del extremo opuesto de un uso colectivo de la tierra, fueron avanzando de manera lenta e incompleta hacia el reconocimiento de derechos exclusivos en ella¹⁶⁸. Incluso cuando, como en los reinos que nos ocupan, la institución de la propiedad privada estuvo firmemente establecida, no por ello quedaron eliminados todos los rasgos del primitivo estadio, sino que la propiedad suponía ciertas responsabilidades ya para el Estado, los vecinos y los miembros de la comunidad de población, así como incluso para los forasteros. Esta función social de la propiedad no se importó ni surgió de un mandato real. Esta función social y sus implicaciones se consideraron como algo inherente a la propiedad de la tierra, y las declaraciones relevantes que se encuentran en algunos códigos tenían regularmente el mero propósito de confirmar o de definir las limitaciones tradicionales o el de establecer penas para las contravenciones.

Por supuesto que en los detalles las reglas difirieron; entre los visigodos¹⁶⁹, un viajero podía usar para tránsito o descanso durante su viaje cualquier terreno sin cultivar, incluso la tierra marcada como de propiedad privada mediante fosos. Podía entrar también en los cultivos si no había suficiente espacio para paso (LV 8.3.9) y le estaba permitido derribar cualquier cerca que obstruyese una calzada principal o vecinal (LV 8.4.24¹⁷⁰; cf. LB 27.3; eod. 1). Allí donde parase podía con

¹⁶⁴ Brunner I 72 sigs.

¹⁶⁵ Ennodius, ep. 447.5=9.23.5 en MGH, *Auct. antiqu.* VII 307, al dirigirse a Liberio, por entonces *praefectus praetorio* bajo Teodorico: «Quid quod illas innumeras Gothorum catervas vix scientibus Romanis larga praediorum conlatione ditasti. Nihil enim amplius victores cupiunt et nulla senserunt damna superati». Véase también Dahn II, 127, III 17 sig.

¹⁶⁶ Sobre la temprana restricción del derecho a obtener la propiedad sobre la tierra por su desbrozo, véase Gierke II 267, 445 sig., Heusler II 65, Huebner 253 sig. Para el reino franco, cf. Schröder, *SZ GA* 2 (1881) 61 sigs., Brunner I 296 sig.

¹⁶⁷ *Supra* págs. 81 sig.

¹⁶⁸ Brunner I 83 sigs.

¹⁶⁹ Véase también Dahn, *Könige* VI 286 sig. y *Studien* 96.

¹⁷⁰ Cf. *PS* 5.6.2: «demolito opere condemnatur». Estas palabras pertenecen a un estrato tardío de la obra.

total libertad encender fuego para cocinar o calentarse, supuesto que impidiera la propagación del mismo (LV 8.2.3). Además, podía apacentar su ganado¹⁷¹, con tiento y durante dos días, en pastos no cercados (LV 8.4.26, 27)¹⁷² y, en un principio, incluso en cultivos sin vallar¹⁷³ (LV 8.3.10 en la presumible versión de Eurico¹⁷⁴ 8.4.28; cf. LB 27.4, 5)¹⁷⁵. Entre los burgundios todo el que no estuviese en posesión de un bosque podía libremente cortar para su uso personal madera de un árbol caído o determinados árboles (LB 28¹⁷⁶)¹⁷⁷. El viajero podía pedir la protección de un techo, y el burgundio que rechazase darle cobijo o que le remitiera a un romano debía pagar una multa (LB 38.7)¹⁷⁸. Ninguno de estos privilegios tenía correspondencia en el derecho vulgar. Es cierto que había reglas que definían una *hospitalitas* limitada a un breve cobijo, aunque sin comida ni para hombres ni pasto para las bestias (véase esp. CT 7.8.10.2 [413]=CJ 12.40.5.2). Pero este *hospitalitas munus* (CT eod. 3) era en beneficio sólo de soldados y funcionarios públicos. La relación que tuvo con los desarrollos habidos en los reinos germánicos fue de una naturaleza enteramente diferente. Determinó el método empleado para dividir la tierra entre un poseedor romano y un invasor germánico¹⁷⁹.

¹⁷¹ Para los lombardos véase ER 358.

¹⁷² Con sujeción a lo especificado en 8.3.12.

¹⁷³ De aquí que tomaran minuciosas y estrictas medidas contra los que destruyesen o dañasen los cercados: LV 8.3.6, 7.

¹⁷⁴ Zeumer *ad* LV 8.3.10; sobre prados véase 8.3.12.

¹⁷⁵ Los romanos habían reconocido la posibilidad de un *ius pascendi* sólo sobre la base de una *servitus* (Pap. D 8.3.4; Ulp. D eod. 3 pr. 5.1) o de una participación en el *ager compascuus* (*supra* págs. 82 sig).

¹⁷⁶ Para los lombardos, véase ER 300 i.f.

¹⁷⁷ No lo contradice LV 8.3.8; Liutpr. 82.

¹⁷⁸ Cf. Tácito, *Germania* 21: «quemcumque mortalium arcere tecto nefas habetur».

¹⁷⁹ *Supra* pág. 81.

CAPÍTULO III ADQUISICIÓN DEL *DOMINIUM*¹

A. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD²

El hecho fundamental que distingue esta parte del derecho vulgar de bienes del derecho clásico es la unión entre actos de obligación y actos de disposición. Una vez más, nos encontramos con una fusión de conceptos. Así como se reduce la distancia entre la propiedad y la posesión, entre la propiedad y los derechos *in re* limitados, así la transmisión de la propiedad ya no se mantuvo cuidadosamente separada del negocio causal que la tenía como objetivo. Incluso cuando la separación permanecía inevitable en la práctica, se oscureció en el pensamiento jurídico. Siempre había sido extraña a las doctrinas griegas y helenísticas. Tampoco resultaba familiar a las concepciones populares de ningún lugar, con independencia de límites etnográficos³.

1. Venta

a. *Naturaleza*

Concretamente, la venta aparecía, en la mente de un jurista que ya no conocía las sutilezas del sistema clásico, tal y como aparece hoy en la de un lego en derecho, esto es, como un intercambio de tierra u otros bienes por dinero⁴. Si el intercambio había de realizarse más tarde o, al menos, si el precio había de abonarse total o parcialmente, se requerían, por norma general, acuerdos específicos, para los cuales estaba disponible⁵ la, ahora ya escrita, *stipulatio*. La venta retrocedió a la condición anterior de negocio al contado. Producía así de manera directa el traspaso de la propiedad y no era simplemente su causa. La venta significaba acto de

¹ La adquisición *mortis causa*, como problema del derecho de sucesión, no será tratado aquí.

² Para otros tipos de *dominium*, véase *infra sub D*.

³ *Amer. Hist. Rev.* 48 (1942) sigs. Incluso en Italia y presumiblemente en época clásica encontramos un jefe de marina que señala que en el caso por él decidido: «ius per venditionem transferri ad emptorem non potuit» (Bruns núm. 187=Arangio-Ruiz núm. 86 lin. 18).

⁴ Cf. Isidoro, *etym.* 5.42.23: «Emtio et venditio est rerum commutatio atque contractus ex convenientia veniens». Véase también *infra* nota 53.

⁵ Para Egipto véase Taubenschlag, *Studi Bonfante* I 419 nota 392 y *Law* I 257.

transmisión o traspaso⁶. Esto acarreó consecuencias respecto a los requisitos del negocio. El comprador que entregaba el dinero no era de esperar que se contentase con una promesa informal en vez del objeto comprado⁷. Incluso la mera entrega del objeto le satisfaría sólo en caso de bienes de menor valor, pues ello no aseguraría al recipiendario frente a la alegación de que habíase querido realizar sólo una *locatio conductio*, un *commodatum* o un *depositum*. Su utilidad era aún más dudosa en caso de inmuebles. En asuntos de importancia mayor, se puede aceptar con seguridad que ya en la época clásica un comprador, con mayor frecuencia de la que podemos comprobar, se procuraría testigos o documentos para probar la *iusta causa traditionis*. Es cierto que, en aquellos días, los negocios realizados con publicidad, tales como los de *mancipatio* o *in iure cessio*, seguían siendo practicados. En el siglo III, sin embargo, estos actos solemnes tan propiamente romanos, incomprensibles como resultaban a los ciudadanos de nuevo cuño, fueron cayendo, por lo general, en desuso. Para reemplazarlos, ciertamente la sola *traditio* no era posible considerarla apropiada. En grados diversos unida a otros actos, perdió el primer plano. El hecho de que en la órbita helenística la entrega efectiva del objeto no fuera esencial parece establecer un paralelismo más que significar la causa de este desarrollo del derecho vulgar⁸. Pero la creciente tendencia a evitar aquellas deficiencias mediante el uso de documentos⁹ se apoyó fuertemente en la práctica oriental de reducir los negocios jurídicos a documento escrito. La tendencia consiguió tales progresos que los emperadores y juristas conservadores consideraron necesario en repetidas ocasiones insistir en que una venta, una *traditio*, o la entrega de la posesión no requerían la redacción de un documento: p.ej., CJ 7.32.2 (Alex.), 4.38.12 (Diocl.); 4.19.12 (293), también 4.21.10 (294), PS 2.17.13¹⁰.

b. Tendencias hacia la publicidad del acto

Ésa era la situación aproximada a la que entonces se tuvo que enfrentar Constantino cuando, alrededor de 337¹¹, publicó su extensa ley sobre la venta de tierra (FV 35). Lo que le movió a actuar, según él reconoce, fue un comportamiento

⁶ Cf., p.ej., CT 11.3.2 (327); 4.5.1 (331) e IT; 12.3.2 (423); NV 32.4 (451); 35.18 (452) e INV (lin. 199); GE 2.1.7; PS (tardío) 5.2.5; IP 1.7.5; 5.2.4; IT 3.2.1; 3.5.2; 8.18.1; ET 120; RB 35.2, 4. Sobre éste y el creciente uso de *comparare* por *emere*, véase *Atti*, Roma II 39 sigs. Véase también CT 4.6.8 init. (428), NMc 3.1 init. (451). Muchos de los textos se refieren también a las donaciones. Son mencionadas solas, p.ej., en CT 15.14.8 (389); IT 3.8.2; INT 14 (lin. 84); 22.1 (lin. 84); Cs 6.10 i.f.

⁷ Las fuentes no justifican la afirmación de Biscardi 35 sig. de que el simple *consensus* era suficiente para transmitir la propiedad.

⁸ Se ha presumido normalmente la influencia directa de Oriente; véase p.ej., Bonfante II 2, 187, Arango-Ruiz 206.

⁹ Archi, *Scritti Ferrini* (Milán) I 19 sigs.

¹⁰ Este pasaje puede ser perfectamente del autor de las *Sententiae*. Sus métodos de trabajo (cf. Levy, *Vulg.* 21 sig. y PS 35, 37) no son lo bastante seguros como para permitirnos inferir *argumento e contrario* que, en la medida en que se trataba de *negotia stricta*, pensara el autor que una *instrumentorum oblatio* fuera necesaria (así Riccobono, SZ 34 [1913] 246).

¹¹ *Atti*, Roma II 41 nota 47.

de las partes contratantes que de ningún modo parecía el procedente para excluir la venta por un no propietario y para dar al Estado la posibilidad de cambiar la persona legalmente responsable del pago de los tributos. Por lo tanto, el emperador declaró que la venta había de resultar nula (§ 7) y la pérdida de los derechos para ambas partes (§ 4), a menos que el adquirente asumiera explícitamente la obligación de pagar los impuestos (§§ 3,4)¹² y los vecinos atestiguaran, convocados, la propiedad del vendedor (§§ 5,6 i.f). El objetivo era el de asegurarse de que el nuevo propietario era consciente de esos impuestos y capaz de cumplir, como el anterior, con esa responsabilidad. Por lo tanto, la atención del emperador se dirigió primariamente a preservar el interés del fisco. Lo que afirmaba acerca de la protección de las partes que actuaban de buena fe¹³ fue simplemente un medio para ese fin. Se preocupó menos aún de la estructura jurídica del contrato de venta o de la cantidad de problemas que ella implicaba. Es el que rige la política fiscal el que aquí habla, no el jurista¹⁴. Esta misma indiferencia hace la disposición particularmente valiosa como fuente de información sobre la venta en el derecho vulgar. La estructura a la que se hace referencia en la disposición era, evidentemente, la estructura normal en la práctica cotidiana. El acuerdo, por regla general, se consignaba formalmente, esto es, cuando menos por escrito (*contractus sollemniter explicatur* [§ 5], *sollemniter celebrentur* [§ 6]), el vendedor entregaba la posesión del inmueble¹⁵ y el adquirente realizaba el pago (§ 4). Venta y transmisión aparecen como actos simultáneos¹⁶. Lo que ocurría si uno de estos elementos faltaba no se recoge en los cientos de palabras que tiene la ley¹⁷.

El deber de asumir los impuestos y la rigurosa sanción en caso de contravención fueron adoptados por CT 3.1.2 y el Breviarium, siendo también reiterados en IT 3.1.2 y probablemente por RB 40¹⁸. Los documentos procedentes de Egipto y Rávena incluyen cláusulas al respecto¹⁹. Pero en vista de CT 11.3.3 (363)=Brev. 11.2.1 y CT eod. 5 (391)=Brev. eod. 2, junto con sus Interpretaciones, parece más dudoso si las sanciones se aplicaron constantemente²⁰. Sin embargo, los testigos

¹² Esto era nuevo frente a CT 11.3.1 y 2 (327), según los cuales sólo *pactiones contrariae* (CT eod. 3) que eximieran de los impuestos al adquirente eran declaradas nulas. Este es el motivo por el que Justiniano integró c. 1 mediante la incorporación de CT 3.1.2 en CJ 4.47.2.

¹³ *Infra* pág. 166.

¹⁴ Obsérvese también lo incorrecto de la cláusula «ad venditionem rei cuiuslibet» (§ 5), que podría implicar que la regulación había de extenderse a los bienes muebles.

¹⁵ En efecto, esto no se afirmó con tantas palabras. El pasaje «vendidit quidem possessionem, comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicantem deperdat» es oscuro respecto al paradero del inmueble. Pero en vista del pago del precio, la suposición más natural parece ser la de que se esté considerando asimismo que el vendedor había entregado.

¹⁶ Ya CT 11.3.2 (327) tiene la frase «qui emptione dominium nanci fuerint»; véase también CT 4.5.1 (331). Al mismo tiempo los contratos egipcios combinan los dos elementos ὁμολογῶ πεπρακεῖναι καὶ καταγεγραφεῖν (Taubenschlag, *Law I* 247).

¹⁷ Archi, *Studi Ferrini* (Pavía) 713 sostiene que Constantino no hizo del documento escrito un elemento esencial de la venta.

¹⁸ Para la *poena legis* RB 40 remite al título CT 11.3, en el que no se contempla esta pena.

¹⁹ Arnold Ehrhardt, *SZ* 51 (1931) 170 sigs.

²⁰ RC 3.1.2 las limita a la adquisición de tierra fiscal.

no sólo son mencionados en las codificaciones, sino que probablemente también, por regla general, fueron usados en la práctica. De manera errónea²¹ y ciertamente inútil²², el autor de la IT los requería incluso para la venta de objetos insignificantes (*mediocres res*), los cuales parecen incluir la mayoría de los bienes muebles. Valentiniano III en Nov. 15.3 (444) tomó un camino distinto. Tiempo hacía ya que los cambios en la propiedad de los bienes inmuebles tenían que ser registrados en las listas del censo (*cf.*, p.ej., CT 11.3.5 [391])²³. Ahora, con vistas a hacer más expedita la recaudación de los impuestos por venta (*siliquaticum*)²⁴, hizo del registro en los archivos municipales requisito necesario para que una venta fuese válida. Sin embargo, esta reforma dejó pocas huellas en la legislación y en la doctrina²⁵. El Breviarium lo presenta sólo bajo forma de breve referencia, que hace el mismo emperador (Nov. 32 pr. i.f [451])²⁶. La Interpretatio (IT 11.3.5; INV 32) incluso elimina esta indicación. Ni RB ni ET adoptaron el registro. Casiodoro (Var. 4.40.2 [507-511]) no revela el modo cómo la parte a la que se refiere «iuris fuerit sollemnitate mercatus». En cualquier caso, alguna intervención pública en las ventas de inmuebles continuó practicándose ampliamente. En Oriente, a pesar del silencio de Justiniano²⁷, los *praefecti praetorio* de su tiempo ordenaron tales registros o, al menos, no permitieron al comprador que tomase posesión antes de que la situación legal estuviese aclarada por la intervención de funcionarios y de testigos²⁸. En Occidente, a pesar del silencio de Teodorico (*cf.* ET 52, 53), los documentos de Rávena contemporáneos, o un poco más recientes, confirman que allí esas ventas de tierras se registraban públicamente y con regularidad²⁹. La ejecución con publicidad llegó a triunfar en gran parte como cosa de derecho vulgar: si se produjo en conexión o no con la legislación es algo que al presente no puede afirmarse con certeza.

c. *Documentatio*

En NV 15.3 se reconoce la venta de bienes muebles como válida sólo si ésta «emissis pittaciis transigatur». Pero no está claro si esta frase se refiere a un re-

²¹ *Atti*, Roma II 41 sig.

²² *Cf.* NV 15.3. La versión de RC omite ese error.

²³ La venta por parte de un *curialis*, en tanto que dependiente de su aprobación por el tribunal, tenía que ser públicamente registrada (*sub fide actorum*) de acuerdo con CT 12.3.1 (386) y 2 (423).

²⁴ Sobre este impuesto, véase Ernst Stein, *Geschichte des spätromischen Reiches* I (Viena, Seidel, 1928) 508.

²⁵ Steinaker 101 sig. no acierta en este punto.

²⁶ «Sciant ii apud quos venditionis documentum necesse est adlegari».

²⁷ *Infra* págs. 144 sig.

²⁸ Los edictos que proveen esto (núm. 2 [= Nov 167], 29 y 33) no concuerdan en los detalles ni son muy claros respecto a su alcance. Véase el texto en Zachariae von Lingenthal, *Anekdotia* (Leipzig 1843) 266 sigs. y el estudio de Francesco Schupfer, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 39 (1905) 30 sigs., Bonfante, *Scritti giuridici* II (1918) 240 y *Corso* II 2, 189 sig.

²⁹ Marini núm. 113, 115, 117=Spangenberg núm. 48, 50, 52. En otros documentos, algunos de los cuales datan del período posterior (p.ej., Marini núm. 119, 120, 121, 122, 123=Spangenberg núm. 53, 54, 55, 56, 57) el alienante autoriza al que adquiere para que registre.

cibo oficial referente a los impuestos por venta³⁰ o si establece que toda venta ha de estar puesta por escrito. De todos modos, esta disposición general no parece haberse cumplido durante mucho tiempo. La Interpretatio a la disposición, que falta en el Breviario, no se ha conservado. De hecho, el Intérprete parece desconocer por completo cualquier disposición que requiera un documento escrito. De NV 32 se desvía la INV (lin.80), que presenta la salvedad «instrumentum si fuerit vacuatur»³¹, e IP 2.18.10 en tanto que se atiene a la antigua regla (cf. PS 2.17.13) al afirmar que: «In contractibus emti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocunque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci»³². Sin embargo, no puede haber duda sobre el hecho de que tanto en Oriente como en Occidente las ventas importantes, no sólo de tierra sino también de *coloni*, esclavos y otros objetos de valor, normalmente se ponían por escrito: CT 5.10.1 (329); FV 35.5, 6 (337); CT 3.1.3 (362); NV 15.3, 4 (444); 32 pr. (451) e INV; CJ 4.42.2 (459-465); 1.2.14.6, 7 (470) etc.³³. Esto se refleja en la doctrina. Considérese: «emptio... et ceterarum rerum similium, quae per legitimis scripturas atque contractus ad uniuscuiusque dominium transire noscuntur» (IP 5.2.4)³⁴. «Qui aliquem in domo sua clausum tenuerit, quascumque ei scripturas extorserit, non valebunt» (IP 1.7.7). «Res (scil. litigiosa) transferri... nullis contractibus potest; neque inde aliqua fieri scriptura permittitur» (IT 4.5.1)³⁵. En este punto el extranjero derecho helenístico se había convertido evidentemente en un derecho vulgar universal.

d. Pago

El pago del precio como requisito esencial para la transmisión de la propiedad por venta no necesitó ser tomado en préstamo del Oriente. Tuvo su origen en una concepción jurídica vulgar que no se limitaba a una región en particular³⁶. Para Constantino, en FV 35.4, se trataba de un mero *naturale negotii*. Como elemento imprescindible no da la sensación de aparecer en la legislación oficial³⁷ anterior a la Novela de Valentiniano que, a partir del modelo que ya estableció Honorio³⁸, permitía a los funcionarios civiles y militares adquirir propiedades³⁹ (NV 32 pr. hasta § 3 [451]): «Volenti vendere definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videat instrumentorum scriptor, sciant ii apud quos venditionis documentum

³⁰ Así Manso, *Geschichte des ostgotischen Reiches* (1824) 109.

³¹ RC 18.9 no recoge la modificación.

³² Véase también GE 2.9.13: «consensus magis quam scriptura aliqua aut sollemnitatis quaeritur». Pero la afirmación, arrastrada de Gai III 136, no prueba mucho respecto al derecho vulgar.

³³ Cf. Archi. *loc. cit.* 668 nota 1.

³⁴ SZ 49, 254 nota 5; Atti, Roma II 39 nota 33.

³⁵ Véase también IT 3.4.1.

³⁶ Cf. *Amer. Hist. Rev.* 48 (1942) 25.

³⁷ Excepto en casos concretos como los de CT 5.10.1 (319) y FV 34 (326 o 329).

³⁸ Véase Mommsen *ad* CT 3.1.10.

³⁹ Esto había sido prohibido en muchas disposiciones anteriores: CT 8.15.1, 3, 4, 5, 7, 8 (desde Constantino a 397).

necesse est adlegari. Nihil refert quis emat, cum publica fide pretium venditor consequatur». El vendedor, pues, actuando a voluntad, había de recibir el precio afirmado en el documento escrito. Todos estos actos tenían que ser presenciados por el redactor del documento así como por las autoridades que habían de efectuar el registro. Tras esto, la persona del comprador dejaba de importar puesto que el vendedor obtenía el precio que demostraba el registro público. Sin embargo, si el comprador no pagaba lo que el documento afirmaba haberse pagado, no sólo tenía que indemnizar por falta de pago, sino que también perdía la cosa, que pasaba a manos del vendedor⁴⁰. El caso se consideraba como de fraude⁴¹ y equivalía a una venta ocasionada por coacción. En ambos casos se consideraba igualmente ineficaz. Esta era la esencia del asunto. La idea de prohibir que se donara a los funcionarios⁴² no desempeñó aquí papel ninguno. La regla sobre la pérdida de la cosa provenía del emperador. No pasaba lo mismo con el requisito del pago del precio, ya que esto tenía su origen en el derecho consuetudinario⁴³. El hecho de que de manera no oficial aquello se estuviese practicando desde hacía mucho tiempo, al menos en Oriente, está recogido de forma totalmente clara en varios rescriptos de Diocleciano (CJ 3.32.12; 4.38.8,9, 12; 4.49.6)⁴⁴. En Occidente pasaba lo mismo. La Interpretatio resalta el carácter esencial del pago no sólo al comentarlo en NV 32. En otros sitios también, y aquí incluso con independencia de sus modelos, considera el pago como el acto determinante para la validez de una venta. IP 2.18.10 ya lo había señalado⁴⁵. Sólo quien ha pagado puede exigir la entrega de la cosa comprada (IP 1.13.4). De acuerdo con la última versión (tipo C) de PS (2.17.7), sólo él tenía derecho a los frutos⁴⁶. En general, el vendedor no queda obligado en absoluto sino *accepto pretio* (PS 2.17.1, también tipo C)⁴⁷. Cuando no hay pago, no hay venta o transmisión de la propiedad.

En un caso el pagador adquiriría la propiedad incluso en contra de los términos del documento de venta⁴⁸. Cuando A pagaba, mientras que, según el documento, B o alguien en nombre de B hacía la compra, surgía un problema que en el período precedente no podía plantearse. Para el jurista clásico «fundus eius esse videtur, cuius nomine comparatus est, non a quo pecunia numerata est» (PS 2.17.14). Sin embargo, después la regla se vio restringida por la cláusula «si tamen fundus comparatori sit traditus». El problema se resolvió, entonces, de tal manera que el

⁴⁰ RC 18.9, en el siglo octavo, lo puso en la forma: «si... carta receperit et precium non dederit, ipsa carta reddat et insuper ipsum precium... det».

⁴¹ Cf. *infra* pág. 151.

⁴² Véase § 4 *ibid.*: «Donationes quoque habitas... similiter roboramus».

⁴³ Podiéramos vernos inclinados a encontrar este término aplicado de manera literal en la cláusula «dummodo emptio et venditio celebretur iure communi». Pero parece más seguro interpretar la frase en el sentido de que se refiere al derecho general en tanto que opuesto a las regulaciones especiales emitidas por los funcionarios en cuestión.

⁴⁴ Pringsheim 51 sig.

⁴⁵ GE 2.9.14 se contenta con copiar fielmente a Gai III 139.

⁴⁶ El pago parcial es suficiente: *infra* nota 227.

⁴⁷ Véase, a este respecto, Pringsheim 85 sigs.

⁴⁸ Para los siguientes, véase *Atti*, Roma II 42 nota 57, con referencias.

objeto pertenecía a cualquiera de las partes a quien le fuera entregado. Lo mismo pone de manifiesto por su parte IP (2.18.11). Particularmente impresionante es IG 7, donde las posibilidades de A o B como adquirentes de propiedad son tratadas sucesivamente mediante el principio: «quia duae res, cum quo fuerint, eius (scil. rei) dominum faciunt meliorem»⁴⁹. Por lo tanto, dos de tres cosas, p.ej., ser parte designada en el documento, el pago y la *traditio* tienen que coincidir en una persona, en caso de conflicto, para convertirla en la propietaria. El pago pierde su función determinante sólo cuando la designación como parte y la *traditio* estaban unidas frente a él. En tal caso, el que había pagado no era, de modo muy significativo, ni siquiera reconocido como una de las partes del negocio. Podía simplemente recuperar el dinero, y éste de manos del nuevo propietario, no del vendedor, pues el pago recibido por éste último era el verdadero factor sobre el que se basaba venta y transmisión, y su restitución habría anulado el negocio⁵⁰. Lo que conducía al resultado de venta era el pago y no la persona que lo hacía⁵¹. En el modelo general no se dejó espacio para una cuarta persona que en el derecho clásico habría sido el único adquirente, a saber, aquel que realmente concluía el contrato. La premisa de que existe una venta por escrito se sigue para IG 7 directamente del uso casual que se hace de la palabra *legitur*. No hay que darla menos por sentado en IP cit. En el supuesto insignificante de una venta verbal de bienes muebles, la designación como parte era ciertamente irrelevante. Si la persona que pagaba y el que recibía el objeto rompían, la propiedad era para el pagador.

e. *Traditio*

Así, pues, sólo bajo excepcionales circunstancias la *traditio* siguió siendo elemento esencial para la transmisión del dominio. En otro caso, la propiedad pasaba al comprador incluso sin *traditio*. Eso no significa, sin embargo, que el objeto no se entregara simultáneamente a la realización del pago, esto es, en el mismo momento en que se hacía el contrato⁵². Sin apoderarse de la cosa, normalmente el comprador no habría querido pagar⁵³, ante todo en un período que consideraba la posesión como la encarnación de la propiedad y como base de una serie de consecuencias jurídicas⁵⁴. Si, por lo tanto, la *traditio* no llegaba a prosperar, una deficiencia semejante era algo más que un mero dejar de cumplir una obligación. Era

⁴⁹ Véase también ET 138.

⁵⁰ Cf. también *infra* pág. 152.

⁵¹ Compárese la frase, aunque aluda a una situación diferente (*supra* pág. 127): «Nihil refert quis emat, cum publica fide pretium venditor consequatur» (NV 32 pr. i.f.).

⁵² Cf. *supra* nota 15. Véase también CT 12.3.2 pr. (423), donde una *venditio* determinada es declarada *infirma*, «ita ut et pretium emptor amittat et venditori cum fructibus inlaesam possessionem restituat».

⁵³ Cotéjese con esto la exposición del asunto en términos populares por Agustín, *Sermo* 167.3 (Migne 38, 910): «Das et accipis, aliquid amittis, aliquid acquiris: hoc est emere. Nam si nihil amittas et habeas quod non habeas, aut invenisti aut donatum accepisti aut hereditate acquisisti. Quando autem aliquid amittis ut aliquid habeas, tunc emis: quod habes emptum est; quod amittis pretium est».

⁵⁴ *Supra* págs. 59 sigs.

una violación de un derecho *in re* que tenía que ser reparada a toda costa⁵⁵. El vendedor, de haberse demorado (*tradere distulerit*), era «omnibus modis compellendus... ad traditionem» no obstante haber transmitido la propiedad (*rem... quam accepto pretio facta venditione distraxit*): IP 1.13.4⁵⁶.

El derecho analizado hasta aquí fue desarrollado en su mayor parte por la práctica. La esporádica intervención de las normas lo presupuso más que lo creó. Se introdujeron reformas en él, pero no fueron total y constantemente acatadas. Sin embargo, a la práctica jurídica le pertenece el fluctuar en el tiempo y en el espacio. Estaríamos en presencia de algo contrario a la naturaleza del comportamiento humano si en el transcurso de los siglos aquí tratados, y dada la gran amplitud del área occidental, no hubieran aparecido tendencias varias y modalidades locales. Así que no debe sorprendernos ver que las dos únicas colecciones de documentos de valor que, por fortuna, han llegado hasta nosotros desde el Occidente postclásico presenten los más divergentes tipos de venta de tierra. Y este es el caso, a pesar de que algunos algunos de los más representativos de los dos grupos guardan tan sólo diez años de diferencia entre sí y a pesar de que el diferente control político de los respectivos lugares no había menguado su carácter romano. Por un lado, hay veintidós contratos de venta de finales del siglo V⁵⁷, procedentes del norte de Africa vándalo, de los que once se conservan completos, aunque sólo dos (493-494) han sido editados⁵⁸ hasta el momento. Por otro lado, se encuentran los conocidísimos contratos de venta de Rávena redactados, en una parte, bajo los ostrogodos⁵⁹ y, en otra parte, bajo el dominio bizantino. El hecho de que los documentos africanos sean privados, mientras que los otros se deban a notarios, justifica las diferencias de estilo pero no las substantivas. Los documentos vándalos no dicen nada acerca del registro o de la entrada formal del comprador en el inmueble, ni de la participación de los vecinos ni de la asunción de las obligaciones fiscales⁶⁰. Si queda alguna huella de la conformidad con las regulaciones de Constantino (FV 35), posiblemente sea la de que los vendedores en presencia de los testigos declaraban que habían sido los propietarios. En otro caso, las partes quedaban esencialmente satisfechas al establecer qué precio debía pagarse, que la tierra había sido entregada y que la responsabilidad por evicción había sido asumida. A la inversa, la mayoría de los papiros de Rávena⁶¹ van más allá de los requerimientos no sólo de Constantino sino también de Valentiniano. Además del re-

⁵⁵ Para más consecuencias, potenciales aunque no demostrables, véase *infra* notas 234, 235.

⁵⁶ Cf. *infra* pág. 220. Comparable es IT 3.5.2 «ad sponsae dominium... sine dilatione aliqua transferatur» (*infra* nota 110).

⁵⁷ El último data del 496.

⁵⁸ E. Albertini, *Journal des Savants* 1930, 23 sigs., Hans Julius Wolff, *Revue d'histoire du droit* 14 (1936) 398 sigs., Arangio-Ruiz núm. 139. De acuerdo con Albertini 27 «tous les actes sont conformes au meme type, avec des variantes dans le détail».

⁵⁹ El más antiguo es de 504.

⁶⁰ Wolff 414.

⁶¹ Sobre éstos véanse Brunner, *Urk.* 119 sigs., Carl Freundt, *Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Rechte* (Leipzig, Duncker und Humblot, 1910) I 80 sigs., Kircher, *SZ* 32, 117 sigs., Riccobono, *SZ* 34, 216 sigs., Steinaker 102 sigs., Ehrhardt, *SZ* 51, 164 sigs.

conocimiento del pago, que no falta nunca, muestran las formalidades prescritas en FV 249 sólo para las donaciones⁶². Por regla general, el modo de transmisión de la propiedad consiste en la confección de un documento escrito ante testigos, con *traditio corporalis*⁶³ y registro oficial.

Sin embargo, no sólo la limitación local nos precave frente a todo intento de extraer de estos documentos referencias generales al derecho por entonces en vigor en Occidente⁶⁴ ya que, por su inseguridad y lo elemental de sus conocimientos, aquellos notarios incluían términos anticuados, privados de sentido, como eran *mancipatio*, *nummus unus*⁶⁵ o *stipulatio*. Además, cayeron en contradicciones porque no comprendían el concepto antiguo de *traditio*. En Rávena un vendedor declara que él «hodierna die tradidit» (Marini núm. 117 lin. 2; cf. 115 col. 3 lin. 4) y «sollemnem traditionem his⁶⁶ venditor celebravit» (núm. 117 lin. 6), pero también que «sola traditio ei (el comprador) deest» (núm. 117 lin. 9), después de lo cual, como seguramente se deduce del núm. 115 col. 2 lin. 8 y 9⁶⁷, el vendedor ruega al magistrado, «quando eidem emptori placuerit, sollemnem traditionem celebrari»⁶⁸ y, en consecuencia, de seguido, «nullo contradicente emptori sollemnis est introductio celebrata» (núm. 117 lin. 11). En otros ejemplos, el vendedor reconoce que ha realizado la entrega corporal de la posesión⁶⁹ (núm. 120 lin. 32 sigs.; cf. 121 lin. 4 sigs.; 122 lin. 38 sigs.), sólo para afirmar un poco después que él «usumfructum retenuit..., quod possit emptori, ut leges censent..., pro sollemni (et corporali) traditione constare» (núm. 120 lin. 55 sigs.; 121 lin. 29 sigs.; 122 lin. 64 sigs.)⁷⁰. En verdad, se distingue en sus nociones «el lenguaje, familiar a los documentos germánicos, que denomina *traditio* al acto de transmisión, poniéndolo en contraste con la verdadera puesta en posesión (la *investitura* efectiva)»⁷¹. Pero pasó mucho tiempo antes de que el concepto de *investitura* se desarrollara⁷². La noción de una *traditio* desmaterializada nació además en el derecho vulgar, aunque, como es natural, no como creación consciente⁷³. *Tradere* y *traditio*, incluso

⁶² *Infra* págs. 133 sigs.

⁶³ Cf., p.ej., Marini núm. 113, 115, 116, 117, 119. Substituida la *traditio* por una simulada *rentio ususfructus* en núm. 120-123; véase *infra* págs. 145 sig.

⁶⁴ Como se había hecho con frecuencia.

⁶⁵ Lo trillado de este proceder fue exactamente denunciado por Justiniano: «Quid enim verbis opus est, quae rerum effectus nullus sequitur?» (CJ 8.53.37). Cf. Marini pág. 304 (en núm. 93), Savigny, *Gesch.* II 185 sig., Pier Silviero Leicht, *Rivista di storia di diritto italiano* 5 (1932) 22 sigs.

⁶⁶ =*is*.

⁶⁷ Donde hay una afirmación precedente de que se había realizado la *missio in vacuam possessionem* (núm. 115 col. 1 lin. 5).

⁶⁸ Aproximadamente del mismo modo núm. 116 lin. 8 sigs.

⁶⁹ «in quam vacuam a se possessionem quinque unciarum fundi... Curtini... venditor eundem emptorem actoresve eius in rem ire mittere ingredi possidereque permisit, seseque ac suos omnes inde exisse et excessisse discessisseque dixit».

⁷⁰ Para unos terminos parecidos en caso de donaciones, véase *infra* nota 121.

⁷¹ Brunner 124; véase también Heusler II 67 sig. y otros.

⁷² Cf. Heusler, *Gewere* (1872) 2 sigs. (siglo VIII).

⁷³ Koschaker, *SZ* 63 (1943) 437 sig., 443 explica esta desmaterialización como una consecuencia de una «espiritualización» del concepto de posesión. Tal derivación puede que sea o no exacta.

sin el atributo *corporalis* o *solemnis*, son referidos en innumerables pasajes al hecho material⁷⁴. Por consiguiente, «tradio» significa en algunos pasajes la entrega real de la tierra y en otros el acuerdo sin dicha entrega.

f. Resumen

A pesar de estas discrepancias, algunas características decisivas del derecho vulgar relativas a la transmisión de la propiedad mediante venta resultan más bien claramente perceptibles. Respecto a inmuebles, el cumplimiento público del acto, bien delante de testigos o bien mediante inscripción, era una práctica ciertamente muy común. Incluso en caso de elegirse la primera opción, las actuaciones se reducían normalmente a la confección de un escrito. Una *tradio* corporal, aunque era lo normal, tampoco evidentemente era esencial. Ese tipo de *tradio* era probablemente algo imperativo sólo para los bienes muebles, a no ser que su venta constara en un documento. Desde un principio, la regla tanto para bienes muebles como inmuebles parece haber sido la de que la transmisión se hacía sólo a cambio del pago. Pero en el siglo quinto el pago parece haberse convertido en un *essentiale negotii*, incluso en el caso de negocios hechos con publicidad o por escrito. Sólo que la cuestión de quién adquiriría el derecho después del pago no siempre era contestada en favor de la persona que pagaba: esta última quedaba fuera del contrato si tanto los documentos como la *tradio* no la implicaban en él⁷⁵. De este modo, el desarrollo consistió en un retroceso gradual hasta una venta al contado. Sin embargo, los comienzos de este movimiento se retrotraen a la época de Constantino, cuando la venta y la transmisión de la propiedad resultaron fundidas en un único negocio.

Con Diocleciano (CJ 4.64.2), el trueque (*commutatio, permutatio*) fue tratado constantemente como venta: NV 32.4 (cf. INV lin. 75); RB 35.5.

2. Donación

a. Situación anterior a Constantino

En materia de donaciones, el derecho clásico tardío había desarrollado una considerable complejidad. Para realizar una *donatio perfecta*, y de esta forma hacerla eficaz, habían de ser considerados varios puntos de vista. ¿La donación pretendida era privilegiada en tanto que considerada dentro del máximo legal o como hecha

Esta «espiritualización» fue la causa en el clasicista derecho romano tardío (*supra* págs. 70 sig.); difícilmente lo fue en el derecho vulgar. Para el eclipse de la *tradio* corporal en el derecho cuneiforme, véanse las observaciones preliminares de Koschaker en *Jahrbuch der Preussischen Akademie der Wissenschaften*, Berlín, 1941 (sesión del 27 de febrero).

⁷⁴ Consúltense, p.ej., los textos pertinentes de la Interpretatio, CE, ET y RB tal y como están enumerados en Levy, *Ergänzungsindex zu ius und leges* (Weimar, Böhlau, 1930). Los dos documentos africanos (*supra* n. 58) emplean *transtulerunt* en el mismo sentido.

⁷⁵ *Supra* págs. 128 sig.

entre *personae exceptae* o, más específicamente, entre padre e hijos?⁷⁶ ¿Las cosas en cuestión eran *res Mancipi* o *res nec Mancipi*, se trataba de bienes inmuebles o de bienes muebles afectados por el *interdictum utrubi*?⁷⁷ No sólo a un lego en derecho le era muy difícil abrirse camino entre estas reglas. Además, algunos de los actos necesarios para la *perfectio* apelaban muy poco al sentido común. La *Mancipatio* y la *in iure cessio*, aunque accesibles, no eran populares. La *traditio* de inmuebles era problemática por sí sola, la de las cosas muebles permanecía inefectiva mientras el plazo del *Utrubi* no hubiera expirado. Por lo tanto, no debe sorprendernos que la cosa se desarrollara de manera parecida a lo sucedido en el derecho concerniente a las ventas. En el siglo tercero, la cancillería imperial y los juristas más eminentes se encontraron cada vez con mayor frecuencia con que debían enfrentarse al hecho de que una donación había quedado registrada en una oficina pública⁷⁸ o con que simplemente había sido puesta por escrito⁷⁹ o se sustentaba en la entrega de documentos que certificaban un previo negocio del donante-propietario⁸⁰. Estas prácticas difícilmente quedaron limitadas a la parte oriental del Imperio⁸¹.

b. *Requisitos de Constantino*

Si bien Diocleciano y sus predecesores advertían contra estas tendencias, Constantino no se sintió obligado por el sistema tradicional. Después de haber intentado torpemente acomodarse al derecho vulgar, bien de modo general (CT 8.12.2 [317])⁸², bien en casos específicos (eod. 4 [318]; 3.5.2 [319])⁸³, publicó, en 323, esa extensa y, como siempre, ambigua disposición (FV 249) que aparece muy resumida en CT 8.12.1 e incluso en forma más escueta aún en CJ 8.53.25. Para ayudar a las partes mediante la eliminación de la incerteza del derecho (§§ 1, 5), pero probablemente también para esclarecer las condiciones de la propiedad en interés de la tributación⁸⁴, Constantino decidió reconstruir el entero derecho relativo a las donaciones (*communium donationum; universum donationum genus; omnes earum species*: §§ 2, 3), ya de inmuebles como de muebles (§ 7). La reconstrucción se hizo

⁷⁶ En este último caso Antonio Pío había facilitado la prueba de la *traditio* requerida. Sobre FV 314, véanse Riccobono, *Mélanges Girard* (*supra* pág. 48 nota 165) II 448 sig., Bonfante II 2, 167; III 246 sig.

⁷⁷ FV 310, 311; cf. Mitteis I 160 sigs., Siber, *SZ* 53, 136 sigs.

⁷⁸ Véase, p.ej., FV 266a, 268, 273, 285.

⁷⁹ Véanse, p.ej., Pap. D 41.2.48; Ulp. D 6.1.77; FV 263, 265, 268, 281, 288, 297, 314; CJ 4.19.18; también CJ 4.21.12. Mejor no referirse a CJ 8.53.5, 10, 13, 20 porque no sabemos su tenor original.

⁸⁰ CJ 8.53.1; para las ventas véase 3.32.15.1. Pero véase también *infra* págs. 147 sig.

⁸¹ Cf. Pap. FV 263; Ulp. D 6.1.77; FV 268. Véanse también Mitteis I 306; Riccobono, *Atti*, Roma I 337.

⁸² «Omne ius compleat instrumentis ante praemissis et inductione corporaliter impleta». No había todavía referencia a testigos ni a la formalidad registral.

⁸³ Las donaciones imperiales fueron tratadas de manera distinta: CT 10.8.1 (313); 10.1.2 (319); 10.8.3 (326).

⁸⁴ Cf. Arthur Steinwenter, *Öffentliches Urkundenwesen der Römer* (Graz, Moser) 91 sig.

sobre unas nuevas líneas. La *Lex Cincia*, revocada o no expresamente⁸⁵, desapareció. Algunos de los elementos del derecho vulgar citados anteriormente fueron usados, pero afirmándolos con mayor precisión y componiéndolos con rasgos nuevos⁸⁶. El legislador, como cristiano, estaba claramente a favor de las donaciones. Pero su motivación principal no parece haber sido la de facilitarlas más⁸⁶. Más bien, ordenando que se realizaran con publicidad, quería ponerlas fuera de toda duda. De hecho, el cumplimiento público era la clave de la reforma, el denominador común de los tres requisitos dispuestos para la forma⁸⁷ del negocio. En primer lugar, la donación tenía que hacerse por escrito, con declaraciones minuciosas respecto a los detalles y «scientibus plurimis» (§§ 5, 6). En segundo lugar, la cosa tenía que ser entregada formalmente: «corporalis traditio... advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu plurimorum celebretur». En su presencia el donante entregaba la cosa, si se trataba de muebles; en otro caso, la abandonaba formalmente y permitía que el donatario tomara posesión: «si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit⁸⁸, sedem novo domino patefecerit»⁸⁹ (§§ 6, 7). En tercer lugar, había de archiversse expresión de lo realizado con las actas del tribunal, «ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat» (§§ 7, 8)⁹⁰. La regla que exigía publicidad, enfatizada así al máximo, se introdujo para distinguir el negocio perfeccionado de sus preliminares (§ 1), para que hubiera una expresión clara de las intenciones de las partes (§ 2),

⁸⁵ El texto defectuoso de § 10 no establece si la *lex* se mencionaba. Cf. *infra* nota. 96; Radin, *Revue historique de droit* 6 (1927) 605 sig., Siber, *SZ* 53, 148 nota 1.

⁸⁶ Incluso Mitteis, *Reichsr.* 551 sig. se muestra reacio a rastrear el requisito del registro en los modelos helenísticos. Véase al respecto también Archi, *Studi Ferrini* (Pavía) 675 nota 1.

^{86a} Véase también Biondi, *Scritti Ferrini* (Milán) I 155 sig.

⁸⁷ Para lo substantivo, véanse §§ 3 y 5.

⁸⁸ Esta antítesis queda expresada aquí al estilo clásico, como ocurre en CT 12.1.6 (319). Sólo a los redactores de CT (8.12.1.2) se debe la antítesis «mobilis-immobilis»; cf. también NV 15.1 y 3 (444/5). Por lo tanto, se puede poner en duda si el término *immobilis*, tal como aparece en CJ 3.19.2 pr (331) y CJ 5.37.22.3 (326) (*contra* 22 pr.), lo había usado ya Constantino (así Albertario, *Introd.* 98 nota 45; Salvatore Di Marzo, *Bull.* 49-50, 236 sigs.). Por lo que hace a la legislación en este respecto, en contraste con UE 19.6 y 8, la palabra hace una primera y fidedigna aparición responsable en CT 10.9.2, en una disposición del año 395 promulgada en Milán, y en la que la palabra es introducida de forma tal que parece sugerir que el legislador no la consideraba un término corriente: «omnium bonorum, id est (im)mobilium moventium vel, ut plenissime loquamur, praediorum urbanorum aedium mancipiorum animalium argenti auri ornamentorum vestium pecuniae». La *Interpretatio* desconoce *immobilis* por completo; incluso IT 8.12.1 i.f. prefiere claramente una paráfrasis. «si mobilia donantur...; si vero ager vel domus donatur, quod moveri non potest...». Para el uso oriental, véase, p. ej., CT 3.30.6.1 (396); 4.6.8 (428); NT 22.2.3, 4 (443). El mismo Justiniano aporta más de la mitad de las utilidades del término encontradas en CJ. El problema en su conjunto es más de terminología que substancial. Más importante, como punto de doctrina jurídica, es la tripartición de los bienes en *res mobiles*, *immobiles* y *sese moventes* que A. Arthur Schiller, *Atti*, Roma II 431 sigs. ha estudiado con competencia. Pero este agrupamiento, aun habiendo dejado a veces algún rastro en RB 8.5, no sirvió como principio de clasificación en el derecho vulgar occidental. Marini núm. 90=Spangenberg núm. 35 (cf. Schiller 447 nota 103) es posterior a Justiniano. Para *immobilis* en la literatura no legal véase *Thes.* VII 480 sig.

⁸⁹ Cf. *SZ* 47, 226 nota 6, Kunkel 116 nota 17 («Auflassung»).

⁹⁰ Para fomentar la observancia de la disposición, CT 8.12.3 se promulgó unos meses más tarde.

para poner de manifiesto simulaciones (§ 5)⁹¹ e impedir que se adquiriera a través de larga posesión (*diuturna possessio*: § 9) contra la voluntad del propietario. Las donaciones que se oponían a estas disposiciones eran evidentemente declaradas nulas (§ 10). En consecuencia, una mera promesa de donar no obligaba a nada⁹². Una donación, lo mismo que una venta⁹³, ya no se reconocía salvo bajo forma de acto simultáneo: a menos que se cumpliera, legalmente no existía⁹⁴. Su designación como un *contractus* (§ 2) sirve sólo para confirmar que ni este concepto ni la completa diferencia existente entre obligación y disposición podían ser ya adecuadamente concebidos. Igualmente inconsciente y, por consiguiente, basado en puntos de vista jurídico-vulgares, fue el cambio que, de ser simple causa, hizo que la donación pasara a convertirse en negocio independiente acompañado de una serie de requisitos y consecuencias propios⁹⁵. Si sus formalidades fueron más estrictas y complicadas que las de la venta, si, especialmente, la *traditio coporalis* se convirtió en un elemento vital del nuevo negocio, en ninguna otra razón habría que buscar la explicación de todo ello sino en la ausencia de pago.

c. Evolución de estos requisitos

La reforma del emperador había sido de tal alcance que más tarde él mismo consideró conveniente admitir excepciones. Las donaciones *inter liberos et parentes*⁹⁶, que con anterioridad a 323 habían estado libres de cualquier formalidad (CT 8.12.4 [318]⁹⁷; cf. FV 249.1 i.f)⁹⁸, quedaron en 333 exentas de la *traditio coporalis* (CT 8.12.5; véase también eod. 7 [355] y esc. al FV 314) aunque permanecieron sujetas a registro. Al contrario, una *donatio ante nuptias*, que en 319 (CT 3.5.2 pr.) probablemente era válida, aunque tan sólo se hubiese puesto por escrito

⁹¹ Véase también § 3: «sive ex animo dantium accipientiumve sententiis, quantum ius sinit, cognita» y la interpretación de Isidoro schol. (εἴτε ἐπι) en Bas. 47.1.25 (Heimb. IV 584). Cf. el decreto de Constantino FV 273 (315) y su escolio.

⁹² Como tal probablemente no fue ni siquiera mencionado. Pues la «donatio ex aliquo notato tempore promissa» (§ 3), como la «condicionibus faciendi non faciendive suspensa», era una *donatio* completa excepto por la postposición de su efecto. Quizá ya Constantino pensaba, entre otras cosas, en la donación hecha *retentio usufructu*. En todo caso, de esta forma lo interpretó la IT: «in qua sibi donator certum tempus possessionis reservat» (véase *supra* pág. 24).

⁹³ *Supra* pág. 125.

⁹⁴ *Atti*, Roma, II 43 sig. Este no era todavía el punto de vista en 319: «id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum, et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam submotis ambagibus transferatur» (CT 3.5.2 pr. i.f). Completamente distinto es IT *ad hunc locum* (*infra* pág. 137).

⁹⁵ Biondi, *Sucesione testamentaria e donazione* (Milán, Giuffrè, 1943) 679 sigs. y *Scritti Ferrini* (Milán) I 155 sigs., Archi, *loc. cit. supra* nota 86, 670 sigs.

⁹⁶ En contraste con las *ceteras exceptas Cinciae legi personas* (CT 8.12.4).

⁹⁷ Para el significado de c. 4 (como opuesto a FV 314 [*supra* nota 76]) y la cláusula correspondiente *ut in donatione* en PS 4.1.11, que no debe su origen al autor de las Sentencias, véase SZ 49, 257 nota 2, 3. *Contra* Mario Lauria, *Annali di Macerata* 6 (1930) 93 sigs.

⁹⁸ La sentencia *hinc enim* puede muy bien interpretarse en el sentido de que la disposición de 318 a la que se refiere no era tampoco satisfactoria y que, por lo tanto, había de ser incluida en la reforma general: «tempestiva dehinc communium donationum cura successit» (§ 2).

(*iure celebrantur*)⁹⁹, y que, después de 323, quedó sometida a las reglas generales, fue en 330 (CT eod. 3) reconocida en beneficio de mujeres menores de edad, incluso sin registro, siempre que las *res fuerint donatae et traditae*¹⁰⁰. El aparente intento de hacer extensiva la aplicación de esta prerrogativa a las mujeres mayores de edad (CT 3.5.7) [345]) duró poco (CT eod. 1 [352])¹⁰¹. También, en otros aspectos, el decreto de 323 siguió siendo el derecho oficial durante algún tiempo. Pero encontró una férrea oposición por parte de la práctica¹⁰². Llama la atención ver con qué frecuencia los emperadores aprovecharon las ocasiones para insistir en los requisitos de Constantino, o, mejor dicho, en dos o tres de éstos. Pues la redacción de un documento con ocasión de cualquier donación de importancia era una práctica general¹⁰³. Sin embargo, en repetidas ocasiones instaron a que «nullam liberalitatem valere, si actis inserta non esset» (CT 3.5.1 [352]; también 8.12.5 [333]; eod. 6 [341]; 3.5.7 [345]; eod. 8 [363]; 15.14.9 [395]; NV 32.4 [451])¹⁰⁴. En Oriente, la regla fue suavizada más tarde mediante dos exenciones especiales¹⁰⁵ y la disposición general de que, cuando la donación se registraba, los testigos no tenían por qué ser convocados (CJ 8.53.31 [478]).

Asimismo, es revelador el énfasis que los legisladores y autores ponían en la necesidad de una *traditio* pública como transmisión efectiva de la posesión y no sólo cumplida en el papel. Con respecto a las donaciones, IP 5.12.2 señala: «Si inter aliquos de tradita aut non tradita re nascatur intentio, huius rei probatio non in iure aut in scriptura¹⁰⁶, sed in facto constat; et ideo ad omnem probationem sufficit, si ab eo qui sibi traditam asserit teneatur»¹⁰⁷. Este es también el significado de las frases *traditionis vel mancipationis*¹⁰⁸ *sollemnitas* (CT 8.12.5 [333]), *mancipatio et traditio* (CT eod. 7 [355]) y *traditionis sollemnitas* (CT 3.5.8 [363]). Este es el significado de *traditio corporalis* en el conexo¹⁰⁹ *contractus de suffragium* (CT 2.29.2.2 [394]), caso en el que, con respecto a inmuebles, los tres requisitos del *ius vetus*, esto es, la ley de 323, están enumerados en el mismo orden

⁹⁹ Cf. *infra* nota 246.

¹⁰⁰ Sobre el fluctuante desarrollo ulterior véase CT 3.5.8 (363); eod. 13 i.f. (428); RB 22.6; véase también la *in sponsam perfecta largitio* en CT 15.14.9 (395). Cf. Brunner, *Abh.* II 94, Bonfante I 390.

¹⁰¹ Más acerca de esto en CT 3.5.13 (428) e IT, también RB 22.3.

¹⁰² Merêa 67 sigs., Archi, *loc. cit.*, 674 nota 2, 675 nota 1.

¹⁰³ Cf. *infra* pág. 137.

¹⁰⁴ Véase también IT 3.5.1 y 8.12.1 i.f.

¹⁰⁵ *Infra* pág. 147.

¹⁰⁶ La *scriptura* no aparece en PS (5.11.2). Ya Joseph Partsch, *Z. für Handelsrecht* 70 (1911) 469 encontró aquí el rechazo de una práctica a la que satisfacía la declaración escrita de que la *traditio* se cumplía. Pero en otros sitios IP se allanaba: *infra* pág. 138.

¹⁰⁷ La misma distinción se hace para la, en esto comparable, *dotis datio* (*infra* pág. 164) en CT 9.42.15 (396): «Dos etiam non quae aliquotiens inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradisse docuerit, praesentetur».

¹⁰⁸ Estas reminiscencias terminológicas indican más bien el completo desuso más que la supervivencia de la auténtica *mancipatio*. Puede traerse a la memoria la manera de proceder que muestran los Papiros de Rávena (*supra* pág. 130).

¹⁰⁹ *Infra* pág. 162.

que en la ley. IT 2.29.2 reitera el requisito de la *traditio*. Además, IT 3.5.2, por cuenta propia y siguiendo el espíritu de FV 249, añade que el futuro marido «omni eam (scil. donationem) scripturatum sollemnitate firmaverit, ita ut gesta legitime facta doceantur et introductio locorum vel rerum traditio subsequatur»¹¹⁰. Con respecto al acto de transmisión de la propiedad sobre inmuebles, ET 52 y 53 no sólo hacen suyas estas disposiciones, sino que también exigen que el documento sea firmado por donante y testigos¹¹¹.

d. Oposición del Derecho vulgar

Si bien estas repetidas declaraciones dan luz tan sólo indirecta acerca de una práctica poco preocupada de tales requisitos oficiales, tampoco faltan pruebas más substanciosas. En su afán por asegurar la ejecución con publicidad de todas las donaciones, evidentemente Constantino se superó a sí mismo. Someter cada donación, por insignificante y casual que fuese, a registro público era realmente impracticable¹¹². Por lo tanto, CT 2.29.2.1 (394) lo dispuso para los negocios que tuvieran como fin la obtención de cargos públicos (*suffragium*), y tanto ET 51 como RB 22.7, que se referían a todo tipo de donaciones¹¹³, dispusieron que las cosas muebles habían de ser tan sólo entregadas, en cuyo caso sería deseable (ET), pero no necesario (IT 2.29.2), poner el acto por escrito¹¹⁴. Pudiera incluso suscitarse la cuestión de si estas directrices generales de ET y RB no se elaboraron sobre el modelo de la Interpretatio. Pues IT 8.12.1, esto es, el comentario sobre la ley de Constantino acerca de las donaciones, comienza de una forma que se desvía claramente del texto tal y como aparece en el Codex Theodosianus y todavía se aparta más de la versión original: «Donatio aut directa¹¹⁵ est aut mortis causa conscribitur. Donatio directa est ubi in praesenti res donata traditur. Mortis causa donatio est, ubi donator... rem... sibi reservat... scribens: ...». Acto seguido, continúa de-

¹¹⁰ Si después del debido acto traslativo alguna de las cosas donadas volvía a manos del *sponsus*, tenía éste que entregarla (informalmente) a la *sponsa* como a su propietaria: «si quem de nominatis tam sollemniter rebus et traditis apud se habere dinoscitur, ad sponsae dominium, quam accipere noluit, sine dilatione aliqua transferatur». *Dominium=possessio* (*supra* pág. 32).

¹¹¹ Véase también el edicto de Atalarico (533-4) en Cass. 9.18.8.

¹¹² De aquí que Brunner, *Urk.* 128, sugiriera que FV 249, lejos de invalidar una donación sin documento escrito, quería simplemente establecer los requisitos de una donación por escrito. Sin embargo, esta opinión entraría en conflicto no sólo con la interpretación constante de los últimos emperadores (*supra* pág. 136), sino con el pronunciamiento de Constantino mismo (CT 8.12.5).

¹¹³ En el mismo sentido, la mayor parte de los epítomes de IT 2.29.2 suprimieron *suffragium* y, de manera más o menos clara, adaptaron la regla a las donaciones en general. Véase, p.ej., RC 2.27: «Omnes pecunia quicumque homo ad alterum hominum sine carta donare potest. Nam mancipia et terra qui alteri donaverit, si carta exinde non fecerit, firmum stare non potest». Cf. Brunner, *Urk.* 129 sig.

¹¹⁴ En la donación de un esclavo ya entregado (*traditum*) al donatario (cf. *supra* pág. 72 nota 322), el Papa Gregorio I (epist. 3.18) consideraba necesario poner el negocio por escrito: «huius te necesse fuit pro futuri temporis testimonio ac robore largitatis auctoritate fulciri». Pero no se dice nada sobre registro.

¹¹⁵ El término aparece únicamente en la disposición (FV 249.3). Véase también CT 10.1.2 (319): «directo iure».

clarando: «In conscribendis autem donationibus hic ordo servandus est, ut...». La secuencia, por último, fácilmente podría dar lugar a la opinión de que incluso las donaciones informales estaban bien hechas si se cumplía con la entrega del objeto presente. Ya ha sido señalado¹¹⁶ que IP (5.12.2) igualmente hacía hincapié en la *traditio* efectiva como rechazaba el simple reconocimiento por escrito de la misma. Pero aquí no deja de contradecirse lisa y llanamente, pues en otros sitios la misma IP parece asumir que una donación se hace *per legitimam scripturam* (3.11.3; 5.12.4; cf. también 5.2.4) o *scriptura interveniente* (5.2.5), y aquí *legitima* da la impresión de estar aludiendo a la estructuración del documento y a la ayuda de testigos (FV 249.5 y 6)¹¹⁷. Un intento de concertar estos pasajes sobre la premisa de que los bienes muebles se contemplaban en 5.12.2 y los inmuebles en los otros textos se frustró por el silencio de todos ellos. Lo único que tienen en común es la ausencia total de cualquier indicio acerca del registro. Este hecho parece digno de mención. Si bien la práctica vacilaba en los detalles y venía, sin duda, determinada por la mayor o menor importancia del objeto donado, en gran parte se mostró reacia a someterse a los mucho más engorrosos requisitos legales. El conflicto entre la normativa legal y el derecho vulgar es más claro aquí que en el derecho concerniente a la compraventa, pues, en relación con éste, los emperadores en gran medida adoptaron los usos predominantes sin interferirse en ellos¹¹⁸.

Pero, con todo, debemos guardarnos de exagerar este conflicto. Hay también válidos ejemplos de armonía entre ellos. Las donaciones de tierra, recogidas en los documentos de Rávena, están, por regla general, aunque no del todo¹¹⁹, en perfecto acuerdo con el derecho oficial. Merecen una atención especial con respecto a la *traditio corporalis*. Por lo que se refiere a los tres documentos de Rávena bastante bien conservados, del siglo quinto, esto es, Spangenberg núm. 26, 27, 28 (los dos últimos=Marini núm. 82, 83, 84), la donación del rey Odoacro, de alrededor de 490¹²⁰, muestra el ritual correcto de una formal puesta en posesión en el acto. Los otros dos (de 471 y de 491) tratan de donaciones a la Iglesia, en las cuales, como cosa habitual, los donantes se reservan el usufructo vitalicio. Por eso no dicen nada de *traditio*, y esto se ajustaba a derecho¹²¹. En fecha tan temprana como el siglo

¹¹⁶ *Supra* pág. 136.

¹¹⁷ LB 60.2 de una manera parecida declara que *scripturis legitimis largiri es Romanam consuetudinem*. Sin embargo, el documento es legítimo sólo si está señalado a mano o firmado por cinco o siete testigos: LB 43; véase también LB 88. Cf. F. Beyerle (*supra* pág. 85 nota 406) 176.

¹¹⁸ *Supra* pág. 130.

¹¹⁹ Como norma general (*ex more*), el donante se contenta con autorizar al donatario a que cumpla con la *allegatio*; no se ocupa de participar en ésta: Marini núm. 86, 89, 91, 92, 93. Véase también Archi, *loc. cit.*, 674 nota 2.

¹²⁰ Véase también Arangio-Ruiz, núm. 99.

¹²¹ Por otro lado, Marini núm. 107=Spangenberg núm. 40, incompleto y de época indeterminada, presenta: «...sub retentione usufructus. Traditionem ac sententiaturus esse sollemnitate completa» (cf. también Steinacker 104). Éste parece aludir a la *traditio* desmaterializada más que a una *corporalis*, lo que recuerda a los documentos de Rávena sobre ventas (*supra* págs. 130 sig.). Correspondientemente, en la donación Ep. Gregor. 3.18 (*supra* pág. 72 nota 322) *tradere*, con significado de transmisión de la propiedad, aparece junto a *tradere* como entrega de hecho. Parecido es el doble uso de *possidere ibid.* 9.98 (*supra* pág. 63 nota 268).

cuarto¹²², el uso había introducido la *retentio ususfructus*¹²³ como una *species traditionis* para evitar las molestas *traditio* y *re-traditio*. En 415, efectivamente, Teodosio II desaprobaba tal omisión de la constantiniana *traditio corporalis* («ne ususfructus exceptio pro traditione possit intellegi») e insistía en un *consignare possessionem* (CT 8.12.8). Pero dos años más tarde (CT eod. 9) daba marcha atrás y sancionaba ese uso como razonable («non sine magna ratione desiderata»): «idem sit in his causis (i.e. donando vel in dotem dando) ususfructum retinere quod tradere»¹²⁴. El derecho vulgar había obtenido un clarísima victoria sobre una burocracia poco dispuesta. La Interpretatio adoptó la regla no sólo en este lugar sino también al comentar CT 8.12.1=FV 249, cuando declaraba que la *corporalis traditio* era necesaria, con la salvedad «si tamen sibi de his rebus ususfructum donator non reservaverit». Según RB 22.5, igualmente, «ususfructus exceptio pro traditione computatur».

e. *Retentio ususfructus*

En estos últimos años ha sido ampliamente sostenido que la práctica postclásica, y la legislación que la aprobaba, puso fin virtualmente a la *traditio* efectiva¹²⁵. Pues, se afirmaba, era suficiente una *retentio ususfructus*, incluso si se establecía para unos pocos días y, por consiguiente, de naturaleza evidentemente ficticia. Sin embargo, esta presunción, por lo que podemos ver, descansa exclusivamente en elementos probatorios de data no anterior a la segunda mitad del siglo sexto¹²⁶. En el siglo quinto, un ardid de este tipo todavía no estaba, al parecer, muy extendido. En otro caso, el redactor de CT 8.12.8, impaciente como estaba por abolir la *retentio ususfructus* que no fuera acompañada de una *traditio* efectiva, difícilmente habría dejado pasar la oportunidad de denunciarla como una simulación. En cambio, esta disposición trata de una situación en la que el donante desea verdaderamente continuar con el disfrute del objeto («post liberalitatem re donata perfrui concupiscit»). En la misma línea, CT eod. 9 (417) no consiente a la práctica la utilización de astutas maniobras, sino el reducir antes que fomentar formalidades sin sentido: «cum observationem iuris contrahere potius quam propagare debeamus»¹²⁷. Valentiniano III y Mayorano parten igualmente de la premisa de un usufructo buscado seriamente. NV 10.1 (441): «qui retento sibi usufructu proprietatem iuris sui... meae domui contulerunt»; NM 7.7 (458): «medietatem omnium

¹²² Nótese el *olim* de CT 8.12.9 (417).

¹²³ Cf. Agustín, *Sermo* 355.5 i.f. (Migne 39, 1572): «Quidam cum filios non haberet, neque speraret, res suas omnes retento sibi usufructu donavit Ecclesiae. Nati sunt illi filii, et reddidit episcopus nec opinanti quae ille donaverat. In potestate habebat episcopus non reddere, sed iure fori, non iure poli». Véase también Possidius, *Vita Augustini* 24 (Migne 32, 53).

¹²⁴ La regla se aplicaba «etiamsi stipulatus non fuerit»; sobre esa cláusula, véase *infra* pág. 188.

¹²⁵ Riccobono, SZ 34, 185 sig. y *Atti*, Roma I 334 sigs., Bonfante II 2, 172, III 316 sig., Ferrari, *Studi Riccobono* I 466 sigs., Arangio-Ruiz 205.

¹²⁶ Véase *infra* notas 173-175.

¹²⁷ Para la interpretación del pasaje, véase Godofredo, *ad h.l.*

facultatum eis tradere non desistat sibi ad usumfructum sex residuas uncias retentaturus»; en el mismo sentido INM. Ni se les ocurrió a los autores de RB 22.5 que se evadiera la ley. Tras afirmar el principio «ususfructus exceptio pro traditione computatur», añaden: «quod si usufructuaria non fuerit (donatio) et traditio non fuerit subsecuta, donatio legibus infirmatur». La elección, por lo tanto, que se plantea es entre reserva de usufructo o *traditio* física. En Oriente se muestra la misma actitud hacia la disposición de 417, donde el llamado Libro Siro-Romano de Derecho (L 69, R II 112) incluye la siguiente afirmación (traducción de Ferrini): «Si scripserit vir homini donum ... et dederit ei in scriptura δωρεᾶς ius domini eius rei quae est donata, reservaverit autem fructus rei, ut nutriretur ex fructibus, permittit (id) ei νόμος et ius habet ex tempore quod scriptum est in δωρεᾶ». Ni que decir tiene que todo esto no significa negar que, como en cualquier otro negocio, la *retentio ususfructus*, acá o allá pudo haber sido simulada para evadir la *traditio* formal. Que, sin embargo, se usara regular o frecuentemente con ese propósito, es algo no asegurado por las fuentes del siglo quinto. RB 35.2 proporciona, en relación con el derecho de compraventa¹²⁸, un fuerte argumento en contra de ello. De ningún modo la *retentio ususfructus* podía servir como sustitutivo del registro: CT 8.12.8 y 9 inic., IT 8.12.1. i.f.; véase también Marini núm. 84=Spangenberg núm. 28 (491), Gregor. Epist. Append. I (II pág. 438 lin. 21) [587]¹²⁹.

f. Resumen

Admitiendo una amplia diversidad en los detalles¹³⁰, podríamos resumir todo esto mediante la afirmación de que las partes normalmente elegían poner por escrito la donación salvo en caso de objetos de escaso valor, los cuales puede que fueran entregados sin más al donatario. En asuntos de entidad y, en especial, cuando se trataba de inmuebles, aquéllas o sus escribientes o notarios dispondrían lo necesario para el cumplimiento público del acto, preferentemente en forma de registro, al mismo tiempo que iba desapareciendo en el trasfondo la menos efectiva *traditio corporalis* de inmuebles. Sin embargo, de muchísima mayor importancia que esta fluctuación en las formalidades fue la transformación de la *donatio* en medio para transferir un derecho. En este respecto, el agudo contraste con el sistema clásico es a la vez manifiesto e inequívoco. En vez de ser *causa* de la transmisión, se convirtió en uno de sus modos. Producía inmediatamente el traspaso de la propiedad. Una simple promesa de dar ya no quedaba encuadrada en este negocio.

¹²⁸ *Infra* pág. 155.

¹²⁹ Sólo difiere RC 8.5.1 i.f.

¹³⁰ El hecho de que un número de las conflictivas reglas mencionadas con anterioridad fuesen incorporadas al Breviarium simplemente proporciona otra prueba más del descuido de estos compiladores y de su incompetencia para hacerse una idea del verdadero derecho que se aplicaba hacia el año 500. Cf. Merêa 71 sigs., cuya interpretación, sin embargo, no puedo seguir en todos sus pormenores.

3. Inexistencia de *traditio per cartam*

En nuestro estudio de la transmisión de la propiedad mediante venta y donación, no nos hemos encontrado con ese otro tipo de transmisión que ha sido considerado por Brunner¹³¹, y por muchos autores después de él¹³², como algo peculiar del derecho vulgar: la *traditio per cartam*. En efecto, como ya hemos señalado¹³³, IP hace alusión, en muchos pasajes, a un *per legitiman scripturam donare*. Obviamente, esto significa algo más que *per epistulam donare* y cláusulas similares empleadas en el siglo tercero. En aquellos días, tales actos carecían de consecuencias legales, como directamente hemos comprobado en Pap. FV 263 y Ulp. D 6.1.77¹³⁴ e indirectamente puede deducirse de alteraciones claramente detectadas en CJ 8.53.5 y 13¹³⁵. Ahora, sin embargo, los negocios estaban produciendo el efecto esperado, pero seguramente no en el sentido de que la entrega de la *scriptura* equivaliera a la de la cosa en transmisión. Esto se sigue directamente de IP 5.12.4 y 2. Además, la entrega del documento no es ni siquiera mencionada en alguno de los pasajes pertinentes de IP. Lo que presuponen es simplemente que la donación se hacía por escrito.

La idea de una *traditio per cartam*¹³⁶ en lugar de la *traditio rei* tampoco tiene cabida en el derecho vulgar. Que el rescripto de CJ 8.53.1¹³⁷, dirigido al romano Lucio, no pudo haberse escrito, como consta, en 210, es opinión casi unánime¹³⁸; que adoptase antes de Triboniano la forma que tiene hoy día, tampoco parece estar respaldado por ninguna circunstancia. Diocl. FV 297 muestra tan sólo¹³⁹ que en 285 d.C.¹⁴⁰ la donación hecha a una *persona excepta*, mediante la entrega de

¹³¹ *Urk.* 90 sigs., 113 sigs.

¹³² Téngase en cuenta, concretamente, la doctrina dominante en Italia: Riccobono, *SZ* 33 277 sigs., Bonfante II 2, 164 sig., Arangio-Ruiz, *Storia* 340.

¹³³ *Supra* pág. 138.

¹³⁴ Véanse también los otros textos que se citan *supra* nota 79.

¹³⁵ Riccobono, *SZ* 33, 287 sigs., Aldo Checchini, *Atti del R. Istituto Veneto* 74 (1914-15) 118 sigs. Acerca de FV 281 véase Siber, *SZ* 53, 136.

¹³⁶ E incluso menos la de una *traditio cartae* formal.

¹³⁷ Para un análisis, véase *infra* págs. 147 sig.

¹³⁸ *Contra* Biondi, *Successione* 683, que presume que los emperadores tratan más bien del problema de la *donatio perfecta* que del de la transmisión de propiedad. Esto parece incompatible con «et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere». Tampoco cuadra con el hecho de que el rescripto, no contento con reconocer la validez de la *donatio*, haga hincapié en *traditionem factam*. Por lo tanto, el texto no puede agruparse con los pasajes (*infra* nota 198) que originalmente tenían que ver con *donatio perfecta* en términos de *lex Cincia*. El rescripto puede haber hecho referencia originalmente a hechos suprimidos con posterioridad; o puede haber afirmado lo contrario de lo de ahora, o las dos cosas a la vez. Un examen de las interpretaciones modernas, y una hipotética reinterpretación, se encuentra y es sugerida en Riccobono, *Melanges Girard* II 415 sigs. y *SZ* 33, 277 sigs.

¹³⁹ La antítesis que subyace es entre *donatio perfecta* y *coepta* (*cf.*, en general, Mitteis I 161, Seckel-Levy, *SZ* 47, 150 sigs.). De aquí que FV 297 no pueda ser utilizado en favor de una *traditio per cartam* (así Brunner, *Urk.* 61 sig., Lauria [*supra* nota 97] 100 nota 2, 101 sig.). Pero la crítica expresada por Riccobono *SZ* 33, 281,299; 34, 161 sigs. tampoco parece convencer. Véase también Ferrari, *Studi Riccobono* I 480.

¹⁴⁰ Diferente, posiblemente, en época clásica: Siber, *SZ* 53, 141 sigs.

instrumenta donationis, era considerada una *donatio coepta*¹⁴¹, que, como la cumplida mediante simple *traditio* de *res Mancipi* (Paul. FV 310)¹⁴², a menos que fuera revocada por el donante, no podría serlo ya tras su muerte¹⁴³ (*morte Cincia removetur*; Pap FV 259)^{144, 145}. En ocasionales documentos de Rávena, el donante afirma que ha entregado el documento al donatario¹⁴⁶; con mayor frecuencia los testigos declaran que han visto *donationem traditam*¹⁴⁷ y lo consignan en el mismo lugar en el que ellos normalmente¹⁴⁸ reconocen el pago del precio. Pero, como viene siendo reconocido de forma casi general desde Steinacker¹⁴⁹, ni siquiera esa declaración constituyó una parte esencial del negocio¹⁵⁰. Además, todos estos textos tratan exclusivamente de *donationes*. En materia de *venditio*, ni la legislación ni la doctrina proporcionan nada que pueda interpretarse ni remotamente como una *traditio per cartam*, mientras que los documentos simplemente revelan que, en Rávena, desde finales del siglo sexto, el *tabellio*, después del registro del negocio y la firma de los testigos, apuntaba, entre otras cosas, que también el documento era entregado¹⁵¹.

4. La posición de Justiniano

a. Contrato y transmisión

Los compiladores de 529 y de 534 procuraban restablecer el derecho clásico y, sin embargo, no podían hacer caso omiso de los usos postclásicos contrarios a aquél. De aquí que no pudieran evitar el resultar eclécticos y ambiguos. Sin embargo, algo está fuera de toda duda. Es claro del todo que intentaron reanudar la ya olvidada distinción entre el *contractus*, que engendra meras obligaciones, y el acto que produce el cambio en la propiedad. Manifiesto es su esfuerzo por supe-

¹⁴¹ «liberationem quae non adsignatis instrumentis minime coepta est».

¹⁴² Mitteis I 163.

¹⁴³ «a viva matre tua».

¹⁴⁴ Véase también lo que resta de Pap. FV 250.

¹⁴⁵ La breve declaración del escolio a FV 297 («Donationem non adsignatis instrumentis non valere») es un pobre resumen del rescripto y ni mucho menos base suficiente para un *argumentum e contrario*.

¹⁴⁶ Marini núm. 86, 90, 92.

¹⁴⁷ Pej., Marini núm. 86, 89-92, 94, 95, 109.

¹⁴⁸ Marini núm. 114, 115, 117, 118, 120, 121, 122.

¹⁴⁹ *Grundlagen* 93 sigs. Véase también su contribución al *Festschrift des akademischen Vereines deutscher Historiker in Wien* (1914): Der Ursprung der «Traditio cartae» und das westgotische Urkundenwesen.

¹⁵⁰ Ernst Schönbauer, *SZ* 50, 697 sig., Herbert Meyer, *SZ GA*, 52, 471; Walther Merk, *Festschrift Ernst Mayer* (1932) 134 sig. Entre los autores más antiguos véanse Freundt (*supra* n. 61) I 75 sigs., Patsch (*supra* nota 106) 469 sig., y *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (Berlín, Spinger, 1931) 303 nota 1. Cf. también Arthur Steinwenter, *Kritische Vierteljahresschrift* 23 (1929) 169 sig. y *Fundus cum instrumento* (Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, 1942) 60 sig. con más referencias. *Contra* Giannino Ferrari, *Il documento privato dell'alto medioevo* (Florenca, Olschki, 1929) 11 sigs., y *Studi Riccobono* I 478 sig.

¹⁵¹ Marini núm. 121-123. Cf. Steinacker 96.

rar la creciente confusión en la legislación, tanto en lo teórico como en lo práctico. Intentaron cumplir este propósito no sólo mediante la incorporación de innumerables afirmaciones clásicas en el Digesto, sino también con sistematizaciones y formulaciones propias. Las Instituciones tratan por separado la adquisición derivativa de la propiedad (2.1.40-48), la donación (2.7) y la venta (3.23). Tras la desaparición de la *mancipatio* y la *in iure cessio*, la *traditio* se convirtió en el único medio para la transmisión de la propiedad. Libre del equívoco carácter que había adquirido en el derecho vulgar contemporáneo¹⁵², vino de nuevo a denotar únicamente la entrega física¹⁵³. Una oración, añadida en Inst 2.1.40 a su modelo (Gai 2 rer. cott. D 41.1.9.3)¹⁵⁴, dice: «cuisque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur». Lo que Teófilo señala al comentar esta declaración se centra, igualmente, en torno a la idea de una *traditio* real¹⁵⁵. CJ 2.3.20 (293), en tanto que elemento de la compilación¹⁵⁶, parece puesto allí directamente para rechazar las irregularidades del derecho vulgar: «Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur». El lenguaje enfático, la recuperación de esta declaración del, por otro lado, eliminado rescripto de 293 y la supresión de los negocios, con toda seguridad mencionados anteriormente, que en el *viejo ius civile* eran requeridos para las *res mancipi*, dan testimonio de lo activamente que contribuyeron los compiladores a formar esa regla ejemplarmente formulada¹⁵⁷. Como consecuencia, los negocios causales subyacentes se mantuvieron claramente separados de la *traditio*: «si ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur; venditae vero et traditae» (Inst. 2.1.41)¹⁵⁸.

¹⁵² *Supra* págs. 131 sig.

¹⁵³ Theophil. *ad* Inst. 2.1.40: καὶ τί ἐστὶ traditiῶν; ἢ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, εὐαπάλλακτον καὶ ἀπερίεργον καὶ φυσικὴν πράξιν ἔχουσα. Esto es por lo que no fue ya necesario caracterizar una *traditio* como *corporalis*. Sólo en muy pocos pasajes la frase lograba pasar junto con extractos del CT, como en CJ 4.3.1.2 y 9.49.9 pr. En el Digesto y en las Instituciones no aparece en absoluto. D. 43.3 1.5 itp. presenta *corporaliter transferre*.

¹⁵⁴ Véanse también Ferrini II 359, Salvatore Di Marzo, *Bull.* 51/52, 40 nota 73.

¹⁵⁵ εἰς δὲ τὸ διὰ traditionos μεταθεῖναι με τὴν δεσποτείαν, δεῖ ταῦτα συνδραμεῖν, ὥστε δεσπότεν εἶναι τὸν traditeύοντα καὶ ψυχῇ τοῦ βούλεσθαι μεταθεῖναι τὴν δεσποτείαν πολείσθαι τὴν traditiona καὶ σωματικὸν εἶναι τὸ traditeύομενον... ψυχῇ τοῦ βούλεσθαι ποιῆσαι δεσπότην τὸν λαμβάνοντα διὰ τοῦτο πρόσκειται, ἵνα ἐξέλω τὴν χρῆσιν καὶ τὴν παρακαταθήκην· ἐτὶ τούτων γάρ καὶ σωματικὸν τὸ πρᾶγμα καὶ δεσπότης ὁ traditeύων, ἀλλὰ παραδίδωσιν ἐλπίζων μικρὸν ὕστερον ἀναλαμβάνειν ταῦτα (Ferrini pág. 115 traduce: «ut vero dominium per traditionem transferatur, haec concurrere debent, scilicet ut dominus sit qui tradit et ut animo transferendi dominium tradat, et ut corporalis sit res quae traditur... Animum dominium in accipientem transferendi ideo requirimus, ut usumfructum et depositum excipiamus: in his enim corporalis res est et dominus qui tradit, set ita rem tradit, ut eam paullo post recipere speret»).

¹⁵⁶ *Cf.* también Arangio-Ruiz. *Storia* 339 nota 1.

¹⁵⁷ «Il quale frammento ha assunto la forma di un adagio giuridico ed è forse il più celebre adagio della giurisprudenza romana». Así Bonfante II 2, 152.

¹⁵⁸ Puede ponerse en duda si los juristas de Justiniano consideraron la *traditio* como un acto «abstracto», desligado de la *causa* para su validez. Si fue así, no supieron manifestarlo claramente. Para Teófilo, véase nota 155. Sobre el problema, véanse, p.ej., Bonfante II 2, 185 sigs., Arnold Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* (Berlín y Leipzig, De Gruyter, 1930) 187 sigs., Kunkel 129, Pringsheim, *Law Quarterly Review* 1933, 56 sigs. La cláusula con la que comienza el interpolado D 44.7.55 («In omnibus rebus quae dominium transferunt») es uno de los muchos y confusos pasajes insertados para

b. Venta

En el derecho de la compraventa los compiladores restauraron el contrato consensual y copiaron la afirmación de Gayo (III 139): «emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit» (Inst 3.23 pr.). Añadieron que esos contratos «sine scriptura consistunt» (véase también eod. § 3). Así, pues, para el establecimiento de la mutua obligación no se requería ni el pago ni el documento escrito ni la cesión de *arra*. Y este restablecimiento de un derecho extinguido durante más de dos siglos se presentó mediante la afirmación: «nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est». Nada podría caracterizar de manera más gráfica el espíritu renacentista que impregna la codificación. A un práctico del derecho en esos días debió de parecerle un giro verdaderamente revolucionario el que incluso un acuerdo de vender un bien inmueble fuera obligatorio sin formalidad alguna. Por lo tanto, lo revolucionario de este giro fue moderado mediante un compromiso. Se dejó a las partes la libertad de elegir entre lo viejo y lo nuevo, entendiendo el legislador como nuevo aquello que para el jurista práctico era cosa inveterada. En términos más concretos: cuando las partes optaban por una *scriptura*, redactada por ellos mismos o por un notario, o cuando, con ocasión de contrato escrito o verbal¹⁵⁹, se entregaban arras («arrarum nomine aliquid fuerit datum»), el negocio era considerado como ajustado a derecho, con la única salvedad de que, en el primer caso, es claramente establecido el momento en que resulta el negocio perfecto (CJ 4.21.17 pr., Inst 3.23 pr.), mientras que, en el segundo caso¹⁶⁰, el tipo helenístico de *arra* se adaptó al tipo romano. Sin embargo, nada importaba cuál de estos tres tipos de acuerdo era utilizado para crear el contrato, porque la transmisión de la propiedad requería tanto *traditio* como pago del precio (Inst 2.1.41). Todo esto requiere una explicación.

La necesidad del pago¹⁶¹, que Justiniano, siguiendo su en ocasiones inclinación arcaizante, retrotrae hasta las Doce Tablas en vez de referirlo al uso propio de su tiempo¹⁶², fue convertido en algo prácticamente ilusorio. Consideró suficiente que el vendedor «fidem emptoris secutus fuerit», esto es, que se le diera seguridad respecto al pago del precio¹⁶³ o, quizá incluso, que quedara satisfecho con un aplazamiento temporal del pago porque confiaba en que el comprador cumpliría con su obligación¹⁶⁴.

llenar un hueco abierto por haber sacado de su contexto la declaración original. Por lo tanto, la prueba que proporciona es bastante pobre; véase también Bonfante 175.

¹⁵⁹ La frase estereotipada es «sive in scriptis sive sine scriptis»: CJ 4.21.17.2 (528); 4.38.15.1 (530); Inst. 3.23 pr.

¹⁶⁰ Cf. *Symbolae* 138 sig.; véase también Pringsheim, *Atti*, Roma I 471 sig.

¹⁶¹ Para más textos y la vasta literatura al respecto, véase Pringsheim, *Kauf* 65 sigs. y SZ 50 348 sigs.; cf. también el examen de esto por Arangio-Ruiz 341.

¹⁶² *Supra* págs. 127 sigs.

¹⁶³ Kunkel 129, parecido Siber 76. Pringsheim SZ 50,389 quien más bien supone que en este caso había de redactarse un documento (pero véase también 377).

¹⁶⁴ Véase, sobre todo, Teófilo *ad.* 2.1.41 i.f. Cf. también Levy, *Konk.* I 208.

¿Podía substituirse la *traditio* por el mero consentimiento de las partes? Se ha sostenido con frecuencia que para evitar la *traditio* bastaba con que el comprador otorgase¹⁶⁵ al vendedor un *ususfructus* limitado a unos pocos días¹⁶⁶. El hecho es que Justiniano, al añadir la cláusula *vel vendendo* (CJ 8.53.28) al *donando vel in dotem dando* de CT 8.12.9, extendió la regla de la *retentio ususfructus* a las ventas, cosa que hizo con verdadero acierto. Sin embargo, como no hay prueba de que bajo el régimen anterior un usufructo no realmente querido bastara para dispensar de la *traditio*¹⁶⁷, todo esto depende de si Justiniano deseó introducir o aprobar esa regla. La respuesta difícilmente puede ser afirmativa. Admitir la reserva de un usufructo ficticio no sólo habría debilitado, sino destruido el principio que exigía *traditio*, tan netamente declarado. Sin embargo, no hay indicios de esto en D 41.1.9.4 ss.=Inst 2.1.44 ss, donde varios ejemplos mucho menos importantes son tratados para ilustrar que «interdum etiam sine traditione nuda voluntas sufficit domini ad rem transferendam»¹⁶⁸. Tampoco hay indicios en el comentario de Teófilo sobre las Instituciones, ni en el de Isidoro a CJ 8.53.28 y eod. 35.5¹⁶⁹ (169). Además, el emperador señala como excepción específica la disposición de que en las ventas, donaciones, legados, etc., hechos a las iglesias o a otras instituciones similares o municipios, la propiedad podía pasar incluso sin *usucapio* o *traditio* (CJ 1.2.23.4)¹⁷⁰. Por encima de todo, no obstante, la actitud general de los compiladores no permite poner en duda que la *retentio ususfructus*, convenida con el simple propósito de evitar la *traditio* exigida por la ley, era considerada nula. Carece aquí de importancia si los juristas bizantinos calificaron semejante contrato como simulado o hecho *in fraudem legis*, o si, lo que parece más probable, confundieron los dos conceptos¹⁷¹. Lo que resuelve la cuestión es el hecho de que una *nummo unolatio conductio nulla est* (D 19.2.46; 41.2.10.2); que una venta sin precio no puede ser una venta (D 18.1.38; CJ 4.38.3); que no hay acción por la dote *ficti divortii falsa simulatione stirpitus eruenda* (CJ 5.12.30.2 *i.f.* [529]); que en el caso de una donación hecha para burlar la *lex Anastasiana omne, quod... est... per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus* (CJ 4.35.23 pr., 1 [531-532]), etc.¹⁷². Exactamente en la misma forma, Justiniano, de habersele pedido que decidiera un caso de *ususfructus* reservado para cinco días, habría reaccionado con un *huiusmodi machinationem penitus amputamus* (4.35.23.1) y habría sostenido que, por falta de *traditio*, la propiedad no había pasado al comprador.

¹⁶⁵ Probablemente mediante un acuerdo de palabra. Esto es lo que ahora vino a significar (*cf. infra* nota 197), en conexión con una venta *sine scriptis*, la cláusula «etiamsi stipulatus non fuerit» (CJ 8.53.28).

¹⁶⁶ Así la opinión predominante; véanse los autores citados con anterioridad nota 125.

¹⁶⁷ *Supra* págs. 139 sig.

¹⁶⁸ Para el insignificante papel que el *constitutum possessorium* desempeñó en toda la compilación, véase Bonfante III 317 sig.

¹⁶⁹ Heimbach IV 586 y 591.

¹⁷⁰ Así Bonfante II 2, 172 de manera acertada en contraste con Riccobono, *SZ* 34, 195 sigs.

¹⁷¹ Giovanni Pugliese, *Simulazione nei negozi giuridici* (Padua, Cedam, 1938) 219 sigs.

¹⁷² Véanse los textos mencionados por Partsch, *SZ* 42, 255 sigs.

Esto no es de ningún modo contradictorio con el hecho de que la práctica estuvo y siguió estando familiarizada con semejantes «maquinaciones». En Rávena, para salvar las apariencias, los notarios, tanto en ventas como en donaciones, parecen haber comenzado con usufructos de treinta días¹⁷³, que en ocasiones reducían a diez¹⁷⁴ e incluso a cinco¹⁷⁵ días¹⁷⁶. Al actuar de este modo, a veces se remitían explícitamente a la ley¹⁷⁷. El usufructo ficticio aparece por primera vez en 553¹⁷⁸, esto es, vigente ya la codificación de Justiniano¹⁷⁹. Pero en vista de la escasez de material más antiguo, que consiste en tres papiros¹⁸⁰, no puede excluirse una invención algo más temprana de ese expediente. Este abuso estaba destinado a tener una larga vida¹⁸¹. Que fuera alguna vez sancionado por la legislación no lo asegura ninguna fuente. Chindasvinto, rey de los visigodos, p.ej., parece dar por sentado que una *retentio ususfructus* dura mientras viva el donante, cuyo derecho se considera tan bien atrincherado que podría revocar la donación en cualquier momento como si se tratase de una *donatio mortis causa*: «Qui vero sub hac occasione largitur, ut eandem rem ipse qui donat usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi volumtatem suam quando voluerit» (LV 5.2.6)¹⁸².

c. Donación

En la compilación la *donatio* adquirió la misma estructura que la *emptio venditio*. Lo que en el sistema clásico era una simple *causa*, en el período postclásico se convirtió, si se cumplía en el acto¹⁸³, en un tipo independiente de negocio. Esta salvedad ahora se eliminaba: «non ex hoc inutilis sit donatio quod res non traditae sunt, nec confirmetur ex traditione donatio» (CJ 8.53.35.5b)¹⁸⁴. Las limitaciones de la Lex Cincia estaban obsoletas desde hacía tiempo, mientras que el requisito de una *stipulatio*, es decir, un documento, fue expresamente abolido: «Nulla monumenta requirantur» (eod. § 3a): «si quidem stipulatio donationi inserta sit...

¹⁷³ Marini núm. 86 (553); 120 (572); 121 (siglo sexto).

¹⁷⁴ Marini núm. 93 (finales siglo sexto: Marini pág. 304); 123 (619).

¹⁷⁵ Marini núm. 89 (587); 122 (591). Véase también Gregor. Epist. Apéndice I (II pág. 438 lin. 11 [587]).

¹⁷⁶ Al mismo tiempo, el usufructo vitalicio continuaba practicándose: Marini núm. 88, 88a, 107. Véanse también las *donationes usufructuariae* (cf. Isidoro, etym. 5.24.27) en Marini núm. 90, 91, 110.

¹⁷⁷ Pej., Marini núm. 120 (572): «venditor usumfructum retenuit dierum triginta, quod possit emptori, ut leges censent..., sollemni traditione constare». Greg. *cit.*: «quinque mihi dierum retineo usumfructum, quae retentio ipsius ususfructus... pro solenni et legitima traditione constare sanxerunt».

¹⁷⁸ Cf. *supra* pág. 139.

¹⁷⁹ Cf. Brunner, *Urk.* 67., Riccobono, SZ 34, 216 sigs.

¹⁸⁰ Véase *supra* pág. 138.

¹⁸¹ Brunner 118.

¹⁸² Véase además Brunner 295 nota 5, donde la redacción de Ervigio de esta *lex* también se estudia.

¹⁸³ *Supra* págs. 134 sig.

¹⁸⁴ Cf. *Atti*, Roma II 44.

sin vero et hoc praetermissum sit» (eod. § 5a, b). Era suficiente con que el «donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit» (Inst 2.7.2; cf. CJ eod. § 5b, c)¹⁸⁵. De esta forma se preparó el camino para un genuino contrato consensual conformado «ad exemplum venditionis» (Inst. cit) y alineado como *contractus* junto a la venta y la permuta (CJ 4.21.17 pr.)¹⁸⁶. Como en las ventas, la promesa de donación, si las partes así lo deseaban, podía ponerse por escrito o redactarse por un notario, caso en el que la validez, acá y allá, quedó sujeta a la observancia de unas mismas provisiones (CJ eod.). Además, como en las ventas, independientemente del tipo de declaración de voluntad elegido, esas promesas eran exigibles: «necessarius traditionis effectus sequatur, et necessitatem habeat donator omnimodo res... tradere» (CJ 8.53.35.5b); «habeant plenissimum et perfectum robur et traditonis necessitas incumbat donatori» (Inst 2.7.2)¹⁸⁷. Esta era la regla para las donaciones privilegiadas y las que no superaran los 500 solidi. En otro caso, la necesidad de insinuación establecida por Constantino se mantuvo y fue extendida a la promesa de dar (CJ 8.53.34 pr., § 1; eod. 36.3; Inst cit.). Pero para ejecutar la promesa, una vez más, como ocurría en la compraventa, el objeto había de ser entregado (CJ eod. 35.5-5b¹⁸⁸; Inst cit. y 2.1.41) salvo que, además de insinuación, de ser necesaria, se hubiera dispuesto una reserva no simulada de usufructo: CJ eod. 28; 35.5.

Ahora, no obstante, la regla de CJ 8.53.1, muy debatida, requiere nuestra atención:

Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intellegis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

Se dice que la donación y entrega de los documentos relativos a la compra de un esclavo equivale a la donación y entrega del esclavo mismo y que, por lo tanto, es suficiente para traspasar la propiedad al donatario. Esta declaración, en la versión existente, no es sólo extraña al rescripto de 210¹⁸⁹, sino que también origina considerables dificultades a la hora de interpretar la disposición de Justiniano. Quizá

¹⁸⁵ Por esta razón (en otro sentido, Riccobono, SZ 34, 194 sig.) se alteró la segunda frase de CJ 8.53.29. No esta frase, sino CT 3.5.13 i.f.=CJ 5.3.17 (428) puede haber sido referida en la cita de Zenón (CJ 8.53.31 i.f.). Por otro lado, la primera parte de CT 3.5.13 no se incorporó porque incluso una *donatio propter nuptias* a una mujer menor por su edad ahora tenía que ser ejecutada mediante *traditio*. Cuando el privilegio concedido en CJ 5.3.17 dejó de aplicarse, la formalidad registral siguió siendo necesaria (*supra* págs. 135 sig.): véase, p.ej., CJ eod. 20.8.

¹⁸⁶ Cf. Pringsheim, SZ 42, 275 sigs. Sólo en los pasajes procedentes de Justiniano *contractus* (*contrahere*) es inequívoco y técnico.

¹⁸⁷ Véase también Nov 162.1 (539).

¹⁸⁸ La sección completa versa *ex professo* sobre la *traditio*. La *traditio* se requiere para el cumplimiento de toda *donatio*, sujeta o no a registro: «in omnibus supra dictis casibus». La *summa* de Isidoro (Heimb. IV 591) introduce acertadamente el comentario al afirmar: τὰ δὲ περὶ τῆς παραδότησεως οὕτω σκοπεῖσθω. De aquí que no podamos aceptar la opinión de Biondi, *Successione* 688 sig., según la cual en caso de registro la propiedad pasaba sin necesidad de *traditio*.

¹⁸⁹ *Supra* nota 138.

pueda considerarse limitada a los bienes muebles y a la adquisición por donación. Pero incluso para semejante suposición faltan razones intrínsecas. ¿Por qué la entrega de los documentos que prueban el derecho del donante no se aplica también a los bienes inmuebles cuando la *traditio* física sin más había dejado de satisfacer las exigencias de la ejecución con publicidad y cuando el uso de documentos estaba ya particularmente extendido? ¿Por qué lo que era bueno para transmitir por donación no lo era para hacerlo por venta? Además, desde el punto de vista histórico, la regla carece de toda conexión. Ni en Occidente¹⁹⁰ ni en Oriente¹⁹¹ la entrega de los documentos que establecían el derecho del enajenante sirvió como medio para transmitir la propiedad. Por último, la *lex* resulta ser, incluso en la compilación, un elemento excéntrico. Es seguro que Justiniano dispuso que las *actiones* podían ser cedidas directamente no sólo por venta, sino también por donación (8.53.33 [528]). Estableció, ciertamente, que incluso una *actio in rem* pudiera obtenerse por venta y por cesión, y, por lo tanto, ser ejercida *utiliter* contra el tercero poseedor (4.39.9 [531]). Pero c. 1 no versa sobre cesión de acciones¹⁹². No hay *actio in rem* contra él mismo que el donante pudiera ceder. Con arreglo a CJ 8.16.2 (*ex* 207) la entrega de los documentos sobre *emptiones* previas podía ser interpretada como *consensus*, pero no como un substitutivo de la entrega del objeto en cuestión¹⁹³. La idea de que el documento represente el objeto que se transmite no aparece ni en el exhaustivo CJ 8.53.35 ni en Inst. 2.7.2 ni en lugar alguno de la codificación. Incluso Teodoro, en su índice (Heimb. IV 580), el único comentario contemporáneo existente sobre el c. 1, se contenta con enunciar, haciendo referencia a CJ 8.16.2 y 8.25.7., Ὁ ὠνεακὸν δούλου τινὶ δωρούμενος δοκεῖ καὶ τὸν δούλον αὐτῷ χαρίζασθαι. De manera que este autor elimina la cuestión misma de la *traditio* y no va más allá de la regla de Justiniano, según la cual una declaración de voluntad, de cualquier modo expresada, bastaba para que la donación fuera obligatoria. Por lo tanto, el resultado parecería ser que c. 1, como muchos otros, debió en parte su versión actual al descuido de los compiladores. Ocupados como estaban en borrar la *traditio* efectiva de la cosa donada, como se requería en otro tiempo para una *donatio perfecta*, es probable que alteraran de forma mecánica c. 1, sin pensar en las consecuencias de su obrar así.

d. Contradicciones

Después de todo esto, difícilmente sería correcta la afirmación de que los compiladores justinianos neutralizaron intencionadamente el requisito de la *traditio*, debido a ellos mismos, y consideraron el mero *consensus* como suficiente para la

¹⁹⁰ *Supra* págs. 141 sigs.

¹⁹¹ Schwarz (*supra* pág. 67 nota 295) 279 sigs., Partsch, *Freiburger Papyri, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie* 1916, 10. Abh., 25 sig., Taubenschlag, *Römisches Privatrecht zur Zeit Diokletians* (Cracovia, Université, 1923) 255 nota 1, Luigi de Sarlo, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati* (Florencia, Vallecchi, 1935) 141 sigs., Walter Hellebrand, *SZ* 56, 330 sig.

¹⁹² *Contra* Ferrari, *Studi Riccobono* I 479 sig.

¹⁹³ Nótese: «*cum constet pignus consensu contrahi*».

transmisión de la propiedad¹⁹⁴. De lo que se les ha de acusar es de negligencia. Tan profundamente inmersos en el estudio de los autores antiguos¹⁹⁵, no preservaron sus mentes abiertas al presente. Ya hemos hecho notar que, al restablecer la venta por mero consentimiento, colocaron tanto los negocios puestos por escrito como los que no lo eran al mismo nivel, aunque los primeros fueron corrientemente usados para las cosas de importancia. Pasaron por alto el registro, ampliamente prescrito o practicado¹⁹⁶, en las ventas de inmuebles. Dejaron de distinguir entre cosas importantes y menos importantes, o incluso entre *res mobiles e immobiles*. En la misma línea, no prestaron atención o infraestimaron la fuerza de un uso contrario que, así en Occidente como en Oriente¹⁹⁷, a menudo hacía caso omiso del cumplimiento de una *traditio* efectiva. De este modo no cayeron en la cuenta de que dejaban abiertas varias vías de salida a una interpretación deseosa de esquivar la *traditio*. Les hubiera indignado ver que una cláusula, sin contenido real, de *retentio ususfructus* era lo bastante efectiva como para derrotar al principio general. Les hubiera asombrado encontrarse con que CJ 8.53.1 pudiera servir para dar la bienvenida a la transmisión mediante *traditio per cartam*. Habrían formulado una protesta por el uso de una *constitutio*, muy interpolada en CJ 8.53¹⁹⁸, para justificar la inobservancia de la *traditio* en el derecho referente a las donaciones. Ni siquiera fueron conscientes de las modificaciones postclásicas del derecho clásico, asumido por ellos, cuando afirmaban que una *traditio clavium* actuaba como entrega de la cosa incluso aunque ésta no estuviese presente¹⁹⁹.

Además de estos desajustes, otro factor hizo mucho por incrementar la confusión. En principio, el requisito de la *traditio* había de ser el criterio²⁰⁰ para discernir entre la adquisición de derechos *in personam* y derechos *in re*. Sin embargo, esta estricta discriminación fue hasta cierto punto abolida en numerosos casos en los que, sin ningún acto de transmisión, eran puestas a disposición del

¹⁹⁴ Así Riccobono, SZ 33, 259 sigs., 34, 159 sigs., *passim*, esp. 213 sigs., y muchos autores después de él, en especial Pringsheim (*supra* nota 158) con razones propias. En contra de las afirmaciones de Riccobono, véase la críticas de Checchini (*supra* nota 135), Bonfante II 2, 170 sigs., también Perozzi I 676 nota 3.

¹⁹⁵ Véase arriba la discusión de Inst. 3.23 pr. y 2.1.41; también *infra* pág. 171.

¹⁹⁶ *Supra* nota 28.

¹⁹⁷ Partsch (*supra* nota 106) 463 sigs., Steinwenter, *Urkundenwesen* (*supra* nota 84) 55 nota 2, Taubenschlag, *Law* I 39.

¹⁹⁸ Pej., cc. 6, 10, 11, 20, 25, 26, 27, 28; cf. Riccobono SZ 33, 284 sigs. Las disposiciones legales fueron interpoladas para hacer la *traditio* innecesaria al efecto obligatorio de una donación y no para prescindir de la *traditio* en la transmisión de la propiedad: Checchini 109 sigs., Bonfante II 2, 172 sig. Por la misma razón, la segunda edición del CJ puede haber omitido en 8.53.34.2b esta sentencia, que, a juzgar por Isidoro (Heimb. IV 589), pudiera haber resultado incluida en la primera edición: πάντων τῶν περὶ τῆς ἐπιπέρας εἰρημένων ἐπὶ τῆς οἰκείας μερόντων ἰσχύος.

¹⁹⁹ Inst 2.1.45=D 41.1.9.6; D 41.2.1.21; CJ 4.48.2.1 (223). Pero Teófilo *ad* Inst. (pág. 117) añade: ἐὰν παρεστῶς τῷ ὄρειῳ. Cf. Riccobono, SZ 34, 197 sigs. Para la *traditio tacita* en D 17.2.2 véase Franz Wieacker, *Societas* (Weimar, Böhlau; 1936) 138 sigs. con referencias.

²⁰⁰ Para el papel desempeñado por el pago en las ventas, *supra* pág. 144; para el del registro en las donaciones, *supra* pág. 147.

obligado²⁰¹ *actiones in rem*, a veces calificadas de *utiles*. Ejemplos²⁰² de esto son ofrecidos por la reversión *ipso iure* de una donación después de la no consecución de su propósito²⁰³ y por el efecto *in rem* de la realización de la condición implícita en una *lex commissoria* o *addictio in diem*²⁰⁴. De esta forma, la antítesis entre actos de obligación y actos de disposición fue restaurada de un modo impresionante y, al mismo tiempo, en un número de ejemplos queda prácticamente postergada. Pequeño milagro, pues, que cuando siglos más tarde vino a la existencia otra jurisprudencia creadora, cualquier doctrina pudiera procurarse sus armas en el arsenal del Corpus Juris. Incluso menos sorprendente es que el derecho vulgar del tiempo²⁰⁵ resultara sólo en algunas partes influido por el anacrónico y autocontradictorio estado de este asunto en la compilación. Los juristas prácticos²⁰⁶ tomaron de ella aquello que les atraía. Al recurrir, p.ej., al usufructo ficticio, no sólo no consiguieron un renacimiento de la *traditio* sino su progresiva eliminación.

5. Los reinos romano-germánicos

a. Venta

Una vez más, las codificaciones romano-germánicas muestran una atmósfera completamente distinta. No otorgan indicio alguno de restauración de lo antiguo. Entre aquéllas, es el Código de Eurico el que hace la mayor aportación. El capítulo principal (286), aunque independiente en forma y substancia, evidentemente tiene su origen en el derecho vulgar:

Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum praetium testibus conprobatur, et emptio habeat firmitatem. Venditio, si fuerit violenter extorta, id est aut metu mortis aut per custodiam, nulla valeat ratione.

La yuxtaposición de la falta de pago y la extorsión es algo que tomó prestado de NV 32 pr. hasta 3 (451) y de INV²⁰⁷; además, para ilustrar la segunda, incluso los ejemplos del emperador reaparecen en forma resumida. La *venditio*, de acuerdo con el uso general desde tiempos de Constantino, no era ya un negocio consensual ideado para crear una obligación. Es venta y transmisión en uno²⁰⁸. Esto se sigue

²⁰¹ Cf. *infra* pág. 229.

²⁰² Para otros, véase Robert von Mayr, SZ 26, 86, Pringsheim, Kauf 123 sigs., Bonfante II 2, 284 sigs. Cf. también *infra* pág. 229 nota 209.

²⁰³ Véase también *infra* 194 nota 10.

²⁰⁴ Sobre los dos últimos casos véase Levy, *Symbolae* 117 sigs.

²⁰⁵ No sólo en Occidente (*supra* nota 197). Véase también Bonfante II 2, 187.

²⁰⁶ La suposición de que los primeros comentaristas bizantinos de la compilación intentaron basar la transmisión de la propiedad en el mero acuerdo no se ha probado suficientemente, en tanto me cabe ver. El problema cae fuera de los límites de este libro.

²⁰⁷ *Supra* pág. 127.

²⁰⁸ También ET presupone los dos efectos como logrados, p.ej., en 78, 83 y 120. ET 147 es demasiado breve como para permitir una interpretación definitiva. Mientras la primera frase tiene su

no sólo de la frase: «aut vinditione aut donatione aut divisione aut aliqua transactione translatum est» (CE 276), que está en total conformidad con el derecho vulgar, sino que sobre todo resulta de la actitud general de los esencialmente intactos capítulos 286-300, que normalmente emplean *comparare* en lugar de *emere*²⁰⁹, presuponen la *traditio*²¹⁰ y que, de manera especial, consideran el pago como requisito principal²¹¹. Al igual que las citadas NV e INV, CE 286 considera que el pago del precio es la cuestión central del acuerdo. Como muestran las dos primeras oraciones, el problema está únicamente en la cuestión de cómo demostrar el pago. Por regla general, el intercambio de precio y cosa, llamado *venditio*, se consignaba en una *scriptura*. Esto cuadra bien con el derecho vulgar y con otra disposición del Codex mismo que establecía el principio de que, en general, un acuerdo por escrito y datado era necesario para que un contrato fuera irrevocable (CEB 15 ex L Bai 16.16+LV 2.5.2)²¹². Sin embargo, con respecto a las ventas, Eurico permitió una excepción: incluso aunque fuese hecha de palabra, señala, eran válidas si los testigos podían testificar que se había pagado el precio. Al ordenar esto, Eurico puede que se haya inspirado en los *vicini testes* de IT 3.1.2 y de este modo, en el fondo, en FV 35.5 o que, al menos, haya sido influido por esta disposición²¹³. Pero la excepción fue más allá. Poner el contrato por escrito no sólo no fue requerido, sino que ni siquiera era suficiente, a menos que este acto fuera acompañado del pago. Si, a primera vista, CE 286 parece dar una impresión diferente, no debemos olvidar que, como demuestran innumerables documentos de venta, tanto de Oriente como de Occidente, la *scriptura* incluía recibo del precio. De acuerdo con NV 32 pr. i.f., el modelo de CE 286, prohíbe de manera expresa tanto a los *scriptores* como a los funcionarios «apud quos venditionis documentum necesse est adlegari» cualquier intervención, a menos que quedasen convencidos de haberse pagado el precio establecido. Sin embargo, si el pago que se acreditaba en la *scriptura* no se cumplía, la *venditio* se consideraba como fraudulenta y, consecuentemente, de igual forma que una *venditio violenter extorta*, era considerada nula. Eurico dejó la cuestión así, si bien Valentiniano había impuesto además la pérdida de cosa y precio (a) a un comprador que al aceptar un recibo falso «agat ne gestae rei veritas possit agnosci» (32.1) y (b) a un vendedor que, al declarar

base en CJ 4.44.3 (293), la segunda parece aproximarse más a CT 3.1.7 (396). Puesto que la disposición se ocupa de un supuesto en el que una parte del precio fue pagado, no puede excluirse una parecida interpretación de 147 i.f. («sed pretium quod ab emptore debetur repetendum [=petendum] est»). Esto está apoyado por CE 296 (*infra* pág. 153). La frase entrecorrida puede que no fuese ambigua para quienes como estos hombres estaban acostumbrados a considerar el pago como un *essentiale negotii*.

²⁰⁹ CE 287, 289 frase 3, 299, CEB 6 contrapuesto a CE 292. Véase *Atti*, Roma II 40 sig.

²¹⁰ Véase, p.ej., CE 288, 289, 290, 291, 292, 296, 298, 299, 300. Véase también NV 32.1 i.f., INV lin. 80-81.

²¹¹ Cf. mis observaciones en *Amer. Hist. Rev.* 48 (1942), 25, que pueden ser traídas para la discusión que sigue.

²¹² «Pacta vel placita, quae per scripturam quamcumque facta sunt, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, inmutare nulla ratione permittinus». Cf. Brunner, *Abh.* I 621 sigs., también Zeumer, *NA* 24, 109, Steinacker, *Traditio cartae* (*supra* nota 149) 14 sigs.

²¹³ *Atti*, Roma II 43 nota 58, Merêa 87 sig.

fraudentemente («callida refragatione») la falta de pago «emptori calumniam intulit» (32.2 e INV). Parece, pues, equivaler CE 286 al antes²¹⁴ citado IP 2.18.10, «venditionis instrumenta superflue requiruntur», con tal de que la venta «dato et accepto pretio» pudiera determinarse de cualquier modo (quocumque modo)²¹⁵. No cabe duda de que el legislador visigodo tenía la IP en mente. Incluso las Formulae Visigothicae, de unos 150 años más tarde, aluden a IP, implícita (12)²¹⁶ o directamente (13): «Licet 'in contractibus empti et venditi, quae bona voluntate definiuntur, venditionis instrumenta superflue requirantur', tamen ad securitatem comparationis adiungitur, si definitio ipsa scripturae soliditate firmatur»²¹⁷. El documento así introducido seguiría luego manifestando el recibí: «definitio igitur et accepto a vobis omne pretium»²¹⁸. Las Formulae Marculfi franco-occidentales, de setenta u ochenta años más tarde, siguen presentando las mismas reminiscencias²¹⁹, pero ahora con esta variante: «Licet empti vindetique contractus sola precii adnumeratione et rei ipsius traditione consistat, ac tabularum aliorumque documentorum ad hoc tantum interponatur instructio, ut fides rei facti et iuris ratio conprobetur, ...» (II 19)²²⁰. Además, L Bai 16.2 reproduce CE 286, su modelo²²¹, de esta forma: «Si quis vendiderit possessionem suam alicui..., post accepto pretio aut per cartam aut per testes²²² conprobetur firma emptio»²²³.

Así, pues, según el Codex Euricianus la *scriptura* era simplemente un elemento probatorio y no relevante para la validez de la venta²²⁴. Lo relevante era el pago del precio. De hecho, constituía el tema principal de todas las disposiciones del Código sobre las ventas. Cuando el vendedor, por una u otra razón, tenía la facultad de desistir de la venta, se le permitía que devolviese el dinero y que con ello, en consecuencia, el entero negocio se deshiciera, «praetium reddat emptori, et emptio nihil habeat firmitatis» (287) o, simplemente, que «recipiat quem vindedit praetium redditurus emptori» (288). La ausencia de pago, aunque las partes reconocieran haberse hecho, frustraba la venta (292). Si, de otro lado, se pagaba el precio establecido, la *firmitas venditionis* no podía ser atacada alegando que los bienes se habían vendido por debajo de su valor (294). En circunstancias especia-

²¹⁴ *Supra* pág. 131.

²¹⁵ CE con mayor precisión reemplaza esto con «testibus».

²¹⁶ Las palabras «licet fidei vinculis adligetur» son claramente una variante de «qui bona fide inuentur» (IP); *cf.* Zeumer en su edición 581 nota 4.

²¹⁷ Véanse también Form. Visig. 27 y Senon. 2.

²¹⁸ *Cf.* Form Visig. 11 y la nota de Zeumer al respecto.

²¹⁹ Zeumer 89 nota 3.

²²⁰ Véase también Ehrhardt, *SZ* 51, 178.

²²¹ *Cf. Atti*, Roma II 43 nota 58. L Bai difiere sólo al determinar el número de testigos y al establecer que fuesen convocados a la fuerza.

²²² Véase también L Bai 16.15.

²²³ El pasaje «afirma simplemente que la demostrabilidad del pago que hace válida la venta depende de los documentos o de los testigos»: Otto Gierke, *Schuld und Haftung* (Breslau, Marcus, 1910) 377 nota 10.

²²⁴ *Amer. Hist. Rev.* 48, 25 nota 19. De forma independiente, Merèa 89 sigs. llegó a la misma conclusión. *Cf.* Ehrhardt, *SZ* 51 (1931) 178.

les, la nulidad del negocio acarrea el reembolso del doble del precio (290) o la pérdida de los bienes (299). En consecuencia, el legislador impedía las ventas a crédito²²⁵, salvo con una simple excepción, probablemente establecida bajo la influencia²²⁶ de la versión que tenía disponible²²⁷ de PS 2.17.7. Si se pagaba una parte del precio, se evitaba que el contrato fuese anulado, como deja claro CE 296, aunque de un modo inconcebible para un jurista clásico: «si pars praetii data est, pars promissa, non propter hoc venditio facta rumpatur»²²⁸. El comprador, si se retrasaba en el pago del resto, tendría que pagar intereses sobre la parte no satisfecha, a menos que se hubiese acordado una *lex commissoria*. Pero el pago tenía que ser substancioso. De otro modo, si consistiera en la mera entrega de una señal, no bastaría para originar una venta (297; véase también LV 5.4.4). Las arras sólo obligaban a su receptor²²⁹, quien, durante cierto tiempo, tenía que estar preparado para transmitir el objeto a cambio del pago²³⁰. Sin embargo, que el «comprador» pagase en el tiempo convenido, era asunto dejado a su albedrío²³¹. Si no lo hacía, podía recuperar las arras, el vendedor podría disponer de otra manera y el trato, en su conjunto, carecía de efectos: «arras tantummodo recipiat quas dedit, et res definita non valeat». Obsérvese *res definita*, no *venditio*. Todavía no había habido en absoluto venta. Al abstenerse de actuar, el que da arras podía rechazar cualquier obligación y dar por cesadas las del receptor. Esto era algo totalmente distinto de la cancelación de una venta consumada («res vendita reformatur»), como en el caso de un real, aunque parcial, pago. Lo contrarias que son las situaciones recogidas

²²⁵ Dahn. *Studien* 102 sig. es incorrecto.

²²⁶ SZ 49, 245 nota 6, Merêa 92 sigs.

²²⁷ «Ex die emptiois, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et foetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent». La cláusula *si*, que no debe ser corregida sobre el modelo del Codex Vesontinus, refleja el espíritu del siglo quinto y no la época de Diocleciano (véase también *supra* nota 46).

²²⁸ Véase también Schröder 325 nota 140, pero *promittere* no parece señalar a la *wadiatio* germánica; cf. Merêa l.c.

²²⁹ Independientemente de si lo que falta en el manuscrito se reconstruye con Zeumer «<prae>tium cogatur implere quod placuit» (=para compensar el precio: Gierke, *loc. cit.* 347 nota 46) o con Claudius Frh. von Schwerin, *Anuario de historia del derecho español* 1 (1924), separata 28 sig.: «<nego>tium c.i.q.p.». A favor de la segunda conjetura estaría la versión de nuestro pasaje en LV 5.4.4 y *placitum implere* en Antiqua LV 10.1.11. La primera resultaría sugerida por CE 280 i.f. (*ea quae celavit compositione implere cogatur*) y en particular por RB 35.6 y L Bai 16.10, si se pudiera asumir que sus variaciones estuvieron motivadas por la equivocidad de *praetium implere* (*infra* pág. 156).

²³⁰ Massimo Massei, *Bull.* 48 (1941) 395 nota 4 sugiere que quien recibe podría haber sido o el vendedor o el comprador. Pero esta última posibilidad parece incompatible con la segunda frase de CE 297.

²³¹ «Este es el punto irrefutablemente establecido por Heusler, Zeumer y R. Schröder» (Gierke, *loc. cit.* 347 nota 47); cf. Heusler I 84 sig. II 253 sigs., Zeumer, *NA* 24, 580 sig., Schröder 326 sig. que están de acuerdo hasta este punto. Por otro lado, Merêa 94 sigs. sostiene que el comprador asimismo está obligado e infiere que el derecho visigodo conocía, además de la venta al contado, también la venta consensual, que, aunque se hacía explícita mediante *arras* o documento, daba lugar al surgimiento de obligaciones entre las partes. No alcanzo a ver cómo se puede conciliar esto con CE 297 y las otras disposiciones del Código. RB 35.6 (*infra* pág. 156), al que sólo Merea se refiere, no proporciona prueba alguna sobre el derecho divergente de Eurico.

en CE 296 y 297 sale a relucir por el hecho de que sólo en 296 se da por sentado que la *traditio* se ha producido.

Las otras disposiciones sobre ventas, que el CE discute con una profundidad más bien inusual en el siglo quinto, caen fuera del problema que tratamos aquí. Lo que necesita aclaración es sólo cómo se transmitía la propiedad en la venta. A este respecto, el CE presenta en parte una adopción, y en parte una simplificación, de las reglas del derecho vulgar²³². *Venditio* significa transmisión del derecho. Siguió siendo una venta al contado que, además de *consensus*, requería que se certificase el pago mediante documento o mediante testigos. La *traditio* de la cosa no era un requisito independiente, aunque el comprador normalmente no quería ni tan siquiera pagar parcialmente sin recibir a cambio alguna contraprestación²³³. Cuando faltaba la *traditio* y el vendedor no parecía lo bastante capaz como para asegurarla, probablemente quedaba sujeto a dar fianza (CE 295)²³⁴. Si dejaba de hacerlo, la venta puede que fuera anulable²³⁵. Teniendo en cuenta que pudiera no haber *scriptura*, una *traditio cartae* o *per cartam* estaba fuera de cuestión. De hecho, el CE no revela la más ligera huella de esto²³⁶. Puesto que, de otro lado, un pago verificado mediante *scriptura* era suficiente, el principio de publicidad en la ejecución, establecido por vez primera por Constantino, se abandonó. No era necesario el llamamiento de testigos, ni la entrega formal del inmueble²³⁷, ni siquiera la formalidad registral²³⁸. No había ninguna particularidad en relación con la venta de inmuebles. CE 286 y la mayor parte de los capítulos siguientes tratan de la venta en un sentido general, mientras que L Bai 16.2 adopta CE 286 precisamente para la venta de «*possessionem terram cultam non cultam prata vel silvas*»²³⁹. La sencilla estructura de los documentos procedentes del norte de África²⁴⁰, sólo algo posteriores al Código de Eurico, se habría ajustado a sus requisitos. Lo más importante es su alejamiento de los papiros de Rávena. También está ausente cualquier vestigio de *investitura*, bien simbólica²⁴¹ o corporal²⁴². Hablando en términos generales, no resulta aparente la influencia germánica²⁴³, con la posible excepción del tratamiento de las arras.

²³² *Supra* págs. 132 sig.

²³³ *Supra* nota 210.

²³⁴ «*Si venditor non fuerit idoneus, fideiussorem dare debet emptori*». La regla naturalmente cubre la responsabilidad por evicción (*SZ* 49, 252 nota 3), pero no parece limitada a este caso.

²³⁵ Arg. LV 5.4.2, donde Leovigildo añade la cláusula «*et emptio habeat firmitatem*». Véase también Dahn, *Studien* 103.

²³⁶ *Contra* Merêa 91. Pero la prueba que aporta consiste en algunas *Formulae Salicae Merkelianae*, de aproximadamente trescientos años antes.

²³⁷ *Cf. supra* nota 89.

²³⁸ Véase al respecto también Dahn, *Studien* 103.

²³⁹ *Cf.* también L Bai 16.15 en la que son mencionados los *mancipia* junto a *de terra casis vel silvis*.

²⁴⁰ *Supra* págs. 129 sig.

²⁴¹ Sin confirmar antes del siglo octavo; *supra* nota 72.

²⁴² *Supra* pág. 94.

²⁴³ Para el modo de transmisión de la propiedad sobre inmuebles en el derecho germánico, véanse los manuales, p.ej., Schröder 303 sigs., Gierke II 268 sigs., Huebner 241 sigs.

Ahora como antes, la permuta se sujetaba a las reglas de las ventas: CE 293 y sus derivados LV 5.4.1, Form. Visig. 27, y L Bai 16.8.

Tanto para los burgundios como para los visigodos, una venta sin pago del precio no constituía una venta legal. Sin embargo, cuando inmuebles o esclavos constituían el objeto, no bastaba con sólo el pago. El comprador perdía su dinero (*pretium perdat*)²⁴⁴ a no ser que tuviera un documento del negocio, firmado o marcado por testigos domiciliados en el mismo lugar (LB 99.1). De este modo, los requisitos de escritura y de testigos, citados de manera alternativa en CE 286, se acumularon, y se fijó el número mínimo de testigos. Estas formalidades, en vigor para las transacciones entre burgundios y romanos (*cf.* LB 84), probablemente también habían de ser observadas entre partes romanas²⁴⁵. Si esto fue así, tenemos una pista respecto al significado de *traditio celebrata*²⁴⁶ en RB 35.2. Su oración primera dice: «Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta». Esta frase, por lo tanto, que, tomada separadamente, plantea dificultades²⁴⁷, tendría este sentido: «Una venta se establece mediante un documento que certifique la transmisión y el pago. Pero la venta obtiene una particular firmeza, si tras esto el comprador es puesto en posesión». Esta regla es, en cuanto a lo formal, de interés si se considera que, de manera parecida a los papiros de Rávena y a los usos germánicos posteriores²⁴⁸, mantiene separadas la simplemente escriturada *traditio* y la efectiva toma de posesión²⁴⁹. Pero en lo sustantivo, no obstante, podría parecer que la regla significaba que sólo la entrega efectiva protegía al comprador, aun siendo ya propietario, frente a actos injustos de disposición u objeciones de parte del vendedor²⁵⁰. Si, por ejemplo, como sigue diciendo la segunda frase²⁵¹, la *possessio* efectiva se pasaba al comprador, pero más tarde volvía al vendedor para una tenencia temporal (*precaria possessio*), el comprador, para precaverse frente a toda interferencia del vendedor, tenía que procurar que se consignara una *documenti professio* que certificara que la renovada posesión del vendedor era simplemente «*precaria*»²⁵². La segunda frase nos informa

²⁴⁴ F. Beyerle, (*supra* pág. 85 nota 406) 177 infiere de manera acertada la nulidad de la venta. El comprador naturalmente no podía retener lo que había comprado (*cf.* CE 299). Pero ¿se le permitía al vendedor obtener la restitución de la cosa y quedarse con el precio recibido? Éste no pudo haber sido el derecho. LB 99 probablemente es una enmienda a una disposición incorporada a la compilación existente (*cf.*, en general, Brunner I 503 sig.).

²⁴⁵ Las numerosas regulaciones expresamente promulgadas para los dos pueblos son enumeradas por von Salis, *Editio* pág. 11.

²⁴⁶ El término *celebrare*, el más popular del derecho vulgar, no incorpora una connotación precisa. Por regla general, hace referencia a una ejecución rodeada de una mayor o menor formalidad. Véase, p.ej., FV 35.6; 249.6 i.f., ET 51.

²⁴⁷ Véase, entre otros, Archi, *Trasferimento della proprietà* (Padua, Cedam, 1934) 184 sig.

²⁴⁸ *Supra* págs. 130 sig.

²⁴⁹ Esto no queda refutado por el hecho de que en otros sitios (p. ej., 22.5 y 7) la RB use *traditio* en el sentido de *traditio corporalis*.

²⁵⁰ Compárese, para un período posterior, la fraseología de Form. Marculfi II 19 (*supra* pág. 152).

²⁵¹ «Si vero post possessionem dierum aut mensium praecaria fuerit subsecuta, ut ille iterum rem videatur possidere qui vindedit, documenti professio firmitatem praecariae possessionis obteneat».

²⁵² Para ésto véase SZ 66, 14 sig.

aun respecto a otro punto. Dado que la *possessio* pudiera ser devuelta al vendedor en tan corto plazo como unos pocos días más tarde, siendo evidentemente esto lo pretendido desde el inicio, se sigue de aquí que la *traditio* no podía ser substituida por una *retentio ususfructus*, como pudiera serlo en caso de donación (RB 22.5)²⁵³. Esto está totalmente de acuerdo con el derecho imperial de su tiempo y con el hecho de que si una *retentio ususfructus* no podía aplicarse para una finalidad seria, menos aun se utilizaba una *retentio* ficticia. Poco importa que RB 35.2 hable de *precaria possessio* y no de *ususfructus*, porque la diferencia entre los dos llegó a perderse²⁵⁴. A modo de resumen: para asegurar toda compra de inmuebles o esclavos frente a cualquier ataque, la ley burgundia no sólo exigía forma escrita, testigos y pago, sino que también recomendaba una *traditio* efectiva. Sin embargo, al contrario que en los papiros de Rávena, ni *tabelliones* ni formalidad registral²⁵⁵ desempeñaron papel ninguno.

Así como RB se aparta de CE en este punto, así también lo hace por lo que toca al efecto de la entrega de arras:

RB 35.6: Arra pro quibuscumque rebus a vindetore accepta ab eo qui emit, vinditionem perfectam esse: precium tamen postmodum emptor vinditori impleturus, si aut inter ipsos convenerit aut virorum bonorum estimatione consteterit, secundum speciem Pauli.

Mientras que en CE 297 una compra semejante aparece como algo que llegará a producirse en un futuro²⁵⁶, aquí la *venditio* es considerada *perfecta*. De acuerdo con esto, el comprador quedaba obligado al pago del *pretium*, determinado o no. Esto mismo es la quintaesencia de L Bai 16.10, con la salvedad de que el comprador no sólo tiene que cumplir su parte sino que, en caso de que no lo hiciera, perdía las arras²⁵⁷. El parecido de las leyes burgundias y bávaras, esto es, el de las dos *leges barbarorum* que presentan la influencia más fuerte de la legislación visigoda temprana²⁵⁸, no encontraría mejor explicación en este caso, como en muchos otros²⁵⁹, que en la suposición de que ambas tomaron ocasión de CE. De hecho, el principio de L Bai 16.10 tiene su origen indiscutiblemente en CE 297. El vocabulario de las palabras iniciales de RB 35.6 apunta a la misma fuente. Ni es completamente ajena a CE la obligación del comprador de pagar cumplidamente, si el supuesto de hecho de 297 es substituido por el de 296. Pero, ¿cómo justifi-

²⁵³ *Supra* pág. 139.

²⁵⁴ SZ 66, 29 sig.

²⁵⁵ *Contra* Riccobono, SZ 34, 170.

²⁵⁶ *Supra* págs. 152 sigs.

²⁵⁷ «Qui arras dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere quod placuit emptori. Et si non occurrerit ad diem constitutum vel antea non rogaverit placitum ampliorem, si hoc neglexerit facere, tunc perdat arras et pretium quod debuit impleat». Sobre este pasaje, véase especialmente Heusler II 254, Gierke (*supra* nota 223) 348 sigs., Schröder 301 nota 27, 327 nota 147. Su discusión parece habersele escapado a Massimo Massei, *Bull.* 48, 392 sigs.

²⁵⁸ Franz Beyerle, *Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang* (Heidelberg, Winter, 1915) 86.

²⁵⁹ Cf. Brunner I 462 nota 36, Zeumer, *Leges Visigothorum* 341 nota 1.

car que estos capítulos presenten en las dos legislaciones una tal e idéntica confusión? Quizá concibieron la palabra extraña *arra* no como una simple señal sino como parte del pago²⁶⁰. Esto cuadraría a RB, considerado el caso de que el precio final se dejaba abierto a las dos partes²⁶¹. Sin embargo, no debe excluirse otra posibilidad. A los redactores de los dos códigos puede haberles dejado perplejos, como les ha sucedido a los comentaristas modernos²⁶², la obscura frase «*praetium cogatur implere*» de CE 297. Al encontrar la obligación del comprador expresada con estas palabras, puede que hayan ajustado el supuesto de hecho y, consecuentemente, suprimido o invertido la segunda sentencia de CE 297. Si estas últimas hipótesis fuesen aceptables, la insólita obligación del comprador, basada en la entrega de *arras*, se habría originado, después de todo, en una mala comprensión del modelo.

b. Donación

Una vez más²⁶³, CE toma la *Interpretatio* como modelo. Como IT 8.12.1 init., CE 308 distingue entre *donatio* ordinaria y *donatio mortis causa*. Sobre la primera ambos afirman:

IT:
Donatio directa est, ubi in
praesenti res donata traditur²⁶⁴.

CE:
Res donata, si in praesenti traditur,
nullo modo a donatore repetatur, nisi
causis certis et probatis.

No obstante, si bien IT, de conformidad con CT, sigue introduciéndose a fondo en las formalidades que han de ser observadas *in conscribendis donationibus*, CE torna en seguida a la *donatio post mortem*, sin volver a ocuparse de la ejecución de una *donatio inter vivos*. No hay consiguientemente alusión alguna a la formalidad registral o a tal escrituración o intervención de testigos como se requería incluso para una venta. Lo que el código disponía de manera específica para la donación, ahora legal²⁶⁵, entre cónyuges (CE 307)²⁶⁶, evidentemente no estaba pensado para ser aplicado a las donaciones ordinarias²⁶⁷. Puesto que, indudablemente, lo que está en cuestión es el acto simultáneo de donación y transmisión²⁶⁸, y nada apunta a una discriminación entre bienes muebles e inmuebles, se seguiría que in-

²⁶⁰ Cf., en general, Gierke, *Schuld* 337 sigs., 349.

²⁶¹ El pasaje de PS al que se hace referencia está perdido.

²⁶² *Supra* nota 229.

²⁶³ Para la ventas, véase *supra* págs. 150 sig.

²⁶⁴ *Supra* págs. 137 sig.

²⁶⁵ *Atti*, Roma II 49.

²⁶⁶ Es decir: hacer una declaración por escrito con intervención de testigos o, en caso de urgencia (*si necessitas est*: cf., p.ej., Antiq. LV 5.4.4) una declaración de palabra ante testigos. La *traditio*, de poca utilidad aquí, no era, comprensiblemente, exigida, pero tampoco tenía lugar el registro, como sí era necesario en otros ejemplos comparables del derecho vulgar (*supra* págs. 135 sig.).

²⁶⁷ *Contra*, pero no convence, Merêa 73 sig.

²⁶⁸ *Supra* págs. 134 sig.

cluso la propiedad sobre inmuebles podría ser transmitida de manera irrevocable mediante una imperceptible entrega sin ninguna formalidad o publicidad o contrapartida²⁶⁹. Sin embargo, una regla semejante entraría tan fuertemente en conflicto con todo lo que conocemos tanto del derecho vulgar²⁷⁰, como del pensamiento germánico²⁷¹, que no puede suponerse haberla tenido en mente el legislador. De aquí que parezca imprudente suponer que CE 308 se encaminó a establecer una regla para la forma de las donaciones. El capítulo únicamente se ocupa del tema de la revocabilidad, y es en esto en lo que el CE sigue distinto curso que el tomado por la IT: una *donatio inter vivos* es irrevocable, una *donatio mortis causa* no lo es. Donación entre cónyuges (307) aparte, probablemente la ley dejó las cosas tal y como se practicaban en ese tiempo en el seno del derecho vulgar del reino visigodo²⁷². Si ese uso, en concreto con respecto a la tierra, mostraba uniformidad y de qué tipo era, no son cosas fáciles de comprender, puesto que las fuentes en algunos sitios prescriben una *allegare gestis* (NV 32.4; IT 3.5.1; 8.12.1 i.f.; ET 52-53)²⁷³ y en otros se contentan con algún documento bien conformado (IP y LB)²⁷⁴. Además, la Interpretatio, tal y como la adoptan los visigodos, tiene un pie en cada lado. La necesidad de colmar esta laguna legal puede que fuera sentida pronto. En cualquier caso, un libro de derecho, compuesto después del 510, del cual tenemos por casualidad los denominados *fragmenta Gaudenziana*²⁷⁵, demuestra que se tuvo por importante el complementar la legislación oficial en este punto mediante la determinación de las formalidades que, evidentemente, prevalecían en la práctica contemporánea. Los fragmentos 14 y 15, que se ocupan, por separado, de los bienes muebles e inmuebles, fueron redactados en su mayor parte sobre la base de ET 51 y 52²⁷⁶.

El frag. Gaud. 15 sobre donaciones de inmuebles exige que donante y testigos firmen un documento (*donationis cartula*) que sea después registrado por los *curiales*²⁷⁷. No se menciona ni la *traditio* de la cosa²⁷⁸ ni la del documento al dona-

²⁶⁹ La frase inicial de CE 312 («qui donaverit rem, quae est iudicio repetenda, aut tradederit occupandam...») incluso permitiría inferir que la *traditio* podía ser sustituida por una simple cesión de la acción para recuperar. Pero tal conclusión sería arriesgada. No conocemos todo lo que establecía o la extensión de este capítulo. La página del manuscrito que contenía la parte final está perdida, y no resulta fácil adoptar el apéndice que sugiere Zeumer, porque LV 5.4.20 i.f., empleado para la restauración, trata de un caso distinto.

²⁷⁰ *Supra* págs. 139 sig.

²⁷¹ *Infra* págs. 159 sig.

²⁷² Existe una pequeña probabilidad de que las partes que se han perdido (313-318) trataran de ese asunto.

²⁷³ *Supra* pág. 136.

²⁷⁴ *Supra* pág. 138.

²⁷⁵ Zeumer, *leges Visigoth.* 469 sigs.; véase también Brunner I 494 sigs., Merêa 121 sigs.

²⁷⁶ Esto es generalmente reconocido. Véanse, ante todo, Zeumer, NA 12 (1887) 396 y su edición 471 nota 2, Brunner I 495 nota 60; diferente, en parte, Merêa 150 sig. Con respecto a bienes muebles, la diferencia entre ET 51 y Fragm. Gaud. 14 se limita esencialmente a que el primero recomienda hacerla por escrito (*supra* pág. 142), mientras que el último requiere testigos.

²⁷⁷ Véase también Merêa 127, 151.

²⁷⁸ La *traditio* efectiva de la tierra (*cf.* ET 53) puede haberse omitido precisamente por haber sido ya establecida en CE 308.

tario. Sobre la *traditio per cartam* no encontramos nada anterior a la disposición de Chindasvinto (c. 650) LV 5.2.6²⁷⁹, que, aunque abarca toda suerte de cosas, ya no exige el registro: «tunc videtur vera esse traditio quando iam aput illum scriptura donatoris habetur, in cuius nomine conscripta dinoscitur». Evidentemente, nada se dice respecto a una formal *traditio cartae*. Lo único que importa es que el documento, con el consentimiento del donante, esté en manos del donatario. Además, este último puede obtener el documento junto con la cosa donada procedente de la herencia de un donante que murió sin haber revocado dicha donación. En cualquier caso, la transmisión de la propiedad *per cartam* parece establecerse aquí de manera clara. Para muchos autores la regla proviene del derecho vulgar²⁸⁰, cosa que es posible, pero no indudable. Evidentemente, el rey quería eliminar toda duda respecto a la sustitución de la cosa por el documento. Parece declarar esta equivalencia principalmente en el caso de que la entrega de la cosa resultara dificultosa por su lejanía respecto al lugar del negocio. Hay que destacar también que las fórmulas visigóticas de donación (Form. Vis. 29-31), sólo unos treinta años más antiguas, no aluden en absoluto a semejante función del documento. Así que pudo haberse tratado de una práctica muy reciente que el rey deseaba promover. Pudiera haber sido estimulado por CJ. 8.53.1 de Justiniano²⁸¹, cuya codificación, sin duda alguna, le era familiar²⁸². Algunos primeros elementos de este uso, aunque embrionarios, eran ya perceptibles, como se señaló²⁸³, en los tardíos papiros de Rávena. Sin embargo, de ningún modo puede probar una disposición de mediados del siglo séptimo el derecho romano vulgar practicado en el quinto o a principios del sexto²⁸⁴.

En los otros reinos germánicos, las codificaciones de este período guardan silencio igualmente acerca de una transmisión de la propiedad *per cartam*. Las disposiciones del Edicto de Teodorico (51-53) sobre las donaciones ya han sido discutidas²⁸⁵. Entre los burgundios, el derecho vulgar muestra cierta ambigüedad. Conforme a LB 60.2, la *Romana consuetudo* requería una donación registrada con la participación de cinco o siete testigos (LB 43 y 88)²⁸⁶. Sin embargo, la Lex Romana se contentaba, para los bienes muebles, con *sola traditio* (22.7)²⁸⁷, mientras que para los inmuebles parece haber sido necesario además forma escrita y registro; RB 22.3-6 evidentemente se basa en el CT y en la IT²⁸⁸. Las dos Leges Burgundionum

²⁷⁹ Sobre esta disposición, véanse especialmente Dahn, *Studien* (1874) 76, Brunner, *Abh.* I 471, 476 (ex 1877), Steinacker (*supra* nota 149) separata 9 sigs.; cf. también Merèa 74 sigs.

²⁸⁰ Cf., p.ej., Merèa 75 sig.

²⁸¹ *Supra* págs. 147 sig.

²⁸² Cf. Torres II 98 sig., cuyas referencias se basan esencialmente en la investigación de Zeumer.

²⁸³ *Supra* págs. 147 sig.

²⁸⁴ Cf. *supra* nota 150. Véanse, especialmente Steinacker, *Grundlagen* 100 sig., también Partsch (*supra* nota. 106) 469 sigs., Hermann A. Schultze-von Lasaulx, *Beiträge zur Geschichte des Wertpapierrechts* (Marburgo, Elwert, 1931) 31 sigs.

²⁸⁵ *Supra* pág. 137.

²⁸⁶ *Supra* nota 117.

²⁸⁷ *Supra* pág. 137.

²⁸⁸ *Supra* notas 100, 101; cf. las notas en la edición de von Salis; véase también Brunner, *Urk.* 129.

parecen haber diferido sólo en si la *corporalis traditio* podía ser substituida por una no simulada reserva de usufructo. RB 22.5²⁸⁹ así lo afirma, pero LB 60.2 i.f.²⁹⁰ lo niega. De aquí que la práctica puede que haya sido vacilante en este punto.

c. *Resumen*

La continuidad del derecho vulgar en las legislaciones germánicas es de nuevo manifiesta²⁹¹. «La donación se romanizó antes que cualquier otra institución»²⁹². El derecho germánico original no conocía la transmisión de la propiedad totalmente gratuita. O se esperaba, al menos, una contraprestación nominal (*launegild*), para que la entrega en donación fuera irrevocable²⁹³, o se hacía la donación por causa de una relación de dependencia entre las partes, resultando así que la propiedad del donatario venía a depender de que durase esa relación y quedaba limitada a la persona del donatario o a su próximo heredero²⁹⁴. Tampoco incluía el derecho a enajenar lo donado, sin la aprobación del donante²⁹⁵. El hecho mismo de instituirse una donación puramente lucrativa e irrestricta testimonia la recepción del Derecho romano.

Incluso fuera del caso de la donación, la estructura del negocio traslativo de la propiedad se basó esencialmente en el derecho vulgar. Resulta muy natural que, en el transcurso de los siglos, las formalidades de ese negocio estuviesen sujetas a fluctuaciones, y que algunas de tales modificaciones se causaran por los usos germánicos²⁹⁶. Pero el cambio que las ideas básicas experimentaron desde Constantino fue sorprendentemente pequeño. En los inicios de aquel período, la antítesis entre actos de obligación y actos de disposición desapareció²⁹⁷. Así ocurrió con el acto típico encaminado a transmitir la propiedad y compatible con cualquier *causa*. El nuevo tipo de negocio, que denominamos «acto simultáneo»²⁹⁸, normalmente producía, de un lado, el traspaso inmediato de la propiedad y, de otro lado, recibía su forma individual de la *causa*, que, de ese modo, se convirtió en su elemento esencial. Así, la transmisión por venta constituía un tipo independiente, mientras que la transmisión por donación constituía otro tipo. La clasificación por *causae* dio paso a una clasificación, si alguna existe, por tipos distintos de «actos simultáneos». Todos estos actos, excepto los que recaían en cosas de poco valor, se distinguían por su cumplimiento con publicidad. Además, normalmente se hacían

²⁸⁹ *Supra* pág. 140.

²⁹⁰ Así F. Beyerle (*supra* pág. 85 nota 406) 91 nota 3.

²⁹¹ *Supra* págs. 84 sigs., 118 sigs.

²⁹² Brunner, *Forsch.*, 2, también 25, 30.

²⁹³ ER 175, 184. Véase Schröder 67, 325, Huebner 545 sig., F. Beyerle (*supra* pág. 92 nota 447) 490 sig.

²⁹⁴ Pej., CE 310, LB 1.3.

²⁹⁵ Brunner 7 sigs. y, después de él, la doctrina común, p.ej., Gierke III 420 sig. Véase también *supra* págs. 82 sig.

²⁹⁶ Cf. p. ej., *supra* págs. 94 sig.; véase también LB 60.2.

²⁹⁷ Para el negocio con *arra*, *supra* págs. 153 sig., 156.

²⁹⁸ *Supra* pág. 125 y *passim*.

por escrito. Pero el uso de entregar el documento en lugar del objeto cuya propiedad se trataba de transmitir probablemente no se llegó a practicar antes del siglo séptimo.

6. Transmisión por otras razones

a. Generalidades

La venta (incluida la permuta) y la donación, los dos principales negocios de transmisión de la propiedad ya han sido tratados aquí. De hecho, fueron casi exclusivamente los únicos modos de adquisición derivativa de la propiedad *inter vivos* a los que la legislación y la doctrina occidental del Bajo Imperio dispensó atención y una regulación detallada. Cuando ocasionalmente eran enumerados otros modos, normalmente eran dispuestos en una cláusula general. Los siguientes ejemplos son elocuentes al respecto:

CT 12.11.1.1 (314): ... si qui debitor rei publicae civitatis quippiam ex eo patrimonio... donaverit vel distraxerit vel qualibet in alium ratione contulerit, ...

CT 4.5.1 (331): Lite pendente illud... donationibus vel emptionibus vel quibuslibet aliis contractibus minime transferri oportet, ...

CT 8.13.1 pr. i.f. (349): ...quae... sunt... vendita donata mutata in dotem data ceterisque causis legitime alienata...

CT 8.15 Rubr.: De his quae administrantibus vel publicum officium gerentibus distracta sunt vel donata. CT eod. 5.2 (368): Nec obsit propria reposcenti vel venditio interiecta vel largitas vel mentio ulla legati...

CT 13.6.6 (372): ...fisco vel re publica vel naviculario vel quolibet alio distrahente sive donante vel ad filios vel propinquos vel extraneos transferente...

CJ 7.38.2 (387): Universas terras, quae... venditae vel ullo alio pacto alienatae sunt...

CT 15.14.9 (395): ...valeat celebrata et actis quibuslibet inserta donatio; ...; valeat universa venditio; ...valeat in sponsam perfecta largitio²⁹⁹.

CT 8.15.8 (397): Omnes... nihil administrationis suae tempore aut emptionis aut donationis titulo consequantur.

CT 16.5.40.4 (407): Praeterea non donandi, non emendi, non vendendi, non postremo contrahendi cuique convicto relinquimus facultatem.

CT 14.4.8.2 (408): Ii vero qui praedia obnoxia corpori vel ex empto vel ex donato vel ex quolibet titulo tenent...

NV 32 (451), que copia evidentemente CT 8.15 Rubr. cit., tiene esta rúbrica: De confirmandis his quae administrantibus vel publicum officium gerentibus distracta sunt vel donata. Después de versar sobre *emptio venditio*, continúa (§ 4): Donationes quoque habitas et commutationes... similiter roboramus. De acuerdo con INV, lin. 75: ...et comparandi et commutandi et accipiendi donationis titulo habeat liberam potestatem.

²⁹⁹ Los otros actos aquí enumerados no parecen referirse a la transmisión de la propiedad.

NMc 3.1 (451): ...si qui vel ex titulo donationis vel ex emptione sive ex alio quolibet titulo possessiones... acceperunt...³⁰⁰; INMc: si quid... donatione principis vel venditione vel qualibet ratione ad privatos fortasse pervenerit, ...

NV 35.18 (452): ut sive venditione seu donatione seu quolibet alio modo ad diversos dominos res utraque pervenerit...; INV lin. 199:... cui aut venditus aut donatus aut dimissus ager fuerit, ...

NAnth 3 (468) lin. 17: ...domus venerabilis (scil.rem) aut donatione contulit aut venditione vel commutatione aut ultima voluntate transfudit; lin. 41: donatione seu commutatione vel ex aliqua cuiuslibet contractus specie.

IP 5.2.4: Iustum autem initium est emtionis, hereditatis, donationis, legati, fideicommissi et ceterarum rerum similium, quae per legitimas scripturas atque contractus ad uniuscuiusque dominium transire noscuntur.

Sucedió así que IT 8.18.1 llegara a definir el *alienare* de la disposición estableciendo simplemente que:

res filiorum patribus alienare non liceat, hoc est nec vendere nec donare.

Algo similar fue seguido en:

CE 276: Si quodcumque... de alicuius fundi iure remotum est et aliqua possessione aut vinditione aut donatione aut divisione aut aliqua transactione translatum est, ...

Esta actitud es típica y encaja con lo que, en general, revelan las fuentes. Donación y venta aparte, la cuestión de cómo se lograba la transmisión de la propiedad no tiene respuesta ni clara ni adecuada. Hay una única excepción. Esta tiene que ver con el *contractus de sufragium*, un acuerdo significativo que da a conocer bien la desenfadada corrupción de este período³⁰¹. CT 2.29.2 (394) e IT versan con detalle sobre un hombre que prometió o cumplió algo para obtener un cargo público. Aunque estaba considerado como una variedad de la donación (*donaverant*: CT eod. 1 [362]), el negocio era específico, en vista de la «contraprestación». Por un lado, se adoptaron³⁰² las formalidades de la legislación de Constantino relativas a donaciones, pero, probablemente debido a la tendencia de aquellos tiempos, las referentes a bienes muebles se mitigaron³⁰³. Por otro lado, la simple promesa obligaba a la parte que solicitaba el cargo a condición de que lo obtuviera (cum ea quae optaverint consequatur; IT: «perceptis quae voluit»)³⁰⁴: «ad solutionem debiti coartandi sunt» (IT: «sine ulla dilatione implere cogatur»). De esta

³⁰⁰ El mismo enfoque se encuentra en ocasiones incluso en la compilación de Justiniano: p. ej., Inst 2.1.35; 2.6.14; CJ 7.37.3 pr., § 3 (531); también la interpolación «seu donaverit vel alio modo alenavit» en CJ 6.2.6 (Wilhelm Felgentraeger, *Antikes Lösungsrecht* [Berlín y Leipzig, De Gruyter, 1933] 48).

³⁰¹ Para la legislación visigoda, véase Zeumer, *NA* 23, 91 sigs.

³⁰² *Supra* págs. 136 sig.

³⁰³ *Supra* pág. 137.

³⁰⁴ *Atti*, Roma II 44 nota 67.

forma, aparece aquí el acto de obligación segregado del de cumplimiento. Lo mismo cabe presumir que se aplicó a algunos acuerdos más importantes cuya completa ejecución se tomaba su tiempo³⁰⁵. De manera muy breve los presentaremos aquí.

b. *Dos*

La información de que disponemos respecto a la *dos* tiene un valor probatorio sólo relativamente satisfactorio. Como en época clásica, se distinguió claramente entre si una «*dos sollemnitur aut data aut dicta aut promissa fuerit*» (CT 3.12.3 [396]; véase también 3.13.3 pr. [422]) o si el padre, como IG 4.2 nota de manera independiente con respecto a CG, «*dotem tradiderit aut certe genero pro ipsa dote fecerit cautionem vel se promissionis vinculo obligaverit*»; frase que queda resumida a continuación en las expresiones «*in dotem datum est aut promissum*» y «*aut promiserit aut tradiderit*»³⁰⁶. Que la promesa³⁰⁷ hubiera de ser puesta por escrito no puede dudarse a cuenta de la brevedad de CT 3.13.4 (428)³⁰⁸. CT 3.7.3, que originalmente formaba parte de la misma disposición, da por sentado que existen *dotis instrumenta* (IT: *dos celebrari*). De aquí que el emperador deseara únicamente declarar que en el documento podían utilizarse *qualiacumque verba*. No tenía que incluir explícitamente una *dictio* o una *stipulatio* o, como la IT señala, cualesquiera *verba iuridica*, siempre que la intención de constituir una *dos* quedara suficientemente declarada. La regla, brevemente, y posiblemente en relación con la disposición de 428, se encuentra formulada en el escolio a FV 113: «*dotem per libellum promissam et sine stipulatione afferre actionem*».

Distinguida, pues, de la *obligatio*³⁰⁹, entregar la *dos* era transmitir la propiedad de esos bienes. Pero, ¿cómo había de procederse para llegar a transmitir? Nunca fue suficiente un mero *instrumentum dotale*³¹⁰. Por otro lado, *dos* y *donatio* (especialmente la *sponsalicia*) fueron tratadas de manera parecida: CT 8.12.9 (417); 3.7.3 (428); IG 2.1 y 4.2³¹¹. Así, en particular, se plantea con frecuencia la cuestión de si, por ejemplo, la transmisión de inmueble en concepto de *dos* tenía que regis-

³⁰⁵ *Atti*, Roma II 39.

³⁰⁶ Que los bienes simplemente prometidos por el padre «*de bonis eius, antequam moreretur, discessisse et alienata esse noscuntur*», se dice para significar meramente que, con respecto a la *actio de inofficioso testamento*, no eran ya considerados como parte del patrimonio. Tampoco IT 3.13.4 señala un acto simultáneo. La explicación «*dotem, hoc est quae a muliere tempore nubtiarum viro datur*» simplemente manifiesta el deseo sentido en aquel período de apartarse de la creciente concepción (*infra* nota 318) según la cual la *dos* era dada por el marido. La misma intención tiene la frase «*dotem quam marito uxor aut eius parentes obtulerunt*» en IT 9.42.15. En la correspondiente disposición del 396, la frase no aparece, por ser trivial; en RC 9.32.3 está trastocada por completo: «*dotem quam ei (i. e. uxori) suus maritus vel eius parentes dederunt*».

³⁰⁷ Para Oriente, véase también CJ 5.14.9.4 (468); 5.6.8 i.f. (469); 6.20.17 (472).

³⁰⁸ Cf. CJ 5.15.3 (528); véase también Archi, *Scritti Ferrini* (Pavia) 682 sigs. y, hasta cierto punto, Bonfante I 308 y Kunkel 286. *Contra* Riccobono, *Atti*, Roma I 333 sig.

³⁰⁹ Precisamente en este sentido véase GE 2.9.3. Sobre el pasaje véase Archi, *Epitome Gai* 402 sigs.

³¹⁰ Véase también Bonfante II 2, 173 en contraste con Riccobono, SZ 34, 176.

³¹¹ Para más al respecto, véase especialmente Brunner, *Abh.* II 92 sigs.

trarse también en los *gesta*. El completo silencio de los textos, normalmente muy preocupados por las formalidades, es sorprendente. CT e IT 8.12.9 no prueban nada porque sólo se interesan por la substitución de la *traditio* por la *retentio usus-fructus*. La *constitutio* de 428, si bien alude brevemente a la *actorum confectio* (CT e IT 3.5.13), se circunscribe por completo, en nuestra opinión, a la *donatio ante nuptias*. Esto mismo es cierto respecto a CT 15.14.9 (395), que hace mención de *actis quibuslibet inserta donatio*, pero nada dice respecto a la *dos*. Además, IG 4.2 identifica claramente *in dotem dare* con *dotem tradere*. De manera parecida, CT 9.42.15 (396)³¹² se conforma con poner en contraste los documentos relativos a la dote con la *traditio corporalis*³¹³. Estas y otras razones³¹⁴ respaldan firmemente el punto de vista general³¹⁵ de que no se requería por ley formalidad registral. Era suficiente con una *traditio* efectiva, aunque, por norma general, iría precedida o acompañada de una promesa por escrito o una declaración de su cumplimiento. Sin embargo, esto no excluiría la posibilidad de que en la práctica local pudiera haberse insistido en el registro para considerar realizado, en caso de inmuebles, el acto traslativo de la propiedad. Los documentos de Rávena ofrecen indicaciones de una práctica semejante, no impuesta por ley, para las ventas. Bassus, en calidad de *praefectus praetorio* bajo Justiniano, ordenó la formalidad registral para toda enajenación de inmuebles como consecuencia de contratos (ἐκ συναλλαγμάτων)³¹⁶. Ahora la *dotis datio* era uno de ellos, y esto ciertamente no sólo en Oriente (cf. el interpolado D 50.17.23). Cuando, mucho más tarde, se acuñó la regla «Nec dos nec donatio valere potest..., si gestis non fuerit allegata»³¹⁷, su novedad atañía menos a la *dos* típicamente romana que a esa *dos* que, mientras tanto, a través de la *donatio ante nuptias in dotem redacta*, habíase convertido ya en la *donatio ante nuptias* que aportaba el marido³¹⁸.

c. *Stipulatio, legatum, etc.*

Stipulationes y *pacta*³¹⁹, ampliamente aplicados y mucho más importantes que la promesa dotal o el *contractus de suffragio*, menos aun pudieron ser convertidos en actos simultáneos. Ahora, como antes, creaban una *obligatio* que había de ser cumplida en acto separado. El *legatum damnationis* y el *fideicommissum* pertenecían al mismo grupo³²⁰. Sin embargo, sobre cómo se procedía a su cumplimiento,

³¹² *Supra* nota 107.

³¹³ La antítesis entre *dotem conscribere* y *tradere* es aquí casi la misma como, *mutatis mutandis*, en CJ 5.15.1 (204) y eod. 3 (528).

³¹⁴ Cf. lo que señala Justiniano en CJ 5.3.20 pr. y 5.12.31 pr.

³¹⁵ Brunner, *loc. cit.* II 80, 94 sigs.

³¹⁶ Edicto 52 (*supra* pág. 126).

³¹⁷ Epitome Aegidiil y Codex Suppl. Lat. 215 ad CT 3.5.1: Brunner 80, 95. Véase, además, RC 3.5.1: «Donationes vero nec dotes nuptiales firmas esse non possunt, si gestas adligatas non fuerint, et traditiones non habuerint; et curiales eas firmare debent».

³¹⁸ Brunner 84 sigs.

³¹⁹ Para los *pacta* véase Levy, PS 47 sig.

³²⁰ *Infra* págs. 215, 221 sig.

las fuentes no parecen informar con claridad; ya no les resulta familiar el concepto de *causa solvendi*. La mayor parte de ellas se contentan con afirmar que el deudor tiene que cumplir (*implere*): p.ej., Cs 9.4 (395); CT 2.9.3 (395)³²¹ e IT; 3.13.4 (428); IT 1.2.8; 2.12.2; IP 5.8.2. Pero en caso de *legatum* (GE 2.5.2; cf. 2.5.6 i.f.) y *fideicommissum* (GE 2.7.6; IP 4.1.7) indican además que se estaba obligado a *tradere* o *dare rem*³²². De aquí que, como la deuda de dinero se liquidaba mediante pago, puede suponerse que otros bienes hayan sido transmitidos por entrega, ya fuera con el propósito de cumplir la obligación o con el de indemnizar (en especie) por incumplimiento³²³. Pero, como en las ventas, la entrega de cosas valiosas, especialmente inmuebles, iba acompañada frecuentemente, o incluso era substituida, por una declaración escrita que confirmaba la ejecución de la *traditio*. Por esto es por lo que en algunas de las cláusulas generales antes citadas³²⁴ parece apuntarse a la *traditio* (CT 12.11.1.1; 8.13.1 pr.; 8.15.5.2; 13.6.6; 14.4.8.2; NMc 3.1 e INMc; NV 35.18; INV 32) y en otras se hace referencia a *legitima scriptura*³²⁵ como medio de transmisión de la propiedad (IP 5.2.4). Por esto mismo también el catálogo de CT 15.14.9 (395), que enumera unos veinticinco actos jurídicos, en parte no demasiado importantes, deja de mencionar la transmisión de la propiedad como tal. Si intentamos verla colocada en algún sitio, sólo damos con categorías imprecisas: «valeant conceptae sollemniter pactiones; valeant scriburae quibus aut fides rerum aut ratio probatur aut debitum; ...stent denique omnia quae in placitum sunt deducta privatum»³²⁶. Como en toda época de decadencia o inmadurez del derecho, la cuestión de la prueba resulta antepuesta. Excepto para asuntos de menor valor, el interés primario del adquirente parece dirigirse a dejar establecida la apropiación legítima del bien, normalmente en sus manos, mediante una *scriptura*, mientras que se cuidaba menos de lo que estaba escriturado: el contrato que creaba su derecho o también la *traditio*. La *traditio* efectiva, poco expresiva en cuanto a su causa y propósito³²⁷, traía, pues, su fuerza y significado del documento. Si, al revés, a pesar de la confección del documento y del vencimiento de la deuda, la cosa debida no había sido puesta todavía bajo el poder del acreedor, éste podía exigir el cumplimiento de la *traditio*. Otras sanciones, como la *infamia* o la pérdida para el deudor de sus derechos derivados del contrato, podían añadirse, como, p.ej., en el caso de obligaciones confirmadas mediante juramento³²⁸.

³²¹ Véase *infra* nota 328.

³²² Véase también, en general, GE 2.10: «si quicumque pro pecunia... aurum aut argentum aut mancipia vel alias quaslibet species... consentiente creditore dederit, obligatio evidententer tollitur». Cf. IP 1.7.5 que trata sobre uno que *aut promisit aut dedit* un rescate.

³²³ Cf., por ahora, SZ 49, 248.

³²⁴ *Supra* págs. 161 sig.

³²⁵ Cf. *supra* pág. 138.

³²⁶ La regla *in suffragiis* «nam aliter possessio ad alterum dominum transire non poterit» (IT 2.29.2; *supra* pág. 162) no permite generalización. IT 4.20.3 se aplica únicamente a la *cessio bonorum ex lege Iulia* (*contra* Conrat, *Brev.* 197); véase también IT 4.20.1 y RB 38.4.

³²⁷ Cf. *supra* nota 155.

³²⁸ CT 2.9.3 (395) trata de *pacta vel transactiones*, no sólo de compromisos (Gothofr. *ad h.l.* v. *secunda ampliatio*; véase también *infra* pág. 241). Si, como mantiene la opinión dominante (Mitteis,

7. No adquisición de manos de un no propietario

Requisito esencial para toda clase de adquisición derivativa de la propiedad era la propiedad del que transmitía. A este respecto, el derecho vulgar permaneció fiel a lo que encontró vigente. Ya Constantino en muchas ocasiones mostró, de manera implícita, que nadie, salvo quien tenía propiedad, podía traspasarla. Cuando el padre actuaba en contra de la nueva regla que le impedía enajenar los *bona materna* de los hijos, el adquirente, tanto el de buena como el de mala fe, quedaba sujeto a la acción que aquéllos tenían para recuperarlos:

CT 8.18.1.3 (315): si (parentes) quando rem alienare voluerint, emptor vel is cui res donatur observet, ne quam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans. Docere enim pater debet proprii iuris eam rem esse quam donat aut distrahit; et emptori, si velit, sponsorem aut fideiussorem licebit accipere, quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus.

El emperador tenía motivo para hacer una declaración tan detallada porque seguía considerando el derecho del padre respecto a los bienes de los hijos como *dominium*. Pero, en efecto, era un *dominium* que tenía el alcance de un mero usufructo, y por ello no incluía el derecho a disponer³²⁹. De forma completamente natural se suscitó el problema de si semejante *dominus*, cuando vendía o donaba a un tercero, podía hacerle propietario. Esto era lo que el emperador rechazaba. Este caso particular aparte, la idea de que un hombre pudiese obtener la propiedad de un no propietario no se volvió a formular. Cuando Constantino decretó el cumplimiento con publicidad de las donaciones, no lo hizo para que resultase más difícil a un donatario adquirir algo de un no propietario, sino para poner obstáculos a la adquisición por larga posesión de un bien: «diuturna possessio saepe legitima proprietatem iura perfringit» FV 249.9 [323]³³⁰. Igualmente, en la venta de inmuebles se exigió la presencia de los vecinos para que testificasen sobre la «certa et vera proprietatem» del vendedor (FV 35.5 [337]), con el fin de excluir la posibilidad de que «aliquis venditor suum esse dicat quod esse constat alienum» y con el fin de, en un pleito consiguiente, eliminar toda investigación sobre «si a domino res vendita sit»; sólo de esta forma, resaltaba el emperador, el comprador quedaba asegurado: «sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat» (§ 6).

Un problema semejante se le presentó a Valentiniano I, y lo resolvió de la misma manera. En CT 8.15.5 (368) vuelve a reafirmar la norma³³¹ de que a todo

Reichsr.: 530, Wenger, *SZ* 23 [1902] 230, Erwin Seidl, *Der Eid im römisch-ägyptischen Provinzialrecht* II [Munich, Beck, 1935] 115), la disposición se limitaba a los compromisos, IT abandonó definitivamente esta limitación. RB 38.1, al mismo tiempo que hacía referencia a la *constitutio*, fue todavía más lejos al imponer las sanciones por incumplimiento de contrato con independencia de la existencia de un juramento. Cs. 1.12 es dudoso. Para Oriente, véase el Libro Siro-Romano del Derecho (*supra* pág. 136 nota 104) L 85.

³²⁹ *Supra* págs. 36 sigs.

³³⁰ Véase también *supra* pág. 135, *infra* nota 374.

³³¹ Rechazada más tarde: *supra* nota 39.

funcionario le estaba prohibido adquirir bienes en la provincia donde ejercía su cargo. Cualquier negocio que violase este principio era nulo («in irritum gesta revocentur»). Consecuentemente, no sólo el funcionario, sino también el tercero, a quien aquél hubiera vendido, donado o legado bienes así adquiridos, tenían la obligación de devolverlos al vendedor original:

Nec obsit propria repositenti vel venditio interfecta vel largitas vel mentio ulla legati; nam utcumque in alterum res fuerit a comparatore translata, quam emi in officio non oportuit, liberum corporis persequendi praestamus arbitrium.

El principio tan sólo hacía una salvedad en beneficio de aquellos que recibiesen una donación del mismo emperador³³². Tal donación había de mantenerse eficaz, mientras que el tercero a quien la cosa dada había pertenecido podría ser indemnizado por disposición graciosa del legislador (CT 10.8.3 [326])³³³. Esto excedía de lo que se había establecido para proteger a una persona *qui a fisco rem alienam emit* (Inst. 2.6.14)³³⁴ e incluso para un donatario de la Corona bajo la antigua disposición de 316 (CT 4.11.1)³³⁵. Un lapso de tiempo de pacífica posesión no fue ya condición necesaria. Pero estas normas descansaban en la singular posición del *fiscus* o, para expresarlo desde el punto de vista del Bajo Imperio, en el poder de expropiación del monarca absoluto. Definitivamente únicas en carácter, no debilitaron el principio opuesto. La excepción, si es que lo era, fue ya desatendida en favor de un soldado que regresaba a casa como prisionero de guerra (CT 5.7.1 [366] e IT)³³⁶, y en el año 468 fue abolida completamente por los emperadores León, para Oriente³³⁷, y Antemio, para Occidente³³⁸ (NAnth. 2 y 3). Su razonamiento es señaladamente directo: «cunctorum census vocatur in dubium, si per licentiam principalem iura dominorum suam non habeant firmitatem»; encuentran ello «satis incongruum, ut tanta rebus negotiisque confusio vel iniquitas innectatur et unicuique suis uti non liceat...»; consecuentemente, «nihil amplius bonis licere principibus, nisi quod liceat privatis, et hanc liberalitatem praetendere, quae

³³² Para las cosas ocupadas por el *fiscus*, véase CT 10.1.1 (315).

³³³ En general, para los privilegios relacionados con las donaciones imperiales, véase Gothofr. en CT 10.8.1; también *supra* nota 83, *infra* pág. 228. Véase Levy, *PS* 117 sigs.

³³⁴ Véase Levy, *PS* 117 sigs.

³³⁵ *Infra* pág. 174. No es pertinente CT 12.11.1.2 (314). El problema que aquí se discute es si una parte que ha adquirido alguna cosa, bien por venta del *fiscus*, bien mediante donación imperial respondía de las obligaciones de un hombre que, mientras era deudor de un municipio, había tras-pasado, por alguna razón, ese bien al *fiscus* (véase *infra* págs. 210 sig.). En tal caso, el *fiscus* no había dispuesto de una *res aliena*. De aquí el que la parte no tuviera que devolver la cosa mencionada.

³³⁶ *Infra* pág. 208; véase también NAnth 3 lin. 16 (468).

³³⁷ Allí, sin duda, Zenón (CJ 7.37.2) en las *fiscalibus alienationibus* y Justiniano (CJ eod. 3) en las enajenaciones de la *res privata* restablecen esencialmente la disposición de Constantino; véase también Inst. 2.6.14.

³³⁸ Podría preguntarse si la práctica anterior no intentó ya dar un rodeo para evitar la disposición de Constantino. En cualquier caso, IT 10.8.3 muestra singulares errores: *pulsatus* por *pulsator* e *inquietatus* por *inquietator* desafían toda interpretación; véanse también las enmiendas al texto de Godofredo.

legibus et aequitate subnixta est, ut nemo se alienis et illicitis ditatum laetetur, nemo bonis propriis defleat esse se privatum».

Lo que aquí importa no son las innovaciones de la legislación, sino el *commune ius* (NAnth 3 lin. 19 y 48) que constituía su indudable base. Ahora, como antes, no podía tenerse derecho sino derivado de quien lo hubiera tenido³³⁹. Hasta qué punto las provincias orientales practicaron el principio opuesto, conocido en el derecho germánico como «Hand wahre Hand» (mobilia non habent sequelam), no ha sido todavía suficientemente aclarado³⁴⁰. Pero el derecho vulgar occidental no muestra algo análogo³⁴¹. El principio que nos encontramos dominando la legislación es reiterado en IT 8.18.1³⁴²: «ne filiorum res a patre comparatas aut donatas accipiant aut scientes aut etiam nescientes... quia defuncto patre licet filiis res suas a quibuscumque personis, sive venditae sive donatae a patre fuerint, in suum dominium revocare»³⁴³. Esto se aplicó en un *praeceptum* del rey Teodorico³⁴⁴. Asimismo, la tan torpemente expresada disposición de RB 35.1 «ut quisque rem iuris sui vindiderit, repetendi eam postea non habeat potestatem» parece permitir el *argumentum e contrario* de que el comprador de una *res alieni iuris* no quedaría asegurado. A primera vista, incluso CE 289 parece seguir la misma línea: «Quoties de vindita re contentio commovetur, si alienam fuisse constiterit, nullum domino praedudicium conparetur». Pero la subsiguiente discusión deja claro que este capítulo sólo tenía en cuenta el objeto cuya posesión había sido perdido de manera involuntaria y, en general, no versa sobre una *actio proprietatis* sino sobre la acción de *anefang*³⁴⁵. Así, pues, el capítulo, basado en ideas germánicas, no puede ser usado como un testimonio del derecho vulgar.

Justiniano no dudó en seguir fiel a la postura tradicional. Generalizó declaraciones clásicas como la de «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet» (Ulp. D 50.17.54; véase también Ulp. D 41.1.20 pr, Paul. 50.17.175.1 y 177 pr.)³⁴⁶, adoptó las frases citadas anteriormente³⁴⁷ de CT 8.18.1.3 (CJ 6.60.1.1 y 2)³⁴⁸ y repitió la doctrina por su cuenta (Inst 2.1.35 y 40)³⁴⁹. Esta doctrina, pues, permaneció como incontestable en el ámbito romano durante siglos. Se aplicaba

³³⁹ Para más referencias véase *infra* pág. 221.

³⁴⁰ Schwarz, *loc. cit. supra* pág. 67 nota 295, 290 sig., con referencias; Taubenschlag, *SZ* 55, 281 sigs., 285 nota 1, *Law* 188 sig.

³⁴¹ Los esporádicos casos adelantados en hipótesis por Felgentraeger (*supra* nota 300) 92 sigs., 122 sig. han de explicarse de otro modo.

³⁴² Véase también IT 3.1.2 i.f.: «ne aliena vendantur».

³⁴³ Similar es RC 8.9.1.

³⁴⁴ *Loc. cit. supra* pág. 39 nota 114.

³⁴⁵ Más sobre el tema en otra ocasión. Hasta el momento, véase Herbert Meyer, *Entwertung und Eigentum* (Jena, Fischer, 1902) 36 sig., también Alfred Schultze, *Festschrift für Otto Gierke* (Weimar, Böhlau, 1911) 768 sigs., y mis observaciones preliminares en *Amer. Hist. Rev.* 1942, 27 sig.

³⁴⁶ Cf. Kunkel 125 nota 4. Véase también Séneca, *De benef.* 5.12.7: «nemo potest quod non habet dare».

³⁴⁷ *Supra* pág. 166.

³⁴⁸ Para CJ 7.37.3 véase *supra* nota 337.

³⁴⁹ Sobre § 40 véase especialmente la paráfrasis de Teófilo.

sin importar si se trataba de bienes muebles o inmuebles, si el propietario los había transmitido o perdido, si el adquirente era de buena o mala fe, si los parientes (cf. CT 8.18.1.3) o extraños habían dispuesto de bienes no propios. No hubo ni la sombra de una duda. La regla según la cual un hombre no podía recuperar de manos del *redemptor* su *servus redemptus ab hoste* sino reembolsando el rescate se basaba en una *constitutio* de la época clásica producto de la peculiaridad del caso³⁵⁰.

B. PROPIEDAD ADQUIRIDA POR LARGA POSESIÓN³⁵¹

1. La relación de Justiniano

La opinión predominante hoy respecto a la adquisición del *dominium* en época postclásica por larga posesión puede esbozarse como sigue: la *usucapio*, que, en caso de suelo itálico, exigía dos años, y uno tratándose de otros bienes, seguía produciendo su efecto a la manera del derecho clásico. Junto a ella existía, desde el siglo segundo, la *longi temporis praescriptio* para proteger la posesión de suelo provincial, y, por entonces, también la de bienes muebles, con sus períodos de diez años, *inter praesentes*, y de veinte, *inter absentes*. Justiniano fusionó estas dos instituciones jurídicas en una sola. La llamó *usucapio*, con un período de tres años, para los bienes muebles, y *longi temporis praescriptio*, con un período de diez a veinte años, para los inmuebles. Ha de añadirse el desarrollo de una prescripción extraordinaria, que normalmente se consumaba después de treinta años, en favor de un *bonae fidei possessor* que careciera de título. Por consiguiente, salvo este último tardío suplemento, el derecho siguió siendo en general el mismo durante siglos. Tal y como era el derecho en 225, con esta única salvedad, así seguía en 525. «Así es cómo Justiniano encontró la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio*³⁵²».

Esta doctrina se basa fundamentalmente en la reforma legislativa de Justiniano *de usucapione transformanda* (CJ 7.31 [531]). Aquí, de hecho, el emperador habla a veces en términos tales que fácilmente pueden llevarnos a la conclusión de que sólo «per praesentem legem» el período de dos años de la *usucapio* de la tierra italiana resultaba aumentado a diez o veinte años o incluso a más (§ 1). De manera parecida, reclama para sí el mérito de haber corregido el período de un año para los bienes muebles (§ 2). La misma impresión causa la introducción (princ.): «satis inutile est usucapionem in Italicis quidem solis rebus admittere, in provincialibus autem recludere», y, finalmente, el resumen (§ 4): «Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia». Sin embargo, hay que destacar que la lamentable condición de los terratenientes italianos, bajo la ame-

³⁵⁰ Véase Levy, *Captivus redemptus*, *Classical Philology* 38 (1943) 163 sigs.

³⁵¹ Esta sección, publicada por primera vez en el *Bull.* 51 y 52 (1948) 352-371 bajo el título «Die nachklassische Ersitzung», aparece aquí con algunas adiciones.

³⁵² Así Georg Friedrich Puchta, *Institutionen* (8ª ed., Leipzig 1875) § 240 antes nota h, en una exposición que en algunos aspectos todavía impresiona vivamente.

naza de un plazo tan breve para la pérdida de sus derechos (*miseri rerum domini*), queda expresada en todas partes como algo del pasado (princ.: *possidebat, excludabantur, reservabatur, procedebant, inhumanus erat, cadebat*). Y respecto a *res mobilibus* (§ 2) se afirma que los «*antiqui... usucapionem extendebant... in omnem orbem terrarum, et hanc annali tempore concludebant*». El esbozo que proporcionan las Instituciones (2.6 pr.) asimismo se expresa en pasado: «*Iure civili constitutum fuerat, ut... Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquoribus dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora (de uno o dos años), nobis melior sententia resedit...*». Incluso más drástica es la Paráfrasis de Teófilo (Ferrini, págs. 129 y sig.), que en tres distintas ocasiones llama a la *usucapio* derecho de las Doce Tablas y termina con un *salto mortale* sobre todo un milenio (*ἀλλὰ ταῦτα μὲν ὁ δωδεκάδελτος· ὁ δὲ ἡμέτερος βασιλεὺς... προσέταξε...*).

2. Crítica

De este modo, los compiladores mismos de Justiniano nos invitan a dudar respecto a la continuidad real del derecho clásico hasta su propia época. Hay que añadir otros factores. La razón por la que se introdujo por todo el imperio la *longi temporis praescriptio*, y sus presumibles predecesoras, había sido que sobre el suelo provincial no podía existir propiedad civil y, por lo tanto, tampoco *usucapio*. Pero ya Diocleciano, al someter el suelo italiano a tributo, lo puso casi en pie de igualdad con todo otro suelo. Él mismo parece haber sacado la conclusión de que el suelo provincial estaba en el *dominium* privado (FV 283, 315, 316)³⁵³. La real agonía de la *mancipatio* contribuyó a la nueva asimilación de las dos categorías de suelo, y, desde Constantino, la transmisión de la propiedad se hizo por doquier mediante los mismos modos. Bajo estas circunstancias, habría sido de lo más extraño que en tema de prescripción se hubiera seguido siendo fiel a una distinción carente ya, en la práctica, de sentido y que habría supuesto una completa e inconcebible discriminación contra el que era propietario en la misma Italia. Pero dejando a un lado esto, en vista de lo extenso del imperio, el mantenimiento de esos cortos períodos habría sido más fuente de incerteza que su desaparición.

Sin embargo, no hay necesidad de semejante argumentación indirecta. Cuando Justiniano lamenta la situación de los terratenientes italianos, expresa algo sin significado real. Aquéllos no tenían necesidad de su ayuda y no habrían sacado provecho de ella. Aunque Italia en aquel tiempo nunca había dejado de pertenecer legalmente al Imperio Romano³⁵⁴, sin embargo, el rey de los ostrogodos ejerció de hecho el poder legislativo, con independencia del emperador de Bizancio³⁵⁵, hasta 535, fecha en la que su gobierno se hundió tras la embestida de las tropas de Belisario³⁵⁶.

³⁵³ Cf. así al respecto Bonfante II 1, 236 sig.; II 2, 313 sig.

³⁵⁴ Mommsen, *Schr.* VI 362 sigs., Brunner I 66 sig., Koschaker (*supra* pág. 8 nota 30).

³⁵⁵ Charles Dielh, *Justinien et la civilisation byzantine* (París, Leroux, 1901) 183.

Los juristas de Justiniano puede que no llegaran a conocer en absoluto la ley romana de los ostrogodos. De haberla conocido, hubieran considerado indigno de su posición el prestarle atención. En cualquier caso, el derecho vigente en Italia entre los años 529 y 534 sólo puede colegirse de lo que dicen las fuentes ostrogodas en la medida en que nos hablan, cosa que, en efecto, hacen. En ET 12 leemos:

Qui per triginta annos quamlibet rem iugiter possidere fuerit adprobatus, neque publico neque privato nomine patiatur aliquam penitus quaestionem. Tali autem possessori etiam auctorum proauctorumve, suorum tempora secundum legem proficere debere censemus: illud adiicientes, ut si intra triginta annos mota lis fuerit nec finita, superveniens conclusio triginta annorum eandem sine aliqua dubitatione consumat...

De manera que sólo después de un período de treinta años, algo constantemente enfatizado a lo largo de la disposición, el poseedor de bienes muebles o inmuebles estará jurídicamente asegurado frente a toda reclamación; pero le está permitido sumar al suyo el tiempo de posesión de sus predecesores. La misma *tricennii* o *tricennalis praescriptio* se menciona repetidas veces en disposiciones especiales de Teodorico, entre 507 y 526, elogiadas como *humano generi patrona* (Cass. 5.37.3) o incluidas entre las *legum culmina* (3.31.3; véase, además, 1.18.2; 2.27.2). Así, pues, no sólo está anticuado el período de uno o dos años, sino también el de diez o veinte años. Si los colaboradores de Justiniano, aunque afirmaran estar prestando atención especial a la situación en Italia³⁵⁷, dejaron de ver esto por completo, esto prueba una vez más hasta qué punto vivieron bajo el hechizo del clasicismo y cómo con esa anacrónica forma de pensar tomaron como punto de partida una situación relativa a este asunto que desde hacía tres siglos había dejado de ser real. Además, la situación legal en Italia de ningún modo se basaba en una acción legislativa personal y localmente delimitada del rey de los ostrogodos. Esto simplemente reflejaba la tendencia general de aquel tiempo. Una y otra vez parece que el derecho vivo del período intermedio debe ser extraído de sus propias fuentes y no simplemente de los a menudo cuestionables informes de Justiniano.

3. *Usucapio*

Si estoy en lo cierto, no resulta ya posible seguirle la pista a la *usucapio* como institución de la práctica, durante el período comprendido entre Diocleciano³⁵⁸ y Justiniano. El término ni aparece en el Código Teodosiano o en las subsiguientes Novelas, ni en el Epítome de Gayo³⁵⁹ o en la *Interpretatio*, así como tampoco en

³⁵⁶ Mommsen 457 sigs., Brunner I 525 sig. Incluso entonces tuvieron que pasar muchos años antes de que la compilación de Justiniano lograra entrar en Italia; cf. Brunner, *Urk.* 68 nota 2 Riccobono, SZ 34, 216, 221.

³⁵⁷ Cf. también Inst. 2.6 pr. i.f. «et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominium rerum iusta causa possessionis praecedente adquiratur».

³⁵⁸ Sobre él véase, p.ej., Taubenschlag (*supra* nota 191) 172.

las codificaciones ostrogoda, visigoda³⁶⁰ o burgundia. Tampoco aparece en las *constitutiones* de estos siglos incorporadas al Código de Justiniano. Es verdad que en el Breviario encontramos todavía una frase relativa a las *servitutes praediorum rusticorum*: «nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur» (PS 1.17.1). Pero esta afirmación procede, con toda probabilidad, del autor de las *Sententiae*, que leyó de manera incorrecta³⁶¹ a Paulo cuando quizá³⁶² dio con la regla de que la pérdida por mero no uso no daba cabida a una *usucapio libertatis*. La IP no quiso saber más de ella. Cuán poco sabían los visigodos de la vieja institución lo revela lo consignado bajo el título que, a pesar de ello, seguían trasladando, de *usucapione* (5.2). Ni siquiera una de las *sententiae* allí compiladas guarda la más mínima relación con la *usucapio*. Dondequiera que aparece *usucapio* o *usucapere*³⁶³, su uso o es simplemente figurado (Amiano Marcelino 30.4.18)³⁶⁴ o viene provocado por un antiguo modelo. De esta manera, Boecio, cuando comenta a Cicerón, Topica 4.23, habla largamente de ella³⁶⁵. Pero su información es bastante imprecisa: «Usucapio est adeptio dominii per continuationem iustae possessionis vel biennii aut alicuius temporis». Y este gran saber será repetido más tarde palabra por palabra por Isidoro (Etym. 5.25.30; cf. también 5.9.1). Igualmente, la observación de Macrobio (Sat. 1.3.9) sobre el *trinoctio abesse* es copia de Gellio, Noct. Att. 3.2.12, 13³⁶⁶. De más larga vida gozó la regla de que el *ususfructus* terminaba tras un *non usus* de uno o dos años (PS 3.6.30) y una servidumbre rústica por el de dos años (PS e IP 1.17.1), así como también la de que las servidumbres de sacar y conducir agua podían ser readquiridas por *usureceptio* de un *biennium* (PS e IP 1.17.2)³⁶⁷. De RB 17.2 y 3 se infiere que inicialmente resultaba posible crear estas servidumbres mediante uso de dos años³⁶⁸. Pero la ya muy difunta *usucapio* no estaba ni remotamente en la mente de este autor; por supuesto, respecto a este particular, ni siquiera era conocida por el derecho clásico.

4. *Longi temporis praescriptio*

La protección, en virtud de la *longi temporis praescriptio*, de la posesión de diez o veinte años basada en una *iusta causa* se establece definitivamente como regla en tiempos de Diocleciano³⁶⁹. El autor contemporáneo de las *Sententiae* men-

³⁵⁹ Acerca de esto, véase Conrat, *Gaius* 130 nota 330, y *Paulus* 138.

³⁶⁰ CE 276 init. Tiene, en cambio, *possessio*; véase también RC 27.12.

³⁶¹ El *enim*, que, en cualquier caso, no es muy lógico, podría explicarse por el hecho de que el autor suprimió del original una discusión más detallada.

³⁶² De distinta opinión ahora Giuseppe Branca, *Scritti Ferrini* (Milán) I 176; diferente también Siro Solazzi, *Bull.* 49-50, 384 sig.

³⁶³ Sobre Schol. Sinait. 44 véase *infra* pág. 184.

³⁶⁴ «(homines) tamquam avaritiae venundati et usucapti».

³⁶⁵ Cf. Bruns, *Fontes* II 74.

³⁶⁶ Cf. Seckel-Kübler I, 18.

³⁶⁷ Esto será expuesto en un artículo que aparecerá en *Studi Albertario*.

³⁶⁸ Véase *infra* pág. 191.

ciona esta *praescriptio* (PS 5.2.3). Lo más probable es que fuera él quien diera el siguiente fundamento a la regla de que *post longum silentium* no podía interponerse en juicio la no validez de una *res iudicata*: «longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, inter absentes vicennii computatur» (5.5a.8)³⁷⁰. Mientras que el derecho clásico, aquí como en otros casos³⁷¹, se habría contentado con dejar la cuestión sobre el significado de *longum tempus* a la discreción del magistrado o *iudex*, el epitomista pretendió facilitar el trabajo de la práctica mediante una delimitación precisa de tan elásticos conceptos³⁷². El que en este ejemplo emplease para su propósito la analogía con la *longa praescriptio*, como él la llama, no era, en ningún concepto, una mala idea³⁷³. Bajo Constantino esta *praescriptio* todavía estaba en vigor. En un rescripto dado entre 326 y 333³⁷⁴, que declara que la posesión antigua (παλαιὰ νομή)³⁷⁵ es incontestable después de cuarenta años, siendo indiferente la cuestión del *iustum initium* (cf. CJ 7.39.2), se afirma expresamente, como sabemos ahora por el papiro de la Universidad de Columbia Inv. Núm. 181-182³⁷⁶, que, cuando existía justa causa, la prescripción de diez o veinte años permanecía intacta. (τῆ τῆς δεκαετίας ἢ εἰκοσαετίας παραγραφῆ τὴν κάτοχον βοηθεῖσθαι) (pág. II lin. 6): Esta disposición se cita en 340 en el litigio que constituye el asunto del que trata el papiro, mas sólo lo de los cuarenta años estaba allí en discusión.

Después de eso, con una única excepción, no obstante, que discutiremos después³⁷⁷, desaparecen las fuentes que, con cierto grado de certeza o probabilidad, podría sostenerse que se referían a una prescripción de diez o veinte años³⁷⁸. Y esto es verdad aunque la normativa del último período esté repleta de límites tem-

³⁶⁹ Referencias en Taubenschlag, *loc. cit.* 172 sig.; Siber 92.

³⁷⁰ Esta frase es considerada no-clásica por Seckel-Kübler *ad h.l.*, Solazzi, *Rendiconti dell'Istituto Lombardo* 58 (1925) 317 nota 1, Biondi, *Studi Bonfante* IV 93 sig. Partsch 111 sig., 135 y en algún otro lugar es de diferente opinión (pero véase también 71 nota 7).

³⁷¹ Véase, por ejemplo, Levy (*supra* pág. 70 nota 315) 87 sigs., especialmente 92 sig., 95.

³⁷² Con respecto a esto en materia de penas, cf. Levy *Bull.* 45, 148 sigs.

³⁷³ Para la *sententia Hadriani* que alude al mismo problema, véase *infra* nota 401.

³⁷⁴ Estas fechas de la editio princeps (*infra* nota 376) son aceptadas generalmente como exactas: Wenger, *Historisches Jahrbuch der Görres-Gesellschaft* 60 (1940) 367, Riccobono núm. 96, Arangio-Ruiz, *Parerga* (*supra* Introd. nota 11) 83. Consecuente con eso es el hecho de que Constantino evidentemente todavía no conocía una prescripción sin justo título cuando escribió en el 323: «Talia enim oportet dominorum initia, quorum diuturna possessio saepe legitima proprietatum iura perfringit» (FV 249.9).

³⁷⁵ En otros pasajes este papiro habla de (παλαιὰ ἀρχή pág. 181) (pág. I, lin. 10) o (πολυχρόνιος νομή pág. 181) (pág. II, lin. 3, III, lin. 16).

³⁷⁶ Edd. Casper J. Kraemer y Naphtali Lewis, *Transactions of the American Philological Association* 68 (1937) 357 sigs. Sobre estos papiros, véase en particular Wenger, *loc. cit.*, Arangio-Ruiz, núm. 101 y *Parerga* 79 sigs.

³⁷⁷ *Infra* págs. 180 sig.

³⁷⁸ Fuera de consideración queda el Libro Siro-Romano de Derecho (*supra* pág. 116 nota 104) L 66 (y pasajes paralelos). No podemos presumir con seguridad que este pasaje refleje siquiera el derecho tal como se aplicaba en la práctica de Oriente a finales del siglo quinto. Cf. Carlo Alfonso Nallino, *Studi Bonfante* I 226 sigs.; véase también SZ 51, 550.

porales. Los papiros parecen callar por el momento³⁷⁹. Al buscar prueba al respecto en la *sedes materiae* del Código Teodosiano, el prometedor título «De longi temporis praescriptione» (4.11) resulta totalmente decepcionante. Es verdad que el título podría haber comprendido originalmente más que las dos leyes que conocemos sólo por un manuscrito del Vaticano. Pero, en cualquier caso, es significativo que los autores del Código de Justiniano, a quienes interesaba la antigua *praescriptio*, no hayan aportado al respecto ni lo más mínimo, en los títulos pertinentes 7.22, 26-31, 33-36 (a diferencia de 7.37-39), que date del período entre Constantino y Justiniano. Y el Breviario carece de cualquier cosa que se corresponda con CT 4.11. Sin embargo, aquellas dos leyes no muestran conexión alguna con la *longi temporis praescriptio* clásica o de Justiniano. El c. 1 (316), que declara segura toda pacífica posesión adquirida mediante donación imperial³⁸⁰ antes del décimo aniversario del reinado de Constantino³⁸¹, ni siquiera presupone el transcurso de un determinado período de tiempo³⁸². El c. 2 (349) contiene este requisito, pero el período no es ni de diez ni de veinte años, sino de cuarenta: «Annorum quadraginta praescriptio, quam vestustatem leges ac iura nuncupare vuluerunt, admitenda non est, cum actio personalis intenditur». La exclusión de las acciones personales, que había sido enfatizada medio siglo antes para la *longi temporis praescriptio* clásica (CJ 7.35.5 [293]; cf. Papin. FV 7), se aplica aquí a la prescripción de acciones por el transcurso de cuarenta años, lo cual deja claro que la disposición de Constantino (P. Columb.) hubo de seguir aplicándose sólo a las *actiones in rem*. Pero mientras Constantino todavía hace referencia a la *praescriptio decem vel viginti annorum*³⁸³, sus hijos no le prestan a esto la menor atención. El tenor general de la norma y lo erróneo³⁸⁴ de asemejar los cuarenta años con la *vetustas*, frecuente en juristas y disposiciones antiguos, dan la clara impresión de que esos más cortos períodos de tiempo no desempeñaron un papel importante en la práctica.

Esta impresión se ve reforzada por los fuentes que nos quedan. La mayor parte de las numerosas *constitutiones* que mencionan una (*longi temporis praescriptio* o algo por el estilo³⁸⁵ niegan su aplicabilidad y, por lo tanto, no indican en abso-

³⁷⁹ Cf. también Taubenschlag, Law 183 sig., 323.

³⁸⁰ Las siguientes palabras *aut quocumque modo*, que son incongruentes con el subsiguiente *secundum ius enim haec intelligitur esse possessio*, no pueden haber formado parte del texto original; cf. *infra* nota 446. De acuerdo Solazzi, *SDHI* 10 (1944) 223.

³⁸¹ Véase *supra* págs. 21, 28.

³⁸² Para los detalles véase Godofredo.

³⁸³ También habla del *iustum initium* con respecto al período especial de los dieciséis años en CT 4.8.7 (331): «nullo praecedente iusto legitimae possessionis initio».

³⁸⁴ Bonfante II 2, 272 nota 2.

³⁸⁵ La reconstrucción de Mommsen de CT 8.18.5 (349) no es lo bastante segura a efectos de ser utilizada: P. Krüger, *SZ* 37, 95 sigs. Fuera del derecho privado caen CT 8.4.30=12.1.188 (436); NV 11 i.f. (443); CJ 7.39.5 (Anast.). La *temporis praescriptio* en NT 17.1.3 (439) se refiere a un período de espera de un año. Si Constantino CT 4.9.1 (319)=CJ 7.10.7 señalaba hacia una adquisición de la libertad mediante prescripción (*obiecta legitima praescriptione*), es algo sobre lo que se ha dudado siempre. Para afirmarlo, véase IT (*temporibus*), que, sin embargo, no indica la duración del

p l a z o .

luto la extensión del período: CT 13.6.5 (367)³⁸⁶; CJ 11.48.7.3 (371); CT 15.1.22 (383); CJ 11.66.5.1 (383); CT 2.26.4 (385)³⁸⁷; CJ 7.38.2 (387); CT 2.26.5 (392)³⁸⁸; 15.4.9 i.f. (395); 10.1.15 (396); NT 19.1 (440); 24.4 (443); CJ 6.61.4.3 (472); 11.43.9 i.f. (Zenón). Además, había numerosos períodos especiales. Así los *bona vacantia*, no exigidos por el *fiscus*, podían ser adquiridos en virtud de una *quinquennii praescriptio* (CT 4.15.1 [421])³⁸⁹. Bajo ciertas circunstancias, la libertad podía conseguirla por el transcurso del tiempo cualquiera que «qui diuturno tempore, hoc est per viginti annorum spatia, in libertatis possessione duravit» (CT 4.8.9 [393])³⁹⁰. Un *colonus* podía ser adquirido tras una posesión de treinta años, un *colona* tras veinte años (CT 5.18.1 pr. § 3 [419] e IT; véanse también NV 27.6 [449] y 31.1, 2 [451] con INV)³⁹¹. El que esos veinte años no tengan nada que ver con la antigua *longi temporis praescriptio*, se sigue, en el último caso, de la consecuencia lógica de la diferenciación misma entre veinte y treinta años, y, en el primer caso, del hecho de que la adquisición de la libertad, como innovación que era, había de tener lugar sólo bajo determinadas condiciones, en ausencia de las cuales «antiqui iuris forma servetur». En ninguno de estos ejemplos existió la alternativa de los diez o veinte años, o la distinción entre partes *praesentes* o *absentes*³⁹².

Para negarlo, Thalelaeus (Heimb. IV 763 al final) y Bas. 48.16.7 i.f. (*ibid.*), que lo interpreta en el sentido de significar ello que el *dominus* estaba presente en la manumisión llevada a cabo por el no propietario o que, teniendo conocimiento de ello, guarda silencio. Para las *praescriptiones tempore* procesales de finales del período, véase ahora, en general, Steinwenter, SZ 65, 98 sigs.

³⁸⁶ Cf. también eod. 3; 9; 10.

³⁸⁷ Cf. también Cs. 9.4. i.f.

³⁸⁸ «sine observatione temporis». Justiniano en CJ 3.39.6 introduce este significativo cambio: «discernimus in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere».

³⁸⁹ Con anterioridad, el período era de cuatro años. Antonino Pío en D 49.14.1.2; Constancio CJ 7.37.1 (355), cuya segunda frase parece referirse a la misma disposición de Constantino que se menciona en CT 4.15.1 y de la cual se conserva otra parte en CT 10.1.3 (319); véase, además, Símaco *Relat.* 41.1, 2 (384). Cf. Godofr. *ad* CT 4.15.1. Justiniano vuelve a introducir los cuatro años. Por lo tanto, no adoptó CT 4.15.1.

³⁹⁰ Albertario V 246 sigs. mantiene que el inciso «hoc est... spatia» se insertó más tarde. Pero su razonamiento no parece convincente. El patrón aplicado al lenguaje de un jurista clásico no puede ser utilizado en el caso de un escritor sobre materias jurídicas del año 393. Además, las palabras «sed liber adsistat et statum suum ipse tueatur» también muestran que con anterioridad a la Interpretatio una persona que realmente viviera en condiciones de libertad se convertía legalmente en persona libre (véase también *infra* pág. 182). Justiniano hace referencia a esta regla al reconocer la adquisición de libertad tras veinte años: CJ 7.22.2. Sobre la interpolación de este pasaje, véase Albertario I 76 sig., II 445 sig., Bonfante I 170, III 188.

³⁹¹ En el mismo sentido ET 68 y 69.

³⁹² La distinción entre *inter praesentes* e *inter absentes* se hace en CT 2.27.1.3 (421), pero aquí los períodos son de veinte y treinta años y están en conexión con una disposición temporal concerniente a la presentación de reconocimientos escritos de deuda. De acuerdo con CT 12.19.2 (400) (véase también c. 3) la propiedad no puede hacerse valer ya más con respecto a un *colonus* «qui curiae vel collegio vel burgis ceterisque corporibus intra eandem provinciam per XXX annos, in alia XL sine interpellatione servierit»; treinta años son dispuestos sólo en C.J 11.66.6.

5. El período de treinta años

La prueba negativa puede ser completada con hechos positivos. El plazo de cuarenta años de Constantino, que parece haber sido el normal a mediados del siglo cuarto (CT 4.11.2), fue gradualmente suplantado por el de treinta años³⁹³. Es verdad que la famosa disposición sobre prescripción de acciones de 424 (CT 4.14.1) se refiere en principio a todo tipo de acciones, incluidas las *personales acciones*, que, bajo CT 4.11.2, no se habían visto hasta entonces afectadas por el período de prescripción fijada en aquélla. Pero las palabras introductorias muestran que el período de treinta años estaba ya en vigor para las acciones que perseguían la recuperación de una cosa específica³⁹⁴: «Sicut in re speciali est, ita ad universitatem ac personales acciones ultra triginta annorum spatium minime pretendantur». Honorio (muerto en 423) ya se encontró con esto como derecho, pues ordenó que la prescripción de treinta años sobre tierra ocupada por los vándalos quedase en suspenso mientras durase la ocupación (νόμον ἔγραψεν ὅπως ὁ τῶν Βανδύλων χρόνος, ὃν ἂν ἔν γε τῇ Ῥωμαίων ἀρχῇ διατρίβοιεν, ἐς ταύτην δὴ τὴν τριακοντοῦτιν παραγραφὴν ἤκιστα φέροιο: Procop. Πεπὶ τῶν πολέμων 3.3.3)³⁹⁵. Si esta prescripción se basaba en una ley para nosotros desconocida, no puede colegirse de las palabras de Procopio νόμου δὲ ὄντος Ῥωμαίοις. La probabilidad, sin embargo, no es muy grande. En vista del reconocimiento general que el período de treinta años inmediatamente ganó, los autores del Código Teodosiano, y más tarde los del Breviario, difícilmente nos habrían ocultado esa disposición. Sería mucho más admisible suponer que este período había sido desarrollado, en conexión con los cuarenta años de Constantino, por el derecho vulgar. A esto apunta, lo primero de todo, un texto que podría muy bien considerarse como la prueba más antigua. En dos cartas que datan de 396 o de 397, Símaco relaciona un caso en el que el *procurator* de cierto *delator*, Eusebio, demandó al senador Ampelio para que le devolviese una casa situada en Roma, que Ampelio había comprado en tiempos y que tenía en posesión desde hacía treinta años: «Triginta annorum die incanuit aetas possessionis... Nunc procurator... inveterata iura supplicationibus quatit, degustat iudicia omnium potestatum, coeptarum actionum exitus deserit, instaurat exordia, Romanum criminatur tribunal, non possessionis antiquitatem, non dignitatis senatoriae praerogativam, non praefecturae existimationem sinit inconsussam manere+... (ep. 5.54.2, 3). Y más adelante: «Contractus istius origo iusta, aetas prope saecularis, intemptata possessio est». Pide al destinatario que se dirija al *comes rerum privatarum* que se ocupaba del proceso³⁹⁶, acerca del cual dice: «est aequi servantissimus, et qui libentius communi iuri cedat quam potestati suae faveat; scit enim leges honoribus esse potiores...» (ep. 5.66.2, 5). Es significativo el modo como aquí in-

³⁹³ Cf. Puchta, *Instit.* § 208, nota r; Wenger (*supra* nota. 374) 369. Véase además *infra* nota 423.

³⁹⁴ *Infra* págs. 210 sig. Para las que siguen a continuación, véase también el relevante comentario de Godofr. a CT 4.14.1.

³⁹⁵ Véase también NV 35.12 (452). CT 4.14.1 en § 2 establece una suspensión general del período de prescripción; véase también IT.

³⁹⁶ Seeck en la *edition* pág. CLV sig.

tercede Símaco por Ampelio. Señala que una posesión pacífica de treinta años con *origo iusta* (= *iustum initium*) es suficiente para proteger al demandado, de acuerdo con los *iudicia omnium potestatum*, la *praefecturae existimatio*, el *commune ius* y las *leges*. Esta, a pesar de su prolijidad, vaga manera de expresarse no habría sido utilizada por el autor, que en otras ocasiones es mucho más preciso, si hubiera podido invocar una determinada disposición imperial. La *constitutio* de Constantino, por supuesto, no servía de ayuda porque Ampelio todavía no llevaba en posesión cuarenta años, y los rescriptos dados dos siglos antes, que mantenían como suficiente la posesión durante diez años³⁹⁷, evidentemente ya no eran considerados como vinculantes. El que los detalles de este «derecho consuetudinario» aún no hubiesen cristalizado es algo que también puede deducirse del hecho de que el autor vio oportuno alegar el *iustum initium*³⁹⁸, que, tras la fijación legal del nuevo tipo de prescripción, ya no se requirió más.

Ciertamente no es nada nuevo que una fijación del tipo de la señalada constituya frecuentemente el último estadio en el desarrollo ya del derecho provincial como del vulgar. Incluso la *longi temporis praescriptio* clásica «puede que originalmente no haya sido sino lo que su nombre indica, y puede que la determinación positiva del *longum tempus* sólo haya seguido más tarde a través de las constituciones imperiales»³⁹⁹. Mientras no llegó ese momento, los períodos fluctuaron a discreción del concreto magistrado ante quien se apelara. Así Senecio, el subprefecto de la flota en el Miseno, desestimó la *vindicatio* contra un soldado por un inmueble allí situado, sobre la base de que el demandado, y antes su padre, «semper in possessione fuerint» (Bruns, núm. 187, Arangio-Ruiz núm. 86; siglos segundo a tercero). Fuera del derecho de propiedad, Trajano sostuvo en ocasiones, que el transcurso de veinte años (Plinio ad Traj. 110-111) era suficiente, y Adriano el de diez años (Sentent. Hadr. 9)⁴⁰⁰, sin indicar, no obstante, qué habrían considerado ellos período mínimo⁴⁰¹. En Egipto, bajo los edictos promulgados por los prefectos en el siglo primero⁴⁰², las obligaciones personales expiraban después de cinco o diez años⁴⁰³ (P. Flor. 61=Mitteis, Chr. núm. 80 lin. 45

³⁹⁷ BGU 267; P. Strassb. 22 (Bruns núm. 87 y 192=Riccobono núm. 84 y 85).

³⁹⁸ En ningún caso podría servir esto como base para concluir (véase Partsch 151 sig. en contraste con la interpretación más aceptada: Godofredo, Unterholzner, Puchta, Demelius, Esmein) que Símaco estaba todavía familiarizado con la antigua *longi temporis praescriptio*.

³⁹⁹ Lenel, SZ 27, 80.

⁴⁰⁰ De acuerdo con el cálculo de Eduard Böcking, *Dosithei Magistri interpretamentorum liber tertius* (1832). Una edición (parcial) más reciente en *Corpus Glossariorum Latinorum* III (1892) 34.

⁴⁰¹ Trajano: «largitiones ex publico... factas ante aliquantum temporis retractari atque in irritum vindicari non oportet. Quidquid ergo ex hac causa actum ante viginti annos erit (como había sido cierto en este caso) omitamus». —«Hadrianus inquisivit quando pater tuus confiscatus esset». A la respuesta «ante annos decem», replica: «si perimus (léase: coeperimus) res aut bene aut male iudicatas revocare, nihil consummatum erit».

⁴⁰² Sobre el período Ptolemaico, véase Partsch 125 sigs., Ulrich Wilken, *Urkunden der Ptolemäerzeit* II (Berlín, De Gruyter, 1935) 83.

⁴⁰³ El (δεκαετη χρονον pag. 186) en la incompleta línea 19 de col. I en PSI IV 281 (siglo segundo) podría tener alguna conexión con esto.

sigs.)⁴⁰⁴, y en el año 85 el gobernador Septimio Vegeto sostuvo que veinte años era el período máximo (*ibid.* lin. 62 sigs.)⁴⁰⁵. Igualmente, en el año 131 un demandado hizo objeciones (ἐκ τε τοῦ πολυχρόμιον εἶναι), tras haber transcurrido dieciocho años (P. Oxy. 68=Mitteis núm. 228 lin. 13 sigs.). Además, los mismos emperadores que no admitían la prescripción de cuarenta años para las *actiones personales* ordenaron de manera expresa al juez que tuviese en cuenta, en beneficio de los deudores, la *vetustas* de las reclamaciones (CT 4.11.2 [349]: «Sed quamvis actio pecuniae postulatae exceptione temporis non finiatur, iudex tamen debet inspicere, quae temporis intervalla nullis iustis causis existentibus fluxerint, et instrumenti vetustatem, ut diligentius his consideratis ex officio iudicantis, quid pronuntiari super huiusmodi actionibus oporteat, aestimetur».

La razón por la que a lo largo del siglo cuarto el requisito de los cuarenta años se redujera a treinta sólo puede ser naturalmente objeto de conjetura. Aquel período debió de parecer excesivamente largo; el segundo puede que haya tenido en sí mismo algo que lo hiciera encomiable, si es que fue puesto en conexión con el concepto de generación, habiéndose desarrollado de este modo a partir de la idea de que la posesión ininterrumpida durante toda una generación daba condición de duradera a la situación existente y que, en correspondencia, ese silencio durante tanto tiempo parecía lo suficientemente amplio como para justificar la pérdida del derecho⁴⁰⁶. Es verdad que el concepto de generación (γενεά), y el cálculo de su duración media en treinta años, tuvo su origen en Grecia⁴⁰⁷. Pero la idea hacía tiempo que era familiar a los romanos. Éstos, con frecuencia pero no siempre, traducían γενεά con *saeculum*⁴⁰⁸, que en su sentido original y más estricto⁴⁰⁹ significa de hecho el período ordinario de tiempo que discurre entre el nacimiento del padre y el del hijo⁴¹⁰. Símaco, en el pasaje arriba citado⁴¹¹ (ep. 5. 66. 2), también denomina el lapso de treinta años como *aetas prope saecularis*.

⁴⁰⁴ Véase Mitteis, SZ 27, 225 sig.; Benedict Frese. *Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben* (Halle, Niemeyer, 1909) 12 sigs.

⁴⁰⁵ Cf. Partsch 129 sigs.

⁴⁰⁶ En Puchta, *Inst.* II § 208 I ya aparece la referencia a la «práctica que el emperador aprobó de esa manera y con el límite temporal de una generación». Puchta tenía aquí en mente los cuarenta años a los que se hace referencia en CJ 7.39.2 y CT 4.11.2.

⁴⁰⁷ Véase, p.ej., Wilhelm Schmid y Otto Stählin, *Griechische Literaturgeschichte* I (Munich, Beck, 1929) 689 nota 3, 696 nota 2, II 635; Hermann Fränkel, *American Journal of Philology* 59 (1938) 89 sigs., Donald W. Prakken, *Studies in Greek Genealogical Chronology* (1943) 1 sig.

⁴⁰⁸ Plin., *Natural. Hist.* 16.95.150: «saeculi post tricesimum annum» Servio en Vergil. Aen. 8, 508: «dicta 'saecula' etiam in uno homine secundum eos qui dicunt saeculum triginta annos habere; nam alii colunt centum et decem, alii mille annis putant saeculum contineri» Pero véase Censorino, *De die natali* 17.2: «qui annos triginta saeculum putarunt, multum videntur errasse». Sobre esto, véase Mommsen, *Römische Chronologie* (2ª ed., Berlín 1859) 183 nota 359.

⁴⁰⁹ Documentación en Karl E. Georges, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch* h.v. (Leipzig 1879 sigs.).

⁴¹⁰ De aquí que también *saeculum*=época, p.ej. *saeculum nostrum* en muchas *constitutiones*: p.ej. CT 7.20.2 (326); 9.40.17 (*bis*) (399); 10.10.19. i.f. (387); 16.2.6 (326); eod. 47 (425). Véase también Símaco. *Relat.* 16 (384).

⁴¹¹ *Supra* pág. 176.

En Occidente, el período de treinta años, que «humano generi profunda quiete prospexit» (NV 27.3), cada vez más fue siendo aceptado como requisito común para la prescripción⁴¹². Valentiniano III promulgó una voluminosa disposición «de triginta annorum praescriptione omnibus causis opponenda» (Nov. 27 [449]; esp. §§ 3 y 4), completándola con disposiciones adicionales en la Nov. 35 (452), esp. §§ 12 y 13, también § 6. Asimismo, Mayoriano (Nov. 7.1 [458]) empleó *triginta annos* como la medida de tiempo establecida. La Interpretatio ofrece un exhaustivo examen de la *lex tricennalis* (INV 35 lin. 163 sigs., 203 sigs.; cf. también lin. 142 sig. e IT 4.8.6 lin. 8; 4.14.1; INV 27; INM 7 init.). Ya hemos mencionado los edictos ostrogodos⁴¹³. Eurico adopta el mismo período como regla básica (CE 277), y los últimos reyes visigodos hacen lo mismo (LV 10.2.3-6), así como los reyes burgundios (LB 79.2, 3, 5; RB 31.1; 39.3; 44.1)⁴¹⁴. Papas⁴¹⁵ y escritores⁴¹⁶ del siglo quinto hacen referencia a este período, y los concilios eclesiásticos lo aplican⁴¹⁷. Desempeña su papel en los *capitularia* de los merovingios⁴¹⁸, en las colecciones francas de *formulae*⁴¹⁹, en las leyes lombardas⁴²⁰ y en la Lex Romana Curiensis⁴²¹. Dondequiera que en el ámbito germánico más antiguo aparece la adquisición por larga posesión, procede ésta del derecho romano tardío⁴²². Tan profundamente entra en la conciencia de ese tiempo la fuerza subsanadora o extintiva de los treinta años, que el rey visigodo Recesvinto (alrededor de 654) la consideraba como una ley que se derivaba de la naturaleza misma de las cosas más que como un mero expediente ideado por hombres (LV 10.2.4): «Tricennalis ergo transcursio temporum cum tam constanter inolevisse videatur in negotiis actionum, ut non iam quasi ex institutione humana, sed veluti ex ipsarum rerum videatur processisse natura, idea valitura sanctionis huius eternitate decernitur, ut...»

Las características positivas y negativas de este desarrollo se complementan a la perfección. De forma paralela a la aparición de la adquisición del derecho tras

⁴¹² Aparte de éste, como siempre, existen otros períodos para casos especiales.

⁴¹³ Véase *supra* pág. 172.

⁴¹⁴ Cf. también Zeumer, *NA* 23, 460 sigs.

⁴¹⁵ Felix III en su *Epistula*, en Migne 58, 944 sig.; Gelasio I, *epist.* 10 (Migne 59, 57).

⁴¹⁶ Pedro Crisólogo, *Sermo* 145 i.f. (Migne 52, 591). Sidonio Apolinar, *epist.* 8.6.7 (*MGH, Auctores antiquissimi* VIII 131) informa de cómo el retórico Flavio Niceto popularizó la *lex de praescriptione tricennii* por toda la Galia, donde, en aquel tiempo todavía no era conocida en la práctica judicial.

⁴¹⁷ Calcedonia 451 can. 17 (Mansi, *Sacrorum Conciliorum Collectio* 7, 397); Orleans 511 can. 23 (*saeculari lege*) en *MGH, Legum Sectio* 3, I 7 sig.; Orleans 538 can. 13 (pág. 77); Toledo 633 can. 34 (Mansi 10, 628 sig.).

⁴¹⁸ Childeberto II (596) c. 3 (*MGH, Legum Sectio* 2, I pág. 15): treinta años *inter absentes* mientras que, por lo general, con diez años era suficiente *inter praesentes*; Chlotario II, praeceptio c. 13 (*ibid.* pág. 19): treinta años a favor de las iglesias y de los romanos, «intercedente tamen iusto possessionis initio». Véase sobre esto Savigny, *Gesch.* II 97 sig., también *infra* nota 430.

⁴¹⁹ Form. Andec. 10a. Turon. 39.

⁴²⁰ Grimoaldo 4, Liutprando 54 y 115. Los cuarenta años se aplica sólo a un caso específico: Liutpr. 70.

⁴²¹ 18.11.

⁴²² Cf. Heusler, *Die Gewere* (1872) 80 sigs., Schröder 411 nota 117, 413 nota 129.

cuarenta años, y luego⁴²³ después de treinta, cayó en olvido la *longi temporis praescriptio* de diez o veinte años⁴²⁴. La fundamental disposición de 424 (CT 4.14.1) ni siquiera la considera digna de mención. La disposición (§ 3) establece sólo de manera muy sumaria que no se propone afectar a las acciones antañónas temporales: «non illae (acciones) quae antiquitus fixis temporibus limitantur». Esto queda enteramente explicado, aunque en forma no menos sumaria, en IT: «Nam et hoc lex ista evidenter exponit, ut, sicut illa quae perpetua erant ad tricennium iussa sunt revocari, ita omnes causae, quibus infra tricennium tempora constituta sunt, suis quibusque locis et temporibus observentur, hoc est, ut quaecumque seu de vicennio seu de decennio seu de quinquennio seu de anni spatio posita sunt et his similia nullatenus ad tricennium perducantur»⁴²⁵. A partir de esta observación posiblemente no se podría inferir que los períodos de veinte y diez años allí citados lo hayan sido para poner de manifiesto su diferencia respecto a los demás, o que en algún tiempo hubieran sido de aplicación universal. Aparecen nivelados con los de cinco años, un año y períodos «similares». Al igual que estos últimos, su mención se relaciona con el hecho de existir un gran número de límites temporales específicos⁴²⁶ a lo largo y ancho de la nueva legislación. Proporcionan un argumento adicional no *para* sino *contra* la continuidad de la *longi temporis praescriptio* clásica.

Ya hemos puesto de relieve⁴²⁷ hasta qué punto, en otros aspectos también, la mayor parte de la Interpretatio se basaba en la *lex tricennalis*. Por lo tanto, es de lo más extraño que la Interpretatio a PS 5.2.3 y 4 incluya la siguiente afirmación: «Viginti annorum non requisitam possessionem, si tamen iustum possidendi initium intercessisse probatur, possessori prodesse certum est. Iustum autem initium est emtionis...»⁴²⁸ Huius autem rei praescriptio inter praesentes decennii est, inter absentes vero vicennii computatur». La explicación a estas palabras sólo puede encontrarse en el hecho de que el intérprete, como en otros muchos pasajes, no se atrevió a apartarse demasiado de su texto porque no captaba ya completamente su significado. En la oración final se mantuvo fiel a PS 5.2.3. En la inicial siguió a PS eod. 4, aunque no del todo, motivo por el que omitió *etiam adversus rem pu-*

⁴²³ Los cuarenta años, que probablemente, incluso antes, no se habían practicado más que en casos esporádicos (cf. CT 12.19.1,2; *supra* nota 392), después de 424 desaparecieron totalmente durante mucho tiempo en Occidente: «...omnia tempora, quae... negotia extendebant... in quadraginta annos... intra triginta annorum curricula concludantur (INV 35, lin. 163 sigs.). Sin embargo, en Oriente Anastasio volvió a introducir los cuarenta años como período subsidiario (CJ 7.39.4-6; véase Karl A. D. Unterholzner, *Verjährungslehre*, 2ª ed. [1858] I 58 sigs.), y Justiniano los aceptó para ciertos casos (eod. 8 y 9). De aquí que también lo hiciera el Papa Gregorio I, *Epist.* 7.36.

⁴²⁴ Cf. también Godofr. a CT 4.14.1.

⁴²⁵ De forma parecida, pero sin mencionar las cifras, INV 35, lin. 168-70, en conformidad con la pequeña observación en NV 35.12 i.f. Cf. también NV 27.6.

⁴²⁶ Para algunos pocos ejemplos, véase *supra* pág. 175. Otros ejemplos son muy fáciles de encontrar. Para *annus* cf., p.ej., CT 10.1.1 (315); 13.9.1 (372); IT 2.4.5 y 6; 4.22.1 y 6; IP 5.6.1; ET 76; Cass. 4.39.4; 4.44.1; 7.8.3; para *biennium* CT e IT 2.15.1; CT 5.11.12; NT e INT 13; también *supra* pág. 172; para *decennium* CT 12.1.56 (363); 16.2.19 (370); 6.35.12 (383); 8.4.28 (423).

⁴²⁷ Antes, nota 413.

⁴²⁸ Las palabras que siguen a continuación, que no son aquí de interés, se discutirán en otro sitio; mientras, cf. *Atti*, Roma II 39 nota 33.

blicam y con ello suprimió los hechos sobre los que versaba esta *sententia*⁴²⁹. Sin embargo, esta omisión, en unión de su negligente utilización conjunta de dos *sententiae* que discutían casos distintos, condujeron al resultado grotesco de que, de acuerdo con la primera sentencia, eran necesarios veinte años, mientras que, con la última, *inter praesentes* se requerían tan sólo diez años para obtener el derecho. Que se tolerara un tal género de palpable contradicción prueba una amplia ausencia de reflexión⁴³⁰. En cualquier caso, este pasaje, dependiente como es de su modelo y confuso en sus contenidos, no puede prevalecer sobre exposiciones más completas y consistentes que la *Interpretatio* ofrece en otros sitios. El pasaje es incapaz de aportar prueba alguna acerca del derecho vivo de su tiempo.

6. Prescripción de la acción del propietario y adquisición por larga posesión

En lo precedente, la disposición de 424 sobre prescripción de acciones, junto con las disposiciones que se siguieron, han sido utilizadas como fundamento para la adquisición por larga posesión, y, en general, no se ha distinguido en materia de propiedad entre prescripción de acciones y adquisición de derechos. Esto está en línea con la situación del derecho vulgar. Cualquiera que estuviese en posesión durante mucho tiempo sin haber sido aún, de alguna forma, demandado jurídicamente por ello, era considerado como propietario. Los juristas de aquel período ni querían percibir ni eran capaces⁴³¹ de percibir diferencias aquí entre la protección jurídica meramente defensiva y activa, o entre posesión protegida y propiedad. Poco importa que unas veces pusieran más énfasis en la *taciturnitas* del demandante o poseedor anterior y que, otras veces, lo hicieran sobre el control de hecho y pacífico del demandado o poseedor actual. Según ellos, no cabe dudar de la adquisición del derecho por el poseedor de largo tiempo⁴³². La prueba más sorprendente la presenta el mismo papiro de Columbia (a. 340) que fue el primero en transmitir el texto (abreviado) del rescripto de Constantino⁴³³ sobre la *praescriptio XXXX annorum*⁴³⁴. Aquí el *defensor civitatis* decide finalmente (pág. III lin. 12 sigs.) que una parcela de tierra pertenecía a las peticionarias debido a su πολυχρόνιος νομή

⁴²⁹ No está muy claro lo que puede haber tenido en mente. De acuerdo con Conrat, *Paulus* 138 sig., entendía por *res publica* el fisco más que el municipio, y, por lo tanto, consideró el período de cinco años de IT 4.15.1 como aplicable aquí también. Pero en otras partes, la *Interpretatio* está bastante familiarizada con *res publica=civitas*; IT 2.18.3; 4.12.3; 10.3.2.

⁴³⁰ De aquí que las revisiones posteriores eliminaran esta incongruencia: Epit. Aegidii *ad hunc locum*; RC 27.2.2. Cf. además el *Decretio* de Childeberto (*supra* nota 418).

⁴³¹ Sobre la temprana maduración de la *longi temporis praescriptio* clásica en modo de adquisición del *dominium* (de acuerdo con la observación de Justiniano en CJ 7.39.8 pr. i.f.), véase Puchta, *Inst.* § 240 nota f., Perozzi I 667, Bonfante II 2, 214 nota 2. Wenger (*supra* nota 374) 360, 369 sig. (con referencias a otros muchos en desacuerdo). Para observaciones acertadas sobre el derecho vulgar, véase Patsch 156 sig.

⁴³² Así en conclusión ya en Alfredo Ascoli, *Studi Scialoja* I (1905) 477 sigs.

⁴³³ Constantino dispone asimismo: *securi possideant* en CT 4.11.1 (316).

⁴³⁴ *Supra* pág. 174.

(ἐχέσθαι Ἑρωείδα καὶ Ταῆσιν τῶν αὐτῶν γηδίων), si bien ellas mismas negaban esto para evitar el pago del impuesto sobre la tierra⁴³⁵. De forma parecida, CJ 7.39.2 (365) habla de *ius proprietatis*, CT 10.1.15 (396) de *proprietatis nostrae privilegium* y Símaco⁴³⁶ de *possessionis antiquitatem inconcussam manere*. Según IT 5.18.1 *colonom alienum... ac si suum vindicet*, cualquiera que lo haya tenido en su posesión durante treinta años.

Anastasio⁴³⁷ establece que el poseedor que no ha sido demandado durante cuarenta años⁴³⁸ ha de quedar completamente *securus* (CJ 7.39.4.2 [491]), que tales personas *pro certo habeant suum esse quod possident* (CJ 11.62.14.1 [491]) y que *de possessione rei seu dominio nequaquam removeri* (CJ 7.39.6.1). Al mismo tiempo hace énfasis en el principio de la *accessio possessionis* (CJ 11.62.14 pr.). Teodoro, que también lo hace (ET 12), trata en otra ocasión de un caso en el que la Iglesia poseía una casa en Roma: «per annorum longa curricula... quieto iure... possedisse et in usus alios transtulisse securitate dominii» (Cass. 3.45.1). El canon 18 del *concilium* de Epao (517) establece que una determinada posesión «in ius proprietarium praescriptione temporis non vocetur». En el mismo sentido, cualquiera podía adquirir su libertad si se había conducido como hombre libre durante veinte años (CT 4.8.9 [393] e IT)⁴³⁹ o treinta años (NV 35.6 [452] e INV; RB 44.1)⁴⁴⁰.

De acuerdo con la doctrina dominante, Justiniano fue el primero en elevar la prescripción de treinta años de las acciones a modo de adquisición. Pero más bien debería decir, en cambio, que él quebró en ese momento la identidad que hasta él había existido entre las dos instituciones. El derecho por él establecido lo formula Windscheid⁴⁴¹ con total corrección: «La adquisición extraordinaria por larga posesión requiere únicamente la conclusión de la prescripción de la acción del propietario para la cosa retenida, en caso de posesión de buena fe». Este requisito adicional de *bona fides* para la adquisición de la posesión es una innovación de Justiniano, que buscó asimilar así esta *praescriptio* más estrechamente a la prescripción de diez o veinte años por él rescatada. De hecho, esto se encuentra expresado de manera muy clara en CJ 7.39.8.1. Afirma que cualquiera que hubiese perdido la posesión de alguna cosa, de la cual el «dominus... exceptio triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium (i.e. la *vindicatio* garantizada en el *principium*) non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestare censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuit, simili possit uti

⁴³⁵ Cf. Wenger 369 sig., Arangio-Ruiz núm. 101 y *Parerga* 80, 91 sigs.

⁴³⁶ Véase *supra* págs. 176 sig.

⁴³⁷ Véase también Zenón CJ 7.37.2 pr. para el período de cuatro años: «aliquas actiones in rem dominii vel hypothecae gratia».

⁴³⁸ Cf. *supra* nota 423.

⁴³⁹ Véase también *supra* nota 390.

⁴⁴⁰ Cf. además la afirmación en CJ 7.39.4.2 (491) de que él «sit liber» en cualquier caso después de cuarenta años.

⁴⁴¹ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (6ª ed., Francfort del Meno, 1887) I § 175.

praesidio; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur...» Antes de Justiniano, con treinta años de posesión el poseedor adquiriría la cosa *indiscrete*, esto es, incluso si había adquirido la posesión con mala fe. Bajo el νόμος mencionado por Procopio⁴⁴², los propietarios no podían proceder, después de treinta años, contra aquellos que los habían arrojado por la fuerza: τούτους δὴ οὐκέτι εἶναι κυρίους ἐπὶ τοὺς βιασαμένους ἰέναι, ἀλλ' ἐς παραγραφὴν αὐτοῖς ἀποκεκρίσθαι τὴν ἐς τὸ δικαστήριον εἴσοδον.

Al igual que CT 4.14.1 init., ET 12 no dice nada sobre la buena fe. De acuerdo con Cass. 1.18.2, el *praesumptor barbarus*, que tomaba posesión de la tierra de un romano, estaba protegido después de treinta años; según 3.31.3 «huius nefandissimae rei dominus tricennii praescriptione munitur». En el mismo sentido, Eurico dispone (CE 277) que «alias omnes causas, seu bonas seu malas, quae intra XXX annis definitae non fuerint ..., nullo modo repetantur». LB 79.3, basándose en esto (véase también 79.2 y RB 39.2), establece que: «si impletis XXX annis terra a quocumque, etiamsi pervasa fuisse dicatur, non fuerit restituta, nihil sibi reddendum esse cognoscat». Así también en CJ 11.66.5 (383) y CT 10.1.15 (396)=CJ 7.38.3=CJ 11.67.2 la *longi temporis praescriptio* está excluida no por la *usurpatio* o la *temeritas* de los poseedores, sino posiblemente porque se veía afectada propiedad imperial o, como dice el primer texto, «quia satis iniustum est statum florentis ante patrimonii aridae sitis molestia fatigari». Tal denegación del recurso no requería, sin embargo, ninguna justificación especial. En CJ 8.18.1 i.f (315)=CJ 6.60.1 y CJ 6.61.4.3 (472) o en CT 13.6.5 (367) y NT 24.4 (443)=CJ 11.60.3 la adquisición, en algunas situaciones, les era denegada a poseedores de buena fe. A la misma categoría pertenece la decisión que mantiene que los *rusticos censitosque servos* que hubieran sido vendidos *absque terra* no podían ser adquiridos por larga posesión (CJ 11.48.7.3 [371]). No es muy creíble que los emperadores de ese año hayan podido dar la muy cuestionable razón que sigue: «mala fide namque possessorem esse nullus ambiget, qui aliquid contra legum interdicta mercatur». Estas palabras probablemente fueron añadidas por los colaboradores de Justiniano para adaptar la disposición a la reforma de CJ 7.39.8.1.

El requerimiento de la *bona fides* fue, con toda probabilidad, eliminado sin demora al introducirse el nuevo derecho relativo a la larga posesión. Comprensiblemente, fue eliminado al mismo tiempo que el *iustum initium*, que ni era necesario para la prescripción de cuarenta años (P. Colum. cit., CJ 7.39.2 pr.) ni más tarde lo fue para la de treinta años. Si no hacemos caso de IP 5.2.4, que se refiere a la anticuada prescripción de veinte años⁴⁴³, la discusión jurídica⁴⁴⁴ en Occidente, desde Constantino a Justiniano, no parece hacer mención en absoluto de *iusta causa* ni de *bona fides* en conexión con esto. No es una coincidencia que IT 4.8.7 guarde

⁴⁴² Véase *supra* pág. 176.

⁴⁴³ Sobre esto véase *supra* págs. 180 sig.

⁴⁴⁴ Para Símaco 5.66.2 véase *supra* págs. 176 sig.

silencio sobre los plazos que aparecen en la disposición de Constantino⁴⁴⁵. Evidentemente, con parecida intención se insertó en CT 4.11.1, un rescripto del mismo emperador⁴⁴⁶, la cláusula generalizadora *aut quocumque modo*, que deja a un lado la *causa donationis*. Al mismo tiempo, esta situación debe servirnos de aviso contra todo intento de hacer responsables sólo a los compiladores del Código Teodosiano, o a los del Breviario, del hecho de que no haya ni rastro de la antigua *longi temporis praescriptio* ni tampoco de la alternativa de los diez y veinte años⁴⁴⁷. También imposibilita que pueda leerse la institución clásica en textos que hablen de una (*longi temporis praescriptio*)⁴⁴⁸.

7. El giro clasicista de Oriente

El rescate por Justiniano de la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio* clásicas había sido preparado por el trabajo de las escuelas de derecho orientales sobre los autores antiguos. Si poseyésemos los comentarios bizantinos de *sedes materiae* relativos a D 41.3-10 y CJ 7.26-39, probablemente podríamos formarnos una idea sobre las discusiones de los profesores del siglo quinto. Sin embargo, puede que sea suficiente hacer referencia a dos textos. La *usucapio* se menciona en Schol. Sin. 44; la *longi temporis praescriptio* en el muy mutilado P. Berol 16976, 47 sgs.(siglo quinto) que ha sido editado recientemente por W. Schubart⁴⁴⁹. Mientras que el tema propio de este papiro parece ser la prescripción de treinta años (τῆς τριακονταετηρίδος) de una acción entablada⁴⁵⁰, la *longi temporis praescriptio* de diez o veinte años se utiliza como objeto de comparación en referencia a las *regulae* de un jurista: καὶ γὰρ καὶ ἐκεῖ ἐάν τις προκατάρξηται καὶ σιωπήσῃ ἐπὶ ἰ ἔτη ἢ κ, ἐκβάλλεται ὕστερον κινῶν τῆ τοῦ μακροῦ χρόνου παραγραφῆ⁴⁵¹. La doctrina jurídica, aquí como en otras partes, se ocupa de instituciones del pasado y, en cualquier caso, no se presta a la duda. Sin embargo, es más dudoso que esa doctrina ejerciera alguna influencia sobre la legislación antes de Justiniano. La disposición de 424 (CT 4.14.1=CJ 7.39.3), fundamentalmente importante para el reconocimiento y posterior desarrollo de la prescripción de treinta años, se originó en Constantinopla. Tampoco, en efecto, las *constitutiones* de Anastasio y de Justino⁴⁵² CJ 7.39.4-7 y 11.62.14 revelan todavía ninguna actitud clasicista.

⁴⁴⁵ Cf. *supra* nota 383.

⁴⁴⁶ Véase *supra* nota 380.

⁴⁴⁷ Véase también *supra* pág. 174 sobre CJ 7.22; 26-31; 33-36.

⁴⁴⁸ *Supra* pág. 175.

⁴⁴⁹ *Festschrift für Leopold Wenger II* (Múnich, Beck, 1945) 184 sgs.

⁴⁵⁰ Cf. CT 4.14.1.1 i.f. y para Occidente NV 35.13 junto con INV (lin. 170).

⁴⁵¹ Hay que prestar atención a la cita de Patricio en el schol. 1 de Teodoro a CJ 7.22.1 (Heimb. IV 789), y la opinión de Patricio rechazada por Justiniano (CJ 4.32.26 pr.) referente a la prescripción de acciones por intereses: Bas. 23.3.74 y Thalelaeus en schol. 3 (Heimb. II 730 sig.).

⁴⁵² La disposición de Justino denomina la prescripción después de treinta o cuarenta años como *longaevam possessionis praescriptionem* (7.39.7.3).

C. APROPIACIÓN DE LOS AGRI DESERTI

No serán tratados aquí los ejemplos de adquisición originaria de la propiedad que no presentan rasgos, de carácter esencial, peculiares del período postclásico⁴⁵³. Ni es este el lugar para discutir los cambios provocados por disposiciones imperiales, como en el caso de la *epibole*⁴⁵⁴ o en la asignación de *vaga mancipia* (CT 11.1.12=CJ 11.48.3 [365]; CT 10.12.1 y 2 [368], 10.10.20 [392]⁴⁵⁵ o de esclavos mendicantes (CT 14.18.1=CJ 11.26.1 [382]). Más bien que en el derecho vulgar, estas medidas tuvieron su origen en orientaciones legislativas.

Por otro lado, la apropiación de tierra baldía o abandonada, *agri rudes* o *deserti*, tiene un lugar reservado en el derecho vulgar⁴⁵⁶. La idea de que la tierra pública de este tipo iba a parar a manos de quienes la desbrozaran y cultivaran estaba muy extendida. El *ager occupatorius* de la República romana ofrece un ejemplo⁴⁵⁷. Las regulaciones promulgadas por los gobiernos centrales o locales relativas a este asunto tenían el propósito de animar, delimitar y dirigir más que el de crear esos usos. Este fue también uno de los objetivos de las detalladas disposiciones de las *Leges Manciana*⁴⁵⁸ y *Hadriani*⁴⁵⁹ que tratan de los dominios del emperador en la provincia de África⁴⁶⁰. «(Disque)», así reza el *Ara legis Hadrianae* II 7 sigs., «qui occupaverint possidendi ac fruenti heredique suo relinquendi id ius datur quod est lege Hadriana comprehensum de rudibus agris et iis qui per X annos continuos inculti sunt». Pertinax, al extender la regla a todo el imperio, dispuso que a cualquiera le estaría permitido ocupar la tierra que estuviese abandonada, tanto si cultivada con anterioridad o nunca arada, con el resultado de que el ocupante, en virtud de su cultivo, adquiriría δεσποτεία⁴⁶¹ segura y duradera. También concedía al cultivador exención de impuestos durante diez años⁴⁶². Los detalles siguen estando poco claros. No podemos determinar si los «decem anni inculti» se siguieron requiriendo, si la tierra, como con anterioridad⁴⁶³, tenía que ser asignada

⁴⁵³ Para las fluctuaciones en las disposiciones concernientes a la invención de un *thesaurus*, véase Bonfante II 2, 102 sigs., Buckland 218 sigs., Biscardi 26 sigs., también SZ 49, 247 nota 6.

⁴⁵⁴ *Supra* pág. 43. La propiedad del cesionario es mencionada especialmente en CJ 11.62.5 (377); CT 13.11.13 (412) y 16 (417); véase también *supra* pág. 62.

⁴⁵⁵ Véase también *infra* pág. 204.

⁴⁵⁶ Otro rasgo característico de esto es que venga la propiedad en acrecimiento a una persona como consecuencia de la pérdida del derecho de propiedad por otro decretada a raíz de una intrusión de este otro en la posesión de aquella: *infra* págs. 238 sigs.

⁴⁵⁷ Para más detalles véase Kaser, SZ 62, 27 sigs.

⁴⁵⁸ Aproximadamente en tiempos de Vespasiano: Rostovtzeff, *Kolonat* 322 sigs.

⁴⁵⁹ Bruns núm. 114-116=Riccobono núm. 100-102.

⁴⁶⁰ Mitteis, *Erbpacht* 28 sigs., Rostovtzeff, *Kolonat* 320 sigs. y *History* 32 sigs., Kornemann, *RE Suppl.* 4, 251 sigs.

⁴⁶¹ No es probable que el original latino presentara *dominium*.

⁴⁶² Herodiano 2.4.6: πρώτον μὲν γὰρ πάσαν γῆν κατ' Ἰτακλίαν καὶ ἐν τοῖς λοιποῖς ἔθνεσιν ἀγεώργητόν τε καὶ παντάπασιν οὖσαν ἀργὸν ἐπέτρεψε ἐνόσην τις βούλεται καὶ δύναται, εἰ καὶ βασιλέως κτῆμα εἶη καταλαμβάνειν, ἐπιμεληθέντι τε καὶ γεωργήσαντι δεσπότη εἶναι. Ἐδωκέ τε γεωργοῦσιν ἀτέλειαν πάντων εἰς δέκα ἔτη καὶ διὰ παντὸς δεσποτείας ἀμεριμνίαν.

⁴⁶³ Cf. Rostovtzeff, *Kolonat* 343 sigs.

por las autoridades, si el suelo en propiedad privada también se incluía⁴⁶⁴ y cómo en ese caso era tratada la cuestión jurídica. Tampoco podemos decir si la responsable de la falta de claridad es una imprecisa terminología de la disposición o la brevedad de la relación de Herodiano. Esta relación es la única fuente de información que poseemos sobre la medida de Pertinax, la cual no parece haber desempeñado después un papel relevante⁴⁶⁵.

En cualquier caso, Constantino en CJ 11.63.1 pr. (319) parece basar el derecho de *usurpatio*=*occupatio* no en la legislación sino en el uso corriente (*consuetudo, sollemnitas*):

Emphyteuticarios gravant coloni praeter consuetudinem usurpantes, quos nullis culturis erudierunt, cum solemnitas id eos attractare permittat, quod eorum labore vel olivetis est obsitum vel vinetis.

El lenguaje muestra con claridad que, para crear un derecho en el terreno, los *coloni* tenían que cultivarlo más que meramente ocuparlo, aun cuando no se vieran sujetos al consentimiento de sus arrendadores, los *emphyteuticarii*⁴⁶⁶. Sin embargo, puesto que la posición de aquéllos no puede haber sido más fuerte que la de estos últimos, el *colonus* comprendido bajo los términos de esta disposición parecía asimismo ser, aunque a pequeña escala, arrendatario a largo plazo y no pleno propietario. Más tarde, en 386 (CT 5.14.30=CJ 11.59.7), los legisladores concedieron incluso un *ius privatum salvo canone*⁴⁶⁷ a cualquiera que cultivara un *fundus patrimonialis* abandonado («quicumque defectum fundum patrimonialem exercuerit instruxerit fertilem idoneumque praestiterit»). Parecida, aunque menos exacta, resulta la disposición NT 26.4=CJ 11.59.17 (444) cuando afirma que «firmiter eum volumus possidere sub... canonis solutione». Con esto es concorde la norma (IT 2.23.1) por la que un soldado que ocupase un terreno público para cultivarlo («ad excolendum fortasse tenuerit») podría conservarlo para siempre («perpetuo in eius iure permaneat»). Afín es el caso de la construcción de un edificio. Este es el tema fundamental del que se ocupan tanto el fragmento de IT mencionado como CT 2.23.1 (423). De hecho, la construcción o la mejora de una casa confería la propiedad al constructor: CT 15.1.9 (362) e IT; Cass. 7.44⁴⁶⁸. Sin embargo, habría que advertir que en todos estos ejemplos eran *loca publica* los concernidos. El Estado o la comunidad no dejaban de ser los propietarios.

La tierra en propiedad privada fue tratada de diferente modo. Efectivamente, no bastaba con la mera *occupatio*. De una forma que recuerda el enfoque de la *Lex Hadriana*⁴⁶⁹, se estableció una distinción entre tierra cultivada y no cultivada

⁴⁶⁴ La antítesis que subyace en la cláusula εἰ καὶ βασιλέως κτήμα εἶη puede que sólo señalara al territorio municipal; cf. Rostovtzeff 391 nota 1.

⁴⁶⁵ Rostovtzeff 325 nota 1, también *History* 373 sig., y Kornemann 255 la califican de efímera.

⁴⁶⁶ Mitteis, *Erbpacht* 32 sig.

⁴⁶⁷ *Supra* pág. 62.

⁴⁶⁸ *Supra* págs. 49 sigs.

⁴⁶⁹ *Supra* pág. 185.

con anterioridad. Para adquirir la propiedad sobre tierras pantanosas y sobre pastos era suficiente con que se transformasen en terrenos de cultivo (NT 20.3=CJ 7.41.3.1 [440] y, más preciso, INT)⁴⁷⁰. Asimismo, la explotación de las minas otorgaba su propiedad⁴⁷¹. Sin embargo, los *agri deserti* presentaban un problema mucho más serio ya que ni la inconstancia ni la indolencia habían sido las causantes del abandono de las tierras por parte de los campesinos: las intolerables cargas impositivas o el comportamiento despótico de los *potentiores* les habían obligado a hacerlo⁴⁷². Y, no obstante, los gobernantes se veían obligados a fomentar la agricultura. Había que ofrecer ventajas a los nuevos colonos. Al principio, el *novus cultor* obtenía únicamente los frutos (CT 7.20.11 [368]), pero pronto hubo de otorgársele la adquisición de plena propiedad. El dominio le era traspasado cuando el *vetus dominus*⁴⁷³ o no hacía caso de un requerimiento público por el que se le invitaba a que regresase dentro de un plazo determinado y volviese a hacerse cargo del fundo (CT 5.11.11 [386]; CJ 11.59.11 [400]), o⁴⁷⁴ cuando, guardando silencio, nada objetaba durante dos años (CT 5.11.12=CJ 11.59.8 [391])⁴⁷⁵. El *biennium* no tenía nada que ver con el antiguo período de la *usucapio*⁴⁷⁶. En primer lugar, la *usucapio* era una institución obsoleta y, además, no bastaba sólo con la posesión⁴⁷⁷. El ocupante tenía que trabajar la tierra y pagar sus impuestos (CT 5.11.11; CJ 11.59.11)⁴⁷⁸. No era necesario nada más. Ningún texto se refiere a concesiones por parte de las autoridades (*cf.* «se sponte optulerit; excolere festinat; susceperint»)⁴⁷⁹.

Esta parte del derecho vulgar no dejó huella en los reinos romano-germánicos. Las razones ya han sido expuestas⁴⁸⁰.

D. CREACION DE INFERIORES DERECHOS IN RE

1. Negocios jurídicos

En el capítulo I se señaló ya cómo *emphyteusis*, *superficies*, *ususfructus* y, probablemente, los derechos de paso y de agua fueron vistos como tipos de *domi-*

⁴⁷⁰ *Supra* pág. 63.

⁴⁷¹ *Supra* págs. 108 sigs.

⁴⁷² Véase la impresionante exposición de Salviano *De Gubernatione Dei* 5.7.28; 5.8.38, 42-44. *Cf.* el estudio reciente de Angelo Segrè, *Traditio* 5 (1947)128 sigs.

⁴⁷³ Salv. 5.8.44 (escrito a mediados del siglo quinto): «rerum proprietate careant».

⁴⁷⁴ Disyuntiva; *contra* Arangio-Ruiz 190.

⁴⁷⁵ Para más detalles, p.ej., Meyer-Collings, *Derelictio* (Erlangen, Dissertation, 1932) 90 sig. No tenía que haber una *derelictio* en el sentido clásico; véase Rotondi III 56, Silvio Romano, *Derelictio nel diritto romano* (Padua, Cedam, 1933) 145 sigs., Kaser, *RE* Suppl. 7, 690 sig.

⁴⁷⁶ *Contra* Bonfante II 2, 273.

⁴⁷⁷ Como tal no resultaría en propiedad antes del transcurso de treinta o cuarenta años (*supra* págs. 176 sig.); véase también Arangio-Ruiz, *Parerga* 94 sig.

⁴⁷⁸ Si CT 5.11.8 (365) versa sobre la adquisición de la propiedad, no es seguro: Mitteis, *Erbpacht* 33 nota 1.

⁴⁷⁹ Véase también Arangio-Ruiz 190; en sentido diferente Meyer-Collings 91, Biscardi 41.

⁴⁸⁰ *Supra* págs. 120 sig.

nium. La noción de un *ius in re aliena* era demasiado técnica y complicada para la rudimentaria forma de abordar las cuestiones por los juristas de aquel tiempo. Más bien perdieron esta noción que la rechazaron. No extraña así que no sacaran muchas consecuencias prácticas de este cambio de punto de vista. Especialmente, para quienes tomaban parte en un negocio jurídico llegó a ser vital dejar inequívocamente claro qué clase de *dominium* pretendían establecer.

Obviamente, no se hizo ningún intento por aplicar las formalidades requeridas para la transmisión de la propiedad a la constitución de estos derechos de menor entidad. Es verdad que las fuentes existentes prueban, directamente, poco al respecto, pero es digno de notarse que numerosas disposiciones y comentarios que se ocupan de los requisitos de una venta o donación consideran exclusivamente la *res*, especialmente el *praedium*, como el objeto del negocio, es decir, la transmisión del *dominium* en su antiguo sentido. Cuando, como en caso de donaciones, se menciona ocasionalmente el *ususfructus*, ello se produce sólo en relación con su *retentio*⁴⁸¹. Si la *retentio ususfructus* requiere un acuerdo formal, normalmente es algo que ni siquiera se toca. Sólo en una ocasión parece correrse el velo. De acuerdo con CT 8.12.9 (417), la *traditio* ha de ser realizada cuando el donante o constituyente de una *dos* «*usumfructum... retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit*» o, como IT expone de manera más clara, «*etiamsi stipulatio inserta non fuerit*». Esta cláusula no puede significar sino que en un caso así no era necesario un acuerdo por escrito sobre el *ususfructus*⁴⁸², probablemente porque, al menos en las donaciones, el registro de la transmisión la propiedad, en combinación con la ausencia de *traditio corporalis*, parecía proporcionar prueba suficiente de la reserva del usufructo. Al mismo tiempo, la cláusula *etiamsi* da muestras de establecer una excepción. Así, pues, la regla era lo que se podía esperar *a priori*: cuando las partes se proponían establecer un simple usufructo, sin conexión con una transmisión simultánea de la propiedad, lo hacían por escrito. Esto queda confirmado para los burgundios por RB 35.2: «*documenti professio firmitatem praecariae possessionis obtineat*»⁴⁸³. La disposición, en sí misma de carácter general⁴⁸⁴, puede ser interpretada con seguridad en el sentido de que cubría tanto el *ususfructus* como la *praecaria possessio*⁴⁸⁵. De manera que la disposición requería un documento. No exigía pago ni la presencia de testigos como prescribía para la transmisión de la propiedad de la tierra vendida.

No podemos deducir directamente de las fuentes si, fuera de los burgundios, la constitución de un usufructo necesitó de un documento. Pero resultaría posible presumir que la regla mencionada por Gayo (II 31) «*in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi... ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*» seguía siendo observada. De

⁴⁸¹ *Supra* págs. 139 sig.

⁴⁸² Godofr. *ad h.l.*, Checchini (*supra* nota 135) 165 sig.

⁴⁸³ El texto completo en *supra* pág. 155 y nota 251.

⁴⁸⁴ SZ 66, 14.

⁴⁸⁵ *Supra* pág. 155.

hecho, la regla ofrece muchas menos dificultades de interpretación en relación con el derecho vulgar que con el derecho clásico⁴⁸⁶. Puesto que las diferencias, tanto entre *stipulatio* y *pactum* como entre actos de transmisión y actos de obligación, disminuyeron, podría ser inobjetable que *pactio et stipulatio* fueran capaces de constituir directamente un usufructo. Mientras que, en principio, un *pactum* podía ser verbal⁴⁸⁷, la *stipulatio* y, consecuentemente, el negocio como un todo había de ser puesto por escrito. Esto, sin embargo, no era el único modo de constituirlo. Un usufructo también podía surgir cuando, teniendo como base un acuerdo informal, el propietario dejaba su predio a la otra parte o le permitía posesionarse del mismo y cosechar los frutos. Tras haber sido reconocido el usufructuario como verdadero *possessor* del inmueble, su derecho no pudo ser ya clasificado como *res incorporalis* y, como tal, no apta para una *traditio* (Gai. II, 19, 28). GE 2.1.2 omite de manera significativa el *ususfructus* que, en Gayo II 14, estaba en la lista de ejemplos de cosas incorpóreas. Una inscripción del siglo cuarto⁴⁸⁸ muestra que el *fideicommissum* de *ususfructus* se cumplió mediante la simple puesta en posesión del beneficiario: «adque ita ob causam supra scriptam in fundum supra scriptum et hortos... omnes collegiati inducti sunt». De aquí que se presuma con certeza que los modos de *traditio vel patientia*, aunque teóricamente quizá dictados por los redactores de Justiniano, se practicaban mucho antes de él⁴⁸⁹.

Traditio vel patientia también fueron aplicadas por Justiniano a los derechos de paso y de agua⁴⁹⁰, pero difícilmente en el derecho vulgar. Mientras que la compilación mantuvo la categoría de *servitus* y probablemente reconoció una *possessio iuris* con respecto a ella⁴⁹¹, el derecho vulgar occidental no siguió ninguna de las dos líneas⁴⁹². A diferencia del *ususfructus*, estos *iura* siguieron siendo *incorporalia* (GE 2.1.3)⁴⁹³, y difícilmente fueron concebidos como objetos hábiles para *possessio*⁴⁹⁴. Consecuentemente, la *traditio* no tenía cabida aquí. El tranquilo uso de un camino o un arroyo puede que haya sido considerado relevante, y en algu-

⁴⁸⁶ Para este segundo véanse Silvio Perozzi, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 23 (1897) 3 sigs. e Ist. I 770 sig., Arangio-Ruiz 246, Grosso, *L'usufrutto* (supra pág. 55 nota. 196) 251 sigs., y *SDHI* 7 (1941) 198 sigs.

⁴⁸⁷ Cf. Levy, *PS* 48.

⁴⁸⁸ *Supra* pág. 26.

⁴⁸⁹ La mayoría de los autores sólo tienen presente su compilación, p.ej., Bonfante III, 111, Albertario II 333 sigs., Grosso, *Usufrutto* 260 sigs. Pero véase también Rabel, *Mélanges Girard* (supra pág. 48 nota 165) II 395 sig. De manera distinta Manlio Sargentí, *Scritti Ferrini*, Milán, II 243 sig.

⁴⁹⁰ D. 6.2.11.1; 8.3.1.2. Para las interpolaciones véase Ind. Int., también Albertario II 348 sigs., Solazzi, *Requisiti e mode di costituzione delle servitù prediali* (Nápoles, Jovene, 1947) 155 sigs.

⁴⁹¹ Albertario II 339 sigs., Arangio-Ruiz 281, Koschaker, *SZ* 63, 443.

⁴⁹² *Supra* págs. 53 sigs.

⁴⁹³ Como resulta explicado en GE 2.1.2 «Incorpóreas (res) sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae non in corpore sed in iure consistunt».

⁴⁹⁴ Esto sería admisible aun cuando el derecho de paso o de agua corriente se hubiera interpretado como *dominium* (supra pág. 58). Hay otros casos en los que *dominium* y *possessio* se separan (p. ej., *supra* págs. 59, 66 sig.).

nos territorios resultó en la adquisición de un derecho al respecto, siempre que se prolongara durante cierto tiempo⁴⁹⁵. Sin embargo, la adquisición mediante negocio jurídico parece haber consistido sólo en *pactiones et stipulationes*⁴⁹⁶.

Con respecto a la *superficies*, los únicos textos disponibles sugieren que el constructor en terreno privado fue reconocido como propietario del edificio si actuaba *permissio domini*⁴⁹⁷. No dicen nada sobre la forma en la que se concedía el permiso y dejan de distinguir entre si se daba gratuitamente o a cambio de algo. Cuando se trataba de objetos de cierto valor, las partes se preocupaban de poner el asunto por escrito. El caso no fue ni tan importante o común como para hacer surgir una costumbre general en el derecho vulgar⁴⁹⁸.

A un nivel diferente se encuentra el problema de cómo se establecía una *emphyteusis*. Por lo regular, cuando se trataba de terreno público, la operación escapaba al derecho privado⁴⁹⁹ y normalmente se llevaba a cabo por medio de subasta pública⁵⁰⁰. Cuando, más tarde, los grandes terratenientes aparecieron igualmente como otorgantes, ansiaron evitar todo procedimiento que pudiera ser interpretado como renuncia, por su parte, de su propio y superior derecho. Es claro que no pasaron por los trámites prescritos para la venta o la donación. En cambio, puede que copiaran la práctica del Estado, mediante el arreglo de subastas. Más frecuentemente puede que se conformaran con la redacción de un documento que expresara lo limitado del efecto perseguido por el acto. Que esta última línea fue la seguida regularmente puede también inferirse de la disposición en la que Zenón hizo del *ius emphyteuticarium* un derecho *sui generis* (CJ 4.66.1). Sin confirmar ni revocar cualquier formalidad previamente observada, el emperador sancionaba de paso los términos acordados por las partes «*pactionibus scriptura interveniente habitis*».

2. Largo disfrute de un derecho

El disfrute prolongado como base para la adquisición de derechos *in re* tiene su parte mayor importancia en materia de servidumbres prediales. Después de que la *lex Scribonia* aboliese la *usucapio*, familiar al primitivo derecho romano en este campo, los juristas clásicos pudieron llegar a la establecer de manera general que: «*incorporales res... usucapionem non recipere manifestum est*» (Gai D 41.1.43.1). Pero siendo conscientes de lo lesiva que podría llegar a ser esta negativa a la parte que hubiera estado ejerciendo desde tiempo inmemorial un derecho de paso o de agua, sugirieron que la *vetustas* creaba una presunción de existencia de un dere-

⁴⁹⁵ *Infra* págs. 191 sig.

⁴⁹⁶ *Supra* págs. 55 sig.

⁴⁹⁷ *Supra* págs. 52 sig.

⁴⁹⁸ Compárese la actitud de Justiniano: *supra* págs. 77 sig.

⁴⁹⁹ Pernice, *SZ* 5, 83, Mitteis, *Erbpacht* 25. El uso intercambiable de *comparare* y *conducere* (*supra* págs. 45 sigs.) se prueba irrelevante también en este respecto.

⁵⁰⁰ Véase, p. ej., CT 5.15.18 (368). Cf. también Mitteis 46 sigs.

cho al respecto⁵⁰¹. Sin embargo, esta sutil distinción apenas encontró acogida entre los juristas postclásicos. De aquí que el desarrollo tendiese a volver al punto de partida. El largo disfrute se convirtió de nuevo en un instrumento del derecho substantivo directamente utilizable para la creación de un derecho *in re*. Pero hubo diversidad de matices entre Oriente y Occidente en relación con los medios al respecto.

En Oriente, la doctrina postclásica⁵⁰² parece haber allanado el camino a la regla de Justiniano al aplicar explícitamente los diez o veinte años de su *longi temporis praescriptio* al «ususfructus et ceterae servitutes» (CJ 7.33.12.4 [531]). Para Occidente, ninguno de los textos existentes aparece indicando que se haya exigido el período normalmente exigido de treinta años⁵⁰³. La Interpretatio no revela ninguna tendencia nueva. IP 1.17.2⁵⁰⁴, que en esencia se mantiene dentro de los límites de las PS⁵⁰⁵, reitera la regla clásica de que un *usus aquae*, perdido *non utendo* durante dos años, se restablece después de haberse reanudado durante otro *biennium*⁵⁰⁶. Sin embargo, en RB 17.2 y 3 esto presenta un aspecto diferente:

Aquae cursum et adquiri biennio et amitti biennio constat. Viam iter actum, hoc est: ubi carpenta vel carra conversari possunt, similiter biennio et adquiri et amitti posse.

Lo aquí dispuesto⁵⁰⁷, aunque evidentemente toma su guía en IP, muestra una desviación notable. Implica que un derecho de agua surge por uso bienal incluso aunque no haya existido antes. Del mismo modo resulta adquirible un derecho de paso. El lenguaje mismo (*constat, similiter*) excluye la idea de que estas normas fueran introducidas por una disposición legal, la cual, por otra parte, no consta en alguna forma⁵⁰⁸. Su origen más probable es una doctrina jurídica vulgar que, presumiblemente sugerida por una mala inteligencia de IP, hacía del antiguo *biennium* el período generalmente exigido para el establecimiento de una servidumbre rústica; un período sorprendentemente corto, a la luz de los treinta años necesarios para la adquisición del dominio⁵⁰⁹, y que quizá indique de nuevo que el concepto de posesión era mantenido aquí aparte.

⁵⁰¹ Albertario II 351 sigs.

⁵⁰² Cf. textos interpolados tales como D 8.5.10; 43.19.5.3; CJ 3.34.1 y 2. Véase Ind. Int. y Albertario *loc. cit.*

⁵⁰³ *Supra* págs. 176 sigs.

⁵⁰⁴ «Usus hauriendae vel ducendae aquae, si biennio destiterit, non utendo perit: et si iterum biennio in usum fuerit reducta, recipitur».

⁵⁰⁵ «Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio ommissa intercidit, et biennio usurpata recipitur».

⁵⁰⁶ *Supra* nota 367.

⁵⁰⁷ También referidas en RB 31.3.

⁵⁰⁸ Los períodos establecidos en LB 79 para la *praescriptio temporum* son totalmente distintos.

⁵⁰⁹ Más consistente (véase *supra* nota 491) es Justiniano en CJ 3.34.13 (531).

La nueva regla parece haber sido practicada durante siglos. RC 23.23 da testimonio:

Ille qui per duos annos aqueductum aut via privata dimiserit, postea eos requirere non potest. Et qui eos per duos annus quieto ordine possiderit, alter homo ille postea eos tollere non potest.

Aunque en lo formal redactado sobre el habitual modelo visigodo, en cuanto a la substancia el autor declaraba lo que los burgundios habían hecho. El autor estaba familiarizado con la RB⁵¹⁰.

⁵¹⁰ RC 1.4. i.f. Cf. la edición de Zeumer 307 nota 4, Conrat, *Gesch.* 290 nota 3.

CAPÍTULO IV RECURSOS

A. RECURSOS DEL PROPIETARIO

1. Introducción: no existe sistema de acciones

Con la decadencia del procedimiento formulario se perdió definitivamente la esencia de la *actio* clásica. Es cierto que la *cognitio extra ordinem* aprovechó a veces lo que todavía podía utilizar del antiguo procedimiento. Las instrucciones del gobernador al *iudex pedaneus* pueden haber arrastrado algunos elementos de la vieja *formula*¹. Es posible que el actor en su demanda designara la *actio* con su antiguo nombre o con uno nuevo para expresar breve y lo más ajustadamente posible su petición². Pero semejantes reminiscencias eran innecesarias, pues no alteraban el hecho de que la concreta *actio* había dejado de tener esa individualidad que venía acompañada de reglas propias respecto a condiciones previas y consecuencias. Ya no determinaba ni delimitaba las peticiones del demandante, ni tampoco las alegaciones del demandado³.

Esto, en principio, es igualmente válido para todos los períodos, y tipos, del procedimiento cognitorio. Y, sin embargo, de nuevo existe un claro contraste entre la actitud de la legislación de Justiniano y la del tiempo precedente. Los juristas educados en el espíritu de la tradición clásica, en Berito y Constantinopla, habían aprendido a pensar otra vez en términos de *actiones*, que, ahora, en efecto, sólo servían como símbolos o rótulos para conceptos de derecho substantivo. De este modo, fue algo natural para estos estudiosos el incluir en la compilación centenares de antiguas referencias acerca de la disponibilidad, las modalidades y los límites de una *actio*. Crearon también nuevas acciones, como la *actio con-*

¹ Véase en particular P. Oxy. 67=Arangio-Ruiz núm. 173 y las referencias que allí se hacen.

² Para Occidente, cf. NV 35.14 (452), Cs 5.7 y 6.2, RB 11.1. Para literatura, véase Steinwenter, SZ 54 (1934) 378 nota 4.

³ Véase Levy, *Konk.* II 17 sigs., también Steinwenter, *SDHI* 1 (1935) 142 sig., SZ 54, 381 sig. y 65 (1947) 94 sig. con más referencias. Véase también Bruns núm. 187=Arangio-Ruiz núm. 86 (segundo o tercer siglo), y Symmachus, *Relatio* 19,8; cf. Bethmann-Hollweg, *Civilprozess (infra* nota 245) III 353 sigs.

*dicticia*⁴ o *condictionis*⁵, la *actio protutelae*⁶ y el *iudicium curationis*⁷. Incrementaron el número de *actiones utiles e in factum*⁸. Incluso conceptos generales, que incluían los más variados supuestos de hecho, fueron revestidos, en interés de una regularidad metodológica, como *actiones*. Ejemplos de esto son la *actio praescriptis verbis* o la *condictio generalis*. En este imperfecto e impreciso sentido el derecho privado había vuelto a tomar, en gran parte, la forma de un derecho de *actiones*.

Este desarrollo, sin embargo, fue precedido por una completa desintegración del sistema de *actiones*. Emperadores y juristas introdujeron supuestos de hecho y establecieron consecuencias jurídicas sin hacer provisión de recursos específicos. No había necesidad de hacerlo. Para ellos, el derecho substantivo era lo único y primariamente significativo. Cuando un derecho era reconocido, su comprobación y ejecución mediante procedimiento judicial era una consecuencia natural. Utilizaron así *actio* y *agere* para expresar principalmente el derecho a demandar o para referirse a procedimientos legales en general, o usaron estos términos para indicar de manera general pretensiones judicialmente exigibles. Raramente nombraban una *actio* específica con el propósito de identificar una reclamación determinada. Con menor frecuencia incluso, se les pasó por la cabeza utilizar, al menos, los nombres de los tipos clásicos. Términos como *condictio* y *condicere* eran para ellos cosas perdidas⁹. Nada supieron de una *actio in factum* o *utilis*¹⁰ o de un *agere praescriptis verbis*. Las cuestiones de sistematización, como ha sido ya observado, apenas ocuparon su pensamiento.

Estas conclusiones no resultan refutadas con el argumento de que cuando las fuentes de este período guardan silencio puede presumirse la persistencia de la visión clásica. Aquí, como en algún otro lugar, esto constituiría una grave falacia¹¹. Lo probaremos de varias formas. Comenzaremos por una confrontación entre la IP y su modelo¹². El comentarista, en un sorprendente gran número de pasajes, evita incluso mencionar la *actio (agere, iudicium)* referida por el autor de las *Sententiae* o uno de sus sucesores:

⁴ Véanse los textos referidos en Seckel-Heumann v. *condicticius*.

⁵ CJ 4.5.1.1; 4.6.2, ambos interpolados a este respecto.

⁶ D 27.5.1 pr. §§ 6 y 8; sobre esto véase Hans Peters, SZ 32, 243 sigs., Siber 193 nota 15, 320 nota 37 e Ind. Int.

⁷ D 26.8.11 pr., véase también D 27.3 Rubr. Cf. Lenel 319 sig. e Ind. Int.

⁸ Para referencias, véase Heinrich Erman, *Mélanges Fitting II* (1908) 595.

⁹ Sólo a la tardía PS 2.31.13 pasó la *condictio* desde las originales PS, pero con un sentido erróneo. La correspondiente IP (2.32.16) incluso suprimió esto.

¹⁰ En CJ 5.3.15.1 la *utilis in rem actio* es una adición de Justiniano a CT 3.5.2.1 (319); está en completo acuerdo con CJ 5.13.1.5a (530): «... cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per conditionem suo iuri mederi». Sobre CT 2.32.1 (422), véase *infra* nota 22. También, en las PS del Breviario la *actio utilis* es suprimida en todo lugar, con la excepción de un descuido en PS 5.6.5 (cf. Levy, PS 103).

¹¹ Cf. *supra* págs. 8 sig.

¹² Cf. también Conrat, *Paulus* 61 sig.

<i>PS</i>	<i>IP</i>
1.4.2 «actione negotiorum gestorum pupillo vel curatori eius tenebitur	Negotiorum gestorum cogendus est reddere rationem
1.4.4 actione negotiorum gestorum... tenebitur	Negotiorum gestorum coetur reddere rationem
1.4.5 in patrem dominumve peculio tenus actio dabitur	tantum damni pater vel dominus sustinebit, quantum in eorum peculio potuerit inveniri
1.15.1 in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat	dominus... aut aestimationem damni reddat aut ipsum animal tradat
1.15.3 neque in eius dominum neque in custodem actio datur	nec domino nec custodi eius poterit imputari
1.18.1 (arbiter familiae herciscundae)... de his quae divisa eo iudicio non sunt	quod si deputatus a iudice arbiter indivisum aliquid dimiserit
1.19.1 quaedam actiones, si a reo infitientur, duplantur	aliqua quae cum ab his quibus sunt debita repetuntur, si a debitoribus negata fuerint, dupli satisfactione redduntur
2.1.3 actio in eum non datur	non potest postea ab eo indebitum postulare
2.2.1 teneris actione pecuniae constitutae	ad solutionem statutae promissionis est retinendus
2.4.3 actio commodati datur	ad redhibitionem commodatae rei a domino retinetur
2.8.3 in magistrum vel institores tabernae in solidum actio datur	ad magistrum... vel institorem... damnum quod accesserit pertinebit
2.12.7 in iudicio depositi ex mora et fructus veniunt et usurae rei depositae eo, cui praestantur	(2.12.2) cum in iudicio de rebus agitur commendatis, si mora in reddendo ab commendatae sunt, afferatur, prout res fuerit commendata, aut usurae, si pecunia, aut fructus, si praedia fuerint, debebuntur.
2.13.1 debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem	(2.12.4) Si quis creditor, debitore in solvendo tardante, rem sibi pro debito positam dixtraxerit, si quid amplius acceptum fuerit quam debebatur, quod plus acceptum est restitui iussum est debitori
2.13.6 adversus omnes heredes actio fiduciae competit	(2.13.1) omnes heredes creditoris poterit convenire
2.13.7 si creditor rem fiduciarium fecerit meliorem, ob ea recuperanda quae impendit iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium	(2.13.2) Si quis creditor praedium sibi fiducia obligatum studio et opere suo melioraverit, quidquid se pro melioranda re impendisse probaverit, ei a debitore reddendum est
2.14.1 ... de praestandis usuris... ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur	usurae ex nuda cautione creditori penitus non debentur

2.15.3 certo pretio rem iussus distrahere si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari	Si quis cuilibet mandet, ut rem suam decem solidis vendat, et ille eam octo vendiderit, pretium quod ei mandatum est, quidquid minus ab emptore percipit, mandatori complere compellitur
2.17.6 actione ex empto conventus quanto minoris valuisset emptori praestare compellitur	(2.18.3) emptori, quantum sine peculio vel artificio valere potuerat, tantum reddere compellatur
2.17.8 competit mihi adversum te ad pretium recuperandum actio ex empto	(2.18.5) venditor emptori in redhibitione pretii quod accepit manebit obnoxius
2.31.6 ... furti actio... in heredem non datur	(2.32.10) eius heredes, qui furtum fecerat, ad poenam criminis teneri non possunt
2.31.8 ...cum ipso manumisso vel emptore agi potest	(2.32.12)... pro furti redhibitione tenebitur aut emptor eius
2.31.13 furti manifesti actio praeter quadrupli poenam ipsius rei persecutionem genere vindicationis et conditionis continet	(2.32.16) furti manifesti poena quadrupli est et ipsius rei quae est sublata redhibitio ¹³
2.31.14 furti concepti actio adversus eum qui obtulit tripli est poena et ipsius rei repetitio	(2.32.17) Si quis rem furtivam alteri obtulit, ne apud ipsum inveniretur, poena tripli est et ipsius rei redhibitio
2.31.23 ...actione legis Aquiliae tenebitur	(2.32.23) secundum legem Aquiliam in duplum damni illati redhibitione multatur
4.1.6 ...nullam fideicommissi pariunt actionem	... fideicommissi locum habere non possunt
5.7.4 ...perinde agi ex stipulatu potest, ac si ea res extaret	(5.8.4) ... eam is, cui promissa est, ab eo recipere potest, tanquam non perierit

Resulta sorprendente ver cómo el Interprete evita la *actio* dondequiera que aparece con su denominación tradicional o se refiere a su *causa* típica. Es evidente que desea desprenderse aquí de todos los problemas, y de las altamente complejas asociaciones entre ellos, que en otro tiempo surgían en conexión con cada *actio*. Su única preocupación es determinar, algo indispensable para la práctica rutinaria, si en un caso dado existe una reclamación substantiva y a qué se encamina. Por esta razón no tiene inconveniente en conservar el término *actio* cuando las *Sententiae* lo utilizan en un sentido menos técnico o cuando parecen venir a indicar la finalidad de la acción. Pero, aun entonces, el Intérprete lo hace frecuentemente a su manera, para escoger, con mayor o menor fortuna, el modo de dejar clara y distinta su finalidad:

¹³ Después de esto, el autor de IP 2.32.21 creyó evidentemente que un mero *furti actio pertinebit* valdría.

<i>PS</i>	<i>IP</i>
1.2.4 actio iudicati	Actio de executione iudicatarum rerum
1.15.2 pro modo admissi extra ordinem actio in dominum vel custodem datur, maxime si ex eo homo perierit	in dominum...vel in custodem eius damni vel cuiuscumque laesionis actio non expectata ordinis sententia revertetur
2.31.32 in adscriptam summam furti actione tenebitur	(2.32.26) ad eam summam redhibitionis... furti actione tenebitur
5.6.10 redditur interdicti actio quae proponitur ex eo, ut quis, quod precarium habet, restituat	(5.7.8) ...datur adversus eum interdictum et actio iusta proponitur: quae actio civilis est veluti si de commodato agatur, ut res ita praestita, sine aliqua difficultate reddatur ¹⁴
5.6.14 et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is qui detinetur, lege autem Fabia, ut etiam poena nummariacoerceatur	(5.7.12) ...adversus eum legis Fabiae actio datur, id est ut exhibeatur qui in clusura aut in vinculis detinetur ab eo qui fecisse convincitur, aut secundum Legem Fabiam puniendus est aut secundum aestimationem iudicis poena nummaria feriendus est
5.9.3 quotiens iudicatum solvi stipulatione satisdatur, omissa eius actio rei iudicatae persecutionem non excludit	(5.10.3) si... iudicati solutio fideiussione interposita fuerit repromissa, sed is, cui fideiussio praebita est, huius rei actionem qualibet ratione tardaverit, a persecutione rei, quae addicta est, non excluditur
5.11.5 ...lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur	(5.12.5) ...si ad hanc rem is cui donatum est donatorem voluerit attinere, ab hac actione ¹⁵ omnimodis removetur

A la misma serie pertenece probablemente:

1.4.7 pater... filio actione negotiorum gestorum tenebitur	pater... filio emancipato pro his, quae in rebus eius gessit, negotiorum gestorum tenebitur actione.
------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------

El comentarista, es evidente, no quiere decir que el padre deba ser demandado mediante una determinada acción típica, sino más bien que responde judicialmente, por los asuntos que haya efectivamente gestionado, sobre la base de esa gestión de negocios¹⁶. Esto viene sugerido tanto por la discusión en IP 1.4.2 y 4, como también por el hecho de que *actio* está por *administratio* en IP 2.15.1; 2.30.1; véase también 5.18.2.

La situación inversa, en la que IP se refiere a veces a una *actio* precisamente donde PS no utiliza el término, debe también considerarse. Esto sucede tanto en

¹⁴ Cf. SZ 66,10 sig.

¹⁵ Esto es, la acción concerniente a *evictionis poenam*.

¹⁶ Así Conrat, *Paulus* 63 nota 166.

locuciones desconocidas para el uso clásico, como en casos desprovistos de *actio* singular en el *ordo iudiciorum*:

IP 5.6.1: si de momento (esto es, posesión efectiva) fuerit actum

5.6.1: ita ut de negotii qualitate (esto es, propiedad) partes sequenti actione confligant.

5.7.10: actio tamen proprietatis domino adversus eum, qui ita manserit, iure competit.

Actio y *agere* aparecen con máxima frecuencia en relación con la *querela inofficiosi testamenti* (IP 4.5.2, 5.7.8,9; cf. también CT 2.19.3 [313]; 1 [319]; 2 [321]; 5 [383]; 6 [413]; 7 [424]; 16.7.3.1 [383]; 15.14.9 lin.14 [395]); RB 10.4; 22.9; 45.6; etc.)¹⁷. Como expresiones alternativas se usaron las de *contra testamentum (voluntatem) agere* (IT 2.19.3, 4, 5, 7) o la de *hereditatis petitio* empleada en un nuevo sentido (PS 1.13b.4; IP 1.13.10; INV 35.i.f.)¹⁸. Aquí, *actio* no indicaba un tipo de acción, sino la impugnación judicial de un testamento. Era el propósito lo que importaba.

Con los últimos ejemplos nos hemos ya salido del ámbito de la IP. En realidad, las otras fuentes del derecho vulgar presentan un cuadro muy similar. En GE *actio* aparece solo una vez (2.11.4) y *agere*, en sentido técnico, no aparece en absoluto¹⁹. En las constituciones del CT la ruptura con la terminología no se lleva a cabo en todo lugar tan cabal y deliberadamente. CT 9.20.1 (378), notable en cualquier caso por sus muchas reminiscencias²⁰, menciona los *interdicta unde vi* y *de tabulis exhibendis* y la *actio furti*. También hay mención de una *actio doli*²¹ (CT 2.15.1 [319]; 15.14.9 lin. 10 [395], una *actio de peculio* (CT 2.32.1 [422])²², y, en la misma disposición, se habla de una *actio praetoria quae appellatus quod iussu* (CT 2.31.1), así como también de una *actio iudicati* (CT 2.12.7 [424] y de una *petitio finium regundorum* (CT 4.14.1 pr.). La Interpretatio se mantiene alejada en general de estas expresiones, pero, en forma bastante sorprendente, cuando enu-

¹⁷ La terminología resulta rastreable inicialmente a finales del período clásico: Hugo Krüger, *Bull.* 47.66.

¹⁸ Cf. SZ 49, 242 nota 7.

¹⁹ Acerca de la omisión de todo el material relativo a *actiones*, véase Conrat, *Gaius* 17. Cuando, a la inversa, el autor del Gayo de Autun presenta el procedimiento formulario como algo todavía en vigor, lo que revela no es otra cosa sino esa falta de independencia de pensamiento que frecuentemente le hace repetir de forma mecánica su modelo. Esto en relación con Erman (*supra* nota 8) 588 sigs.

²⁰ Cf. también *infra* pág. 233.

²¹ Realmente no con el nombre clásico de *actio de dolo*, que parece ser la única designación conocida incluso para las *constitutiones* hasta Diocleciano inclusive. En el Digesto, *actio doli* aparece sólo en D 44.7.35 pr. y D 46.3.95.1 i.f., que están interpolados a este respecto; cf. también Andrea Guarnieri Citati, *Mélanges Cornil I* (*supra* pág. 97 nota 3) 498 nota 3.

²² El texto dice: «utilis actio pateat de peculio». Algunos autores, como Godofredo y Conrat, *Brev.* 251 nota 5, entendieron esto en el sentido de una, técnicamente, *actio utilis*. Pero la Glosa interpretó ya correctamente «utilis»=«efficax». Incluso de poderse aplicar los criterios clásicos, nada habría que hablara en contra de una *actio de peculio* corriente. Pero sobre todo: ¿qué tendrían que deducir los emperadores de 422 de una *actio utilis*?. La expresión está ausente en los pasajes derivativos IT 2.32.1 y ET 121, así como en IP 2.32.21. Es generalmente extraña al derecho de Occidente: *supra* pág. 194.

mera *actiones perpetuae* (INV 35.i.f.) incluye un catálogo de acciones que es una perfecta combinación aleatoria de lo nuevo y lo viejo:

hereditatis petitio, si tamen ab auctore cui competebat fuerit inchoata²³, finalis actio²⁴, homicidii, furti²⁵, tutelae gestae, de fugitivis, de curialibus vel de collegiatis revocandis, empti venditi, locati et conducti²⁶, negotiorum gestorum, mandati, pro socio.

Sin embargo, consideradas desde la masa de material a nuestra disposición, estas son excepciones que sólo prueban la regla. La lista de acciones sumarias incluidas en IT 2.4.6 evita las denominaciones antiguas, incluso cuando ellas las habrían indicado con facilidad:

pro repetendo debito, unde certa scriptura profertur, seu de id, quod alicui fideicommissum est ut daretur, aliquis agat, aut aliquid sibi alleget fuisse pervasum aut quodlibet intra annum beneficium momenti requiratur²⁷, aut testamentum dicat non esse legitimum, vel de tutela aliquid proponat.

Hablando en términos generales, es sorprendente ver que incluso en los títulos del CT referentes a materias de derecho privado, que, de conformidad con el Codex Gregorianus, toman sus rúbricas regularmente del sistema edictal²⁸, las disposiciones allí incluidas se esfuerzan de manera especial en evitar los antiguos términos. No se habla de *actio ex empto*²⁹ *vendito*, ni de *actio ex stipulatu*, *actio certae creditae pecuniae* ni tampoco de *actio rei uxoriae*. La única disposición (de 423) que aparece bajo el encabezamiento *De rei vindicatione* (2.23) no contiene ni una sola palabra relacionada con esa acción. Como en otros innumerables pasajes, indica únicamente que un hombre que «perpetuo iure et firmo dominio possideat» puede recobrar cierto bien inmueble (*reformari*) si lo ha perdido ante tercero. Las dos disposiciones de los años 321 y 327, del título *De familiae herciscundae* (2.24), toman partido por la proposición según la cual, en la división de la propiedad entre coherederos, incluso las instrucciones informales del difunto, ya *mortis causa* o *inter vivos*, podrían ser tenidas en cuenta. CT 2.25.1 de 325 (*De communi dividundo*) dispone únicamente que en la partición de bienes arrendados a perpetuidad las familias de esclavos no deben ser divididas. Estas son reglas de derecho sustantivo, que tienen poco que ver con las peculiaridades formales de los antigua *iudicia divisoria* y su característica *adiudicatio*.

²³ =*querela inofficiosi testamenti*.

²⁴ =*actio finium regundorum*.

²⁵ Probablemente con su finalidad alterada: IP 2.32.16 (véase Conrat, *Paulus* 184). Una *actio furti* también aparece en RB 14.6 y en ET 85, 86, 120, mientras que ET 146 omite el nombre de la acción.

²⁶ Sobre esto, véase SZ 66,22.

²⁷ Cf. *infra* pág. 250.

²⁸ Para los detalles, véase Gaetano Scherillo, *Studi Ratti* (1934) 249 sigs., *Studi Albertoni* (1935) I 515 sigs.

²⁹ NT 24.4, por ejemplo, en cambio dice: «competens ei actio contra venditorem intacta servabitur».

Lo mismo puede decirse respecto al alcance del título *De finium regundorum* (2.26). Las dos primeras leyes del año 330 introducen nuevas medidas contra un vecino que llevado de su voluntad hubiera ocupado tierra colindante objeto de disputa³⁰. El c. 4 (385) parece considerar la determinación de la propiedad como la única cuestión relevante («sola sit igitur huiusmodi litibus una praescriptio»)³¹; llega hasta a eliminar expresamente cualquier posible diferencia entre controversias sobre linderos y procedimientos sobre el derecho a la propiedad (*finalis iurgii vel locorum*)³². En cc. 3 (331) y 5 (392), es verdad, la distinción reaparece: una *controversia finalis* referente a un lindero de cinco pies de anchura debe ser conocida por *arbitri*, mientras que una *controversia proprietatis* relativa a los terrenos debe ser decidida por *iudices* ordinarios. Pero el procedimiento postclásico incluso combinó la función de una sentencia declarativa respecto a la propiedad con la de una adjudicación constitutiva de tierra o condena al pago de una cantidad de dinero (cf. c. 3 i.f.)³³. Esto era nuevo³⁴; fue consecuencia directa de la abolición de los específicos tipos de acción. Para el juez de la cognitio del derecho vulgar, la *rei vindicatio* y la *actio finium regundorum* eran antiguallas, cuyas diferencias no le incumbían. Solamente en relación con los *quinque pedes* tenía él que recordar varias reglas especiales relativas a la prescripción (CT 2.26.4 y 5; 4.14.1 pr. i.f.; Cs 9.4 i.f.; *contra*, sin embargo, INV 35 i.f.)³⁵ y sobre pérdida de la propiedad³⁶.

Incluso cuando, en el contexto de las leyes o comentarios, esporádicamente aparecen los antiguos nombres de las acciones, debemos guardarnos de identificarlas simplemente con los recursos clásicos. El *agere ex testamento* en CT 4.4 7 pr. § 1, i.f. (424), p.ej., está a efectos de contraste con la *persecutio fideicommissi* y su asunto no es un *legatum* sino, como resulta confirmado por IT, una *institutio heredis*³⁷. La *actio iniuriae* en INV 25 es sólo otra expresión para la que NV 25.1 (447) llama *actio contra ingratos* o lo que CT 4.10.2 (423) denomina *ingrati actio*. Cuando INV establece más adelante que de iniuriis apud iudicem actio proponatur o cuando CT 16.2.41 i.f. (412) habla de una *iniuriarum actio*, tampoco

³⁰ *Infra* pág. 247 sig.

³¹ Sobre esto, véase Godofredo *ad. h.l.*

³² Véase también CT 2.26.1: «querimoniam quae finali cohaeret cum proprietate controversiae». Cf. sobre este punto, Bonfante II 2, 228.

³³ Biscardi 32 sigs. cree que todas las acciones divisorias fueron hechas puras *controversiae de proprietate*. Pero el lenguaje de las *constitutiones* que muestran un estilo tardío en su redacción no lo prueban; y si se atiende al aspecto sustantivo, estaríamos ante algo extraño si el juez del procedimiento cognitorio hubiera tenido incluso menos poder que un *iudex* clásico. Además, en el ámbito de las acciones divisorias (*fam. herc.* y *comm. divid.*) el poder del juez para crear nuevas relaciones jurídicas era indispensable.

³⁴ Esto a veces se expresa diciendo que los principios de la *actio finium regundorum* fueron aplicados en época postclásica a las disputas sobre linderos que excedieran los *quinque pedes* (Siber 106, Kunkel 252).

³⁵ *Supra* nota 24.

³⁶ Cf. *infra* nota 339.

³⁷ Véase también Symm. *Rel.* 16 (384). Para *vindicare ex testamento* en GE 1.1.4, véase *infra* nota 51.

tienen en mente la antigua acción privada. En Oriente esta acción se presentó más tarde como una reliquia histórica: si iniuriarum actio, quam inter privata delicta veteris iuris auctores connumerant... criminaliter forte movetur (CJ 9.35.11 [478]). La tendencia a apartarse del sistema clásico de *actiones* se vuelve a poner de manifiesto cuando vemos hablar de una *actio pecuniae postulatae* (CT 4.11.2 [349]), de una no especificada *actio ex bono et aequo* (CT 3.5.11.4 [380]), de una *vis et metus actio* (CT 15.14.9 lin.10 [395]), de una *actio tutelae seu negotiorum*³⁸ (CT 2.4.6 [406])³⁹, *momenti* (CT 4.22.6 [414]), *momentaria* (IT 4.23.1), una (*secundaria*) *actio proprietatis* (CT 4.21.1 [395])⁴⁰, de *actio causae* (IT 4.22.1 i.f.), de *occupatae aut pervasae rei* (RB 8.4)⁴¹, o cuando nos encontramos con frases como *rem ablatam civile actione*⁴² *repetere* (IT 9.20.1 init.), *de damno amissi mancipii civiliter actionem proponere* (ET 152), *neque de vi neque de metu suppetere actionem* (RB 38.2)⁴³, *de ingenuitate aut de libertinitate proferre actiones* (IT 4.8.6 lin.5) etc. La atmósfera en que fueron escritos estos textos es completamente indiferente, si no hostil, al sistema clásico de *actiones*, incluso desde el punto de vista del derecho sustantivo. De aquí que también seguirá siendo cuestión abierta si las acotaciones *iudicio familiae erciscundae* en CJ 3.36.26 [318]) y *cuius est certissimum mandati iudicium* en de CJ 4.35.21 (hacia 321), que son innecesarias para el desarrollo de ambos rescriptos, se originaron en Constantino o deben su origen a Justiniano.

2. *Vindicare*

Estos hechos deben ser tenidos en cuenta cuando se plantea la cuestión de si la categoría *actio in rem* continuó existiendo en el derecho vulgar. Debe indicarse, desde el principio, que el verbo *vindicare*⁴⁴, ni siquiera en sus connotaciones de derecho privado fue afectado por este proceso de reducción de términos. Por el contrario, la expresión se usa ampliamente y goza de no menor popularidad que en los mejores tiempos del pasado. De manera que hay *constitutiones* que, si nos fuera lícito leerlas como textos clásicos, podría mantenerse

³⁸ RB 36,5 tiene *tutillae actionem*. Pero se trata de un pasaje espurio.

³⁹ IT: *de tutela aliquid proponat*.

⁴⁰ Más acerca de estos términos *infra* pág. 234.

⁴¹ Cf. *infra* notas 199, 390.

⁴² Véase también RB 8.1.

⁴³ Cf. también *peragat actionem* en RB 38.2 y 4.

⁴⁴ El nombre *vindicatio* todavía se encuentra, como muestran las ilustraciones del texto, y experimenta los mismos cambios de significado que el verbo. El CT incluso tiene un título *De rei vindicatione* (2.23). Pero su contenido niega más que prueba la existencia de una tal *actio* (*supra* pág. 199). Además, la palabra cae cada vez más en desuso. En GE e IP *vindicatio* aparece sólo en conexión con *legatum vindicationis* y falta en las restantes partes de la Interpretatio, así como en los códigos de los Visigodos, Ostrogodos y Burgundios (RB 26,3 es espurio). Por consiguiente, será mejor que se evite hablar de una extensión del concepto de *rei vindicatio* (así Biscardi 79 sigs y *passim*) cuando y donde es significado el de *dominium*.

que se refieren al recurso judicial de la *actio in rem*. Consideremos los siguientes ejemplos:

CT 8.18.1.3 (315)=CJ 6.60.1 i.f.: nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus.

CT 3.32.1 (322): minores... praedium vel mancipium rusticum sine decreti interpositione alienatum etiam non petita in integrum restitutione poterunt vindicare.

CT 13.6.5 (367): temporibus praescriptionem in vindicatione rerum ad navicularios pertinentium... esse succisam.

CT 10.12.1.1 (368): dominis priorum vindicatio competat.

CT 13.6.6 (372): ver *infra* pág. 217.

CT 11.39.12 (402): ...cum omnem probationem exigi oporteat ab eo qui vindicare nititur, non ab eo qui se iuste tenere contendit.

CT 4.14.1 pr. i.f. (424)=CJ 7.39.3 pr.: ...qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare.

NT 14.4 (439)=CJ 5.9.5.2 Dominium autem rerum... ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo qui eas liberis reservabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt⁴⁵, consumptas ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerat.

NT 24.4 (443)=CJ 11.60.3 pr.: Agros limitaneos... si ab aliis possidentur, ...ab universis detentoribus vindicatos isdem militibus... volumus adsignari.

NS 1.1 (463): filiis... et alienatorum vindicatio competit et ex maternis bonis perditarum redintegratio facultatum.

INT 14 lin. 85: ...omnia, quae de maternis bonis maritus... habuit adquisita, filii sibi... apud quoscumque invenerint vindicabunt⁴⁶.

Pero la idea de acción judicial ya no era esencial al concepto de *vindicare*. La mayor parte de los textos no presuponen procedimiento judicial ninguno. Esta consideración nos lleva a un punto más en el que el derecho primitivo y el derecho vulgar se aproximan uno otro⁴⁷. En el ordenamiento jurídico arcaico, *vindicare* también significa aprehensión extrajudicial⁴⁸. Para los juristas preclásicos y clásicos, sin embargo, se convirtió en el término técnico para el *agere in rem* judicial⁴⁹ en persecución de un derecho absoluto sobre bienes o personas. Cuando una acción no se substanció por falta de parte contraria, usaban *vindicare*, por regla general,

⁴⁵ INT lo da así (lin. 78): «ubicumque eas potuerint invenire, ad suum dominium filios praecipit revocare».

⁴⁶ Véase también la yuxtaposición de *iure possidere vel vindicare* (CT 10.8.5 [435] y *acceperit aut vindicaverit* (IT 2.19.7).

⁴⁷ Cf. *supra* pág. 69 sig.

⁴⁸ La literatura es vasta. Véase Moriz Wlassak, SZ 31 (1910) 202 nota 1, Patsch, *Schriften* (*supra* pág. 142 nota 150) 304 sigs, Rabel SZ 36 (1915) 385 sigs. y 38 (1917) 314 sig., Emilio Betti, *La «vindicatio» romana primitiva* (reimpresión de *Il Filangieri* 1915) 3 sigs y *Diritto Romano I* (1935) 437 sig. (con referencias), Pietro de Francisci, *Trasferimento della proprietà* (Padua, Editrice Universitaria, 1924) 125 sigs, Rudolf Düll, SZ 54 (1934) 106 sigs, Kaser, *Eigentum* 51 sigs., 70 y *Das altrömische Ius* (*supra* pág. 99 nota 15) 195, 325.

⁴⁹ Gai IV 5, Ulp. D 44.7.25 pr.

sólo en relación con conjuntos de cosas: *hereditatem vindicare* es frecuentemente lo mismo que *hereditatem adire*⁵⁰. El derecho vulgar, al adoptar este uso⁵¹, fue más lejos y lo hizo particularmente en tres sentidos:

a) Incluso en conexión con cosas específicas, *vindicare* dejó de expresar necesariamente la idea de actuación judicial: *vindicet* o *poterit vindicare* no significa entonces otra cosa sino *dominium habere*⁵²:

CT 10.18.2 pr. (380): Quisquis thesauros... repperit, suae vindicet potestati.

NV 31.1 (451): ...is eum (scil. colonum vagum) vindicet iure colonario servitutum, pene quem a die primae fugae triginta annorum posteriora tempora concluduntur (cf. § 2: vindicatio); de forma similar INV lin. 52: ille eum vindicet.

IT 5.18.1: Si quis colonum alienum in re sua... triginta annos habuerit, ac si suum vindicet.

IT 3.5.6: Si quando sponsalibus celebratis interveniente osculo sponsus aliqua sponsae donaverit et ante nuptias sponsus forsitan mariatur, tunc puella quae superest mediam donatarum sollemniter rerum portionem poterit vindicare et dimidiam mortui heredes adquirant.

Se presupone la entrega de los presentes a la *puella* desposada. Esto se encuentra explícitamente afirmado en la frase inmediata, en la cual se repite *vindicare*.

IT 3.8.3: Notissimum valde est has facultates, quas tempore nuptiarum mulieres a maritis accipiunt, suo dominio vindicare.

IT 3.16.2: ...maritus... probatis causis... expulsae uxoris dotem vindicet donationemque recipiat⁵³.

IT 8.19.1: (Un donación o legado a alguien que está bajo la *potestas* de otro) ad patris dominium minime pertinebit, sed hoc sibi filii ad integrum vindicabunt (CT: in eius tantum, cui delatum est, iure durabit).

IP 5.2.1: ...in nostro iure consistunt et ea proprietati nostrae possumus vindicare⁵⁴.

b) Mientras, sin duda, tenía lugar un pleito en los casos en que la persona con derecho a los bienes no tenía la posesión, otros pasajes tratan del apoderamiento extrajudicial de las cosas sin dueño o de cosas de las que podía uno apropiarse legítimamente por medio de la autoayuda. La persona a quien se le asignaba mediante rescripto un esclavo sin dueño podía apoderarse de él tan pronto

⁵⁰ Las distintas combinaciones se encuentran en VIR III 87, 2 sigs, V 1385, 27 sigs. Sobre esto, véase en particular Seckel-Heumann, *vindicare* 2a.

⁵¹ Cf., por ejemplo, GE 1.1.4: «ex testamento aliorum aliquid dimissum possunt... vindicare» = «ex testamento... succedere possunt».

⁵² En el sentido del derecho vulgar: *supra* pág. 34 sigs.

⁵³ CT: «et dote potiat et suam recipiat largitatem».

⁵⁴ Ver *supra* pág. 30.

como la falta de dueño había quedado establecida judicialmente. CT 10.12.2 pr. (368):

Nec ante aliquis quem poposcerit per manus iniectioem aestimet vindicandum⁵⁵, quam definitiva inter partes fuerit dicta sententia⁵⁶.

En este caso *vindicare* no se refiere a procedimiento judicial, sino a un apoderamiento extrajudicial después de haber quedado concluido el pleito y de haberse dictado sentencia definitiva entre las partes acerca de la propiedad sobre el esclavo en cuestión⁵⁷. Esto se aparta claramente de los modos normales de ejecución judicial.

CT 9.42.15 (396): Sit a proscripti mariti sorte uxor aliena, quo, ut adsolet, proscripto, uxor proprias velut manu iniecta mox vindicet aut certe quoquo modo occupatas statim recipiat facultates.

Vindicare es claramente igual a *occupare*. La esposa no podía recurrir a la autoayuda en caso de que los bienes hubieran sido tomados en posesión por un tercero; el *recipere facultates* sólo tenía lugar mediante acción judicial. Esto tenía su contrapartida en la disposición CT 9.42.14 (396), publicada tan sólo unos meses antes. El asesinado *praefectus praetorio Orientis* Rufinus, hombre de un atrevimiento sin límites⁵⁸, había confiscado muchas fortunas. Ahora Arcadio prohíbe que las personas afectadas recurran a la autoayuda para recobrar sus bienes. Su lenguaje es característico:

nec quisquam sibi post eius obitum spontaneam vindicandi tribuat potestatem

y más adelante:

nisi... manus ab his, quae Rufinus vivus possederat, voluerint abstinere.

La *manus iniectio* mencionada o aludida en estas *constitutiones* cae perfectamente bajo la definición que da el gramático contemporáneo Servio⁵⁹ al comentar el «*iniecere manum Parcae*», en Virgilio, Aen 10.419⁶⁰:

traxerunt debitum sibi; et sermone usus est iuris, nam manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate expectata rem nobis debitam vindicamus.

⁵⁵ CT 10.12.1 (368): «*impetrati beneficii auctoritate potiantur*».

⁵⁶ Cf. ET 70 i.f.: «*mancipium quod in ecclesiae latebris commoratur, si extra ecclesiam potuerit comprehendi, a domino protenus vindicetur*». Su modelo presenta «*ad pristinam sortem velut manu mox iniecta revocentur*»: CT 9.45.3 (398).

⁵⁷ Véase también CT 10.1.5 (326).

⁵⁸ Cf. Seeck V 178, 267 sigs, 276 sig.

⁵⁹ Escribió alrededor de 400: Wessner, RE II A 1834 sigs.

⁶⁰ Véase también Bruns, Fontes II 78.

Este pasaje ha sido frecuentemente usado para el derecho arcaico⁶¹. Pero prueba realmente sólo los puntos de vista de los siglos cuarto y quinto⁶². En esta época *manus iniectio* quiere decir, de hecho, apoderamiento extrajudicial por la fuerza⁶³, mientras que *vindicatio* puede connotar o no esto.

Este *vindicare* así caracterizado por Servio lo volvemos a encontrar, muy similar, en PS 5.26.4 (ex Brev.)⁶⁴:

Creditor chirographarius si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora, cum non habeat obligata, ceperit, in legem Iuliam de vi privata committit. Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.

No sabemos lo que Paulo escribió realmente. Puede que afirmara que se negaba la autoayuda al acreedor sin garantía constituida⁶⁵, pero que le estaba permitida al acreedor prendario⁶⁶. Mas para caracterizar el privilegio de este último no pudo usar ciertamente *vindicare*, pues, este término, tanto en relación con *fiducia* como con *pignus*⁶⁷, no habría señalado sino el recurso al proceso. Si bien este lenguaje puede que tampoco haya sido familiar al autor de las *Sententiae*, esto no puede decirse de un contemporáneo de Servio. Semejante interpretación de la segunda frase de las *Sententiae* quedó impedida, sin embargo, después del año 438, cuando CT 4.22.3 prohibió con carácter general recurrir a la autoayuda contra el que estaba en posesión de la cosa⁶⁸. Por esta razón, el revisor, o uno de sus epígonos, introdujo la precisión «apud se deposita»⁶⁹. Con esto, la regla tuvo el significado de

⁶¹ Betti, *Filangieri* (*supra* nota 48) 5, M.J. Lambert, *Operae liberti* (1934) 75 sigs (según la referencia de Valentin-Al. Georgescu, *SZ* 64 [1944] 379), Kaser, *Altröm. Ius* 192 nota 4. Véase, no obstante, la crítica de Pernice, *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften*, Phil.-hist. Klasse, Berlín 1885, 1167 nota 6.

⁶² Véase también *infra* pág. 209.

⁶³ Cf. las siguientes disposiciones, todas las cuales se refieren al ámbito del derecho público: CT 11. 30. 8 i.f. (319); 7.22.7 (365); 10.12.2.5 (368); 8.7.10 (369); 7.22.9 (380); 9.40.15 (392); 9.45.3 (398); 12.1.159 (398); eod. 181 (416).

⁶⁴ Véase asimismo Agustín en epist. Ioannis (*supra* pág. 28 nota 55): «...ille... vindicat sibi possessionem suam; non delet titulos, sed intrat et possidet».

⁶⁵ Véase también PS 2.14.5; Mod. D 48.7.8; Diocl. CJ 9.12.5 y los rescriptos pertenecientes al Código Hermogeniano al que se refiere RB 14.1. Si la referencia a la Lex Iulia forma parte del texto original (*contra*: Hans Niedermeyer, *Studi Riccobono* I 206 sigs), es algo que no puede ser examinado aquí. Véase además ET 123, 124. Sobre LV 5.6.1 (Recc.) y la presumible regulación por Eurico, véase Brunner II 587 nota 11.

⁶⁶ Cf. Ulp. D 47.2.56 (sólo *sed...* es añadido más tarde; Ind. Int.; véase también Kunkel, *Symbolae* 74) y CJ 8.13.3 (205) (sobre la interpolación, véase Naber de acuerdo con P. Krüger *ad h.l.*; véase asimismo Otto Gradenwitz, *SZ* 26 [1905] 348 nota 1, Knipf, *Der Rechtsgelehrte Gaius* [Jena, Fischer, 1910] 176).

⁶⁷ En el derecho clásico el ocasionalmente utilizado (VIR V 1385, 4 sigs) *pignus vindicare* significa tanto como *actione Serviana agere* (cf. Kunkel, *Privatrecht* 157). Véanse además CT 3.30.1 (314) y 4.14.1 pr. i.f. (424).

⁶⁸ *Infra* pág. 242 sig.

⁶⁹ = *sibi tradita*. «Deponere pignus» en este sentido llegó a usarse sólo tarde. Cf. la alterada PS 2.5.1 (véase también Seckel-Kübler *ad h.l.*); IP 2.5.1 y 3.8.7, Isid. 5.25.24. Los detalles se discutirán en otra parte.

que sólo el acreedor en posesión de la prenda⁷⁰ podía, tras el vencimiento, hacerse dueño, por sí mismo⁷¹, de la cosa dada en prenda. Naturalmente, la aplicación de este principio a la *fiducia* hubiera carecido de sentido, pero esta institución no se utilizaba ya en la práctica⁷². En cuanto al *pignus*, la prohibición de la *lex commissoria* (CT 3.2.1 [320]) parece haber sido interpretada muy restrictivamente (IT 3.2.1; IP 2.12.6)⁷³.

El nuevo significado de *vindicare* se encuentra además en CT 5.14.30 (386):

... Hi autem, qui proprio voluntatis adsensu nunc quod diximus elegissent neque sibi nunc opimum aliquid et conducibile vindicarent, sed tantum nuda et relicta susceperunt, triennii immunitate permissa debitum canonem inferant...

Vindicare=eligere=suscipere. Esta gente había ocupado espontáneamente tierras pobres y abandonadas para cultivarlas y por ello habían adquirido un «perpetuum et privatum ius» (*init.*)⁷⁴.

CT 11.1.28 (400): «Veterani terras censibus obligatas, ut cognovimus, vindicarunt, pro quibus tributum solvere dedignantur...»

Los veteranos se habían apropiado, por su cuenta, de ciertas tierras. El derecho a esta apropiación constituye⁷⁵, como se ha visto, el único asunto del título «De rei vindicatione» (CT 2.23), tal y como hoy reza⁷⁶.

El cambio que experimentó la interpretación *del legatum per vindicationem* resulta particularmente notable⁷⁷. En estricta contradicción con Gayo II,

⁷⁰ En este mismo sentido fueron falsificados CJ 8.13.3 (*supra* nota 66) y 9.33.3 (293). Sobre el último pasaje, véase Albertario III 186, 228 nota 1. En el reino Ostrogodo, sin embargo, a pesar de la prohibición general de la apropiación extrajudicial (ET 10; *cf. infra* pág. 236), el derecho del acreedor pignoraticio a valerse de la autoayuda permaneció: ET 124 (*sibi non obligatas*) e incluso más claramente en Cass. 4.10.3, donde el apropiarse de una cosa por un acreedor se penaliza con la pérdida de su derecho, mientras que se permite que el acreedor prendario pueda apropiarse de la prenda en su posesión: «ut quisquis quod repetere debuisset pignorandi studio fortassis invaserit, voce iuris amittat nec liceat cuiquam sua sponte nisi obligatum forsitan pignus auferre». El *edictum* al que este texto se refiere es, lo más probable, ET 124: edición de Mommsen de Cassiodorus (*MGH Auct. XII*) pág. XXXV.

⁷¹ En ET 46 *vindicare* incluso está dispuesto para significar «retener como dueño». El modelo CT 2.14.1 presenta *retinere*.

⁷² Véase para lo presente, Conrat, *Paulus* 145 sigs, Walter Erbe, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Weimar, Böhlau 1940) 204 sigs.

⁷³ Para lo presente, véase Conrat, *Paulus* 148 sig.

⁷⁴ *Cf. Mitteis, Erbpacht* 32 sig., 64.

⁷⁵ Sobre ello, véase *supra* pág. 51.

⁷⁶ Véase *supra* pág. 199.

⁷⁷ Las peculiaridades del derecho concerniente a legados no pueden introducirse aquí. Baste con señalar que, aunque los legados habían dejado de estar sujetos a especiales requisitos formales desde CJ 6.37.21 (320), sus distintos tipos más o menos continuaron existiendo por causa de sus diferentes consecuencias jurídicas. La interpretación de las palabras escogidas por el testador determinaban en cada caso qué tipo de legado era el presente. *Cf.* sobre este punto, *Gaius* 90 nota 236, *Archi* 335 sigs.

194⁷⁸, GE 2.5.1 define el *legatum vindicationis* –así es llamado ahora– como un legado

quod post mortem testatoris statim legatarius non exspectato herede sibi praesumit; quam si praesumpserit, nec pro praesumpto legato ab herede potest calumniam sustinere.

Con esto se corresponde exactamente IP 3.8.6 (en contraste con PS 3.6.7):

legatum vindicationis, id est quod non spectato herede legatarius praesumit.

Las diferencias son evidentes. Los juristas clásicos explicaron la denominación *legatum per vindicationem* incorrectamente⁷⁹ pero con gran expresividad, pues procesalmente había de ser exigido mediante *rei vindicatio* (Gayo II, 194). Tampoco podía, por supuesto, ser efectivo antes de que existiera un heredero. El *legatum vindicationis* vulgar no tenía ya, sin embargo, relación con una *actio in rem*. Se le llamaba de esta manera porque facultaba al legatario para coger o hacerse con el control⁸⁰ antes de que la herencia hubiera sido aceptada por el heredero, esto es, antes de que tuviera ésta un dueño⁸¹. Si el heredero había aceptado ya la herencia, este legatario, como cualquier otro, tenía que dirigir su reclamación al heredero⁸². El legado perdía su carácter de *legatum vindicationis* porque ahora ya la autoayuda no procedía. Cuando la aprehensión no era *ab initio* posible, el legado nunca tuvo aquel carácter y puede, por consiguiente, que haya sido considerado nulo⁸³, a pesar de CJ 6.37.21, como cuando el bien pertenecía a un tercero («per vindicationem res aliena relinqui non potest») o como cuando la cosa no existía todavía físicamente («quae in rerum natura non sunt... velut... fructus qui ex illo agro nati fuerint»). Esto parece seguirse del razonamiento de GE 2.5.3 i.f., que ha de aplicarse a ambas situaciones.

Quod in legato vindicationis fieri non potest, quia non potest legatarius testatore mortuo continuo vindicare.

El *legatum damnationis* aparece en ambos supuestos a efectos de contraste y no como expediente para salvar el legado. Esta conclusión se apoya también en el hecho de que lo legado a varias personas *coniunctim*⁸⁴ o *disiunctim*⁸⁵ podía solamente ser adquirido *pro rata* por aquellos legatarios que llevaran a cabo el acto de apro-

⁷⁸ Véase también *infra* pág. 215.

⁷⁹ Véase también Wlassak, SZ 31 (1910) 233 nota 1, 309 nota 2.

⁸⁰ Este es el significado de *praesumere*. Su insípida traducción como «reclamar como propio» (Conrat, *Brev.* 450, también *Paulus* 209 nota 606) borra el contraste con el derecho clásico. Archi 340 sig. no acierta a dar una solución. Véase también *supra* pág. 52 nota 187.

⁸¹ Durante este período el heredero del legatario podía también *praesumere* (IP 3.8.6).

⁸² Arg. e contr. GE 2.5.1: «nec si aliena res fuerit quae legata est, legatarius hoc poterit ab herede petere».

⁸³ Esta cauta formulación es necesaria porque lo único que tenemos es lo que se refiere en GE.

⁸⁴ Véase también GE 2.5.4 (*simul*).

⁸⁵ Arg. GE 2.5.5.

piación («et singuli hanc ipsam rem praesumere velint»: 2.5.1 i.f. a diferencia de Gayo II 199: «et omnes veniant ad legatum»). Los otros, en consecuencia, no recibían nada. Los diferentes tipos de acción del legatario contra el heredero habían desaparecido enteramente⁸⁶.

Nuevamente encontramos *vindicare* con el sentido de aprehensión extrajudicial en IP 4.1.18:

Quoties fideicommissum relinquitur, sicut peti potest, ita non potest vindicari⁸⁷.

Lo que esta frase quiere decir podemos inferirlo de GA 65:

Fideicommissarius non potest suo iure adi(re hereditatem), sed debet ab herede petere, et hoc est quod dicitur vulgo fideic(ommissum non in usur)patione esse, sed in petitione. Nec bona debet usurpare, sed (petere) debet ab herede, (ut) hereditatem... ade(at et) restituat ei fideicommissum. Nam heres instituitur directis verbis (neque ab alio) petit hereditatem, sed suo iure potest adire et acquirere...; nam heredes non facit nisi directa institutio⁸⁸.

En todos estos fragmentos⁸⁹ *vindicare*, *praesumere*⁹⁰ y *usurpare* son absolutamente sinónimos.

Dos nuevos textos permiten la autoayuda incluso contra el poseedor. IT 5.7.1 declara con respecto al regreso de prisioneros de guerra:

quaecumque in agris vel in mancipiis antea tenuerunt, sive a fisco possideantur sive aliquid ex his per principem cuicumque donatum est, sine ullius contradictione personae tempore, quo redierint, vindicent ac praesumant⁹¹.

⁸⁶ Véase *infra* pág. 243.

⁸⁷ IP 4.1.18 y asimismo 4.1.6 hacen muy improbable que en alguna versión occidental PS 5.12.9a (*ex D 32.23*) hubiera rezado como sigue: «Ex imperfecto testamento legata [vel fideicommissa] imperatorem vindicare inverecundum est». Las palabras entre corchetes presumiblemente han sido resultado de una adición llevada a cabo por Justiniano en cumplimiento de su política de adaptación (CJ 6.43.1 y 2; D 30.1). Las *constitutiones* en las que se basó la *sententia* original (Pertinax en Script. Hist. Aug. 7.2 e Inst. 2.17.7, 8; Alex. Sever. CJ 6.23.3 [232]) no tuvieron ciertamente esta cláusula.

⁸⁸ Cf. también GE 2.7 pr. (sobre la base de Gayo II 248) e IP 4.1.6.

⁸⁹ Ver también CT 10.18.2 pr. y § 1. (380).

⁹⁰ En *legatum sinendi modo* también aparecen ambos términos: GE 2.5.6. La afirmación derivada de Gayo II 214 «non quidem heres legatario rem quae relicta est, iubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere» podría fácilmente referirse a la autoayuda siquiera por estar la propiedad de los bienes en entredicho. Pero esto no armonizaría con la sentencia precedente: «nam et propriam rem testator et heredis sui et alienam per sinendi legatum relinquere potest». La objeción de que un bien de un tercero no podía ser vindicado (*cf.* Conrat, *Gaius* 102, Archi 337 sigs) no sería ciertamente decisiva en el derecho vulgar (ver *infra* pág. 209 sig.). Pero que pudiera ser tomado por la fuerza, incluso el autor de GE difícilmente podría haberlo aceptado. Más bien mezcló descuidadamente la frase tomada de Gayo II 214 y la otra de II 212 sin percatarse de que su combinación producía un resultado imposible. Presumiblemente, en su tiempo el *legatum sinendi modo* ya no era una institución viva; véase también Archi 346, Nadjm oud-Dine Bammate, *Origine et nature du legs sinendi modo* (Lausana, Roth, 1947) 127 sigs [y ahora Kaser, SZ 67,321,337].

⁹¹ CT 5.7.1 (366) tiene aún «recepturos iure postliminii».

También, la esposa divorciada sin existir culpa de su parte puede ejercer la autoayuda en caso de que su marido volviera a casarse. Según CT 3.16.1 (331), puede ella

domum eius (esto es, mariti) invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata.

La IT lo expresa como sigue:

habebit mulier facultatem, quae innocens eiecta est, domum mariti sui atque eius substantiam sibimet vindicare. Quod dinoscitur ordinatum, ut etiam secundae uxoris dotem repudiata iniuste mulier iubeatur acquirere⁹².

De forma no poco extraña, la legalidad de este tipo de autoayuda se mantuvo incluso después del año 438 (CT 4.22.3) y logró entrar en el Breviario. Estas excepciones fueron deliberadas, como la provisión ostrogoda en favor del acreedor prendario⁹³, o se debieron al descuido. Justiniano las evitó.

c) En la mayoría de los casos discutidos era todavía perceptible el hecho de que *vindicare* se refería a derechos *in re*. Pero IT 3.16.1 no se mantiene dentro de estos límites, y ya según Servio ad Aen. 10.419, «rem nobis debitam vindicamus»⁹⁴. No se terminan aquí las pruebas. En relación con la esposa que se divorcia de su marido con justa causa, CJ 5.17.8.4b y 5 (449) dice: «ante nuptias donationem lucro habere aut legibus vindicare censemus»; acerca del marido que con todo derecho declara el divorcio, prosigue diciendo: «tam dotem quam ante nuptias donationem sibi habere seu vindicare... sancimus». Se sobreentiende que tanto la esposa puede conservar la *donatio* como el marido la *dos* que tengan en su posesión. Si, no obstante –y las cláusulas *aut* y *seu* no pueden tener un significado muy diferente–, un cónyuge puede reclamar la *donatio* que está en manos del otro cónyuge, y que, por lo tanto, normalmente pertenece a éste, esto sería, desde el punto de vista clásico, una *contradictio in adiecto*. Asimismo, en IT 3.13.3, línea 17, *vindicare* se usa como si la mujer, después de la disolución del matrimonio, hubiera tenido una reivindicatoria sobre la *dos*. A diferencia de CT (396), similar despreocupación muestra IT 9.42.15. La ley distingue todavía entre *proprias (res)* que la esposa del hombre proscrito puede reclamar⁹⁵ y la *dos*, la que previamente demostrara haber entregado efectivamente al marido (*corporaliter tradidisse docuerit*), que había de serle únicamente devuelta a ella (*praesentetur*). Sin embargo, en la IT para todo se usa la misma brocha, de manera que se contempla una *vindicatio* para recobrar la *dos*:

et dotem, quam marito uxor aut eius parentes obtulerunt, et donationem, quam ante nuptias pro coniunctione perceperat, uxor retineat sibi que vindicet a bonis proscriptae facultatis aliena.

⁹² Aquí no podemos entrar en la divergencia sustantiva de IT respecto de CT.

⁹³ *Supra* nota 70.

⁹⁴ *Supra* pág. 204.

⁹⁵ *Supra* pág. 204.

Correspondiente indiferencia hacia el término se revela en IT 4.4.7, nuevamente en desacuerdo con la ley (424): el legatario ha de dar a conocer su deseo, «*utrum ex testamento an per nuncupationem an per fideicomissum hereditatem sibi eligat vindicandam*». De este modo, en estricta contradicción incluso con IP 4.1.18, se fundamenta una *vindicatio* en un *fideicomissum*⁹⁶. IT 2.6.2 declara que el juez culpable de dilación negligente debe indemnizar al demandante por «*omnia quaecumque in illius iudicio iuste sibi potuit vindicare*», lo que, de acuerdo con el contexto, comprende reclamaciones de todo tipo⁹⁷. Finalmente, IT 4.22.1 y 4 usan *vindicare* para el procedimiento posesorio, el exacto contrario del *principale negotium*, esto es, el litigio sobre la *proprietas* (IP 5.6.1; 5.7.10; IT 9.20.1; 11.37.1).

Resumiendo, en el derecho vulgar el concepto de *vindicare* pasa a través de un proceso de inflación que imposibilita una definición única. *Vindicare* ha dejado de ser necesariamente un *agere in rem* en sentido clásico⁹⁸ (c) y ni tan siquiera implica necesariamente algún tipo de actuación judicial en absoluto (a). Con o sin comentario que lo esclarezca, es frecuentemente entendido y utilizado en un sentido específico que indica apoderamiento extrajudicial (b).

3. *Actio in rem* y *actio in personam*

De este modo, la pregunta antes planteada⁹⁹ se hace aún más acuciante, esto es, si a pesar de la desintegración del sistema de *actiones*, el concepto de *actio in rem*, y el de *actio in personam*, su homóloga, permanecieron intactos. El más antiguo testimonio, entre los relativamente escasos pasajes que contienen una de estas expresiones, es, probablemente, CT 12.11.1.1 (314). El deudor de un municipio cayó en insolvencia y una parte de sus bienes, obligados en favor de la comunidad, la enajenó (*obnoxiiis corporibus alienatis*)¹⁰⁰. En este caso se afirma que los que adquirieron los bienes pueden ser hechos responsables, por la municipalidad, del pago del principal y los intereses *pro rata rerum quas possident*. Los nuevos poseedores que, por lo tanto, han hecho tales pagos, y satisfecho así la deuda, tienen acción contra el deudor. Cuando el deudor, sin embargo, ha enajenado la mayor parte de sus bienes, está obligado a entregar lo que quede todavía a una persona solvente de entre aquellas con derecho al reembolso¹⁰¹. El emperador expresa este derecho al reembolso del modo siguiente:

⁹⁶ El *vindicare* en Scaev. 20 dig. D 34.4.30.1 y 3 resp. 31.86.6 no puede, bajo ninguna circunstancia, retrotraerse hasta Scaevola: es usado, o por quien buscaba consejo, o por el tardío revisor de los *responsa*: cf., p.ej., Kübler SZ 28, 198, y en general Schulz, *Symbolae* 143 sigs. Para D 32.23 (=PS 5.12.9a), véase *supra* nota 87.

⁹⁷ Lo mismo parece ser cierto del *vindicantes* en CJ 8.36.3.1 (379).

⁹⁸ El auténtico concepto de *agere in rem* asimismo había cambiado: véase lo que sigue en el texto.

⁹⁹ *Supra* pág. 199.

¹⁰⁰ Cf. *supra* pág. 58.

¹⁰¹ CT presenta simplemente: *idoneum*. Sin embargo, la explicación *ex novis possessoribus* de Godofredo es sin duda correcta.

personalem actionem contra eum habituri debitorem, qui ipsis solventibus liberatur; ab eo autem, a quo constat fortunarum suarum partem maximam recessisse, etiam reliquam portionem quae apud eum resederit transferri ad idoneum oportebit.

¿Qué acción es puesta aquí en contraste con la *personalis actio*? Ciertamente no es una *actio in rem* en sentido clásico. Aun si admitimos estas categorías como aplicadas en el derecho fiscal, el emperador ni siquiera considera la posibilidad de que el derecho que surge de una *πρωτοπραξία* debiera pasar, por vía de subrogación, como una prenda a aquellos nuevos poseedores de los bienes obligados que han satisfecho la reclamación de la comunidad¹⁰². La frase final se refiere sólo al deudor que ha transferido la mayor parte de sus pertenencias. Tiene que dar todo lo que reste y no sólo la parte que corresponda a su obligación; no tiene que transferir este remanente de forma proporcional a todos aquellos que han pagado a la comunidad, sino tan sólo al que, de entre ellos, sea *idoneus*. La *actio personalis*, por lo tanto, parece significar aquí únicamente que, como regla, el deudor está obligado a compensar en dinero, mientras (*autem*) que en el caso especial de la frase final tiene que transferir en especie los bienes que le queden. De este modo, la *actio personalis* parece ser considerada como idéntica a una acción por cantidad cierta de dinero.

El mismo punto de vista parece subyacer en dos *constitutiones* que se ocupan de la *temporis praescriptio*. CT 4.11.2 (349) niega que pueda aplicarse la *annorum quadraginta praescriptio* «cum actio personalis intenditur», pero hace la salvedad: «sed quamvis actio pecuniae postulatae exceptione temporis non finiatur, iudex tamen debet inspiciere» si lo largo del tiempo transcurrido no debiera ser tenido en cuenta de acuerdo con las particulares circunstancias del caso. Vemos aquí que la *actio personalis* y la *actio pecuniae postulatae* son tratadas como equivalentes, y esto lo encontramos en una disposición que se pretende sea de aplicación «in praesenti et in ceteris causis» y dirigida así a establecer una regla general. Para caer en la cuenta de la novedad que supone este punto de vista, simplemente tenemos que compararlo con la manera en que Diocleciano expresó la misma idea medio siglo antes:

Neque mutui neque commodati aut depositi seu legati vel fideicommissi vel tutelae seu alii cuiuslibet personali actioni longi temporis praescriptionem obici posse certi iuris est (CJ 7.35.5 [293])¹⁰³

La otra *constitutio* es CT 4.14.1 (424). Comienza como sigue:

Sicut in re speciali est¹⁰⁴, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda.

¹⁰² Cf., en general, Wieacker, *Festschrift Koschaker* I 237 sig.

¹⁰³ Cf. también Pap. FV 7.

¹⁰⁴ Cf. *supra* pág. 176.

Puesto que la segunda sentencia no es esencialmente más que una paráfrasis de la primera, ella misma se presta al propósito de aclarar los conceptos empleados inicialmente. De acuerdo con esto, de una parte hay acciones que se dirigen a la recuperación de una cosa individual (*res specialis*) o un conjunto (*universitas*) de cosas (*qua res vel ius aliquod postuletur*), mientras que, de otro lado, están las *acciones personales*, esto es, aquellas acciones por las que una persona es hecha responsable (*persona pulsetur*). Si la última alternativa quiere significar algo¹⁰⁵, puede referirse solamente a aquellas acciones en las que una cosa individual o un conjunto de cosas no constituyen el objeto del litigio y, en consecuencia, a acciones por cantidad cierta de dinero, *actiones pecuniae postulatae*, como las ha llamado CT 4.11.2. Una vez más debemos recordar el abismo que separa esto de la definición clásica. Según esta última, una *actio in personam* iba principalmente dirigida sólo contra el demandado, «qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est», y una *actio in rem* procedía sólo, «cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere» (Gai. IV 2,3). La diferencia básica está en que el derecho vulgar en ambos casos pasa enteramente por alto la causa de la acción y se concentra en su objeto, que es o una suma de dinero o algún bien que no sea dinero¹⁰⁶. En este caso, como en otros, Justiniano tornó a lo antiguo, a pesar de la desaparición del procedimiento formulario¹⁰⁷. Deseó ver redivivos los conceptos clásicos de *acciones in personam* e *in rem* expresados en la ley sobre prescripción de acciones y reformó ligeramente, como sigue, las palabras introductorias: «Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales acciones...» (CJ 7.39.3 pr.). En este sentido, en efecto, ha sido entendida hasta el presente la ley del 424¹⁰⁸.

La antítesis más general entre *actio in rem* e *in personam*, así como también una definición de estos conceptos, se encuentra en una *Pauli sententia* y su Interpretatio, que han llegado hasta nosotros tanto por fuera del Breviarium¹⁰⁹ como del Digesto¹¹⁰:

PS 1.7.4: «Integri restitutio aut in rem competit aut in personam. In rem actio competit, ut res ipsa, qua de agitur, revocetur; in personam, aut quadrupli poena intra annum vel simpli post annum peti potest.

Que esto no ha podido tomarse de Paulo, hace mucho que fue reconocido¹¹¹. En el procedimiento formulario, una fusión de *in integrum restitutio* y *actio*, tal como

¹⁰⁵ De acuerdo con el punto de vista del derecho vulgar, toda acción se dirige contra una persona. *Pulsare*, asimismo, se usa en general. En IT 4.18.1 i.f., p.ej., se aplica a una acción por una cosa determinada. Cf. también Volterra, *Bull.* 37, 72.

¹⁰⁶ Sobre CT 4.18.1 y 4.19.1, véase *infra* pág. 219 sig.

¹⁰⁷ Véase *infra* pág. 228 sig.

¹⁰⁸ También por Godofredo.

¹⁰⁹ Véase la edición de P. Krüger, también Krüger, *Gesch.* 353 nota 22.

¹¹⁰ El autor de GA 109, 113 (véase también 107, 108), al distinguir *actio in rem* y *actio personalis* a la manera clásica, simplemente usó lo que había encontrado en Gayo. Sus observaciones, basadas en las difuntas *formulae*, carecían de valor práctico en el tiempo en que escribió.

¹¹¹ Anton Schulting, *Jurisprudentia vetus ante-justiniana* (Lipsiae 1737) 234. Volterra ofrece literatura más reciente, *Rivista di storia del diritto italiano* 8 (1935) 11.

aparece aquí, habría carecido de razón de ser. Sólo en el procedimiento cognitorio podría colocarse el examen y decisión de una *in integrum restitutio* dentro del procedimiento judicial principal y ser degradada, de esta forma, a la condición de mera fase preliminar de la acción dirigida a obtener el cumplimiento o la rescisión¹¹². Ni tampoco la versión que tenemos delante es obra del autor de las *Sententiae*. Copió la *in integrum restitutio* de su modelo (PS 1.7.2. y 3; 1.9.1, 4, 5, 6, 7) justo como Diocleciano la consideró solamente dirigida a la rescisión del negocio jurídico impugnado (p.ej. FV 282 i.f.; CJ 2.19.7, 8, 10; 2.21.3, 4, 5, 6, 7)¹¹³. La *Sententia* más bien muestra exactamente el mismo espíritu que la *Interpretatio*, que será referida en breve, y por consiguiente difícilmente pudo haber sido compuesta antes del siglo quinto¹¹⁴. Su propósito parece ser claramente el de establecer que la *actio* que lleva a cabo la *integri restitutio* (cf. también la igualmente tardía PS 1.7.1) es o una *actio in rem* o una *actio in personam*. Es *in rem* si de la cosa, cuya propiedad ha sido transmitida en forma anulable, se pide su específica restitución; es *in personam* si la acción se ejercita para obtener la pena del cuádruplo o sólo indemnización por lo debido. De este modo, *actio in rem* quiere decir ahora lo que la manera simple de pensar de los legos entienden por ella: acción para obtener la cosa misma (*res ipsa*), mientras que la *actio in personam* busca no la *res* sino una condena del demandado para que pague con cargo a su patrimonio. La estrecha afinidad de este punto de vista con el expresado por CT 4.11.2 y 4.14.1 pr. es bien clara. Puede que nos sea dable emitir un juicio probable sobre la razón por la cual esta doctrina aparece en conexión con la *in integrum restitutio*. En primer lugar, los juristas clásicos, incluyendo sin duda alguna a Paulo, trataron de la relación entre la *actio in rem rescisoria* y la acción personal por el *quadruplum* (cf. Ulp. D 4.2.9.6, también § 4)¹¹⁵. En segundo lugar, sobre la base de la *formula quod metus causa*, discutieron naturalmente la relación entre la orden pretoria dirigida a la restitución y la *condemnatio pecuniaria* (cf. Ulp. D eod. 14.1). En tercer lugar, señalaron que «interdum autem restitutio et in rem datur minori» (cf. Ulp. D.4.4.13.1). Pero todos los juristas del último período entendieron esto como una alternativa existente. Esta alternativa aparece en la *Sententia (aut-aut)*, aunque distorsionada. No existe ni una sola indicación sobre si la presencia de una u otra alternativa dependía únicamente de la voluntad del demandante o del demandado o si, en cambio, el derecho mismo se ocupaba de ello. En este último caso, la regla puede haber sido que si la *res ipsa* existía físicamente, se podía decretar su devolución, y que sólo en caso de no existir pudiera pedirse la *poena*. Pero la Sentencia calla. Menos incluso considera que el poseedor de la *res* y la parte que coacciona pudieran ser dos personas diferentes y que una acción penal sólo pudiera proceder contra esta última¹¹⁶. El pasaje, como está¹¹⁷, no

¹¹² Para un examen de la *i.i.r.* postclásica, véase un artículo de próxima aparición en SZ 68.

¹¹³ Levy, *Vulg.* 24 nota 61, también SZ 49, 241 nota 6.

¹¹⁴ Tipo C en el lenguaje de *Vulgarization* 26.

¹¹⁵ Sobre ello véase Levy, *Konk.* II 163 sigs.

¹¹⁶ Así Schulz, SZ 43 (1922) 228 sig. Contra también Georg H. Maier, *Prätorische Bereicherungsklagen* (Berlín y Leipzig, De Gruyter, 1932) 116 sig.

¹¹⁷ En contraste con la Sentencia original.

muestra conexión con el *metus*, que, en los siguientes §§ 5-10, es tratado sin hacer referencia a una *integri restitutio*. Forma parte más bien de un tratamiento general de la *integri restitutio* (§§ 1-3). Que, por consiguiente, incluía el pasaje casos en los que la *quadrupli poena* no estaba justificada en absoluto, no se le ocurrió al que lo elaboró. Se sintió amparado por su fuente, y esto le bastaba.

La Interpretatio apenas añade nada más. Al discutir, no obstante, el asunto con mayor extensión, esclarece algo más el nuevo punto de vista:

IP 1.7.4 «Quoties de revocanda re vel causa integrae restitutionis beneficium petitur, aut in rem aut in personam agendum est, id est ut res ipsa de qua agitur quae sublata est recipiatur; et quum in personam actio intendi coeperit, si qui rem indebite abstulisse convincitur, id quod sublatum est in quadruplum reformare debet, post annum vero in simplum».

Es evidente que quedaba lejos del pensamiento del autor¹¹⁸ conectar esto específicamente con *metus*. El supuesto de hecho que tenía en mente es que el demandado «rem indebite abstulisse convincitur». *Auferre*, así como también *sublatum*, usado a modo de sinónimo de aquél, no indican necesariamente toma ilegal de bienes. Esto es conocido para *auferre*¹¹⁹; para *sublatum* podemos traer a colación IP 3.9.76, i.f., IT 3.1.5 y 16.9.1 y, particularmente, IP 1.7.2. De acuerdo con IP 1.7.2, la *integri restitutio* tiene el propósito de dar a la parte que sufre la pérdida el derecho a ser repuesta en su posición previa («res aut causa quae perierat in priorem statum reparatur») o a obtener resarcimiento («vel id quod aliqui sublatum est reformatur»), supuesto que se dieran ciertos fundamentos para la restitución; entre éstos aparecen allí cautividad, ausencia y minoridad, junto a *timor*, *fraus* y *error*. Todas estas situaciones de hecho se encuentran comprendidas bajo «indebito abstulisse». De modo que el autor de la Interpretatio no sabía más que el redactor de la tardía PS cuando, con todo, conservó el *quadruplum* de su modelo. No causa asombro, por tanto, que ni los compiladores visigóticos ni los de Justiniano considerasen este pasaje digno de ser incluido en sus códigos. Pero no podemos proseguir con esto. El hecho esencial es que IP confirma el resultado que extrajimos de PS: La *actio in personam* aspira a un pago en dinero, mientras que por medio de una *actio in rem* «res ipsa de qua agitur quae sublata est recipiatur». La causa de la acción, como criterio de clasificación, ha desaparecido totalmente. La afirmación de Gino Segré: «Una acción personal nunca fue llamada real porque la *condemnatio* y la ejecución fuera en la cosa misma más que en dinero»¹²⁰, ha de ser revisada por lo que concierne al derecho vulgar.

¹¹⁸ Nada, sea lo que fuere, tiene que ver con *furtum* (así Conrat, *Paulus* 185). En este caso, de acuerdo con IP 2.32.16, *poena quadrupli e ipsius rei quae est sublata redhibitio* podrían ser demandadas cumulativamente. El que el lenguaje de ambos pasajes sea similar, se basa en la naturaleza del asunto.

¹¹⁹ Cf. Heumann-Seckel, *auferre* 2; para IP véase especialmente 5.6.1; cf. *infra* pág. 246.

¹²⁰ *Studi Scialoja* (1905) I 261 nota 1.

Esto arroja nueva luz sobre cómo ahora se iba distinguiendo el *legatum vindicationis* del *legatum damnationis*. Gayo definía los términos con tal simplicidad y vigor que una interpretación errónea apenas resultaba posible:

2.194: «Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse»¹²¹.

2.204: «Quod autem ita (scil. per damnationem) legatum est, ... non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere...»

En el *legatum per vindicationem*, por lo tanto, el legatario adquiriría la propiedad inmediatamente y, en consecuencia, tenía una *actio in rem*; en el *legatum per damnationem* era tan sólo un acreedor del heredero *ex testamento* y, por consiguiente, tenía una *actio in personam*. Aunque esta distinción no era ya el derecho de la época de los compiladores justinianos, les era totalmente familiar. Así lo indican CJ 6.43.1.1, Inst 2.20.2 y particularmente Teófilo *ad hunc locum*. Sin embargo, a los juristas del período intermedio no sólo les disgustaba la referencia a las *formulae*, sino que no les cabía en la cabeza el *in personam agere*. Incluso en el *legatum per damnationem* el legatario podía reclamar la cosa misma, de encontrarse en posesión del heredero:

neesse est heredi aut redimere eam rem, quae iuris alieni est, et legatario tradere, aut si is, cuius est res, vendere noluerit, quantum res illa valebit, legatario in pretio compensare» (GE 2.5.2; véase también el final de este pasaje).

El resultado fue que no se conservó ni una palabra de la *actio in rem* o *in personam* y que la tradicional antítesis quedó vacía de significado¹²². Fue substituida, como se ha indicado¹²³, por la regla de que el legatario podía –en el primer caso, pero no en el segundo– proceder a la autoayuda antes de que el heredero hubiera aceptado la herencia, en caso de que el testador hubiera tenido en propiedad la cosa. También el *fideicommissarius*, aunque carente de la facultad de autoayudarse (GA 65)¹²⁴, podía demandar sentencia y ejecución *in rem ipsam (iure compellitur: IP 4.1.7)*. GE 2.7.6 adopta la misma posición al referirse a las reglas del *legatum damnationis*. De seguirse hasta el final esta manera de pensar, una acción basada en una *stipulatio*, o en una promesa de dar una cosa específica como la *dos*, debería finalmente haber sido considerada como una *actio in rem*¹²⁵. Pero las fuentes parecen callar¹²⁶. Al derecho vulgar no le interesaban ya las acciones y menos aún su clasificación.

¹²¹ Cf. *supra* pág. 207.

¹²² En sentido diferente, Conrat, *Gaius* 90 nota 236, Archi 336 sigs.

¹²³ Véase *supra* pág. 206 sigs.

¹²⁴ *Supra* pág. 208.

¹²⁵ Véase *infra* pág. 221.

¹²⁶ Aunque debería recordarse que CJ 5.17.8.4b y 5, IT 3.13.3 y 9.42.15 utilizan *vindicare* para la recuperación de la *dos*: *supra* pág. 208 sig.

La actitud contraria de Justiniano se manifiesta una y otra vez. Adoptó el principio general de *condemnatio in rem ipsam* y ejecución en especie. Pero precisamente allí donde lo afirmó más abiertamente, no olvidó anotar que se aplicaba igualmente a las *actiones in rem* y a las *in personam*:

haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet (D 6.1.68 i.f.).

Si un jurista del derecho vulgar hubiera escrito esto mismo, ciertamente hubiera omitido el paréntesis «sive interdicta... sunt». Por eso, al referirse a la ejecución forzosa, CT 11.36.25 (378) distingue simplemente entre muebles e inmuebles: «si res mobilis est, ad quam restituendam exsecutoris opera fuerit indulta» y «si de possessione vel fundis exsecutio concessa erit». IT 2.6.5 y 2.12.1, al tratar de cuestiones de procedimiento, se contentan igualmente con hablar de acciones para la restitución (*repetitio*, *repetere*) de cosa cierta. CT 4.5.1 (331) prohíbe la venta de bienes pendientes de litigio. El objeto de esta prohibición viene concretado muy vagamente por «illud quod in controversiam devocatur»; e IT no supone mayor concreción cuando dice «res quae proposita actione repetitur». Sólo los compiladores de Bizancio se sintieron impulsados a substituir la confusa manera de expresarse de Constantino por la distinción entre acciones personales y de propiedad:

actiones quae in iudicium deductae sunt vel res pro quibus actor a reo detentis intentit» (CJ 8.36.2).

La ausencia de las antiguas categorías aparece incluso con mayor fuerza al principio de CJ 8.36.3 pr. (379):

Quicumque rem litigiosam vel ambiguum chirographum, quodlibet denique mobile vel immobile fisco nostro vel potentiori seu aliis personis... legaverit etc.».

Aquí la confusión es total. Una explicación parcial, de ningún modo completa, puede estar en el hecho de que la disposición, en su forma actual, pasó por un considerable número de transformaciones¹²⁷. El modesto intento de aclararlo (pr. i.f.: «quibus actiones vel res litigiosae relictas sunt») puede, nuevamente, tener su origen en Justiniano.

A la luz de estos hechos no hay más remedio que, al valorar el término *actio in rem*, mantener lo debido a Justiniano totalmente separado de lo debido a los emperadores precedentes. Sólo Justiniano insertó el término en CT. 3.5.2.1 (319) (cf. CJ 5.3.15.1) y dio su significado a través de la modificación de CT 4.14.1 pr. (424) (cf. CJ 7.39.3 pr)¹²⁸. Tampoco la rúbrica «Ubi in rem actio exerceri debet»

¹²⁷ Ciertas sugerencias en Gradenwitz, SZ 53 (1933) 415 sigs.

¹²⁸ *Supra* pág. 211 sig.

(CJ 3.19) fue conocida por el CT¹²⁹. De modo que las dos constituciones de este título, posteriores a Diocleciano, deben ser vistas con recelo.

CJ 3.19.2 pr. (331): «Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum¹³⁰ nominare.

La *lex* es parte de una disposición de la que se encuentran otros fragmentos en CT 3.30.4 y 4.5.1. El primero de éstos, que habla de una «res quae litae poscitur», falta en el CJ, mientras que el «illud quod in controversiam devocatur» del segundo fragmento aparece, como ya se ha indicado, en CJ 8.36.2, con forma próxima al estilo clásico. Asimismo, en CT 10.1.1 (315) la referencia a la *actio in rem*, que hubiera sido totalmente natural, ha sido evitada, y en CT 12.11.1.1 (314) *personalis actio* debe ser entendido en su sentido jurídico vulgar¹³¹. Por estas razones, nada habla en contra y sí, en gran medida, en favor de la suposición de que Justiniano añadió las palabras *per in rem actionem*, tal y como las insertó en CT 3.5.2.1.

CJ 3.19.3 (385): Actor rei forum, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res propter quas contenditur constituae sunt, iubemus in rem actionem adversus possidentem moveri».

Justiniano tomó la primera frase, palabra por palabra, de una disposición de Diocleciano (FV 326), que encontró probablemente en el Código Hermogeniano. Sin embargo, reemplazó la explicación que seguía de Diocleciano con el principio derivado de Teodosio I¹³² del *forum rei sitae*. Reunió, con su peculiar manera de hacerlo, ambas afirmaciones en una, y añadió precisión a la segunda frase insertando las palabras *in rem*. Teodosio no había necesitado insertarlas; todo lo que tenía en mente no era sino una acción para recuperar bienes, y esto se expresaba suficientemente con la frase «res propter quas contenditur». Nos encontramos aquí en presencia de cambios que bien pudieran denominarse interpolaciones clasicistas¹³³.

Fuera del CJ, si no me equivoco, sólo una disposición legal posterior a Diocleciano contiene el término *actio in rem*. Esta es CT 13.6.6 (372), promulgada en Tréveris:

Fundi omnes ad naviculariorum dominium pertinentes et ad aliorum iura translati... reddantur dominis actione in rem et persecutione concessa, nisi maluerint hi, ad

¹²⁹ Cf. P. Krüger, *SZ* 41 (1920) 7 sig.

¹³⁰ Que hace referencia al principal: *infra* pág. 248.

¹³¹ *Supra* pág. 210.

¹³² Wenger § 4 nota 65. Véase también Biondi, *Bull.* 42, 389; sin embargo, la innovación no se originó con Justiniano.

¹³³ Tal interpolación no está necesariamente presente en CJ 7.37.2 pr. (Zenón): «nec posse... aliquas actiones in rem domini vel hypothecae gratia vel in personam... moveri». Cf. también CJ 8.17.11 (472): «personalis actio... ius pignoris vel hypothecae vindicare», y la antítesis de *actiones personales e hypothecariae* en CJ 7.39.7.4, 4a, 5a (525). Estas, sin embargo, son disposiciones del imperio oriental, las cuales, como la de Zenón en CJ 4.66.1 (*supra* pág. 75 sig.), anuncian haberse vuelto a despertar la reflexión teórica. Enteramente diferente es, por ejemplo, la *constitutio* occidental CT 13.11.16 (417): «si quis vero privatus aut obligatam sibi possessionem... aut ex aliquo titulo deberi sibi iure confirmat».

quos res pervenerint, onus agnoscere, cui erat ille obnoxius, cuius nomine vindicatio competit.

Esta *actio in rem et persecutio* significa, sin embargo, que los vendedores de los *fundi naviculariorum* podían demandar su restitución en especie si los compradores no deseaban asumir las cargas impuestas sobre ellos¹³⁴. No tenían que contentarse con una *actio personalis* por resarcimiento. El significado es exactamente el mismo que expresa CT 14.4.8.2 (408) con las palabras «munus agnoscant aut possessionibus cedant». Es una *actio in rem* en el sentido definido en PS e IP 1.7.4.

Olvido de la causa de la acción y énfasis sobre su objeto son verdaderamente las rasgos distintivos de un punto de vista popular que pregunta de entrada: «¿Qué puedo pedir?», y no: «¿Por qué puedo pedirlo?». La petición del demandante, el carácter de la satisfacción que ha de dar el demandado, el *quale* y *quantum* de su responsabilidad están en primer plano. Esto es, en efecto, el modo de pensar manifiesto en las fuentes del período intermedio. Revelan claramente la tendencia a ver las relaciones jurídicas desde la parte pasiva más que desde el lado activo. Naturalmente, hay supuestos, inevitables en todo caso por razones de estilo, en los cuales se formula una proposición desde el punto de vista de la persona que plantea la demanda. Pero mucho más frecuentemente que en el período clásico se señala que la otra parte está obligada a hacer algo, que el demandado puede ser compelido a pagar, a transmitir, a devolver algo, a garantizar, etc. La forma en que la Interpretatio, aparentemente de modo inconsciente, transformó muchas *sententiae Pauli* en este sentido ha sido demostrada en detalle por Conrat¹³⁵. Otras fuentes del derecho vulgar nos suministran en abundancia material, fácilmente accesible, que lo corrobora. En último análisis, estos hallazgos no son sino otra expresión del hecho, que es tan fundamental como evidente por sí mismo, de que, con la desaparición del procedimiento formulario, la gente dejó de pensar en términos de *actiones* individuales. La antítesis clásica entre *actiones in rem* y *actiones in personam* se sostuvo y cayó con la *actio* en sí.

4. *Actio in rem* y *actio ex contractu*

En circunstancias tales surge necesariamente la cuestión relativa a cómo resultaba tratada una acción mediante la que el dueño demanda la restitución a la otra parte contratante del bien arrendado, prestado o depositado por él. En el derecho clásico entablaba una acción *ex contractu*, puesto que la *rei vindicatio* no podía utilizarla¹³⁶. Justiniano tuvo por oportuno dar al demandante la posibilidad de elegir entre los dos recursos¹³⁷. Los juristas del derecho vulgar, sin embargo, no si-

¹³⁴ Ver *supra* pág. 41 sig.

¹³⁵ *Paulus* 51 sigs., 61 sig.; véase también SZ 49, 243 sig.

¹³⁶ Ulp. D. 6.1.9, de acuerdo con la interpretación que hoy prevalece: Siber 97 sig., Kunkel 140 nota 7, Arangio-Ruiz 217 nota 3.

¹³⁷ D. 6.1.9 i.f. (*puto*...: interpolado). Cf. Heinrich Siber, *Passivlegitimation bei der rei vindicatio* (Leipzig, Deichert, 1907) 31 sigs. y *Privatrecht* 101 sig.

guieron ninguno de los dos caminos. No vieron aquí más que una sola reclamación. Evitaron calificarla de *in rem* o *in personam* no sólo por la general aversión a estas categorías, sino también porque caía tanto bajo una como bajo otra: bajo la primera categoría en la medida en que se pedía la devolución de la cosa, y bajo la segunda en la medida en que se encaminaba a una indemnización en dinero, intereses, pena contractual, etc. Para determinar el alcance y contenido de esta reclamación, el derecho vulgar tuvo en cuenta, a veces, las antiguas reglas del derecho de propiedad, y, en otras ocasiones, las del derecho de obligaciones. Pero, como es característico del modo de pensar no profesional, se consideró principalmente el hecho de que se trataba de un dueño que reclamaba la devolución de un bien suyo, y se prestó atención sólo en segundo lugar, o no se prestó atención, a la existencia de una relación contractual. Unos pocos ejemplos pueden resultar útiles¹³⁸.

La disposición de 369 (CT 4.18.1), que trata de la responsabilidad por *fructus dupli* y *fructus percipiendi* de los *malae fidei possessores* y de cualquier poseedor *post conventionem*¹³⁹, interpretada desde el punto de vista de los juristas clásicos o desde el de Justiniano (CJ 7.51.2) ha sido correctamente considerada como referente a la *rei vindicatio*. De la misma manera, los autores de ambos, CT e IT, tuvieron también en mente la acción del propietario contra el poseedor. El uso de terminología consecuente con esto no deja dudas al respecto¹⁴⁰. Pero tampoco puede dudarse de que la responsabilidad de cualquier poseedor *lite pendente*¹⁴¹ también es de aplicación a aquellos que han arrendado o tomado en préstamo una cosa, o la han recibido para custodiarla, y la han retenido más allá de la duración del contrato¹⁴². Todos ellos perjudicaban el interés dominical del demandante. Cien años más tarde (484), Zenón extendió incluso la medida del desahucio a viva fuerza a los arrendatarios y otros tenedores *alterius nomine* que rehusaban devolver la cosa en la fecha establecida (CJ 8.4.10)¹⁴³. Además, ya en el año 380 se había promulgado una disposición que se presentaba expresamente como homóloga de CT 4.18.1. Bajo CT 4.19.1¹⁴⁴ e IT, los deudores de dinero que, dos meses después de la sentencia, todavía no habían cumplido debían pagar el doble de los intereses devengados¹⁴⁵, dándose como razón para ello el que tales intereses guardaban correspondencia

¹³⁸ Términos tales como *causa* o *actio proprietatis* no fueron raros: *infra* pág. 241; véanse también los pasajes que hablan de *restituere* y *repetere* en CT 11.36.25; IT 2.6.5; 2.12.1 (*supra* pág. 216 sig.).

¹³⁹ Los detalles no pueden ser referidos en una exposición del derecho vulgar. Cf., recientemente, David Daube, *Cambridge Law Jour.* 1945, 31 sigs.

¹⁴⁰ Considérese, por ejemplo, *res aliena, praedo, invadere, incubare* (cf. Gothofr. *ad h.l.* Daube 34 sigs.), *pervadere, occupare, usurpare, male possidere*. IT también habla de *dominus*.

¹⁴¹ CT: «qui simpliciter tenet»; IT: «qui simpliciter sine praesumptione aliquam rem tenuerit». Véase también RB 8.4.

¹⁴² Sin contemplar si a esas partes se les consideraba poseer *alterius nomine*. Esto último sólo afectó a su legitimación para ser demandadas en acciones de propiedad entabladas contra ellas por terceros: CJ 3.19.2 (ver *supra* pág. 60 sig.).

¹⁴³ Sobre el particular, véase *infra* nota 423.

¹⁴⁴ No en CJ.

¹⁴⁵ Sobre el origen de *medietas debiti*=ἡμιόλιον, la cual igualmente había de ser pagada, véase Mitteis, *Reichsr.* 514.

con la responsabilidad por *fructus dupli* a la que los poseedores de mala fe (en el amplio sentido de la otra ley) debían enfrentarse:

ut quia malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, aequae malae fidei debitorum simile damni periculum persequatur.

¿Cuál de estas dos categorías cubre a los obligados contractualmente que deben una cosa específica? Puesto que CT 4.19.1 trata exclusivamente de obligaciones de dinero, caen evidentemente dentro de CT 4.18.1; se les consideró como *malae fidei possessores* y no como *malae fidei debitores*. De nuevo, la antítesis no es «propiedad frente a contrato» sino «cosas frente a dinero».

En el derecho clásico¹⁴⁶, los frutos e intereses moratorios se incluían en el *iudicium depositi*, como se le llama todavía en PS 2.12.7 (*ex Coll. y Brev.*). La correspondiente IP (2.12.2) habla, en cambio, de un procedimiento innominado para cosas depositadas («de rebus agitur commendatis»), en el que el demandante puede muy bien haber comparecido en su calidad de propietario. El contraste es claro entre la *actio commodati* en PS 2.4.3 y la afirmación de IP, según la cual el que toma prestado responde frente al propietario (*dominus*). Además, el *precarium*, que, después de haber desaparecido su antiguo concepto, tomó la función de *locatio conductio*¹⁴⁷, llegó a servir de base para una acción contractual dispuesta en analogía con la *actio commodati*. Es significativo que los abogados no supieran qué hacer respecto a cómo llamar a esta *actio*. En PS 5.6.10, que probablemente data de principios del siglo quinto, es denominada *interdictio actio, civilis actio y sicut commodati*; IP (5.7.8) se expresa incluso con mayor vaguedad e imprecisión:

datur adversus eum interdictum et actio iusta proponitur, quae actio civilis est, veluti si de commodato agatur.

Al final, sin embargo, esta forma de hablar llegó a no tener sentido. Incluso cuando, con resonancia todavía del texto original, «nec interdicto locus est», esta privación queda neutralizada al asegurarse que siempre se dispone de una acción para la devolución de la cosa: «persecutio eius rei semper manebit». Así reza PS 5.6.12 en un fragmento que también pertenece al estrato más reciente. La IP (5.7.10), al comentar éste, pasa en silencio sobre la no procedencia del *interdictum*, y afirma:

actio tamen proprietatis domino adversus eum, quia ita manserit, iure competit.

Normalmente, el comprador de una cosa específica adquiriría, contra pago, la propiedad. Su acción para la entrega de la cosa no era, por lo tanto, simplemente una acción contractual. La fraseología de IP 1.13.4, que de forma notable se separa de PS, sólo puede entenderse presumiendo que se trata de un propietario

¹⁴⁶ La mayor parte de los pasajes que se refieren en adelante, han sido citados *supra* pág. 195 sigs.

¹⁴⁷ Ver SZ 66,17 sigs. y, sobre los pasajes que se refieren en el texto, 8 sigs.

que demanda al poseedor¹⁴⁸. Esta conjunción aparece incluso más drásticamente en RB 35.3:

Quod si quis male vindedisse¹⁴⁹ fuerit adprobatus, empturi¹⁵⁰ in duplum et meliorate¹⁵¹ rei teneatur obnoxius: fructus enim male¹⁵² fidei possessor post conventionem duplus¹⁵³ ante simblus¹⁵⁴ ex lege praestabit, secundum legem Theodosiani¹⁵⁵ vel sententias Pauli»¹⁵⁶.

La responsabilidad del vendedor, por el doble del precio, en caso de evicción, y la responsabilidad del *malae fidei possessor*, por los frutos al doble, son dos cosas que, de acuerdo con la mejor forma de pensar jurídicamente, nada tienen que ver entre sí. Su yuxtaposición, no obstante, tendría un posible aunque cuestionable¹⁵⁷ sentido si pudiéramos imaginar que el autor consideraba toda acción del comprador, después del pago, como una acción de propiedad: del mismo modo que los frutos habían de duplicarse en razón del interés dominical perjudicado, así había de suceder con el precio.

5. Derechos *in re* y derechos *in personam*

La precedente exposición ha demostrado que las ideas tradicionales de *rei vindicatio* y *actio in rem* habíanse perdido totalmente en el derecho vulgar. Esto no significa que hubiera también desaparecido con ello el concepto jurídico sustantivo de un *ius in re*. Este *ius* continuó en lo esencial con sus antiguas características. El *dominium* (en el sentido, más amplio, del derecho vulgar) se consideraba inherente a la cosa, así que podía ser hecho valer frente a cualquiera que lo quebrantase y, particularmente, contra todo poseedor injusto¹⁵⁸, hubiérase o no hecho con la cosa, de buena o mala fe. Tenemos pruebas abundantes al respecto. Bástenos referir los numerosos textos que han sido citados en el curso de nuestro estudio: CT 8.18.1.3 (315); 3.32.1 (322); FV 35.5, 6 (337); CT 8.15.5.2 (368); 13.6.6 (372); 4.14.1 pr. (424); NT 14.4 (439); 24.4; NS 1.1 (463); IT 8.18.1 i.f; INT 14 lin. 85; IP 5.7.10¹⁵⁹.

¹⁴⁸ *Supra* pág. 130; ver también *Atti*, Roma II 42 sig.

¹⁴⁹ *vendidisse*.

¹⁵⁰ *emptori*.

¹⁵¹ *melioratae*.

¹⁵² *malae*.

¹⁵³ *duplos*.

¹⁵⁴ *simplos*.

¹⁵⁵ 4.18.1.

¹⁵⁶ 2.17.1 y 3; *cf.* IP 2.17.1.

¹⁵⁷ Un comprador derrotado en evicción no era, ciertamente, el propietario. También el segundo *male*, evidentemente escogido por razones de simetría, es insostenible porque la sentencia relativa a *fructus* se acomodaba sólo a aquel «qui simpliciter rem possedit»: así RB 8.4 en conformidad con CT 4.18.1 (*supra* nota 141).

¹⁵⁸ *Cf. supra* pág. 31 nota 76.

¹⁵⁹ *Supra* pág. 166 sigs., 202, 217 sig., 220.

El nuevo concepto de una *actio in rem*, en la forma en que se desarrolló en el derecho vulgar, se situó en un plano absolutamente distinto. Consistió en una acción por la *res ipsa* y, en consecuencia, presumiblemente a disposición también del *stipulator*, del legatario en el *legatum per damnationem* y de otros que podían demandar una cosa específica sin tener derecho en ella. Estos acreedores, sin embargo, podían proceder sólo contra sus obligados y no contra terceros en cuya posesión pudiera haber estado la cosa. La misma regla se aplicaba, en principio, al *fideicommissarius*¹⁶⁰. Según PS 4.1.15, es cierto que podía solicitar la *missio in possessionem* de una *res* que el heredero hubiera transmitido a un comprador que había tenido conocimiento de la existencia del *fideicommissum*¹⁶¹. IP lo repite¹⁶². Pero esta regla constituye, en el derecho postclásico no menos que en el clásico¹⁶³, una anomalía. Tuvo su origen, probablemente, en una interpretación errónea debida al autor de las Sentencias; como en otras muchas ocasiones, parece haber generalizado descuidadamente lo que Paulo, con salvedades, pudo haber inferido de la discrecionalidad del magistrado encargado de los *fideicommissa*¹⁶⁴. Esta generalización, sin embargo, no se extendió nunca más allá del *fideicommissum*¹⁶⁵. En ningún caso puede entenderse esto como indicación de que se reconoció en el derecho vulgar un *ius ad rem*¹⁶⁶. La distinción práctica entre derechos *in re* e *in personam* continuó existiendo, pero ya no tenía relación alguna con las nuevas categorías de *actio in rem* y *actio in personam* que, además, ya no desempeñaban ningún papel fundamental.

6. ¿Absolutos o relativos derechos *in re*?

Así, pues, el *dominium* del derecho vulgar era efectivo frente a todo tercero. Sin embargo, esto no significa que fuera un derecho absoluto. En un sistema que ha llegado a desarrollar un absoluto *ius in re*, el demandante, para prevalecer, debe probar de forma clara y convincente la existencia de su derecho; no le bastaría probar que su derecho es mejor que el del demandado. Por otra parte, donde el *ius in re* se pondera de forma relativa, el juez ha de determinar, en el procedimiento, sólo cuál de las partes litigantes tiene un superior derecho a la posesión. Pero incluso en una jurisdicción de este último tipo, la persona con derecho sobre la cosa puede pedirla de cualquiera otra, excepto de un demandado capaz de probar el carácter superior de su derecho¹⁶⁷.

¹⁶⁰ *Supra* pág. 208, 215.

¹⁶¹ «Rem fideicommissam si heres vendiderit eamque sciens compararit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat».

¹⁶² «Si rem, quae per fideicommissum alicui relicta est, cuicumque heres vendiderit et eam sciens relictam alii aliquis comparaverit, fideicommissarius in possessionem sibi deputatam mitti iure deposcit».

¹⁶³ Mitteis I 88, Siber 72 nota 1, Kunkel 356 sig.

¹⁶⁴ Cf. en este tanto Fritz Klingmüller, SZ 44,218 sig., y Beseler, SZ 50, 66, cuya reconstrucción, sin embargo, no puedo seguir.

¹⁶⁵ O el *dare de testamento*, como aparece en RC 26.4.2.

¹⁶⁶ Acerca de este *ius* en general, véase Arangio-Ruiz, *Dizionario pratico del diritto privato* 3 (Milán, Vallardi, 1924) 132 sigs.

¹⁶⁷ Cf. ahora también Kaser, *Das altrömische Ius* 77 sig., 104.

¿Por cuál de estas posiciones se decidió el derecho vulgar? En el procedimiento clásico con *formula petitoria*, el demandante tenía que dejar claro su derecho. Si no lo probaba a satisfacción del *iudex*, perdía el pleito, y al demandado no le incumbía tener que probar nada. Constantino confirma todavía las palabras iniciales de CT 11.39.1 (325):

veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt.

Esto, naturalmente, no supuso, ni antes ni después de Constantino, que el demandado pudiera permanecer inactivo en todos los casos. Antes bien, era de su incumbencia el demostrar todo tipo de hechos independientes que tendieran a probar que el fundamento jurídico en el que se apoyaba el demandante había dejado de existir¹⁶⁸. En el litigio reseñado en P. Oxy. 67¹⁶⁹ (a. 338), por ejemplo, el demandante, como heredero de su abuela, reclamaba una finca que había pertenecido a ella y que los demandados rehusaban entregar porque la habían adquirido de ella. De aquí que la carga de la prueba, respecto a la primera alegación, incumbiera al demandante, y que, respecto a la segunda, incumbiera a los demandados¹⁷⁰: una distinción correctamente expuesta en la petición del demandante¹⁷¹. Pero, con todo, esto resultaba cubierto por una instrucción del *praefectus Aegypti ad iudex pedaneus*, que fue modelada sobre la *intentio* de la *rei vindicatio*¹⁷².

No obstante, en beneficio del demandante, Constantino llegó más lejos. Introduce con *etsi* las palabras citadas arriba:

tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus ut, si quando talis emerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas inponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur.

De este modo, el emperador dispuso que cuando el demandante no conseguía probar su caso, como debía hacerlo según la regla tradicional, no por ello el demandado prevalecería, sino que éste estaba obligado a probar el origen y fundamento jurídico de su posesión. Estaba obligado a explicar de quién traía su posesión, y si poseía como dueño, como arrendatario hereditario, como usufructuario, etc. Esta innova-

¹⁶⁸ Cf., p. ej., sobre la acción por reclamación de dinero prestado: CJ 4.19.1 (196).

¹⁶⁹ =Mitteis, *Chr.* núm. 56, Paul M. Meyer, *Juristische Papyri* (Berlín, Weidmann, 1920) núm. 87, Arangio-Ruiz núm. 173.

¹⁷⁰ Para el caso análogo de una donación alegada por los demandados, véase CJ 4.19.16 (294).

¹⁷¹ lin. 17 sigs.: δεόμεθα συγχωρηθῆναι δικαστὴν ἡμῖν εἶναι Ἰστίον... ἐπὶ δυσὶ κεφαλαίοις τὴν ἔραυναν ποιούμενον, πρώτου μὲν εἰ τῆς γραδὸς ὑπῆρχεν ὄντα τὰ οἰκόπεδα ταῦτα, δευτέρου δὲ εἰ τὴν δεσποτίαν αὐτοῖς ἐνγράφως ὑπεχώρησεν... οὔτε γὰρ παρὰ ταύτης πράσεως ἐνγραφὸν ἐπιφέρειν δύνανται οὔτ' ἑτέραν ὑποχώρησιν ὑπ' αὐτῆς γεγενημένην.

¹⁷² lin. 9 sig.: Εἰ πρὸς τὴν τῶν ἀπὸ τῶν αἰτιαθέντων διακατέχεσθαι λεγομένων οἰκοπέδων ἀποκατάστασιν καὶ... τῆ τοῦ αἰτιασαμένου δεσποτία διαφερόντων οἱ αἰτιαθέντες ἀντιλέγοιεν.

ción se presenta expresamente como una modificación del derecho entonces existente y está redactada en términos tan generales que su universal carácter obligatorio puede difícilmente ponerse en duda¹⁷³. Esto no puede discutirlo el hecho de que en otras *constitutiones*, como CT 10.1.1 (315) y 10.8.3 (326), Constantino pusiera la carga de la prueba exclusivamente en el demandante («*ius suum manifestis probationibus doceat*»), puesto que, en estos casos, el demandado era o bien el fisco, que se había apoderado de la cosa, o el emperador, que la había donado a un tercero¹⁷⁴. Cuando, sin embargo, el conflicto se daba exclusivamente entre particulares, como en una controversia sobre el carácter genuino de un documento presentado a juicio, insistía en que era cometido de ambas partes el contribuir equitativamente a la indagación de la verdad:

nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit iudex medius... (CT 9.19.2.1 [320]=CJ 9.22.22.1; más tardíamente y de forma similar CT 11.39.4 [346])¹⁷⁵.

Como esto estaba relacionado con un procedimiento criminal (*accusatio falsi*), el fin perseguido en ambas situaciones era la investigación de la *veritas*. Parecía incompatible con este propósito básico permitir al demandado la retención de la cosa, cuando permanecía en silencio y como mirando distraídamente al tiempo que el demandante probaba su previa posesión, por ejemplo, pero no la adquisición de derecho *inter vivos* o *mortis causa* porque había perdido un documento y no se encontraban testigos. El hecho de que el emperador ordenara que fuera tomada en consideración la relación del demandado con la cosa, y que fuera comparada con la del demandante, eliminó el *dominium* como base exclusiva de la acción de propiedad; hizo depender el éxito en esta acción de cuál de las partes tenía mejor derecho a la posesión. La *actio proprietatis* se transformó en una controversia sobre la fuerza relativa de las posiciones en conflicto. Aquí se refleja una vez más¹⁷⁶ el proceso regresivo desde el concepto de propiedad al de posesión¹⁷⁷. Las razones por las que Constantino llevó a cabo esta reforma no pueden colegirse de su alusión a *aequitas et iustitia*. Que la costumbre oriental de *διαδικασία* desempeñara un papel¹⁷⁸, de ninguna manera debe ser descartado. Pero el asunto puede muy bien haber sido manejado de manera muy similar en otras partes del Imperio después de que se hubiera desvanecido junto con la *formula petitoria* el principio de que la carga de la prueba incumbía exclusivamente al demandante. La participación de ambas partes y el contrapeso discrecional de sus respectivas alegaciones estaban más en armonía con el pensamiento popular. En tiempos antiguos, incluso los romanos habían decidido durante siglos de acuerdo con el relativamente mejor derecho a la posesión¹⁷⁹.

¹⁷³ Concuerta Biscardi 114 sig.; de distinta opinión Archi, *Scritti Ferrini* (Pavía) 678 nota 1.

¹⁷⁴ Véase también Leo y Anthemius en NAnth. 3.1 (468).

¹⁷⁵ Archi 677 sigs.

¹⁷⁶ Cf. Rabel, *Haftung des Verkäufers* (1902).

¹⁷⁷ *Supra* pág. 59 sigs. 55 sig.

¹⁷⁸ Cf. Mitteis, *Reichsr.* 499 sigs., 551, Rabel 12 sig.

¹⁷⁹ Cf. particularmente ahora Kaser, *Eigentum* 6 sigs. y *passim*.

Arcadio se enfrentó en 402 con el mismo problema de cómo distribuir la carga de la prueba en un procedimiento de reivindicación:

CT 11. 39. 12: Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut ratione praepostera petitor ab eo quem pulsat informari suas postulet actiones, cum omnem probationem exigi oporteat ab eo qui vindicare nititur, non ab eo qui se iuste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti probationum necessitas inponenda est, praeter eum qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.

Esta ley, que aparece de nuevo en CJ 3.31.11, en versión abreviada, ha sido materia en todo tiempo de mucha especulación¹⁸⁰, particularmente en lo que se refiere a la última frase y a su relación con lo dispuesto por Constantino. Qué escaso acuerdo se ha logrado sobre estas relaciones queda ejemplificado por las más recientes interpretaciones. Según Biscardi¹⁸¹, ambos emperadores impusieron la carga de la prueba a ambas partes, mientras que, de acuerdo con Archi¹⁸², ambos emperadores la impusieron sólo al demandante. Los dos autores sólo coinciden, pues, en la medida en que presumen que las dos leyes seguían la misma dirección. Es esta suposición, sin embargo, la que separa sus opiniones de la dominante. El lector imparcial difícilmente podrá seguirlos. Arcadio insiste con fuerza en la regla misma cuya eliminación había sido el propósito de la disposición de Constantino: «*omnem probationem exigi oporteat ab eo qui vindicare nititur*». La única contribución que se exige al demandado es que alegue y, si fuera necesario, pruebe¹⁸³ si posee *pro possessore* o *pro herede*¹⁸⁴. A esto en ningún caso puede dársele el significado de que el demandado tuviera que establecer su derecho del mismo modo que el demandante; si no fuera así, la ley derogaría en la segunda cláusula lo que establece en la primera, y sancionaría lo que había condenado como *amens* y *praeposterum*. La cláusula *praeter* no está dirigida a anular la regla que es recalcada una y otra vez en las precedentes afirmaciones, sino que más bien se dirige a moderarla con una sola excepción: «*praeter illum tantum casum*», como afirma IT, a modo de aclaración. E IT continúa: «*ubi interrogari necesse est possidentem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere*»¹⁸⁵. Con ello, su autor elucida también lo que la fraseología pseudoclásica de la ley había dejado aún en relativa oscuridad¹⁸⁶. Con toda probabilidad, el emperador quiso decir igualmente que el

¹⁸⁰ Para un examen general véase Biscardi 93-109.

¹⁸¹ 106 sigs.

¹⁸² 678 nota 1.

¹⁸³ Cf. Gustav Demelius, *Confessio* (Graz, Leuschner und Lubensky, 1880) 343 sig., Mitteis, *Reichsr.* 499 sig.

¹⁸⁴ Que esto nada tiene que ver con la clásica *interrogatio in iure en hereditatis petitio*, está ya establecido: Demelius, Mitteis, Lenel 179, Wenger 102 nota 17.

¹⁸⁵ De forma similar RC 11.15.3.

¹⁸⁶ A la inversa, y de forma característica, los comentaristas bizantinos interpretaron la disposición en el sentido del derecho de *actiones*, sosteniendo ser de aplicación, en un caso, la *hereditatis petitio* y, en el otro, la *actio specialis in rem*: Thalelaeus Hb.IV 241 schol. 2, también Hb. II 485. Παλαιού y Τοῦ Παλαιού.

demandado tenía que probar tan solo su *iustum initium* (cf. *coeperit*), esto es, el hecho del que traía su posesión, ya fuera de un negocio jurídico suyo propio (p.ej., compra o donación) o de una herencia (p.ej., como heredero o legatario). Si presentaba el contrato de compra o el testamento, por ejemplo, había cumplido con los requisitos legales. No tenía que justificar el derecho de su predecesor (vendedor o testador). En otras palabras: mientras que Constantino requería prueba de «unde possideat vel quo iure teneat», Arcadio quedaba satisfecho con el «unde possideat». Esto fue una solución de compromiso que representó un definitivo viaje hacia el pasado, en el sentido de imponer al demandante una carga de la prueba más exigente. El origen de la posesión del demandado tan sólo muy raramente podía probar lo eminente de su título, y esto especialmente si tenemos en cuenta los largos períodos de prescripción vigentes alrededor del año 400¹⁸⁷. Pero Arcadio no rechazó formalmente la disposición de Constantino¹⁸⁸. Aparte de que le alaba en la ley misma (CT 4.4.3), no habría aplicado los atributos detractores de la frase inicial a su gran predecesor. No fue la primera ni ha sido la última vez que en la historia del derecho una norma es dejada a un lado sin derogación expresa. La obscuridad de la cláusula *praeter* hizo incluso posible que los redactores del CT incorporaran a éste ambas leyes. Pero los compiladores del Breviarium, así como los del CJ, reconocieron su incompatibilidad y, en consecuencia, omitieron enteramente CT 11.39.1. ET 132 y 96 llegaron incluso más lejos con su enfática afirmación de que la carga de la prueba corresponde exclusivamente al demandante.

Que la práctica en el extenso imperio, o incluso tan sólo en Occidente, se adaptase completamente a esta fluctuación de la legislación, puede muy bien ponerse en duda. Justo como las desviaciones del principio clásico, que son evidentes en las disposiciones legales de Constantino y de Arcadio, pueden ser apreciadas como concesiones hechas al derecho vulgar, así pueden ser vistas las nociones populares como prosiguiendo su tarea de configuración del derecho. Además, a pesar de las numerosas reglas relativas a la carga de la prueba¹⁸⁹ y a su ponderación¹⁹⁰, quedaba espacio para que el juez, en cada caso, valorara a su arbitrio la personalidad, conducta y afirmaciones de cada parte. La vehemencia del ataque de Arcadio a la idea de que el relativo mejor derecho prevalecía en una acción de propietario sugiere que al menos los jueces orientales, no obstante la disposición de Constantino, habían seguido diferentes caminos. Los más bien desperdigados y escasos testimonios que poseemos reflejan también tales oscilaciones. IT 11.39.12¹⁹¹, por un

¹⁸⁷ *Supra* pág. 176 sigs.

¹⁸⁸ En este sentido mi observación en *Possessory Remedies* (*infra* nota 237) 131 nota 1, debería ser corregida. Que el emperador deseara crear una norma universalmente obligatoria, es algo que queda claro por el modo en que se expresa. Pero, después de todo, importa poco si c. 12 fue una *lex generalis* desde 402 o, como Biscardi 115 sigs. señala, no antes de 438.

¹⁸⁹ Cf. para el derecho clásico, p. ej., CJ 6.2.5 (223) presumiblemente relativa al *furtum*.

¹⁹⁰ A este respecto véase Wenger 293 sigs., Emilio Costa, *Profilo storico del processo civile romano* (Roma, Athenaeum 1918) 164 sigs.

¹⁹¹ IT 11.39.1, desgraciadamente, no existe.

lado, adopta totalmente el criterio de Arcadio¹⁹²; probablemente lo sostiene también IT 4.23.1 al afirmar que el poseedor de *coloni* fugitivos, a los que había recobrado mediante el procedimiento *utrubi*, en su papel de demandado en el subsiguiente proceso de propiedad «de eorum origine audiatur». El sumario vaticano del CT, por otra parte, parafrasea sólo c. 1 y pasa por alto c. 12¹⁹³. Pero, sobre todo, PS 1.13b.6 (*ex* Cs. 6. 5a) declara:

Qui petit hereditatem, ipse probare debet ad se magis quam ad eum qui possidet sive ex testamento sive ab intestato pertinere.

Entre las fuentes romanas, este pasaje, por lo que yo sé, no tiene par en la acen-tuación de la relatividad de los derechos. La frase «magis quam ad eum qui possidet» es difícil que pueda haber pertenecido al texto original de las Sentencias. Se opone al derecho de Diocleciano¹⁹⁴ no menos que al derecho clásico. Encajaría, todo lo más, si procediera de un autor más tardío¹⁹⁵ que hubiera intentado acomodar la Sentencia a la regla de Constantino. La inserción hizo inservible el texto tanto para el derecho del Breviarium, que adoptó la *constitutio* de Arcadio, como para el del Digesto. El autor de la CS pudo haber encontrado la Sentencia todavía conforme con la práctica en la Galia¹⁹⁶.

Los textos que hemos examinado tratan sólo del problema de si el demandante en un procedimiento judicial ha de probar su derecho a la *possessio*¹⁹⁷ con independencia de la posición del demandado, o si bastaba con que estableciera que su posición era mejor que la del demandado. Pero presuponen dos cosas. En primer lugar, que, en todo caso, lo que argüía el demandante era un derecho *in re* y que, como tal, podía ser sostenido frente a cualquiera¹⁹⁸. Alegar que el demandado se había posesionado o que había retenido injustamente la cosa no era pertinente en esta acción¹⁹⁹. En CT 10.8.3 (326), p.ej., en la que dispuso Constantino que la donación imperial de un bien perteneciente al demandante debía asegurar al donatario contra cualquier demanda legal, Constantino no dispuso esto por no haber *delictum* en el donatario, sino más bien porque el peticionario había sido expropiado de su cosa como resultado de la donación²⁰⁰. De forma similar, esos «qui putant

¹⁹² Cf. también IT 4.18.1 i.f.: los costas del procedimiento han de ser soportadas por aquellos que «ea in iudicio repetant quae sua probare non possint».

¹⁹³ Carlo Manenti, *Studi Senesi* 5 (1889) 221 sig.

¹⁹⁴ CJ 3.32.18 y 4.19.23 (294).

¹⁹⁵ Del estrato B, en el lenguaje de Levy, PS.

¹⁹⁶ IG 7 i.f.: «quia duae res cum quo fuerint eius dominum faciunt meliorem» no da mucho de sí. La forma comparativa *melior* carece de fundamento en este caso. No hay problema de prueba. En vista del carácter incontrovertido de los hechos, la proposición simplemente significa que bajo el derecho sustantivo (cf. *Atti*, Roma II 42 nota 57) una de las partes adquiriría derecho y la otra no. La situación es similar a la indicada con *potior* en FV 315 (291).

¹⁹⁷ No hablan expresamente de *dominium*.

¹⁹⁸ Véase *supra* pág. 222.

¹⁹⁹ CT e IT 4.18.1 usan *occupare*, *pervadere* e *invadere* etc. (*supra* nota 140) sólo para caracterizar al *malae fidei possessor*. De allí está tomado RB 8.4.

²⁰⁰ *Supra* pág. 167.

iniuste res proprias a fisco esse comparatas», podían pedir como *suum* la restitución de su bien ocupado (CT 10.1.1.(315)²⁰¹.

Y en segundo lugar, la discusión, sobre los textos, del problema de la prueba naturalmente presupone que se parte de la premisa de que las partes se encuentran en planos simétricos, justo como antiguamente en Roma cada parte hacía frente a la otra con su «*meum esse aio*», es decir, que cada parte afirmaba corresponderle dominio, enfiteusis, usufructo, etc.; en resumen, que cada uno afirmaba tener *dominium* del mismo tipo. Así que los casos en los que el demandante y el demandado afirmaban un *dominium* de diferente grado caen fuera de este problema. Si uno de ellos, por ejemplo, era propietario y el otro arrendatario perpetuo o usufructuario, el propietario, si bien era *dominus* superior, no podía prevalecer en una demanda de restitución de la cosa hasta la expiración o pérdida del inferior derecho a la posesión²⁰². Si se ponía en duda alguno de estos *dominia*, se debía probar de acuerdo con las reglas que hemos comentado. El tratamiento de la carga de la prueba no tuvo, sin embargo, nada que ver con la división en grados del dominio en el derecho vulgar²⁰³.

7. La posición de Justiniano

La manera como aborda todo esto Justiniano es, de nuevo, totalmente diferente. También en este ámbito su vuelta a los antiguos conceptos es tan evidente, que las esporádicas *constitutiones* postclásicas que incluyó por otras razones²⁰⁴ no pueden tener, comparativamente, mucho peso. Se ha mencionado ya²⁰⁵ que vivificó y, a su manera, incluso expandió el sistema de *actiones*. De consiguiente, y valiéndose en parte de interpolaciones clasicistas, devolvió todo su vigor a la atrofiada antítesis entre *actio in rem* y *actio in personam*²⁰⁶. Como en el período clásico, la *causa* (*dominium* u otro *ius in re* como distintos frente a *contractus* o *delictum*), y no el fin perseguido, determinaba para él la clasificación de la *actio* dentro de uno de los dos grupos (Inst. 4.6.1 y 3; también Teófilo ad h.l.). La *actio in rem* obtuvo de nuevo su condición de recurso y piedra de toque de un *ius in re*²⁰⁷. El hecho de que parta del antiguo derecho muestra, igualmente, una dirección totalmente ajena a las tendencias vulgares. Mientras que el derecho vulgar habló poco aparentemente de *actio in rem* o *in personam*, incluso en su nuevo sentido, Justiniano, evidentemente por influencia de la doctrina oriental, mostró predilección por estos términos y, en ciertos respectos, los usó con más frecuencia aun que lo que los ju-

²⁰¹ Cf. *supra* pág. 224.

²⁰² Cf. *supra* pág. 65.

²⁰³ Esto en respuesta a Biscardi 120-122. Véase, en este tanto, también Solazzi, *SHDI* 9 (1943) 200 sig.

²⁰⁴ CJ 5.17.8.4b, 5 (*supra* pág. 209) y 9.49.9 pr.=CT 9.42.15 (*supra* pág. 203 sig.) muestran el inflado uso de *vindicare*; CJ 11.33.2.1a tomó para sí la *personalis actio* de CT 12.11.1.1 (*supra* pág. 210 sig.).

²⁰⁵ *Supra* pág. 193 sig.

²⁰⁶ *Supra* pág. 215 sigs. y *passim*. Cf. CJ 4.39.9 (531): «cum enim actionis nomem generale est omnium sive in rem sive in personam actionum...».

²⁰⁷ Véase también Bonfante III 14.

ristas lo hicieron antaño. La antítesis que había aparecido anteriormente sólo en relación con ciertas *acciones* se convirtió en la base de un sistema de clasificación prácticamente exhaustivo en el cual casi todas las *acciones* encontraron su sitio²⁰⁸. Por otra parte, el emperador concedió a algunos meramente acreedores una *actio in rem* o *vindicatio*, rotulada en ocasiones como *utilis*, no porque considerara su acción como *in rem*, en tanto que tuviera como objetivo una cosa específica, sino más bien para conceder a estos acreedores, a los que deseaba dar seguridad, un derecho *in re* en la cosa²⁰⁹. Pero la anomalía no consistió en un mal uso del concepto de *actio in rem*²¹⁰, sino en conferir semejante derecho *in re*²¹¹, el cual, por consiguiente, encontró su expresión correcta en la *actio in rem*. El que la *actio in personam* coexista en estos ejemplos con la *actio in rem* demuestra claramente la diferencia entre la manera de ver de Justiniano y la del derecho vulgar, en el que ambas acciones habían llegado a confundirse.

8. El planteamiento germánico inicial

La desintegración del sistema de *acciones* que tuvo lugar en el derecho romano vulgar continuó en los códigos visigótico y burgundio hasta alcanzar el punto de su total eliminación. Incluso los miserables restos que hasta entonces habían sobrevivido desaparecieron completamente. Visto desde el lado positivo, donde con mayor claridad se manifiesta la continuidad del desarrollo es en el uso del verbo *vindicare*²¹², que siguió siendo popular porque habíase emancipado respecto a toda conexión con el procedimiento²¹³. El término, es cierto, se empleaba a veces para denotar autoayuda²¹⁴, pero regularmente aparece con el inexpresivo sentido de «reclamar», que, por regla general, no se asociaba a acción judicial²¹⁵. También aquí el objeto de *vindicare* es a menudo²¹⁶, pero no exclusivamente²¹⁷, un conjunto de cosas, tal como un caudal relicto.

²⁰⁸ Perozzi II 84 sigs., Arangio-Ruiz, *Rivista italiana delle scienze giuridiche* 52 (1912) 236 sigs., Albertario IV 228 sigs.; véase también Gino Segrè, *Bull.* 41 (1933) 87, 97 sigs.

²⁰⁹ Fuera de la extensa literatura sobre *vindicatio utilis*, puede mencionarse la siguiente: Winscheid (*supra* ch. III nota 441) I § 174 sub 2; Robert von Mayr, *SZ* 26 (1905) 121 sigs., Paul Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien* I (París, Sirey, 1912) 184 sig., Pringsheim 123 sigs., Arangio-Ruiz, *Ist.* 220 sig., Albertario IV 236, todos con referencias.

²¹⁰ Véase *supra* pág. 150.

²¹¹ Ni existe traza de un *ius ad rem* (*cf. supra* pág. 222).

²¹² El sustantivo *vindicatio* se había ya perdido.

²¹³ *Supra* pág. 202 sigs.

²¹⁴ Véase, p. ej., la antítesis en LV (Antiqua) 10.1.8: «... ne de duabus partibus Goti aliquid sibi Romanus praesumat aut vindicet, aut de tertia Romani Gotus sibi aliquid audeat usurpare aut vindicare». Pero *cf.* también LB 23.4: «occidendi de grege porcorum optimum habeat liberam facultatem et suis usibus vindicandum».

²¹⁵ Por lo tanto hay un expreso *vindicare in iudicio*: LV (Antiq.) 4.3.3 i.f. De forma similar, *iuste vindicare* en LV (Antiq.) 5.4.20 reintroduce lo que previamente había sido llamado *per iudicium repetere*.

²¹⁶ Pej., CE 291; 322 i.f.; 327 lin. 8; 335; LV (Antiq.) 4.2.2; 4.2.13 lin. 5; 7.1.4; LB 24.4; 47.2 i.f.; 66.1; 69.1; 74 pr.; 75.4; 78.1.

²¹⁷ Pej., LV (Antiq.) 3.2.5; 5.2.3; 5.4.17 i.f. 5.7.2; 8.4.13.

El concepto fundamental *actio*, sin embargo, desapareció por completo. *Agere*, en sentido técnico, ya no aparece en las partes conservadas del CE o en Antiqua de la LV. No se encuentra *actio* en el CE y los ejemplos aislados en los que aparece en Antiqua o en la LB²¹⁸ indican generalmente el hecho de proceder judicialmente o el derecho a presentar una demanda. La costumbre de designar un derecho concreto con una *actio* determinada desapareció completamente. Toda huella del sistema clásico había sido borrada. Acción, en el sentido de derecho a obtener auxilio judicial, es ahora, como lo era ya en el derecho vulgar²¹⁹, el concomitante natural de todo derecho substantivo.

Por esta sola razón²²⁰ no debemos esperar encontrar en las fuentes romano-germánicas²²¹ intento alguno de clasificación de acciones. La primera vez que encontramos nuevamente un intento semejante es en los libros de derecho de la Alta Edad Media, esto es, en un período en el que una ulterior influencia del derecho romano vulgar debe ser desechada. Y, sin embargo, es instructivo traer a la memoria el paralelismo de estas manifestaciones²²². En los libros de derecho sajones la discusión asimismo se centraba no tanto sobre el derecho del demandante como sobre la responsabilidad del demandado. Lo que este último había de hacer o pagar determinaba el carácter de la acción. De acuerdo con esto, las acciones fueron clasificadas no según su fundamento, sino según la cosa pretendida, en: acciones por deuda, es decir, para dinero, y acciones por cosas, siendo estas últimas subdivididas en acciones para muebles, para inmuebles, para feudos y para herencias²²³. La afinidad es evidente. El enfoque que se encuentra en el último período romano y, siglos más tarde, en la Edad Media, no es, por consiguiente –podemos una vez más concluir– ni romano ni especialmente germánico: es más bien la expresión de simples e intuitivos modos de percibir, que no discriminaban lo suficiente como para alcanzar las alturas del refinamiento técnico.

Volvamos a la época franca y pre-franca. Quienquiera que entablara un litigio para recobrar una cosa específica debía alegar que el demandado *malo ordine*²²⁴ *invassisset* o, al menos, *malo ordine retineret, teneret, possideret*, etc. la

²¹⁸ LV 2.3.5 i.f.; 2.3.7 lin. 20; 4.3.3 lin. 20; 8.1.7 i.f.; LB 40.1 i.f.; 51.3 i.f.; 55.1.

²¹⁹ *Supra* pág. 194.

²²⁰ Véase además Brunner II 436.

²²¹ Cf. p.ej., la disposición sobre prescripciones en CE 277 en su diferencia con CT 4.14.1 pr.: «Sortes Gothicas et tertias Romanorum... nullo modo repetantur. Similiter de fugitivis...; et alias omnes causas... vel mancipia... sive debita... nullo modo repetantur».

²²² Cf. *supra* pág. 217 sig.

²²³ Véase en particular Paul Laband, *Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters* (Königsberg 1869) 5 sigs., también Heinrich H. Pflüger, *Archiv für die civilistische Praxis* 79 (1892) 425 sigs., Gierke I 325, Brunner, *Grundz.* 180.

²²⁴ Sobre esto véase Hübner (nota siguiente) 44 sigs. Esta expresión no parece familiar todavía al puro Derecho romano vulgar. La siguiente confrontación es instructiva: IT 2.4.6 *pervasum* - RC 2.4.2 *malo ordine prevaserit*; IT 2.26.2 *male presumpsit* - RC 2.24 *malo ordine invaserit*; IT 4.18.1 *male possideat* - RC 4.15.1 *malo ordine possidet*; IT 4.22.3 *invaserit* - RC 4.19.3 *malo ordine invaserit*; IT 9.27.4 *male rapuerint* - RC 9.21 *malo ordinem tulerint*. Cf. también RC 9.16 i.f.; 23.20.

cosa²²⁵. Todas las acciones, con excepción de las surgidas de contrato²²⁶, eran acciones delictuales. No sólo no había, pues, distinción formal entre acciones *in rem* e *in personam*, sino que tampoco existía la idea de que el dominio como tal constituyera la base de una acción. Esto parece ser todavía hoy doctrina firme en la Germanística. Sólo con respecto a la más antigua codificación, Brunner y von Schwerin hacen una salvedad al presumir que el derecho de los visigodos incluía una acción de propiedad²²⁷, derivada del derecho vulgar²²⁸. Sin embargo, es difícil que exista esta excepción. Es de lamentar que los fragmentos parisienses del CE, cuya composición, en esta parte, siguió el modelo del CT²²⁹, no refieran nada de lo que antecedería al título *finium regundorum* (CT 2.26), con lo cual dejan de revelarnos si el CE contenía una rúbrica *De rei vindicatione* que se correspondiera con CT 2.23 o que se diferenciara de ella o si no existía en absoluto semejante rúbrica. El capítulo sobre prescripción (CE 277)²³⁰ y el que versa sobre autoayuda ilegal (CE 312; ver también LV 8.1.2, 5, 7; 10.1.5)²³¹, aunque presuponen la existencia de procedimientos para obtener la entrega de cosas, no encontraron ocasión para aludir a su naturaleza o especiales características. El factor determinante es que CE 289, el único pasaje referido por los dos autores antes citados, puede sólo entenderse desde el punto de vista del procedimiento de *anefang*²³² y, de este modo, parece probar positivamente que el código retuvo el punto de vista jurídico delictual a la hora de apoyar la exigencia del derecho de propiedad (*cf.* también CEB 6 y LV 7.2.8). La Fórmula Visigótica 35 se basa en la misma idea: «quia rem iuris mei²³³ debitam, quam ille suo vitio extra discussionem iudicantis violentius usurpatione de meo dominio abstulit». Y esta *formula* con toda probabilidad se refiere a la Antigua (*secundum legum instituta*) que Chindasvinto substituyó más tarde con LV 8.1.5²³⁴. No hay duda sobre el carácter delictual de la acción en la Gundobada (LB 79.2, 3; *cf.* 16.1, 2)²³⁵, que en todo caso sigue al Código de Eurico en la cuestión de la prescripción de treinta años allí discutida (Véase también 79.5)²³⁶.

²²⁵ Brunner II 436, 672 sig., Rudolf Hübner, *Der Immobilienprozess der fränkischen Zeit* (Breslau 1893) 34 sigs.

²²⁶ Estas serán consideradas en el Volumen II.

²²⁷ II 670. El origen romano es presumido también por Savigny II 89, Dahn, *Studien* 91 sig., Halban I 195 nota 4, 230 nota 5.

²²⁸ *Cf.* Brunner I 487 nota 22 sobre CE 289.

²²⁹ *Atti*, Roma II 50.

²³⁰ *Supra* pág. 179.

²³¹ *Infra* pág. 253 sig.

²³² *Cf. supra* pág. 168.

²³³ De estas palabras no puede probablemente extraerse la conclusión de que la acción se basara al mismo tiempo en la propiedad. Una combinación de estos dos modos de ver el asunto sólo aparece, bajo influencia romanística, varios siglos más tarde: Hübner 49 sig., Brunner II 673 nota 9. Parece mucho más probable (véase la próxima nota) que el autor de la fórmula siguiera la Antigua subyacente en LV 8.1.5 que dice: «quod si non expectata discussione id, quod ab alio possidetur aut *iuris alterius esse* dinoscitur, invaserit...» *Iuris esse* difícilmente puede aquí significar algo más que «poseer». *Cf. supra* pág. 32 sigs.

²³⁴ Zeumer, *NA* 23.84 sigs., ver también en la edición de LV: 314 nota 1, 315 nota 1.

²³⁵ Brunner II 673 nota 6, F. Beyerle (*supra* pág. 85 nota 406) 177.

²³⁶ Zeumer 23, 460 sig., Brunner I 505 nota 32.

El derecho vulgar había mantenido claramente la acción de propiedad ejercitable frente a todos. Los códigos germánicos, sin embargo, no hicieron ya uso de este resto del período clásico. Por eso siguieron en general sus propios derroteros y desarrollaron los detalles del procedimiento con una esencial independencia. En particular, las reglas sobre distribución de la prueba no parecen haber sido copias del derecho vulgar, a pesar de negar ambos derechos que la carga de la prueba recaiga exclusivamente en el demandante.

B. RECURSOS POSESORIOS²³⁷

1. La nueva terminología

La ruptura con el pasado, en el siglo cuarto, no supuso en absoluto el abandono de las acciones posesorias. Nada más lejos de la mentalidad de Constantino y sus sucesores. La confusión propia de esa época violenta les obligó a hacer de la preservación y restauración de la paz en el interior su principal objetivo. Los actos de desposesión violenta ocuparon un alto puesto entre los delitos que amenazaban con desintegrar el orden económico y social²³⁸. De hecho, las acciones por expulsión predominaron tanto entre los litigios posesorios que los emperadores del año 395 consideraron pertinente afirmar que un «interdictum... non semper ad vim publicam pertinet vel privatam» (CT 2.1.8.1). La pronta reparación, por consiguiente, se sintió como perentoria. No se podía esperar hasta que la cuestión de propiedad o concerniente a otro derecho fuera resuelta. En consecuencia, aunque los *interdicta* habían tomado la forma de recursos ordinarios²³⁹, siendo designados ocasionalmente como *actiones*²⁴⁰, dos procedimientos quedaron separados, ahora como antes²⁴¹: uno dirigido a reinstalar a la parte expulsada, y el otro para la decisión sobre el derecho: CT 9.10.3 (319); 2.18.3 (325); 4.22.1 (326); 2.26.1 (330); 11.37.1 (386); 4.21.1, 2 (395); 4.23.1 (400); cf. Symmachus, *Relatio* 28.8.9 (384)²⁴² y también P. Cair. Preis. 4 (320)²⁴³.

²³⁷ Este asunto ha sido tratado en *Scritti Ferrini* (Milán) III 109 sigs. La actual reimpression presenta algunas adiciones, omisiones y cambios.

²³⁸ Al reprobar los ultrajes más comunes de aquellos tiempos, dice Agustín: «... videmus vicinorum expulsos, videmus violentos limitum invasores»: *Sermo* 17.4 (Migne 38, 126). Véase el mismo autor en *Enarratio in Psalm.* 51.14 (Migne 36, 609).

²³⁹ A más tardar, desde Diocleciano. Para el detalle, véase Ubbelohde II 405 sigs. y Adolf Berger, «Interdictum», RE 9 (1916) 1703 sig. Cf. también p.ej. *civilis actio* como opuesta a *criminalis actio* en IT 9.20.1.

²⁴⁰ No, por supuesto, en el sentido clásico del concepto: *supra* pág. 201.

²⁴¹ Tal separación, sin embargo, no era ya necesaria. Puesto que las dos acciones eran homogéneas en estructura y, después de todo, meros estadios concernientes a *unius causae propositionem* IT 2.18.3, habían de ser conocidas por el mismo juez (CT 2.18.3 [325]) y, si *casus tulerit* (Symmachus, *Relatio* 28.8), pudiera ser incluso que hubieran de decidirse *in uno eodumque iudicio* (CT cit.). Véase también *infra* pág. 244.

²⁴² Para la Interpretatio al respecto de esto, véase *infra* pág. 243 sig.

²⁴³ Friedrich Preisigke, *Griechische Urkunden des ägyptischen Museums zu Kairo* (Estrasburgo, 1911), reeditado por Ulrich Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* (Leipzig y

En algunas de estas disposiciones (CT 2.26.1; 11.37.1 i.f.)²⁴⁴ el antiguo modo de hablar fue aparentemente conservado y los litigios sobre *possessio* y *proprietas* fueron contrastados de forma tal que recuerda el lenguaje clásico (cf. Paul. D 44.2.14.3). Ocasionalmente (CT 9.20.1 [378]) se encuentra una frase perfectamente construida al viejo estilo: «per vim possessione deiectus si de ea recuperanda interdicto unde vi erit usus». Pero tal modo de expresión era completamente arcaico y absolutamente excepcional. Otros términos ocuparon su puesto.

En discusiones referentes a recursos posesorios, *possessio* empezó a ser calificada con el atributo *momentaria* (CT 4.22.1 [326]; CJ 3.16.1 [366]; CT 2.1.8. [395]; CT 2.4.6 [406]) o mediante una endíadis tal como *de possessione et momento* (CT 11.37.1 [386]). Además, antes de que terminara el siglo, el atributo fue considerado lo bastante distintivo como para expresar plenamente la idea, y el sustantivo *momentum* emergió como equivalente a *momentaria possessio*²⁴⁵. En la *Relatio* de Símmaco, antes citada, *reformatio momenti* aparece dos veces (28 pr. y § 10); en CT 4.22.4 (396), para el caso de que *perturbatus possessionis status sit*, se otorgan facultades *ad repetendum momentum*, y en CT 4.22.6 [414] el recurso es presentado simplemente como *momenti actio*. Este uso llegó a ser dominante en el lenguaje²⁴⁶ legal²⁴⁷ de Occidente²⁴⁸. Existen *momentum recipere* (IT 4.22.6; 9.20.1), *restituere* (IT 9.20.1; 11.37.1), *reddere* y *momenti beneficium reddere* (IP 5.6.1), *accipere* (IP 5.7.14) y *reformare* (Isid. 5.25.25 y 33). También existen *de momento agere* (IP 5.6.1), *iudicare* (IT 11.37.1) y *apellare* (CT 11.37.Rubr.; IT 11.37.1), *actio* (IT 4.23.1) o *causa momentaria* (IT 11.37.1) o *momentanea* (RC 4.20), y *momenti causa* (Greg. 9.41 y 90) o *quaestio* (Greg. 9.42 y 91).

Berlín, Teubner, 1912) I 2 núm. 379 y Arangio-Ruiz núm. 187. El querellante pide que el comportamiento violento de los oponentes encaminado a impedirle recoger los frutos de la tierra que él tiene en arrendamiento perpetuo sea repelido, y añade que si creyeran tener algún derecho sobre la tierra, podrían invocar al prefecto como juez ordinario. La solicitud se dirigía al στρατηγῶ ἤτοι ἐξάκτορι como autoridad local encargada del cobro de los impuestos (Wilken I 1.77, 229). No hay referencia a procedimiento criminal. Véase también Taubenschlag, *Das Strafrecht im Rechte der Papyri* (Leipzig y Berlín, Teubner, 1916) 115 nota 3 y *Law* 186 nota 7, 187 nota 14, 341 nota 104.

²⁴⁴ Véase también CT 4.23.1 Symm. *Rel* 28.8 y Ambrosio, *De obitu Valentiniani* 37 (Migne 16, 1431): «Audivit negotium non de iure, sed de possessione praedii».

²⁴⁵ Carl Georg Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts* (Weimar 1874) 88 sigs. y Ubbelohde V 664 sigs. presumen que *momentum* en este sentido era ya familiar a Constantino. Pero CT 9. 19.2 pr. (320), que es a lo que ellos se refieren, no lo apoya. La disposición «ut... petitori... possessorie momentum prolatorum instrumentorum conferret auctoritas» pretende decir que el valor del documento producido sea suficiente a los efectos de resolver lo relativo a la carga de la prueba (*momentum*), ya respecto al *petitor*, ya respecto al *possessor*, mientras que la falsedad alegada del documento podría ser examinada en una *secunda falsi actio*. El significado de *momentum* es el mismo que el de la cláusula común *nullius momenti est*. Nada tiene que ver con *possessio*. Véase también Moritz August von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess* (Bonn 1866) III 284 nota 87, Biondi, *Bull.* 30 (1920) 219.

²⁴⁶ Para Oriente, véase *infra* pág. 253 sig.

²⁴⁷ El término no parece haber sido familiar a la patrística. Cf. también Rotondi I 518.

²⁴⁸ Su ausencia en CE, LV y RB es congruente con el hecho de que estas legislaciones no conocieron en absoluto un procedimiento posesorio: *infra* pág. 253.

Ninguno de estos pasajes, sin embargo, podría autorizar la inferencia de que *momentum* fue usado como sinónimo general de *possessio*²⁴⁹. Ninguno utiliza el término en conexión con la adquisición o transmisión de la posesión o con posesión injusta. Ni siquiera apunta alguno de ellos la posibilidad de que un *momentum* pudiera ser inquietado o estorbado. Debe también hacerse notar que aparentemente no se sintió ninguna necesidad de desarrollar equivalentes al sustantivo *possessor* o al verbo *possidere*. El nuevo término se limitaba más bien a definir el asunto del procedimiento judicial. Sólo en el ámbito propio de las acciones posesorias se hizo técnico²⁵⁰. Y aquí fue gradualmente adquiriendo una significación adicional. La acción misma fue llamada *momentum*. En este sentido, IT habla de *momenti beneficium* (2.4.6; 2.18.3; 4.22.1; 4.23.1; 9.20.1), y los ostrogodos se refieren a *momenti ius* (ET 76; Cass. 4.44.1), *iura* (Cass. 7.8.3; 8.28.3) y *tempora* (Cass. 4.39.4).

Si de este modo la peculiaridad de un recurso posesorio fue vista en su objetivo meramente momentáneo, es fácil que la acción de propiedad pudiera ser caracterizada como la cosa principal, como *la* cuestión. Para expresar esta idea, la *causa proprietatis* vino también a ser identificada de un nuevo modo. Varios términos sirvieron a este propósito: *principale negotium* en CT 9.10.3 (319); 11.36.14 (361); IT 2.18.3; 4.22.1 o simplemente *negotium (reparatio negotii)*: CT 4.22.2 [381]; *negotio privari*: CJ 8.4.6 pr. [382]; *negotium carere o perdere*: IT 4.22.2, 3; *de negotii qualitate partes sequenti actione confligant*: IP 5.6.1 i.f.), *principalis (rei) quaestio* en CT 2.18.3 (325) y Greg. 9.42, *principalis causa* en CT 4.22.1 (326) y Symm. *Rel* 28.9, o simplemente *causa (possessionis aut causae amissione multetur*: CT 2.14.1 [400]; *causam perdere*: IT 2.14.1; *in causa devictus*: IT 2.26.2; *causae actio*: IT 4.22.1²⁵¹; *causas suas agere*: RC 4.20; 27.11.2; *causam reparare y causa privari*: IT 4.22.2)²⁵²; ver también *lite multari* (CT 4.22.2 [381]) o *cadere* (CT 4.22.3 [389])²⁵³ y *disceptatio litigii* (CT 4.22.1 i.f. [326]). No se pretende decir que cada una de estas frases llegó a ser tan técnica como su opuesto *momentum*. Su variedad es suficiente para excluir esa connotación. Además, si bien el término *actio in rem* en su sentido clásico desapareció²⁵⁴, otras cláusulas indicaban claramente *proprietatis* en sentido antiguo²⁵⁵. No debiera olvidarse que el significado de *principalis*, neutro

²⁴⁹ Como podría colegirse de Hermann Fitting, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 11 (1873) 433 sig., Bruns y Ubbelohde, *loc. cit. supra* nota 245.

²⁵⁰ No se encuentra el uso de *momentum* cuando la posesión era restituida fuera de juicio: «Ante iudicium possessio ei debuerat violenter ablata restitui» (Greg. 9.235). Véase también 9.91: «si possessio ipsa decessore vestro consentiente restituta est..., sine aliqua eam facite contentione restitui». Cf. además 9.145, 146, 147 (lin. 20).

²⁵¹ Cf. también *titulum suae possessionis edicere* (CT 11.39.12 [402]); *titulum litis petitor scribat* (IT 4.23.1).

²⁵² Véase ya Livio 40.17.4, 6: «et causa et possessione superiorem esse» y «legati possessionis ius non mutarunt, causam integram Roman ad senatum reiecerunt».

²⁵³ Antítesis: *illi postea cui competiti actione servata* (IT 4.21.1).

²⁵⁴ *Supra* pág. 216 sigs.

²⁵⁵ *Proprietatis causa*: CT 2.26.3 (331), 11.37. 1 (386) con IT, 4.23.1 (400), Symm. *Rel*. 28.8, Greg. EP. 9.41; 9.90; *quaestio*: Greg. 9.91; *actio*: CT 4.21.1.2 (395), IP 5.7.10. ET 136 tiene *agere de proprietate*. Véase también IT 2.26.1 (330), IT 9.20.1, IP 5.6.1.

en sí mismo, variaba según el concepto al que se oponía²⁵⁶. Y, sin embargo, la multitud de estas expresiones, que surgen en un mismo ámbito y que son desconocidas en el lenguaje clásico, debería resultar revelador²⁵⁷. La conjunción entre este hecho y el término *momentum* pone de relieve ante todo el proceso de transformación que desde dentro las acciones posesorias fueron experimentando.

2. Transformación de las acciones posesorias

Un invasor demandado en un *interdictum de vi non armata* había podido oponer en otro tiempo la excepción de que el expulsado mismo estaba poseyendo, cuando lo expulsó, *vi, clam* o *precario* de él (Gai IV 154 y 155). Esta defensa no podía utilizarse más. Ya Constantino (CT 9.10.3 [319]), al establecer que se castigara a cualquiera que *vim possidenti intulerit*, entendió que el hecho de que el previo tenedor de la cosa, al hacerse con la posesión de la misma, pudiera haber cometido un *crimen violentiae* no hacía que este caso escapara a aquel principio. En la misma línea, CT 4.22.2 (381) infligió a un demandado²⁵⁸ la pérdida de su derecho en beneficio del demandante, haciendo caso omiso de los hechos que habían estado detrás de la previa posesión de este último. Además, CT 4.22.3 (389) tenía la mira puesta directamente en aquellos que reocupaban tierra que anteriormente les hubiese sido quitada para el Estado por un, entretanto, depuesto usurpador del trono. La doctrina contemporánea asentía y deducía la regla general. La facultad, en el derecho clásico, de expulsar a un *vitiosus possessor* fue sorprendentemente dejada de lado²⁵⁹. En efecto, PS 5.6.7 confirmaba este derecho: «Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur». Pero aquí tenemos la Sentencia en su versión preconstantiniana, declarando el derecho todavía vigente bajo Diocleciano²⁶⁰. El comentarista del siglo quinto, que es quien habla en IP 5.7.5, evidentemente repudia esta regla al omitirla y la substituyó con algunas definiciones generales de los conceptos *vis, clam* y *precario*²⁶¹. Solamente fuera del ámbito

²⁵⁶ *Principale negotium* y *principalis causa* o *quaestio* son, p.ej., confrontadas con decisiones interlocutorias en CT 11.36.3 (315); 1.2.5 (325) e IT; CT 11.30.15 (329); CT 4.14.1.1 (424); con *missio in possessionem* en CJ 3.19.2 i.f. (331) (véase también Hugo Krüger, SZ 45 [1925] 73 sig.) y con *in integrum restitutio* en IT 2.16.2.

²⁵⁷ Ello puede que también revele la ninguna inclinación de algunos juristas a trabajar con el término *proprietas*, que estaba perdiendo su inequívoco significado; véase *supra* capítulo I.

²⁵⁸ Véase *infra* pág. 239 sig.

²⁵⁹ *Contra* la mayoría de los autores, sobre la anticuada suposición de que PS e IP tienen la misma autoridad al respecto del derecho vulgar: Carl Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (Tubinga 1848) 99 sig., también 73 nota 1, Fitting, *Z. für Rechtsgesch.* 11.443, Kniep 417 (que al mismo tiempo interpreta adecuadamente a Constantino: 396 sig. 423 sig.) Ubbelohde V 697 nota 86, Georges Cornil, *Mélanges Fitting I* (1908) 275 sigs. (con modificaciones). Más correcto a este respecto es Conrat, *Paulus* 130 nota 360.

²⁶⁰ CJ 8.4.1 (290): *quam sine vitio tenebat*. Al mismo tiempo, el resumen que queda muestra elementos de un origen posterior. *Recte possidenti* es un sustituto impropio; para *inculpatae tutelae moderatione*, véase Siber 14.

²⁶¹ Su propósito es evidente en relación con *vis*. Para *clam* cf. IP 5.7.10, para *precario* IP 5.7.8 y 10. Véase *infra* pág. 252 sigs.

cubierto por *vis* la descalificación de un *vitiosus possessor* parece haberse mantenido durante algún tiempo, pues en el año 400 (CT 4.23.1) la *Utrubi* todavía se consideraba reservada a un *possessor non vitiosus*, o, como se le llama allí²⁶², a un *bonae fidei possessor*. Pero incluso en esta acción la distinción había de desaparecer antes de que transcurriera mucho tiempo²⁶³. IT 4.23.1 da la *Utrubi* al poseedor, sin especificar, y la básica exposición sobre *interdicta* en IP 5.6.1 deja a un lado completamente las referencias hechas en PS a la *exceptio vitiosae possessionis*.

El derecho ostrogodo no fue distinto. El rey Teodorico consideró uno entre sus principales objetivos el de la preservación de la paz y el orden (*generalitatis quies*: ET pr.). Incansablemente condenó los actos de autoayuda y remitió al quejoso a los jueces: «Quid enim discrepat a peccante, qui se per excessum nititur vindicare?» (Cass.1.30.4). «Hinc est quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim a bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?». (Cass.4.10.1). «Cordi nostri est levamen humilium, ut contra potentiam superborum nostrae pietatis erigamus obstaculum, nec liceat quicquam apud nos audaciae, cuius est propositi superba calcare» (Cass. 3.20.1)²⁶⁴. En total conformidad con esto, las medidas de pérdida de la cosa y del derecho en ella y pago en represalia impuestas a cualquier invasor en CT 4.22.3 y Nov. Val 8.1 fueron adoptadas y ampliadas²⁶⁵, y los jueces fueron enérgicamente advertidos de que debían asegurar la estricta observancia de este *decretum iustum atque legitimum* (ET). De aquí que resultaría ciertamente extraño que a un hombre previamente desposeído *vi, clam* o *precario* le fuera concedido el derecho a hacerse con la cosa por la fuerza. Este es el significado que comúnmente²⁶⁶ se atribuye a ET 76: *Illi res occupata per violentiam intra annum momenti iure salva proprietatis causa reddetur, qui eandem rem, quam alterius praesumptione perdidit, nec violenter nec abscondite nec precario possidet*. Sin embargo, el texto no dice nada semejante. La cosa ocupada *per violentiam* no podía retenerse; debía devolverse al desposeído si éste era *possessor non vitiosus*. En otro caso, ninguno de los dos podría tenerla. Esto implica que iría al *fiscus*, el mismo que debía obtener la *aestimationem rei pervasae* según ET 10²⁶⁷. La inferencia parece fuertemente apoyada en una decisión de Constantino de un caso análogo en CJ 6.1.4.5 (317).

Eliminada estaba, pues, del procedimiento posesorio no sólo la cuestión *de iure*, sino también la defensa de que el demandante mismo habíase hecho previamente

²⁶² Véase también Donatus en *Terent.Eunuch*. 319 (ed. Wessner), ad «vel vi vel clam vel precario»: «Secundum ius locutus est, nam his tribus male fide aliquid possidetur». Agustín, *De fide et operibus* 10 (Migne 40.203), por otra parte, da el concepto tradicional de *bona fides*: «tamdiu quisque bonae fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum».

²⁶³ Al contrario que en Oriente: Inst. 4.15.4a i.f.

²⁶⁴ Para más, véase Dahn IV 14 sigs.

²⁶⁵ Ver *infra* pág. 248 sig.

²⁶⁶ Véase Bruns, Fitting, Ubbelohde, Cornil (*supra* nota 259) y especialmente Kniep 413 sigs.

²⁶⁷ Para la relación entre ET 10 y 76, véase *infra* pág. 249 sig.

con la posesión de un modo censurable. Cualquier recurso a la autoayuda no realizada en defensa propia²⁶⁸ quedaba reprobado. Lo que contaba ante el juez era si el demandado había arrebatado la posesión al demandante (IP 5.6.1). En caso de *vis* Constantino ya había insistido: *Quod si... vim possidenti intulerit, ante omnia violentiae causam examinari praecipimus et in ea requiri, quis ad quem venerit possidentem*: CT 9.10.3 (319), y, con mayor precisión, instruyó a los jueces: *ut... id solum diligenter inquirant, utrum... possessio ablata est*: CT 4.22.1 (326)²⁶⁹. Con esta regla, el último elemento²⁷⁰ no objetivo era ya eliminado de su discusión en juicio. Cualquier control efectivo, sin importar si fugaz y provisional, podía recobrase, con tal de que fuera ejercido *suo nomine* al tiempo de la desposesión²⁷¹.

La eliminación de la *exceptio vitiosae possessionis* tuvo ulteriores consecuencias. Se decidió para reprimir la autoayuda más efectivamente. Al mismo tiempo, sin embargo, llegó a simplificar el procedimiento y, de este modo, a acelerar la restauración del *status quo ante* en un grado desconocido por los antiguos *interdicta*²⁷². Las medidas encaminadas a este fin, como es bien sabido²⁷³, marcan el curso del siglo cuarto. Podemos añadir a esta sumaria exposición de las pruebas de que disponemos que se permitía una acción *unde vi* aun en el caso de que el demandante careciera de poder de representación e incluso de capacidad procesal (CT 4.22.1 [326], 4 [396] 6 [414]. Se estableció el *forum rei sitae* (CJ 3.16.1 [366]). Las apelaciones fueron excluidas (Symm. *Rel.* 28.10)²⁷⁴ o, al menos, privadas de efecto suspensivo (CT 11.37.1 [386]). Las acciones *unde vi* (CT 2.4.5 [389]) y *utrubi* (CT 4.23.1 [400]) y finalmente todos los *interdicta* (CT 2.4.6 [406]) fueron eximidos de *litis denuntiatio* y de las reglas legales sobre observancia de plazos (*cursum temporum*).

Podríamos volver ahora a la cuestión planteada al principio. La transformación recién discutida de las acciones *ex interdicto*, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, parecería suficiente para explicar el desarrollo de una nueva terminología. Pero hubo más. El término *possessio* ya no se limitaba a indicar con-

²⁶⁸ Incluso los actos realizados en defensa propia habían de ser, en lo posible, evitados. Véase la conclusión no clásica de PS 5.23.9 y Donatus en *Terent. Eunuch.* 768: «Recte quia violento civiliter resisti solet». Pero véase también Isidoro 5.4.2.

²⁶⁹ Cf. el caso juzgado por Symmachus, *Rel.* 28, esp. §§ 2 y 5.

²⁷⁰ Véase Rotondi III 124 sigs.

²⁷¹ Sobre la autorización para que otros demanden a favor del possessor ausente, véase, p. ej., CT 4.22.1 (*infra* pág. 247).

²⁷² Un *agere ex interdictis* era cualquier cosa menos rápido. Lo que solía hacer que se llegara a un rápido acuerdo era la presión que gravitaba sobre ambas partes y que les impulsaba a evitar un procedimiento que castigaba con fuertes sumas al que perdía. Véase Frontinus, *De controversiis agrorum* (Lachm. 44.4): «Si possessio petenti firma est, etiam interdicere licet, dum cetera ex interdicto diligenter peraguntur (cf. Gai IV 170): magna enim alea est litem ad interdictum deducere, cuius est executio perplexissima» (cf. Gai IV 161 sigs.). Tampoco era la decisión que se dictaba meramente provisional. Véase también Bethmann-Hollweg (*supra* nota 245) II 381 sigs., Biondi, *Bull.* 30, 246 sig.

²⁷³ Bethmann-Hollweg III 347 sig., Ubbelohde II 448 sigs., Biondi, *Bull.* 30, 277 sigs., 247, 215 sigs., Wenger 327 sig.

²⁷⁴ Para el *interdictum quorum bonorum*, véase CT 11.36.22 (374).

trol objetivo frente a control jurídico. También implicaba derecho. De aquí que, naturalmente, cuando los *interdicta* entraban en cuestión, se considerara inconveniente la utilización del término sin atributo que lo determinara. Esta es la razón por la que apareció de forma simultánea, esto es, en los comienzos del siglo cuarto, la combinación *momentaria possessio*²⁷⁵. Poco maravilla asimismo que en esta frase el nuevo elemento atrajera más que el viejo a los juristas contemporáneos. Empezaron por colocar el énfasis en *momentaria* y, finalmente, eliminaron *possessio* del todo. Desde el siglo quinto, como muy tarde, el único término técnicamente empleado en conexión con una acción posesoria fue *momentum* o *momentarius*. El nuevo término no se consideró desacertado. Excluía no sólo la idea de *possessio* en el sentido de dominio, sino todo concepto de control efectivo más allá del ejercido en el preciso momento de la expulsión²⁷⁶. Cuando, más tarde, el recurso posesorio mismo llegó a ser caracterizado como momentáneo, se originó un doble punto de vista: el de la rapidez²⁷⁷ y el de provisionalidad del procedimiento. Y esta última significación creció particularmente en importancia²⁷⁸. De hecho, nada se mantuvo como lo más significativo del recurso que su provisionalidad. Fue precisamente esta característica la que ante todo vino a la mente de aquellos juristas cuando trataron de exponer el significado del anticuado concepto de *interdicta* y buscaron distinguir entre *interdicta* y otras acciones. En esto se creyeron incluso etimológicamente apoyados: IP 5.6.1: *Interdicta dicuntur quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta, hoc est a iudice momentum priori reddere possessori*, y, muy probablemente, inspirado en esta afirmación²⁷⁹, Isidoro, *Etym.* 5.25.33: *Interdictum est quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur, salva propositione actionis eius; cf. también RC 4.20: de presente, hoc est de momento, sit revestitus*.

3. Nuevos instrumentos: pérdida del derecho en la cosa y pago en represalia

La supresión de la *exceptio vitiosae possessionis* amplió la función de las *actiones ex interdicto*. Sin embargo, gradualmente otras fuerzas comenzaron a actuar en sentido contrario. Y empezaron a dominar. El resultado final fue una considerable reducción del radio de acción de los remedios posesorios. No sólo estos *interdicta*, tal como se utilizaban, hubieron de sobrevivir en escaso número²⁸⁰, sino que incluso el *interdictum unde vi*, la dominante acción momentánea de aquella

²⁷⁵ *Supra* pág. 233.

²⁷⁶ El término, una vez adoptado, se extendió a la *Utrubi*, aunque esa acción continuaba requiriendo la posesión durante la mayor parte del año anterior (*infra* pág. 246). La importancia práctica de la *Utrubi* era evidentemente demasiado insignificante como para hacer que importara algo lo inadecuado de esa extensión.

²⁷⁷ *Cf.* Isidoro 5.25.25: «Momentum dictum a temporis brevitate, ut quam statim salvo negotio reformetur, nec in ullam moram produci debeat quod repetitur».

²⁷⁸ Ver también *infra* pág. 244.

²⁷⁹ *Cf.* también Conrat, *Paulus* 125 nota 350.

²⁸⁰ Véase *infra* pág. 251 sigs.

época, no pudo conservar todo su campo de acción. Antes de la mitad del siglo quinto dejó de cubrir aquellas precisas situaciones que, en otro tiempo, eran sus típicos supuestos de hecho. Su lugar fue ocupado por un instrumento que, en estado rudimentario, apareció en época tan temprana como la de Constantino. En medio de una sociedad cercana al colapso, las acciones civiles no parecían bastar para hacer frente a la desposesión violenta. Se sancionó penalmente el recurso a la autoayuda y las penas llegaron a ser extremadamente severas. Constantino (CT 9.10.1 y 2 [317 y 318]) estableció la pena de muerte como castigo ordinario tanto si la *vis* era o no *armata*²⁸¹. Pero añadió una excepción para cuando el invasor hubiera actuado alegando *bona fide* tener derecho: «si quis ad se fundum vel quodcumque aliud adserit pertinere ac restitutionem sibi competere possessionis putat»: CT 9.10.3 (319)²⁸². Aparece aquí una importante distinción: Si después de la restitución del control efectivo (*amissae possessionis iura reparentur*), en el subsiguiente *negotium principale* se consideraba que el *violentus* no tenía derecho sobre el fundo usurpado, se le castigaba con pena de deportación y pérdida de todo su patrimonio. Sin embargo, si resultaba que tenía derecho²⁸³, no recobraría más que la mitad de lo que había invadido, adjudicándose la otra mitad al *fiscus*²⁸⁴. La disposición del año 319 fue reiterada en 361 (CT 11.36.14 i.f.). Tal y como estaba concebida, se trataba simplemente de una medida estrictamente punitiva, pero se extendió hasta afectar al derecho privado cuando, bajo regulaciones posteriores, la parte con derecho perdía todo lo que había invadido y no en favor del Estado, sino del oponente.

Así, pues, iba dirigida contra cualquiera que recurriese a la autoayuda, bien (1) estando en trámite su acción petitoria y antes de que el preliminar rescripto imperial obtenido o de que la *interlocutio iudicis* hubieran sido notificados al poseedor (CT 4.22.2 [380])²⁸⁵, o bien (2) si recurría a ella para recobrar la cosa forzosamente atribuida al *fiscus* por un emperador que hubiera usurpado el poder y entretanto hubiera sido derrocado (CT 4.22.3 [389])²⁸⁶. Según estas disposiciones, el invasor no sólo había de ser privado de la cosa («quam nos a retentatoribus erep-

²⁸¹ Para el derecho clásico solamente, cf., p. ej., Mommsen, *Strafr.* 658 nota 7, Paul Frédéric Girard, *SZ* 34 (1913) 328 nota. El cambio en el derecho vulgar es estudiado, por ejemplo, por Kniep 396 sig., 430 sig.

²⁸² Cf. Kniep 392 sig., Ubbelohde V 673, Hans Niedermeyer, *Studi Riccobono* I 209.

²⁸³ Este parece incluir no sólo el de propiedad, sino también derechos tales como el arrendamiento perpetuo y el usufructo. La interpretación propuesta parece en conformidad con las expresiones significativamente vagas utilizadas por doquier para dar a entender la alternativa. Considérese CT 9.10.3: «si contra eum fuerit iudicatum...; quod si pro eo... sententia proferatur,...» CT 4.22.3: «quod recipere lege potuisset,... amittat; illi vero quos in tantum furorem provexit audacia, ut, quod iurgaturi apud examinis fidem sperare non possent... temerarent, ...» Véase también IT 4.22.3; CT e IT 4.22.2; NV 8.1. Sólo Justiniano, en su vuelta los viejos conceptos, puso en lugar de ello la clara antítesis de si el invasor era o no *dominus*: CJ 8.4.7 e Inst. 4.15.6 (*infra* nota 414).

²⁸⁴ Véase también Kniep 392 sigs., 415 sigs.

²⁸⁵ Cf. CT 4.22.5 (397). Ante todo, véase Gothofr. *ad* 4.22.2, también Bruns (*supra* nota 245) 95 sigs. Poco después la regla parece haberse vuelto a afirmar. Resulta probarlo CJ 8.4.6 pr. (382), que, mientras originalmente iba con CT 2.12.3, fue, convenientemente ajustada, trasplantada al título *Unde vi* y puesta en substitución de CT 4.22.1 init. por los compiladores justinianos.

²⁸⁶ Cf. CT 9.42.14 (396). Ver Gothofr. *ad* h. l. y Kniep 398 sigs.

tam sociari iubemus aerario»), sino que también le era impedido el ejercicio de cualquier acción para recuperar: «Cadat igitur lite, quisquis opperiri noluerit litis eventum et quod recipere lege potuisset, contemptor examinis violentus amittat»²⁸⁷. La segunda disposición continúa diciendo que si él no había tenido en absoluto ni una posibilidad de recobrar en juicio, es decir, que si él no podía llegar a verse privado de su derecho porque carecía del mismo, entonces quedaba obligado a pagar el valor de la cosa. En estos dos casos, la relación entre recursos posesorios y petitorios experimentó una total inversión. La acción posesoria contra el invasor, lejos de dejar espacio para un *negotium principale*, en lugar de eso, lo absorbió. El procedimiento posesorio llegó a ser el único y definitivo al entrar a considerar el tribunal la cuestión relativa a la propiedad u otro derecho sólo para determinar si el invasor había de pagar también la *aestimationem rei*²⁸⁸.

Era algo nuevo lo de someter a un invasor a semejante sanción alternativa de pérdida del derecho o satisfacción pecuniaria en represalia. Pero los elementos constituyentes de la regla²⁸⁹ hacía ya largo tiempo que resultaban familiares al pensamiento del siglo cuarto, por no decir nada del *decretum Marci* (D. 4.2.13; 48.7.7), como ocasional precursor. Precisamente, un caso de *rem alienam usurpare*, en relación con una medición de fundos disputada, originó ya que Constantino dispusiera que el invasor *tantum agri modum quantum diripere temptavit amittat* (CT 2.26.2 [330])²⁹⁰. Otras disposiciones del emperador siguieron esta misma línea de imposición de penas privadas a modo de represalia²⁹¹, regularmente en especie²⁹², por interferencias en los derechos de otros. Quien amparaba a un *servus fugitivus* debía devolverlo *cum pari alio vel viginti solidis* (CJ 6.1.4 pr.; cf. § 1 [317]), y si el *dominus* mismo hubiera instigado al esclavo a refugiarse con el otro, perdía el esclavo²⁹³ (eod. § 5). Una regulación similar se aplicó a los *mancipia quae ad rem publicam pertinent* (CJ 6.1.5 [319]). Si uno declaraba libre a un esclavo que no era suyo «mancipia duo cogatur domino eius dare, cuiusmodi sexus aetatis atque artis constiterit esse manumissum» (CT 4.9.1 [391]). A la inversa: una persona que

²⁸⁷ Del mismo modo CT 4.22.2: «ita ut neuter reparationem interfecti hoc pacto semel negotii audeat postulare» y CJ 8.4.6: «omni negotio de quo iurgare coeperant privabuntur».

²⁸⁸ Véase también *infra* pág. 243 sig.

²⁸⁹ Briefly called forfeiture rule in the following pages (NT: así consta en el original, pero he preferido llamarla en la traducción no regla de la confiscación, sino regla de la pérdida del derecho, y traduciré forfeiture como confiscación sólo cuando lo admita el significado de confiscación en español.)

²⁹⁰ Bruns (*supra* nota 245) 96 y Ruffini, *Actio spoli* (Turín 1889) 34 infieren que si el invasor era propietario de la parte de terreno que por la fuerza quiso tomar para sí, la pierde en beneficio de su oponente. De hecho, esta es la forma en que, entre los contemporáneos de Justiniano, Thalelaeus en Bas. 60.31.4 (Heimb. V 668; cf. VI 361) interpretó la disposición (=CJ 3.39.4). Así lo hicieron, sin duda, los compiladores del CT (ver *infra* pág. 242 sig.). Pero ese punto de vista no fue ciertamente el mantenido por Constantino, quien, en el mismo año 330 (CT 2.26.1), ordenó se actuara contra el invasor prescindiendo de si resultaba ser el propietario. Véase *infra* nota 339 y Knip 398.

²⁹¹ Véase también Mitteis, *Reichsr.* 399 sig. y Mario Lauria, *Studi Ratti* (Milán, 1933) 134. Sobre pena igual o similar en represalia en derecho criminal véase SZ 53 (1933) 167 sigs. y, en relación con último período imperial, 173 sigs.

²⁹² Ver SZ 49 (1929), 248.

²⁹³ En favor del *fiscus*. Para la razón de ello, véase *supra* nota 267.

retuviera como esclavos a hombres libres y que perdiera el pleito «pro libertate, pari numero servorum multetur, quot erunt qui in servitutum petiti sunt» (CT 4.8.5.1 y 2 [322]; véase también eod. 8 [322]). Una persona que trasladara ornamentos, como mármol o columnas, de su casa de la ciudad al campo, perdía la finca con ellos adornada (*privetur ea possessione quam ita ornaverit*) (CJ 8.10.6 pr. [321]). Cuando se daban en préstamo cosas genéricas distintas de dinero y el acreedor se empeñaba en exigir un interés que sobrepasaba el máximo legal establecido, *non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est* (CT 2.33.1 [325]). Es comparable la disposición según la cual aquél que vuelve a hacerse con lo que había pagado a cambio de ser patrocinado (*suffragium*) *extortum restituet et alterum tantum fisci viribus inferre cogetur* (CT 2.29.1 i.f. [362]).

Vistas a la luz de estas tendencias, las disposiciones de los años 380 y 389 pudieran parecer simples peldaños en el seno de una misma orientación general. Sin duda, pérdida del derecho y pago en represalia, como medidas pensadas para regular relaciones de derecho privado, eran instrumentos toscos y regresivos²⁹⁴, muy inferiores al de indemnización de daños y perjuicios, el remedio o pauta de la época clásica. Pero atraían al poco refinado espíritu del Bajo Imperio y se extendieron incluso a otras situaciones más. Se estableció la pérdida de la acción, para exigir la entrega del inmueble prometido a cambio de patrocinio, si quien obtuvo la promesa había entrado en posesión del inmueble mediante violencia (CT 2.29.2.3 [394])²⁹⁵. Si una de las partes de un acuerdo en el que había mediado juramento se negaba a cumplir, no podía entablar ninguna acción en relación con este asunto *et proprietate careat et emolumento quod ex pacto vel transactione ille fuerit consecutus* (CT 2.9.3 [395])²⁹⁶. Un demandado que, siendo titular de la cosa reclamada por el demandante, la hace pasar él mismo por cosa de otro (especialmente de un *potentior*), *eius possessionis aut causae... amissione multetur* (CT 2.14.1 [400]; cf. ET 46). Además, IT 2.18.3 interpretando mal la regla del CT (325) afirma que quien entabla la acción por la posesión provisional y la petitoria ante jueces diferentes perdía ambas (*ut nec illud quod repetit ulla ratione recipiat*).

La idea de que el recurso censurable a la autoayuda acarrea la pérdida del derecho en la cosa parece haber penetrado, en ese tiempo, tan profundamente en el pensamiento jurídico que las autoridades de la Iglesia no dudaron en utilizarla en los asuntos que caían bajo su jurisdicción²⁹⁷. Un Concilio general celebrado en

²⁹⁴ Familiar a muchos pueblos en etapa primitiva o medieval de su historia. Véase, p. ej., Lenel, SZ 26 (1905) 509 sigs., también Levy, SZ 53, 170.

²⁹⁵ Evidentemente no se les ocurrió a los redactores que la decisión pudiera haber estado basada en el *decretum Marci* (D 48.7.7).

²⁹⁶ Acerca de los efectos retardados de esta disposición pueden verse algunas consideraciones en Mitteis, *Reichsr.* 530 y María Emilia Peterlongo, *La transazione nel diritto romano* (Milán, Giuffrè 1936) 295 sigs.

²⁹⁷ Bruns (*supra* nota 259) 128 sigs. Sobre la influencia del Derecho romano en el antiguo procedimiento eclesiástico en general, véase Arthur Steinwenter, SZ, *Kanonistische Abteilung* 23 (1934), 1 sigs., 103 sigs., 115 sig.

Cartago en el año 418 aprobó este canon²⁹⁸: *Item placuit, ut quicumque episcopi quascumque ecclesias vel plebes, quas ad suam cathedram aestimant pertinere*²⁹⁹, *non ita repetierint, ut causas suas episcopis iudicantibus agant*³⁰⁰, *sed alio retinente irruerint*³⁰¹ *sive volentibus sive nolentibus plebibus, causae suae detrimentum patiantur*³⁰². De manera que cuando un obispo creía que una iglesia o congregación administrada por otro obispo pertenecía a su propia diócesis y, en lugar de llevar el asunto ante el tribunal eclesiástico, arbitrariamente pasaba a desempeñar funciones sacerdotales, perdía su causa sin que se entrara a considerar cuál de los dos contendientes era jurídicamente competente³⁰³. La forma y sustancia de esta norma nos muestran con perfecta claridad que el modelo que los redactores tenían en mente era la reciente tendencia del derecho secular en el tratamiento de la desposesión de *res corporales*³⁰⁴.

Existía, pues, el ambiente idóneo para que subiera a escena una disposición que fuera más allá de tales situaciones específicas como las hasta ahora cubiertas y que impusiera, con carácter general, la pérdida del derecho o su equivalente a todo invasor que hubiera recurrido a la autoayuda. El paso fue dado por los responsables de la cláusula de CT 4.22.3: *Quod quidem etiam in privatis observandum negotiis generali lege sancimus*. Sin embargo, no deben ser identificados con los redactores de la disposición de 389. La disposición original se ocupaba, de principio a fin, exclusivamente de un caso concreto de invasión de propiedad fiscal, que había llegado a ser tal por habérsela apropiado previamente un tirano. La abrupta generalización quedaba completamente fuera de contexto. Fue insertada con bastante descuido. Y sus autores ni afirmaron claramente si su *lex generalis* se aplicaba a la parte que tenía derecho así como a la que carecía de él, ni repararon en que se encontraban en conflicto directo con CT 9.10.3³⁰⁵. La interpolación, con toda probabilidad, fue hecha por los compiladores del CT³⁰⁶. De hecho, antes del año 438 no es discernible³⁰⁷ una regla general de pérdida del derecho. Después de esta fecha, sin embargo, la *lex generalis* fue aceptada como un prin-

²⁹⁸ Concil. Milevitanum II can. 21 (Dominico Mansi, Conciliorum Collectio [Florentiae et Venetiis 1759 sigs] IV 332)=Concil. Africanum can. 87 (Mansi 507). Para la datación del canon, véase Mansi 332 nota 4 y 377 nota 1. El canon fue incorporado al Decreto de Graciano C. 16 qu. 6 c. 2.

²⁹⁹ CT 9.10.3 init.: «si quis ad se fundum... adserit pertinere».

³⁰⁰ IT 4.22.2: «quicumque causam suam non ita agere voluerit, ut adversarium suum... conveniat».

³⁰¹ RB 8.1: «ut... per vim inruens deiciat posidentem».

³⁰² IT 4.22.2: «omni causa privetur».

³⁰³ Lo que sigue en el pasaje hace referencia a las *infracciones* cometidas antes de que el canon fuera publicado.

³⁰⁴ Poco importa que la mayoría de los pasajes paralelos que quedan (antes citados) suceda que sean posteriores a 418.

³⁰⁵ Para la posterior utilización de CT 9.10.3, véase IT 9.10.3 (*infra* pág. 243) y CJ 9.12.7 (*infra* pág. 257 sig.).

³⁰⁶ Esto fue ya sugerido por Kniep 406, aunque tímidamente, ya que en aquellos días las actividades de los redactores de 438 no eran todavía suficientemente conocidas.

³⁰⁷ De acuerdo con CT 2.29.2.3 (394), p. ej., un acreedor que actuara en autoayuda perdía su *ius crediti* (*supra* nota. 295). De aquí que no se le tratara como en CT 4.22.3 resultaba tratado un no propietario.

cipio fundamental e interpretada en sentido amplísimo. Se aplicaba tanto a cosas públicas como a privadas, a muebles como a inmuebles y a la parte con derecho como a la que carecía de él, sin importar si la expulsión ocurría litigio pendiente o sin conexión con litigio alguno. La *lex* fue reconocida como básica, tanto por los emperadores occidentales como por los orientales.

En Occidente³⁰⁸, en la temprana fecha de 440, Valentiniano III (Nov. 8.1), «renovando» *praecedentia statuta* (§ 2), decidió el caso de un particular poseedor *nullo litis actione pulsatus*³⁰⁹ que había sido expulsado del fundo, mediante fuerza, por otro ciudadano (§ 1). Pasando por alto la distinción entre invasor con título o sin él, dejó establecido que el invasor debía perder el derecho que tuviera en la cosa y, además, pagar su valor (§ 2)³¹⁰. La acumulación de efectos, posiblemente pensada para excusar por completo el procedimiento de investigación de un derecho, no fue, sin embargo, aplicada en este caso concreto (§ 3), y la entera decisión, unos pocos meses más tarde, fue en parte anulada, como piadosa concesión (Nov. 8.2). La acumulación no encontró tampoco el favor de los legisladores posteriores. Sólo Atalarico, rey de los ostrogodos, reasumió y reforzó aquella *sanctio divi Valentiniani... diu pessime neglecta* (Cass. 9.18.1 [533-534])³¹¹.

Particularmente significativa respecto al cambio introducido por los redactores del CT es la actitud de la Interpretatio. Las disposiciones anteriores a 438 aparecen comentadas de acuerdo con el derecho en vigor tras el año 438. Aunque sin eliminar completamente todo vestigio de la disposición original, IT 4.22.3 se basa claramente en su última versión. En consecuencia, trata *aut fiscalem rem aut privatam* de idéntico modo, sustituyendo únicamente la restitución en dinero por una en especie (*talem rem aliam*). Con entera despreocupación respecto al problema específico de CT, IT 4.22.2 impone la pérdida definitiva del derecho que tuviera en la cosa (*ut eam causam nunquam valeat reparare*) a cualquier invasor que *causam suam non ita agere voluerit, ut adversarium suum publice patefacta actione conveniat*. IT 9.10.3 rechaza tener en cuenta la sección de CT eod., referente a la autoayuda, porque, como indica, esta sección fue sustituida por una disposición más reciente, que ella identifica plenamente como CT 4.22.3³¹². La implicación evidente es que un invasor *bona fide*, en tanto que sujeto a pérdida del derecho o pago en represalia, no podía ya ser perseguido por *crimen violentiae*.

Además, IT e IP nos aportan una útil clave para abordar el problema central, esto es, si, y hasta qué punto, la regla de la pérdida del derecho entró en relación

³⁰⁸ Para Oriente, véase *infra* pág. 255.

³⁰⁹ Cf. *inconvento domino* (§ 2) e *inconvento possessore* (§ 3).

³¹⁰ «Possessione protinus restituta causae totius, sicut dudum constitutum est, amissione multatus aestimationem rei occupatae mox cogatur inferre». Nótese también § 4: «res pervasa in alium transferri iure non potuit».

³¹¹ Para estas disposiciones cf. Kniep 408 sigs., 420 sigs. con el cual, no obstante, estoy de acuerdo sólo en parte. Más sobre Derecho ostrogodo *infra* pág. 249. Para la identificación de la *sanctio d. Val.* con NV 8.1 (y no CT 4.22.3), véase Gothofr. *ad* CT 4.22.3 i.f. y Kniep 421.

³¹² No CT 4.22.2, como fue sugerido por Conrat, *Brev.* 12 nota 4.

con el alcance de la acción momentánea *de vi*. El procedimiento que lleva a la pérdida del derecho, como se ha indicado³¹³, era incompatible con la tradicional separación entre remedios posesorios y acción petitoria. En primer lugar, en efecto, la acción contra un invasor, ahora como antes, iba dirigida a recuperar la posesión. De hecho, indudablemente conservaba aquellas especialidades de las acciones momentáneas, proyectadas para acelerar el procedimiento³¹⁴. Pero la decisión conllevaba, asimismo, la adjudicación del derecho. Una sentencia en favor del demandante implicaba que el demandado no tenía derecho sobre la cosa, independientemente de si lo había tenido o no hasta ese momento. Ciertamente, en el último caso, la sentencia incluía, además, un resarcimiento que debía afrontar el demandado. Este resulta lógico bajo la disposición de NV 8.1, que obligaba al invasor a satisfacer la *rei aestimatio* en cualquier caso, y por tanto eliminaba del todo la cuestión relativa a quién tenía previamente derecho sobre la cosa. Pero, incluso, cuando, según la práctica predominante (CT e IT 4.22.3), sólo la parte sin derecho estaba obligada a resarcir, la decisión se tomaba, probablemente, en el mismo procedimiento no sólo cuando la inexistencia de derecho era patente³¹⁵, sino también cuando había sido necesario aportar alguna prueba al respecto. El punto de vista punitivo llevaba evidentemente tanta ventaja que un examen sumario de lo concerniente a la titularidad era considerado suficiente³¹⁶. Esta es, incidentalmente, la misma tendencia que más tarde³¹⁷ hizo que se acostumbrase considerar ambas *momenti et proprietatis causa(e)* incluso en un procedimiento puramente provisional. Las epístolas del Papa Gregorio I muestran las dos *causae* muy a menudo como siendo juzgadas *una eademque cognitione* (9.42; 9.90; 9.91, lin.7), si bien, ocasionalmente, son mantenidas aparte (9.91. lin. 15). Cuando 9.41 establece que «legali provisione decretum est tam momenti quam proprietatis causam in uno eodemque iudicio debere cognosci», el exagerado *debere* resulta bastante significativo. Dentro de la Interpretatio, de todos modos, no hay ni la más ligera indicación de que el otorgamiento de la *rei aestimatio* requiriera una acción separada, mientras que la pérdida del derecho estaba comprendida automáticamente en la orden del juez de restituir la posesión quitada a viva fuerza³¹⁸.

En consecuencia, la *actio* contra el invasor dejaba de ser *momentaria* en el sentido técnico de ser provisional y de dejar abierto el camino para ejercer una acción petitoria³¹⁹. Esta inferencia viene de modo sorprendente corroborada por las fuentes. Ni un solo texto, escrito con posterioridad al año 438, y que se refiera a la regla de la pérdida del derecho, contiene el término *momentum* o alude a un se-

³¹³ *Supra* pág. 239 sig.

³¹⁴ *Supra* pág. 238 sig. Véase, especialmente, NV 8.1.2 (*possessione protinus restituta*) e IT 2.4.6.

³¹⁵ Cf. el caso de CJ 8.4.10 (484): «si cognitionis iudicariae eventu fuerint condemnati, ... rei aestimationem vitrici parti una cum ipsa re praebere compelli». Véase también ET 10: «et rem... reddat invasam et aestimationem rei pervasae subire cogatur».

³¹⁶ Cf. Cass. 3.20.2 (507-511): «praedium cum alio eiusdem meriti...reddatur».

³¹⁷ En cuanto al origen, véase *supra* nota 241.

³¹⁸ Véase también la correspondiente discusión del derecho justinianeo *infra* pág. 256 sigs.

³¹⁹ Véase *supra* pág. 237 sig.

gundo recurso. Antes bien, cualquiera de los pasajes que muestran una de estas dos cosas señala más bien a una situación en la que, por una razón u otra, la regla de la pérdida del derecho no entraba en juego. Por tratar de una *criminalis actio* por *violenter expellere* (CT: «lege Iulia de vi publico iudicio instituere accusationem»), IT 9.20.1 presupondría que no se discutía caso alguno de autoayuda *bona fide*³²⁰, y, de hecho, mientras que un recurso momentáneo se da por sentado, guarda silencio absoluto sobre la pérdida del derecho. IT 2.18.3; 4.22.6³²¹ y 11.37.1 versan sobre acciones momentáneas en general; IT 4.21.1 y 4.23.1, de acciones momentáneas específicas, distintas de la *Unde vi*: el primero, de la *Quorum bonorum*; el segundo, de la *Utrubi*³²². Una *Quorum bonorum* está también detrás de la cláusula *testamento per iudicium momenti beneficio restituto* de IT 9.20.1, que se refiere a un recurso totalmente diferente del *interdictum de tabulis exhibendis* tal como es discutido en CT³²³.

Hay algunos textos, no obstante, que indican un recurso momentáneo en el ámbito mismo de *vis*. Serán especialmente útiles para intentar delimitar la aplicación del procedimiento que conduce a la pérdida del derecho y la de los procedimientos posesorios de una forma más exacta.

El pasaje más digno de nota es IP 5.6.1, la única introducción doctrinal existente a los *interdicta* en general y casi el único texto³²⁴ que presenta una utilización completamente técnica de *interdictum*:

Interdicta dicuntur, quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta, hoc est, a iudice momentum priori reddere possessori: id est, ut si quis possidens intra anni spatium quod amisisse videtur, praesentibus litigatoribus, iudice ordinante recipiat et postmodum, si voluerit, tam de vi quam de rei proprietate confligat. Nam si talis casus emergerit, ut adventiciam quolibet titulo rem novus possessor adeat et eam maiore parte anni, id est, plus quam sex mensibus teneat et ab alio haec res, quam tenuit, auferatur et ille, qui abstulit, quatuor aut quinque mensibus teneat, si intra ipsum annum de momento fuerit actum, priori possessori, qui maiore parte anni possedit, res a iudice partibus praesentibus merito reformatur, ita ut de negotii qualitate partes sequenti actione confligant. Sin vero, qui abstulit, maiori parte anni possedit ante iudicium, momenti beneficium reddere non compellitur.

³²⁰ Véase IT 9.10.3 y *supra* pág. 243. El *violentus* en IT 9.20.1 no ha de ser identificado con quien ganó en la acción de propiedad.

³²¹ Véase *infra* pág. 248.

³²² Para CT 4.23.1 la rúbrica *Utrubi* está asegurada por algunos manuscritos. Si la mayor parte de los copistas no familiarizados con ese término lo confundieron con *utrum vi* (*cf.* Brev. PS rubr. 5.7), su error queda al descubierto por la existencia separada de *Unde vi* como rúbrica de CT 4.22. Los compiladores del CT hicieron un buen trabajo al determinar el asunto de 4.23.1 como *Utrubi* cuando extrajeron ese pasaje de una larga disposición legal del año 400 que se ocupaba de varios problemas de la organización social de aquellos tiempos (Véase CT 12.19.1-3; CJ 11.48.13). El distinto énfasis de la disposición de origen puede explicar la sustitución del específico requisito *maiore parte anni possidere* (IP 5.6.1) por la vaga expresión *celeri reformatione succurri*. Ni resultaba omitida la *exceptio vitiosae possessionis* (*supra* pág. 236). Esto puede salir al paso de las dudas de Cornil (*supra* nota 259) 280 sig.

³²³ Véase, en este tanto, también Conrat, *Paulus* 127 sig.

³²⁴ Para IP 5.7.8 véase *infra* pág. 253.

Este caso en cuestión, presentado de una forma extrañamente confusa, parece haber consistido en que un *novus possessor*, después de haberse procurado, por medio de algún negocio (*quolibet titulo*), una cosa traída de otro lugar (*adventiciam rem adeat*)³²⁵, perdió la tenencia de la misma varios meses más tarde porque alguien se llevó la cosa consigo (*auferatur, abstulit, abstulit*). Se sostiene entonces, de acuerdo con el *interdictum utrubi*³²⁶, que la mayor duración de la posesión en el año anterior determinaría la cuestión relativa a la posesión provisional, bien en favor del *prior possessor* o bien en favor de aquel *qui abstulit*. La cuestión de *negotii qualitate*, relativa a la propiedad, se reservaría para ser debatida *sequenti actione*, para que la parte que perdía³²⁷ *postmodum, si voluerit, tam de vi quam de rei proprietate confligat*. Esta referencia aislada a la *vis*, sobre la que todo el resto guarda silencio, parece reveladora. Si el demandante hubiera demostrado que el demandado habíase hecho con la cosa valiéndose de la fuerza³²⁸, esto habría resuelto el asunto y conducido, de acuerdo con la regla de la pérdida del derecho, a una *perpetua sententia*. La acción por *vis* o *proprietas* ni habría sido pospuesta ni habría sido dejada a la discreción del demandante (*si voluerit*). Ni habría podido concebirse una sentencia en favor de uno *qui abstulit* en caso de que hubiera poseído *maiore parte anni*. La entera discusión, pues, parece tener sentido sólo si se presume que el demandado afirmó que él había ocupado lo que él creía que no era poseído³²⁹ *corpore* por nadie³³⁰ y que el demandante no pudo refutarlo. Puesto que no se consideraba que alguien poseyera *vi*, a menos que él *impetu efficaci depulso adversario possidet* (IP 5.7.5)³³¹, la recuperación se había regido por las reglas del *Utrubi*. Esto dejaba libre a la parte vencida para demandar en un procedimiento posterior al oponente, bien alegando derecho (*de rei proprietate*), como en el derecho clásico, o bien alegando expulsión violenta (*de vi*) de acuerdo con CT 4.22.3. En otras palabras, *vis*, de probarse, transformaba un procedimiento para la posesión provisional en uno que establecía definitivamente la posesión. Si no resultaba probada, la acción momentánea tenía su curso, pero no impedía un procedimiento posterior (*postmodum*), el cual, si la *vis* era ahora claramente probada, resultaba en la recuperación de la posesión más la pérdida del derecho o pago equivalente.

³²⁵ Véase CT 14.22.1 (364) y Gothofr. *ad h.l.*

³²⁶ Ahora utilizado lo mismo para *res soli* que para *res mobiles*. IP, desestimando la distinción hecha en PS, se expresa en términos muy generales. Su *auferre* no se circunscribe, más que anteriormente (Gai. III 145 y pasajes en VIR I 523, 26 y 35) o más tarde (*cf. infra* nota 330), a los bienes muebles. Véase también Fitting, *Z. f. Rechtsgesch.* 11, 232 nota 23 y 441 sig., Cornil 281, Levy, SZ 49, 239. Véase también *infra* nota 374.

³²⁷ Relacionar la frase que sigue con la parte que recupera la cosa (Conrat, *Paulus* 125 nota 349) no tiene ningún sentido. Ni el que se cambie el sujeto es algo poco corriente en la Interpretatio.

³²⁸ Como, siglos más tarde, fue mal comprendido por el autor de RC 27.11.2.

³²⁹ Sobre este concepto, véase *supra* págs. 26 sigs.

³³⁰ Por decirlo con palabras tomadas en préstamo de CJ 8.4.11 pr. (532): alegaba que había tomado una *vacuam possessionem... violentia in ablatam possessionem minime praecedente*.

³³¹ Solamente Justiniano (CJ 8.4.11) amplió el concepto para que cubriera el tomar uno por su cuenta una *vacua possessio*. Sobre esto, véase, sobre todo, Rotondi III 179 sigs.

Hubo otros casos en los que, imputándose *vis*, subsistió una *actio momenti*. Un patrón poderoso, ya un gran terrateniente o un alto dignatario del Estado o de la Iglesia, normalmente no expulsaría personalmente a nadie de su posesión. Más bien, algunos de sus *clientes*, *coloni*, *procuratores*, *actores* o *servi* lo harían por él sin que pudiera probarse su conocimiento de lo que iban a hacer³³². Para caso semejante, CT 4.22.3 no era de aplicación, y procedió una acción momentánea, tanto antes como después de 438. Significativa es la terminología de CT 4.22.1 (326) e IT. Ninguno de los dos imputa violencia al amo ni define el modo cómo los *absentes*... *possessione privati sunt* de otra forma que usando estos plurales: *contra praesentium violentiam* (CT), *inprobos homines* y *malitiam eorum qui praesentes sunt* (IT). Este es el motivo por el que Constantino no dice una palabra acerca de las severas penas con las que ya castigaba a un invasor (CT 9.10.3) unos años antes, y por el que la IT se conformó con que se aplicase *momenti beneficium*... *salvo principali negotio*. De demostrarse que el amo era culpable de desposesión violenta, el simple hecho de que la parte que resultó desposeída fuera una persona ausente no parece razonable que hubiera podido detener la imposición de pena criminal o confiscación en beneficio del fisco. Los dos pasajes no detallan este último punto porque su preocupación más inmediata era dar a los sujetos dependientes que tuvieran bienes de un amo ausente el poder de demandar la recuperación del control efectivo sobre los mismos.

La antítesis entre el señor y sus subordinados como invasores parece acentuarse al final de CT 2.26.1 (330): *...ut invasor ille poena teneatur edicti, si tamen vi ea loca eundem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca³³³ ab aliis possessa sunt, ipsis solis cedere debet³³⁴*. Las interpretaciones propuestas hasta ahora no parecen hacer justicia al texto. Algunos autores³³⁵ infieren de estas palabras finales que la acción posesoria se extendió a otros casos no de *vis* sino de ocupación por error. Otros, y son claramente la mayoría³³⁶, sostienen que el *error aut incuria domini* se introdujo únicamente para denegar una acción posesoria y remitir al propietario a una acción petitoria, bien *rei vindicatio* o *actio finium regundorum*. Sin embargo, las dos opiniones no tienen en cuenta la premisa del caso, afirmada en la primera frase de la disposición original, de que los *loca* fuesen *invasa*. Además, los que respaldan el punto de vista dominante dejan sin explicar la pretendida aparición de terceras partes (*alii*), después de que toda la discusión

³³² Recuérdese la cláusula, del antiguo interdicto, *aut familia tua deiecit* y su generosa interpretación: Ulp. D 43.16.1.11-21. Véanse también los casos de Symmachus, Ep. 1.74 y especialmente *Relat.* 28 donde *clarissimae atque illustris domus homines expulerint* al demandante (§ 5).

³³³ En uno de los dos manuscritos la palabra *data* sigue a *loca*. Pero esta expresión la eliminé acertadamente Lachman y resulta del todo omitida en las ediciones del CT debidas a Mommsen y Krüger.

³³⁴ La moderna enmienda en *debent* no resulta verificada por la tradición manuscrita.

³³⁵ Cuiacius, *Observationes* 19.16=Opera III 508 sig., Rudolf Ihering, *Über den Grund des Besitzschutzes* (2ª edición, Jena 1869) 111 sigs.

³³⁶ Savigny, *Das Recht des Besitzes* (6ª edición, Giessen 1837) 567 sig. (§ 43), Bruns (*supra* nota 245) 93 sigs., Windscheid (*supra* pág. 182 nota 441) I 535 (§ 160) nota 5, Kniep 476, Ubbelohde V 676 sig., Ferrini, *Pandette* (3ª ed. Milán 1908) 345 n. 2, Bonfante III 393 sig.

precedente se limitara estrictamente a los contendientes. Tampoco su adicional suposición de que *dominus* significa propietario tiene base suficiente en el uso de Constantino³³⁷; en cualquier caso, está en conflicto con el significado de *dominium* unas cuantas líneas antes en el mismo texto³³⁸. Para llegar a una mejor interpretación debiera recordarse que, de acuerdo con el lenguaje general, el emperador estaba muy acostumbrado a emplear *dominus* cuando se refería al principal, especialmente en oposición a las personas *eius nomine possidentes*: p. ej., CT 4.22.1 [línea 20 Mommsen] (326) y CJ 3.19.2 (331). Al identificar a estas personas con los *alii* de nuestro texto, la relación con el resto parece mantenerse y el énfasis resulta colocado en conformidad tanto con la lógica como con la terminología, incluyendo el uso del singular *debet*. Se afirma, pues, que cuando se invadía una tierra divisoria en disputa y el terreno invadido se comprobaba que no pertenecía al nuevo poseedor³³⁹, el resultado dependía de si el poseedor mismo (*eundem*) era el invasor o *alii* lo invadieron por él, mientras él permanecía ajeno a esta situación «por error o falta de la atención debida». Si se trataba de la primera alternativa, quedaba sujeto a la *poena edicti*³⁴⁰; si de la segunda, simplemente (*locis solis*) estaba obligado a «ceder» la tierra divisoria al antiguo poseedor, o, como Justiniano lo expresa (CJ 8.4.5)³⁴¹, *sine poena possessio restitui debet*.

El comienzo de CT 4.22.6 (414): *Momenti actio exerceri potest per quamcumque personam* normalmente se ha entendido como una reiteración de la regla de CT 4.22.1. Esto parece acertado desde el punto de vista de los compiladores de 438, que incorporaron c. 6 en el título *Unde vi*. Es dudoso si los redactores de 414 tuvieron asimismo la *actio de vi* en mente³⁴² porque c. 6 constituye únicamente una pequeña parte de la disposición original y, otra parte, existente en el título *De integri restitutione* (CT 2.16.3), versa sobre los privilegios de *mulieres et minores*. Evidentemente, el tema de los menores proporciona el vínculo entre estos dos fragmentos. De todas formas, la interpretación posterior encontró el núcleo de la regla en ese tema y abandonó por completo la relación de c. 6 con la *actio de vi*. Justiniano (CJ 3.6.3) situó la disposición bajo la rúbrica *Qui legitimam personam in iudiciis habent vel non*, e IT 4.22.6 («Ad recipiendum momentum, id est infra anni spatium cuiuslibet persona agere potest») parece incluso pasar por alto la *actio momenti de vi* de IT 4.22.1, en tanto que acción que podía ser entablada *etiamsi annus excesserit*³⁴³. Por lo tanto, IT 4.22.6 parecería estar simplemente para estable-

³³⁷ Véase también FV 249.9 (323).

³³⁸ Donde *dominium* es claramente sinónimo de *possessio*. La decisión sobre la propiedad quedaba pendiente en este caso. Véase también Cuiac. *loc. cit.* y Ubbelohde V 675 nota 33.

³³⁹ En caso contrario, conservaba la totalidad de la linde (*petitor victus abscedat*), y no sólo la mitad de la misma, como había sido establecido para suelo que no constituyera un lindero (CT 9.10.3 i.f.).

³⁴⁰ Ésta significa deportación y pérdida de todos los bienes si el *edictum* lo identificamos con CT 9.10.3 i.f. (319), como sugirió Ubbelohde V 676. Cualquiera que fuese la pena, fue de nuevo fijada cuatro meses más tarde en CT 2.26.2 (*supra* pág. 240).

³⁴¹ *Infra* pág. 257.

³⁴² Por la afirmativa están Bruns, *loc. cit.* 104 sig., Ubbelohde V 664, 670 sigs., 686 sigs.

³⁴³ Véase *infra* nota 363.

cer que, en general, una *actio momenti* podía ser entablada *intra annum* por *cuiuslibet persona*, incluido un menor, mientras que el menor no podía ser demandado³⁴⁴.

La supresión de los casos sometidos a la regla de la pérdida del derecho del ámbito cubierto por las acciones momentáneas y la diferenciación entre amos y subordinados tiene una impresionante confirmación en la legislación ostrogoda, a principios del siglo sexto. Cuando el *violentus* mismo se apoderaba de un *praedium* en posesión de otro, incurría en la pérdida de la cosa o su equivalente (ET 10, Cass. 3.20.2 y 9.18.1)³⁴⁵. No ha lugar a un procedimiento provisional (*momenti iura... primitus reddantur invasa*), con reserva de la cuestión acerca de la propiedad³⁴⁶, a no ser que el perdón real dispensase al invasor de esa sanción (*ei relaxamus poenam*): Cass. 8.28.3. Sin embargo, cuando se cometía la desposesión *ab hominibus* de un *vir illustris*, sin su consentimiento³⁴⁷ (Cass. 4.39 y 5.12), o de la Iglesia (*ibid.* 4.44)³⁴⁸, la única medida aplicada era la restitución *momenti iure* dentro del año (*si momenti tempora suffragantur*)³⁴⁹, y la acción petitoria quedaba en reserva. Por consiguiente, la regla de ET 76³⁵⁰, que claramente se ajusta a esto, parecería implicar que la cosa fue *occupata per violentiam* de *homines* tales.

A la luz de estos fundamentales testimonios textuales, con mucha dificultad puede sostenerse, sin reservas, la opinión dominante de que la *actio momenti* es casi sinónima de la acción *ex interdicto unde vi*³⁵¹. Esta opinión, no del todo correcta para el período anterior a 438, parece del todo injustificada para el período posterior. Respecto al primero, se podría muy bien afirmar que los recursos posesorios normalmente atañían a casos de violencia punible: «momentariae possessionis interdictum ...non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, ut mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, mereatur» (CT 2.1.8.1 [395])³⁵². De hecho, los *interdicta Utrubi* y *Quorum bonorum* no desempeñaron un papel demasiado importante en la práctica, y la *vis*, a menos que fuese cometida por personas en alguna forma dependientes del poseedor³⁵³, sujetaba a éste a los procedimientos

³⁴⁴ Esta es la opinión de Gothofr. *ad* CT 4.22.6 y Kniep 420.

³⁴⁵ Existe mucha disparidad en relación con el equivalente. ET 10, sobre el modelo de CT 4.22.3, lo fijó en dinero, pero el pago iba al *fiscus*, mientras que la parte desposeída obtenía *fructus duplos*. Cass. 3.20, desviándose de todo esto, y copiando en cambio a IT 4.22.3, dispuso que fuera devuelto el *praedium cum alio eiusdem meriti*. Finalmente, Cass. 9.18, además de añadir una *deportationis ultio* en caso de falta de cumplimiento, no se refiere a ninguna regulación ostrogoda sino a NV 8.1 (*supra* nota 311). Véase Dahn IV 66 nota 4 para la divergencia entre Cass. 3.20 y ET 47.

³⁴⁶ Para la cláusula en Cass. 8.28.3 «ita tamen ut persona legitima disceptationibus non desistat», véase Gothofr. *ad* CT 4.22.1 i.f.

³⁴⁷ En caso contrario, la pérdida del derecho; *cf.* Cass. 9.18.1: *per se suosque*.

³⁴⁸ El último caso es tratado repetidas veces y esencialmente en la misma forma (véase también *supra* pág. 244) en Greg. 9. 41, 42, 90, 91, 145, 146, 235, también 1. 9.

³⁴⁹ El período es excepcionalmente ampliado en Cass. 7.8.3: *ipsis momenti iura dilatata sunt*.

³⁵⁰ *Supra* pág. 236.

³⁵¹ Gothofr., *Paratitlon ad* CT 4.22; Bruns, *loc. cit.* 88, 99, 102, 108; Kniep 427 sig.; Ferrini, *Pand.* 344 sig.; Biondi, *Bull.* 30, 252 nota 1; Wenger 328. Con mayor corrección, Ubbelohde V 663 sig.

³⁵² Véase también *supra* pág. 232.

³⁵³ *Supra* pág. 246 sig., también Bruns, *loc. cit.* 100.

momentáneo y criminal, hubiese actuado o no en autoayuda (CT 9.10.2 y 3 [318, 319])³⁵⁴. Sin embargo, bajo la reforma de 438³⁵⁵ esta coextensión dejó de ser la regla. Sobrevivió sólo para los casos que no caían dentro del ámbito del recurso *bona fide* a la autoayuda (cf. p.ej., IT 9.20.1)³⁵⁶. En este ámbito, en cambio, la persecución criminal fue abolida del todo³⁵⁷, y una acción momentánea se aplicaba a la *vis publica vel privata* sólo cuando la *vis* se había cometido por *homines* del presente poseedor. Por lo tanto, la frase arriba citada perdió su significación, e IT 2.1.8 la pasó en silencio.

No menos significativa es la escisión que va produciéndose en otros pasajes entre las acciones *de vi* que llevaban a la pérdida del derecho y las acciones *de momento*. Mientras CT 2.4.5 (389) ya no señala otro recurso civil contra *perversiones* distinto de uno *quod in celeri reformatione consistit*, la IT parece distinguir la acostumbrada y anual acción para recuperar la posesión (*iuxta iuris ordinem intra annum ad recipienda quae perdidit*) del (nuevo) procedimiento contra el *pervasor* mismo (*nec aliqua pervasori dilatio concedatur*)³⁵⁸. Parecido, aunque distinto en matices, es el contraste existente entre CT e IT 2.4.6. Al yuxtaponer un actor que *aliquid sibi alleget fuisse pervasum* y otro que *quodlibet intra annum beneficium momenti requirat*³⁵⁹, IT mantiene separados los casos cubiertos por recursos momentáneos de carácter anual y los casos de invasión, ya los que implicaban pérdida del derecho o los que, de manera excepcional, daban lugar a acción momentánea aun transcurrido ya el límite de un año (cf. IT 4.22.1). De esta forma, el texto separa las situaciones que resultan en pérdida del derecho de la masa de las acciones momentáneas, mientras que el subyacente CT 2.4.6 (406), aunque promulgado bastante después de haberlo sido CT 4.22.2 y 3, se mueve en la dirección tradicional al caracterizar todas las acciones *de vi* como momentáneas (*momentariam possessionem pervasione violatam...³⁶⁰ efflagitet*).

El carácter anual de las acciones momentáneas, acentuado como resulta en ambas Interpretaciones, es igualmente extraño a sus modelos y constituye un rasgo distintivo en sí mismo. Esa limitación en cuanto al tiempo, aunque originada en el *interdictum de vi (non armata)*³⁶¹, y flexibilizada por Constantino (CT 4.22.1) sólo

³⁵⁴ Es cierto que las medidas punitivas que se refieren en c. 3 fueron también consideradas como de *de vi publica et privata*. Su disposición bajo esa rúbrica en CT resulta comprobado por RB 8. 2.

³⁵⁵ El alcance que CT 4.22.2 y, en su versión original, eod. 3 tenían era demasiado limitado como para que causaran una a modo de ruptura.

³⁵⁶ *Supra* nota 320.

³⁵⁷ *Supra* pág. 242 sig.

³⁵⁸ De otra forma, esta frase apenas tendría sentido.

³⁵⁹ Afín, en verdad, es la manera de expresarse de CT 3.16.1 (366): *ubi aut vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est*. Pero el resumen existente de la disposición no posibilita en absoluto alcanzar cierta visión de su contenido en su forma original. La forma alternativa parece deberse a una contracción hecha por los redactores de 438 más que por los de 529.

³⁶⁰ Las palabras omitidas aquí *vel quodlibet interdictum* se dirigían a demandas por la posesión momentánea que no tenían como origen un supuesto de *vis*.

³⁶¹ Lenel 465.

en favor del ausente que resultara desposeído³⁶², aparece ahora restringida al procedimiento momentáneo, mas también identificada con él. Nunca mencionada en relación con la regla de la pérdida del derecho, resulta referida una y otra vez cuando se versa sobre las *actiones momenti*³⁶³. Los ostrogodos señalan la limitación temporal en ET 76; Cass. 4.39.4; 4.44.1; cf. 7.8.3. Finalmente, IT 4.22.6, una vez más sin base en el CT, establece de manera general: *Ad recipiendum momentum id est infra anni spatium cuiuslibet persona agere potest*³⁶⁴. Esta identificación englobaba también, sin duda, las acciones momentáneas *de vi armata*³⁶⁵ y *quorum bonorum*. Se aplicó incluso a la *Utrubi* (IP 5.6.1: *si intra ipsum annum de momento fuerit actum*), en relación con la cual, dado el indispensable *possidere maiore parte anni*, carecía de significación³⁶⁶.

4. Decadencia de los recursos posesorios

Estos hechos acontecidos en el derecho relativo a la desposesión violenta llegaron lejos en la reducción del ámbito de aplicación de los recursos posesorios. Además, su alcance se vio disminuido todavía más por la total ausencia de una acción *retinendae possessionis*³⁶⁷. Nada hay que indique que el CT tuviese algunos títulos pertinentes, aparte de los abarcados por 4.21-23³⁶⁸. Estos títulos se refieren a *Quorum Bonorum*, *Unde Vi* y *Utrubi*. Y estos tres *interdicta* son idénticos a los que alrededor de setenta años antes venían recogidos en una enumeración claramente considerada como cerrada. D. Magno Ausonio, el poeta de la corte de Valentiniano I, dice en su *Griphus Ternarii Numeri*, v. 63 sig.: *Interdictorum trium genus: unde repulsus Vi fuero aut Utrubi fuerit, Quorumve Bonorum*³⁶⁹. El afirmado desuso de los *interdicta* concebidos para asegurar al que en ese momento tenía la cosa encuentra una base firme en IP 5.6.1. Este pasaje destaca no sólo en tanto que prueba principal de la doctrina occidental, sino que resulta llamativo por la absoluta indiferencia que muestra respecto a la *Sententia* que pretende comentar³⁷⁰. Así es cómo define el propósito de un *interdictum* en general: «a iudice momentum priori reddere possessori, id est ut si quis possidens intra anni spatium quod amisisse videtur praesentibus litigatoribus iudice ordinante recipiat». Evi-

³⁶² «post elabsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta; tempus quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est».

³⁶³ Manteniéndose la especificación de Constantino de que un ausente que vuelve podría recobrar *momenti beneficio etiamsi annus excesserit* (IT 4.22.1).

³⁶⁴ Véase también *supra* pág. 248 sig.

³⁶⁵ Para Justiniano, considérese la interpolación existente en D 43.16.3.12 i.f.

³⁶⁶ Cf. Cornil (*supra* nota 259) I 274 sig.

³⁶⁷ El estudio de Ubbelohde V 700 sigs. sobre los *interdicta retinendae possessionis* en el último período imperial tiene en cuenta solamente la compilación de Justiniano. Cornil se centra en el derecho vulgar. Pero lo que sugiere sobre este punto no parece muy convincente.

³⁶⁸ Véase también *supra* pág. 245.

³⁶⁹ Edit. White, Loeb Classical Library (1919, I 366). No son de mucha ayuda las puntualizaciones de H. Goudy, *Dreiteiligkeit im römischen Recht* (Múnich y Leipzig, Duncker und Humblot, 1914), 49.

³⁷⁰ Cf., en parte, Conrat, *Paulus* 125 sig., 128 sigs.

dentemente, la única reparación que el autor concebía era la recuperación de la posesión perdida³⁷¹. Omitió el *Uti Possidetis*, mencionado en el texto interpretado, y el *Utrubi*, tal como lo presenta, no da señales de su naturaleza anterior como *interdictum retinendae possessionis* o *interdictum duplex* (Gai. IV 160). El interdicto se ha transformado en una acción normal de recuperación: si la sentencia era favorable al demandante, *priori possessori... res a iudice... reformatur*; si era a favor del demandado, *qui abstulit... momenti beneficium reddere non compellitur*. El *Uti Possidetis* había sobrevivido a su función. *Recuperandae possessionis gratia* no podía servir, después de haber caído en desuso la *exceptio vitiosae possessionis*. Por la misma razón, su primera y principal función, es decir, la de determinar el *possessor* en una posterior *actio in rem* (Gai. IV 148), difícilmente precisaba de un recurso particular. La cuestión de cuál de las partes tenía el estricto control de la cosa podía dejarse ahora para el procedimiento petitorio, incluso cuando no se prestaba atención a la regla promulgada en 325 (CT 11.39.1), y observada en la práctica durante décadas³⁷², según la cual el demandante que no estaba en posesión estaba, hasta cierto punto, exonerado de la carga de la prueba de su derecho. Los casos de mera perturbación en la posesión, finalmente, si bien en otro tiempo quedaban cubiertos por el *interdictum uti possidetis*³⁷³, probablemente no fueron ahora considerados lo bastante importantes como para justificar una protección especial. El problema crucial del tiempo era el de restaurar una posesión que se había perdido por completo. Esto justifica el papel primordial desempeñado por la *actio de vi*, como también explica por qué, a diferencia de Oriente, la uniforme acción momentánea, ajena a *vis*³⁷⁴, fue modelada de acuerdo con el *interdictum utrubi*, al ser éste de carácter más recuperatorio que el *Uti possidetis*.

Se ha afirmado que, junto con la tríada *Unde Vi*, *Utrubi* y *Quorum Bonorum*, tales *actiones ex interdicto* como la *de clandestina possessione* y la *de precario* se utilizaron en el derecho vulgar³⁷⁵. Esta afirmación no está confirmada por las fuentes. De estos dos últimos interdictos, el *de clandestina possessione*, desconocido incluso para los juristas clásicos³⁷⁶, difícilmente habría podido revivir en un período que veía el declinar definitivo tanto del número como del ámbito de los *interdicta*. Las definiciones de *clam possidere* en IP 5.7.5 y 10³⁷⁷ se ocasionaron simplemente por el texto de las respectivas Sentencias. Los casos que se refieren a una persona *qui ignorante et inscio domino possessionem occupat* (IP

³⁷¹ Se omite incluso el *Quorum bonorum*, el cual, hasta donde dan de sí IT 4.21.1 y 9.20.1 (*supra* pág. 245), continuaba (*cf.* Gai. IV 144) procurando una posesión no tenida con anterioridad. *Cf.* Symm. *Rel* 16 (384).

³⁷² Véase *supra* pág. 223 sigs.

³⁷³ Kunkel 118 nota 5.

³⁷⁴ *Supra* nota 326.

³⁷⁵ Conrat, *Paulus* 129 sigs.; véase también Conrat, *Brev.* 224 sigs.

³⁷⁶ Lenel 469 nota 13, Berger, *Interdictum* 1862, Kunkel 120 nota 12.

³⁷⁷ Ninguna de las cuales, por cierto, se ajusta al concepto que al respecto prevaleció en el derecho clásico tardío.

5.7.5) fueron tratados bajo *Unde Vi* (CT e IT 4.22.1³⁷⁸; cf. NV 8.1.1) o *Utrubi* (IP 5.6.1)³⁷⁹, e IP 5.7.10 parece considerar sólo una *actio proprietatis* (cf. IP 5.2.1 i.f).

El *precarium*, de otro lado, era en sí mismo una institución agonizante³⁸⁰. El término sobrevivió sólo en dos disposiciones (CJ 7.39.2 [365]; 8.4.10 [484]), que lo confunden con la *locatio conductio*, y en algunos pasajes, tanto jurídicos como no, que no son otra cosa que meros extractos de escritos clásicos o manifestaciones de un concepto totalmente distinto³⁸¹. En consecuencia, no quedó espacio para un *interdictum de precario*. El presumible *interdictum* del texto original de PS 5.6.10³⁸², en la versión existente (*interdicti actio*), que probablemente es del siglo quinto³⁸³, aparece suplementado mediante la frase: «nam et civilis actio huius rei, sicut commodati, competit...». Y esta declaración la amplía el autor de IP (5.7.8): «datur adversus eum interdictum et actio iusta proponitur: quae actio civilis est, velut si de commodato agatur, ut res ita praestita sine aliqua difficultate reddatur...». En efecto, el *interdictum* todavía tiene su lugar en este texto. Pero no es identificado como una *actio de momento* ni resulta especificado de ninguna otra manera. Al ser en ambos aspectos³⁸⁴ singular, es con toda probabilidad un nudo vestigio del modelo y se debe a un copiar irreflexivo³⁸⁵.

Esta resultaría ser una relación aproximada sobre la posición alcanzada por el derecho occidental en materia de recursos posesorios a mediados de siglo quinto. Lo que siguió apunta hacia una simplificación mayor. Las tribus germánicas no se sirvieron de un específico procedimiento posesorio³⁸⁶. Ni una *actio momenti*, ni tan siquiera el término *momentum* es conocido por sus códigos³⁸⁷. Por lo tanto, adecuadas para ser recibidas por ellos resultaban sólo las medidas legales contra la violencia que imponían pérdida de la cosa o pena criminal. Los visigodos escogieron la regla de la pérdida de la cosa y del derecho a ella como el principio director. Inspirada directamente en IT 4.22.3, la regla aparece con carácter general en LV 8.1.2 (*Antiqua*), mientras que en otras *Antiquae* (LV 8.1.7; 10.1.5)³⁸⁸ y ya en CE 312 (cf. LV 5.4.20) aparece siendo aplicada o agravada en casos específicos. En un pasaje de RB (39.3) acerca de invasión de tierra limítrofe, y que expresamente hace referencia a NV 8.1, se recurre también al expediente de la re-

³⁷⁸ Véase *supra* pág. 247.

³⁷⁹ Véase *supra* pág. 245 sig.

³⁸⁰ Gaetano Scherillo, *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lettere* 62 (1929), reimpresión 6 sigs., 32 sigs.; Bonfante III 158 sig.

³⁸¹ Cf. SZ 66 (1948) 3 sigs.

³⁸² Véase Levy, *Vulg.* 23 nota 60.

³⁸³ Contra André Giffard, *Studi Riccobono* II 279.

³⁸⁴ Véase *supra* nota 324.

³⁸⁵ IP 5.7.14, referido por Conrat, *Paulus* 131 sig., nada tiene que ver con *precarium*. Su *momentum* es una manera de traducir a la ligera el *interdictum (Salvianum)* de PS.

³⁸⁶ Brunner II 645 sigs., 671 sigs.; Gierke II 208 sig.; Huebner 193 sigs.

³⁸⁷ Los edictos romanísticos de los reyes ostrogodos no se incluyen, por supuesto, aquí; véase *supra* pág. 234, 235 sigs., 248 sig.

³⁸⁸ LV 10.1.5 revela claramente la influencia de CT e IT 2.26.2.

gla de la pérdida del derecho que se contiene en IT 2.26.2³⁸⁹. Pero, en general, la RB se contuvo a la hora de asumir esa regla. En cambio, retrocedió a medidas de derecho criminal (8.1 y 2) modeladas sobre las disposiciones de Constantino (CT 9.10.2 y 3) y que hacía mucho tiempo ya que la práctica romana occidental había abandonado³⁹⁰.

5. La posición de Justiniano

Básicamente diferente es la situación que presentan las distintas partes de la compilación justiniana. Contienen residuos de los *interdicta* clásicos y dan una amplia aunque a veces confusa idea de los viejos comentarios sobre las reglas sustantivas en ellos implicadas. Esto es especialmente verdad respecto a los interdictos posesorios. El antiguo concepto de *possessio* como el hecho del control sobre la cosa recobra toda su importancia. Su reciente rival *momentum* fue repudiado o, a lo más, reducido a *momentaria* o *momentanea possessio*³⁹¹, una expresión ahora mal comprendida³⁹² y desprovista de valor técnico³⁹³. Todavía peor les fue a las expresiones que giraban y se construían alrededor de *principalis*³⁹⁴. En efecto, cuando señalaban con ello a un término antitético que no fuera el de *momentum* se adoptaron³⁹⁵ e incluso se incrementó su número³⁹⁶. Cuando, en cambio, a lo que servían era a establecer una oposición con *possessio*, no encontraron aceptación³⁹⁷ o interpretación correcta. Un ejemplo sorprendente de mala comprensión se encuentra en el comentario de Thalelaeus a CJ 9.12.7 (*ex* CT 9.10.3)³⁹⁸. Para él, la frase *agitato negotio principali* aludía no a la acción petitoria sino a la posesoria. De acuerdo con esto, afirma que la misma sanción criminal debe imponerse sin importar si el desposeído o el invasor eran dueños de la cosa³⁹⁹. Su punto de vista fue compar-

³⁸⁹ Para posteriores referencias al principio de la pérdida del derecho, en Occidente, véase Bruns (*supra* nota 259) 101 sig.; Fitting, *SZ* 6 (1885) 131 sig., 135 nota 1, 140; Ruffini (*supra* nota 290) 135 sigs.; Pier Silviero Leicht, *Il diritto privato preirmeriano* (Bologna, Zanichelli, 1933) 117 sig., 127 sig.

³⁹⁰ RB 8.4, como sus modelos CT e IT 4.18.1, versa sobre el recurso del propietario y no, como afirma Bruns (*supra* nota 259) 100 y Kniep 412, acerca de una acción posesoria *de vi*.

³⁹¹ CJ 3.6.3; 7.69 *rubr.*; 7.69.1 (*eius!*). Sólo la última expresión, cuando se encontraba, fue tolerada, como en 3.16.1; 8.4.8; 8.5.1 pr. i.f. Véase también Fitting, *Z. f. Rechtsgesch.* 11.434 nota 5; Bruns (*supra* nota 245) 90.

³⁹² La definición dada en Bas. 9.1.158=CJ 7.69.1 (Heimb.I 445) cuadra solamente con los *interdicta retinendae possessionis*.

³⁹³ De aquí la indeterminación de la *Glossa*: p.ej., gl. *momentanae ad* CJ 3.6.3 y gl. *momento ad* CJ 7.69.1.

³⁹⁴ Véase *supra* pág. 234.

³⁹⁵ CJ 1.19.2=CT 1.2.5; CJ 3.19.2 i.f. *Supra* nota 256.

³⁹⁶ CJ 4.32.26 pr. (528); 6.33.3.4 (531). Véase también el correspondiente πρωτότυπος en CJ 1.5.16.5; 2.12.28.1 y 4.20.13.2.

³⁹⁷ CJ 8.5.1 omite la frase pertinente de CT 4.22.1; CJ 3.1.10 permite que quede *principalis quaestione pass.*, pero Bas. 7.6.10 (Heimb. I 287) pone en su lugar δεσποτείας.

³⁹⁸ Para la disposición original de 319, véase *supra* pág. 239 sig.

³⁹⁹ Schol. Θαλέλαιος. Σημειώσαι (Heimb. V 605):... Τότε δὲ ὑπόκειται τῇ τιμωρίᾳ, ὅτε ἀποδειχθῆ, ὅτι ἐπῆλθε νομῆ μὴ ἀνηκούσῃ αὐτῶ. Πρόσχευε δὲ, ὅτι οὐκ εἶπεν, εἴτε αὐτοῦ ἢ τὸ πρᾶγμα, εἴτε μὴ, ἀλλ' ὅτι παρ' ἑτέρω ἢ νομῆ. Εἶκος δὲ τοῦτο γενέσθαι, καὶ αὐτῶ τὸ πρᾶγμα διέφερεν.

tido por Theodorus⁴⁰⁰ y Stephanus⁴⁰¹. Era evidentemente conforme con las alteraciones llevadas a cabo por los redactores de c. 7⁴⁰². Incapaces de ver la diferencia entre *civiliter super possidendo agere* y *negotium principale agitare* y, de este modo, incapaces de comprender la distinción hecha por Constantino (CT 9.10.3 i.f.), habían suprimido por completo la frase final de su disposición⁴⁰³ y añadido⁴⁰⁴ la cláusula *si criminalis quaestio agitetur*.

El *interdictum unde vi* desempeñó un papel importante en el restablecimiento del esquema clásico. El largo título Dig. 43.16 y las iniciales disposiciones legales de CJ 8.4 dan fe de ello. Los juristas mismos de Justiniano consideraban el interdicto como un recurso en vigor: *possessionis causa solet interdici* (Inst 4.15.6); ἀναγκαῖόν μοι τὸ εἰρημένον interdicton y οὐ μόνον ὑπεύθυνός ἐστι τῷ εἰρημένῳ interdictῳ, ἀλλὰ ὑπόκειται καὶ ἐγκλήματι τῷ Julίῳ de vi privata ἢ de vi publica (Theoph. ad. Inst). Juzgaron necesaria la reforma legal CJ 8.4.11 (532), por la razón ya apuntada de que el *interdictum* no incluía esa situación, y sostuvieron la inferencia, negada en Occidente⁴⁰⁵, de que el *interdictum* se refería normalmente a un caso de *vis publica vel privata* (CJ 8.4.8=CT 2.1.8.1).

Al mismo tiempo, sin embargo, no pudieron evitar mantener algunas trascendentales innovaciones postclásicas. No sólo admitieron la eliminación de la *exceptio vitiosae possessionis* (Inst. 4.15.6)⁴⁰⁶ y confirmaron las medidas tomadas para una más rápida conclusión de las acciones posesorias (CJ 3.6.3=CT 4.22.6; CJ 3.16.1; CJ 7.69.1=CT 11.37.1; CJ 8.1.4 ex CT 2.4.6; CJ 8.5.1=CT 4.22.1; CJ 9.12.7=CT 9.10.3; CJ 11.48.14 ex CT 4.23.1)⁴⁰⁷, sino que, sobre todo, adoptaron la regla de la pérdida del derecho, como ya Zenón había hecho (CJ 8.4.10=4.65.33 [484])⁴⁰⁸. La aplicaron directamente en CJ 3.39.4 (=CT 2.26.2), 8.4.6 pr.⁴⁰⁹; eod. 10, y se refirieron a ella, por implicación o confusamente⁴¹⁰, en D 43.16.1.2, eod. 1.15⁴¹¹ y CJ 8.4.5, a los que podría añadirse D 47.8.2.18. Además, se tomaron la molestia de volver a escribir CT 4.22.3 casi por completo

⁴⁰⁰ Heimb. V 605 schol.1.

⁴⁰¹ Ferrini, *Frammenti inediti della Somma del Codice di Stefano antecessore*, en *Opere* I 310, schol. Ὁ νομίζων.

⁴⁰² De aquí, la posterior interpretación de los glosadores: véase gl. *principali* y el *Casus ad* CJ 9.12.7.

⁴⁰³ Comparable es la supresión de la cláusula *petitor victus abscedat* de CT 2.26.1 (*supra* nota 339) en CJ 3.39.3.

⁴⁰⁴ Para la razón de esto, véase *infra* págs. 257 sig.

⁴⁰⁵ *Supra* pág. 249 sig.

⁴⁰⁶ Véanse también las interpolaciones en D 43.16.3.9 y CJ 8.4.1 (*supra* nota 260).

⁴⁰⁷ Para las disposiciones del CT, véase *supra* pág. 237.

⁴⁰⁸ No es posible identificar los φοβερῶτατα ἤδικτα a los que hace referencia el harto parlanchín profesor Horapollon en la petición que presentó hacia 491-493 (P. Cair. Maspéro III 67295, II, 19). Parece alegar que su infiel mujer había entrado ilegalmente y le había robado sólo para dar fundamento a sus *retentiones propter mores y res amotas* (II 9). Cf. Steinwenter, *Archiv für Papyrusforschung* 7 (1924) 55.

⁴⁰⁹ Ver también *supra* nota 285, 290.

⁴¹⁰ Véase *infra* pág. 258.

⁴¹¹ Véase *Ind.Int. ad haec loca*.

(CJ 8.4.7)⁴¹². Dieron a la regla una expresión incluso más terminante⁴¹³ y un lugar destacado en Inst 4.15.6, con su estrecho paralelo en Inst 4.2.1. El que utilizaran en 8.4.7 y 4.15.6 una terminología pensada para traducir CT 4.22.3 al estilo clásico⁴¹⁴ tuvo como propósito el de mantener separadas las consecuencias posesorias y las relativas al dominio: el *restituere (reddere) possessionem* y el *dominium amittere (dominio privari)*⁴¹⁵. Junto con esto, tuvieron cuidado en llamar la atención sobre esta desviación del sistema clásico (Inst. y Theophil.).

Pero ¿cuál era exactamente su idea sobre la relación entre lo nuevo y lo viejo, entre pérdida del derecho en la cosa e *interdictum*? ¿Quedaba el *interdictum*, como en tiempos pasados, limitado a la restitución de la posesión, dejándose la resolución de la cuestión de la propiedad para una acción, o implicaba la sentencia favorable al demandante *ex interdicto* que el demandado perdiera a favor de aquél su derecho sobre la cosa o que tuviera que pagarle su equivalente en dinero? Si bien lo primero comúnmente parece darse por sentado⁴¹⁶, lo segundo está respaldado por varias razones⁴¹⁷. Los textos arriba mencionados no sólo no dicen nada acerca de un segundo procedimiento, sino que tienden a excluirlo. En ninguno de ellos es vista la pérdida del derecho como objetivo que hubiera de alcanzarse mediante una acción especial. Más bien es presentada invariablemente como una implicación automática o de la sentencia que ordena la restitución de la posesión o de la invasión en tanto que establecida en la sentencia: *dominium amittat* (CJ 8.4.7) *dominio privatur* (Inst 4.15.6; cf. *dominio cadere* en Inst 4.2.1), *negotio privabuntur* (CJ 8.4.6 pr.) son los términos⁴¹⁸. En correspondencia, las obligaciones de un no propietario de restituir la posesión y de pagar *aestimationem* aparecen como habiendo sido pronunciadas en una misma resolución: «non solum eam (scil. possessionem) possidentibus reddat, verum etiam aestimationem... restituere compellatur» (CJ 8.4.7); «aestimationem victrici parti una cum ipsa re praebere compelli» (eod. 10 i.f.); «non solum id quod male petebat amittat, sed... tantum agri modum, quantum adimere temptavit, amittat» (CJ 3.39.4); no disímil es el significado de Inst. 4.15.6 (cf. Inst. 4.2.1): «post eius restitutionem etiam aestimationem rei... dare compellitur». Es de notar que la unión de pretensiones en un mismo procedimiento no es de ningún modo algo extraño a la estructura general del derecho de Justiniano. En aquel tiempo, el sistema de acciones se había desintegrado hasta tal punto que, incluso, cuando el demandante tenía a su disposición dos acciones netamente independientes que a él sólo competían, ambas podían ser sos-

⁴¹² Knip 435 sig. De forma diferente, Wieacker, *Symbolae* 324 sigs., donde se intenta establecer una relación entre IT 4.22.3 y CJ 8.4.7.

⁴¹³ Disipando esa duda, sobre su alcance, que pudiera haber suscitado la frase *ante eventum iudicialis arbitrii*, copiada como resulta de CT 4.22.3 en CJ 8.4.7.

⁴¹⁴ Véase también *supra* nota 283.

⁴¹⁵ De la misma manera, Theophilus, *Paraphr. ad Inst.* 4.15.6.

⁴¹⁶ Véase, p.ej., Buckland 585 y Bonfante III 392 sig., aunque divergen en detalles. Para la *Glossa* véase *infra* pág. 262.

⁴¹⁷ Véase también *supra* pág. 243 sig.

⁴¹⁸ Cf. Thalelaeus *ad* CJ 3.39.4=Bas 60.31.4 (Heimb. V 668: ἀρκεί τὸ ἐκπεσεῖν αὐτοῦ).

tenidas ante el tribunal, entrando éste en su conocimiento aunque sólo una de ellas hubiera sido entablada⁴¹⁹.

Si esto es cierto, la *actio ex interdicto de vi* importaba la pérdida del derecho, siempre que sus requisitos (CJ 8.4.7) se cumplieran⁴²⁰. En otro caso, la *actio* limitaba su efecto a la restitución de la posesión, como en otro tiempo el *interdictum*. Tal era particularmente el caso cuando los *homines* del poseedor, sin su autorización, habían invadido la heredad de otro: CJ 8.5.1=CT 4.22.1⁴²¹. Esta diferencia probablemente esté⁴²² sobreentendida en la interpolada decisión *nec gravari debet dominus qui non iussit* (D 43.16.1.15) y resulta acentuada en la versión que de CT 2.26.1 i.f. se hace en CJ 8.4.5: «Invasor locorum poena teneatur legitima⁴²³, si tamen vi loca eundem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet»⁴²⁴.

En consecuencia, la *actio ex interdicto* modificaba su alcance dependiendo de los hechos del caso. Perdió su anterior especificidad y su carácter se tornó ambiguo. La acción era posesoria cuando la *vis* era cometida por *homines (familia)* del nuevo poseedor o *bona fide* pero no en autoayuda, o en el caso recién incluido de ocupación de una *vacua possessio* (CJ 8.4.11 [532])⁴²⁵. Además, el *heres* de un invasor no era responsable más allá de *quod ad eum pervenit* (D 43.16.1.48-eod. 3.1; CJ 8.4.2). Cuando, sin embargo, el poseedor mismo había cometido el acto de violencia, la sentencia *ex interdicto* incluía automáticamente la pérdida del derecho a la cosa o el pago substitutivo. Los casos mencionados en primer lugar dejaban espacio a una *actio de proprietate*; no así el último mencionado. En los primeros, la acción *de vi* no procedía en relación con bienes muebles (D 43.16.1, 3-8; Inst. 4.15.6 init.), en el último sí (CJ 8.4.7; Inst 4.2.1 y Theophilus; véase también 4.15.6). La acción posesoria⁴²⁶, por regla general⁴²⁷, sólo podía entablarse *intra annum* (D 43.16.1 pr.; eod. 1.39; eod. 3.12; CJ 8.4.2), mientras que, a pesar de estos textos, los pasajes que tratan de la pérdida del derecho parecen definitivamente excluir tal limitación.

No menos desconcertante resulta el que los compiladores no marcaran una línea clara entre la regla de la pérdida del derecho y las sanciones criminales. Uno que creyera ser propietario e invadiera no sólo quedaba sujeto a la pérdida del de-

⁴¹⁹ Levy, *Konk.* II sigs., esp. 20 nota 5.

⁴²⁰ ¿Fue esta la razón que llevó a eliminar en D 43.16.1 pr. el *restituas* original del texto del *interdictum*? ¿Por qué los compiladores habrían de suprimir una palabra que dejaron intacta en muchos otros interdictos? Por otro lado, no pretendieron restringir la operación de la regla de la pérdida del derecho a un año: véase *infra*.

⁴²¹ *Supra* pág. 258 sigs.

⁴²² Véase, no obstante, *infra* pág. 258.

⁴²³ En Zenón CJ 8.4.10 *puniendos* hace referencia a la regla de la pérdida del derecho; véase también Bruns (*supra* nota 245) 101 y Ubbelohde V 676.

⁴²⁴ Exactamente como los hombres de Justiniano puede que concibieran la alternativa *aut... aut* contenida en CJ 3.16.1 (*supra* nota 359).

⁴²⁵ *Cf. pro restituenda possessione y super recipienda possessione*. Para c. 11 véase Rotondi III 179 sigs.

⁴²⁶ Excluyendo, por supuesto, la acción *de eo quod ad eum qui vi deiecit pervenerit*.

⁴²⁷ Para el supuesto exceptuado en CJ 8.5.1, véase *supra* nota 362.

recho (CJ 8.4. 7), sino también a deportación y confiscación de todos sus bienes (CJ 9.12.7.1). La disposición última se interpretó ampliamente para hacerla aplicable lo mismo a un invasor que fuese propietario como a uno que no lo fuese⁴²⁸. Verdaderamente, la extrema severidad de este castigo parece haber ocasionado inquietud y oposición. Para disipar tales recelos, se incluyó la cláusula *si criminalis quaestio agitetur*, evidentemente pensada para dejar claro que la persecución criminal, lejos de ser obligatoria, quedaba exclusivamente a discreción de la parte ofendida. De acuerdo con esto, Thalelaeus⁴²⁹ aconseja al expulsado que se conforme con la recuperación de la posesión y que no pierda el tiempo entablando una acción criminal, la cual, no reportándole ningún beneficio, pudiera incluso, dado el riesgo de que el demandado se desquitara por *calumnia*, volverse desastrosamente en su contra. Pero sugerencias bien intencionadas de este jaez probablemente no iban a impresionar a un demandante terco y vengativo. El método más simple y efectivo para atajar las consecuencias indeseables habría sido el de excluir en general la aplicación de sanciones criminales a los casos de autoayuda *bona fide*⁴³⁰. Pero los juristas de Justiniano, al fijar e interpretar el texto, parecen haber perdido de vista por completo la regla de la pérdida del derecho, que regía estos casos⁴³¹. No veo otra forma de explicar el porqué de dejar sin concertar las disposiciones contradictorias⁴³². Tampoco pusieron acorde el texto con las sanciones, como ellos las entendían, de las *Leges Juliae*. Por otra parte, el resultado fue extraño. La invasión por uno que alegara *bona fide* tener derecho llevaba a la deportación en todo caso (CJ 9.12.7), mientras que a un invasor que invadía, pero no en autoayuda, se le punía criminalmente sólo en caso de *vis armata* (Inst 4.15.6 y 4.18.8).

Estos errores garrafales fueron en parte fruto del descuido. Pero probablemente hubo algo más. Pocas dudas caben sobre la actitud evasiva de los compiladores con respecto a la tarea de esclarecer la relación entre la regla de la pérdida del derecho y las disposiciones pertinentes más antiguas. Los oscuros términos *gravari* (D 43.16.1.15) y *poena legitima* (CJ 8.4.5) no nos dicen si sus autores tenían en mente la regla de la pérdida del derecho, la sanción criminal o ambas. La yuxtaposición de las dos distintas sanciones legales en D 43.16.1.2 es descomprometida. Todavía más sorprendente es la manera en que Inst 4.15.6 intenta familiarizar al jurista bisoño con los tres pertinentes recursos. *Interdictum*, regla de la pérdida del derecho y *Lex Julia* son presentados juntos sin hacer el más ligero intento por conectarlos o distinguirlos desde un punto de vista práctico, analítico o histórico. Y, sin embargo, la importancia práctica del problema era demasiado obvia como para haber escapado a la atención de los legisladores. ¿Por qué esquivaron la cuestión?

⁴²⁸ *Supra* nota 399.

⁴²⁹ Schol. Οἰμαι (Heimb. V 605) y Heimb. V 605 sig.

⁴³⁰ Como se hizo en Occidente (IT 9.10.3).

⁴³¹ Lo mismo les sucedió, p. ej., en D 41.3.5, donde consintieron en que «nec eo casu quicquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne». Conforme a la regla de CJ 8.4.7, *si quis de possessione vi deicitur* había una gran diferencia entre si quien expulsaba era el propietario o algún otro.

⁴³² Las justificaciones del proceder de Justiniano ensayadas por Cuiacius *ad* CJ 9.12.7 i.f. (*Opera* IX 1347 D), Knip 436 y Ubbelohde V 674 nota 27 no resultan aceptables.

Los comentarios bizantinos parecen arrojar cierta luz al respecto, si bien lo que se obtiene es bastante poco. El mayor obstáculo está en el hecho de que los escolios a CJ 8.4 no nos han llegado, y los referentes a D 43.16 consisten sólo en el *index* de Dorotheus, que, como de costumbre, no ofrece más que el texto legal⁴³³. Tampoco Theophilus *ad Inst* 4.15.6 aporta nada esencial a nuestra información⁴³⁴. Lo que queda presta, sorprendentemente, muy poca atención a la regla de la pérdida del derecho en cuanto tal. La regla aparece de forma esporádica, como en Thalelaeus *ad CJ* 3.39.4⁴³⁵ donde, no obstante, se pasa por alto el *interdictum*, y hasta cierto punto, en Stephanus *ad D* 5.3.24⁴³⁶(436): ahí el invasor es obligado, como no propietario, a la *aestimatio* además de a la restitución, y, en consecuencia, la pérdida del derecho no entra en juego propiamente. Sin embargo, en el análisis de CJ 9.12.7 es pasada por alto cuando, sin excusa posible, habría que haberla considerado. Ni puede ser una simple coincidencia que el texto de Bas. 60.17.7.2 y 15⁴³⁷ no mencione las *constitutiones principum* de D 43.16.1.2 y el *gravari* de D eod. 1.15. En tanto que regla establecida, los juristas no podían hacer caso omiso de la regla de la pérdida del derecho. Pero, evidentemente, tampoco les gustaba. Desde un punto de vista teórico, recelaron de ella por considerarla un instrumento no conectado orgánicamente y, después de todo, extraño a un sistema en el que el *interdictum unde vi* había sido vuelto a colocar en posición prominente.

Una valoración de los diferentes resultados conseguidos en Oriente y en Occidente parece sugerir algunas consideraciones más amplias. La tarea que Justiniano mismo se impuso fue más ambiciosa y trabajosa. Al reinsertar el derecho clásico de los *interdicta* se vio en la necesidad de tener que adaptarlo a los igualmente adoptados instrumentos postclásicos de represión criminal y pérdida del derecho. Pero no fue capaz de cumplir con su tarea⁴³⁸. No hizo casi nada por iluminar la relación entre las reglas en conflicto⁴³⁹. Contradicciones y solapamientos oscurecieron su actitud contraria a la autoayuda en materia de propiedad, y el derecho se enrevesó sin remedio. El resultado es otra prueba de su incapacidad para soldar elementos clásicos y tardíos o diversos ingredientes postclásicos en un todo integrado⁴⁴⁰.

⁴³³ Véase, por ejemplo, Dorotheus sobre D 43.16.1.2, 15, 31, 32, 40, 41 (Heimb. V 573 sch. 5, 575 sch. 19, 579 sch. 51, 581 sch. 63, 581 sch. 65), también sobre D 47.8.2.18 (Heimb V 565 sch. 21 in it).

⁴³⁴ Ruffini (*supra* nota 290) 78 sig. deduce de ἀλλὰ ταῦτα μὲν οἱ πάλαιοι que Teófilo consideraba el *Unde vi* como *proprio degli antichi e del diritto antico*. Pero esto no cuadra con las frases de Teófilo citadas *supra* pág. 268.

⁴³⁵ *Supra* nota 290.

⁴³⁶ Schol. Μήπω (Heimb. IV 215 sig.).

⁴³⁷ Heimb V 573, 575.

⁴³⁸ El juicio de Rotondi III 225 sigs. sobre este punto se aproxima más a la verdad que las afirmaciones de Kniep 437 sig. y Ruffini 50 sigs.

⁴³⁹ Véase *supra* pág. 257 sig.

⁴⁴⁰ Cf. las observaciones anteriores de este escritor en SZ 49, 243; *Die römische Kapitalstrafe* (Heidelberg 1931) 76; SZ 53, 232 sig.; *Bull.* 45 (1938) 162 sig.; *Pauli Sententiae* 7 y 129.

Y, sin embargo, los juristas occidentales podrían haberle servido algún tanto de guía. A fin de cuentas, habían trabajado mejor. Es verdad que, en términos de valores intrínsecos, la primitiva regla de la pérdida del derecho en la cosa no podría soportar una comparación con los refinados y bien equilibrados efectos del antiguo *interdictum unde vi*. No obstante, dado el establecimiento de esta regla y su coexistencia con acciones momentáneas y criminales, también aquellos juristas se vieron en la necesidad de tener que hacer arreglos para lograr la coordinación de recursos opuestos. E hicieron frente al desafío. Valorando la consecuencia de la pérdida del derecho en la cosa como la aproximación al asunto más moderna y adecuada, reconocieron su superioridad, aunque en sus justos límites, y, en consecuencia, restringieron la aplicación tanto de la *actio momenti* como de la *lex Julia*. De esta manera, evitaron la confusión, no como resultado de un razonamiento profundo y sutil, sino porque consideraciones prácticas lo exigían.

¿Cómo justificar que Triboniano y sus socios no se aprovecharan de la solución encontrada por la doctrina occidental? ¿Por qué, en particular, no copiaron o utilizaron para el *interdictum* la función limitada de la *actio momenti*? Al parecer, su actitud clasicista otorga la respuesta. Educados en las escuelas de Berito y Constantinopla, rebosaban deseos de restaurar la grandeza del pasado y ansiaban con impaciencia resucitar los celebrados modelos que constituían Juliano o Papiniano. El tener en cuenta a los comentaristas de un Occidente más o menos bárbaro, a hombres no familiarizados con los grandes maestros, y que usaban un lenguaje vulgar y repugnante para un espíritu cultivado, no era en absoluto digno de ellos. Por supuesto que no pudieron mantenerse apartados del derecho vulgar y de sus modos de expresión⁴⁴¹. La incorporación de las *constitutiones* postclásicas y escritos tales como las *Pauli Sententiae* hicieron algún tipo de contacto inevitable. Pero muy difícilmente habrían permitido que una ruda jurisprudencia perturbara los fundamentos del sistema tradicional y mucho menos incluso habrían recurrido a ella en ayuda. Ni en sueños pensaron en incorporar o consultar la Interpretatio si es que se esforzaron, siquiera algo, en prestarle atención⁴⁴².

6. Evoluciones posteriores

La clara desgana de los juristas justinianos y siguientes en concentrar su atención en la regla de la pérdida del derecho muestra todo su relieve a la luz de las posteriores legislación y literatura bizantinas que no estuvieron ya bajo el hechizo de la época clásica. Las obras de los siglos octavo y noveno dejan ver que la situación se ha invertido casi por completo. No prestan atención alguna al *interdictum*. A la sanción criminal de CJ 9.12.7 se hace referencia⁴⁴³ en ocasiones sobre la base del *index* de Stephanus⁴⁴⁴, pero la pena aparece limitada a la confiscación

⁴⁴¹ SZ 49, 253 sig., 257 sig. Véase también Fitting (*supra* nota 249) 432 sig.

⁴⁴² Podría recordarse su aversión a *momentum* y errónea comprensión de *principalis* (*supra* pág. 254 sig.).

⁴⁴³ Νόμοι γεωργικοί 90 (Cod. Q 50 sup.), ed. Ferrini I 395.

de los bienes del invasor, sin deportación. Lo que se deja ver como recurso preponderante es la regla de la pérdida del derecho de CJ 8.4.7 con sus dos posibles resultados⁴⁴⁵.

La evolución en los siglos décimo y undécimo estuvo marcada por la publicación de los *Basilicos*. La reanimación de la codificación justiniana tuvo el efecto de resucitar las poco menos que olvidadas disposiciones referentes a *Unde Vi* y *Lex Julia*, aunque en grado limitado. La posición de los comentaristas contemporáneos es significativamente diferente de la que había prevalecido en el siglo sexto. Se esmeraron en poner el acento en la regla de la pérdida del derecho incluso donde los textos callaban al respecto o no eran nada precisos. Apoyan este proceder con referencias a las disposiciones de CJ 8.4 e Inst 4.15.6⁴⁴⁶. Elogian la regla como algo excelente (ἐξάίρετον)⁴⁴⁷. Para justificarla, invocan además Bas. 2.2.75=D 50 16.78: «Interdum proprietatem quoque verbum possessionis significat»⁴⁴⁸. Distinguen entre el *interdictum unde vi*, con su simple función recuperatoria, y una medida penal⁴⁴⁹ que, sin duda, se identifica con la dispuesta en CJ 8.4.7⁴⁵⁰.

Entre los manuales de aquel período hay varios que señalan los tres remedios⁴⁵¹. Alguno de ellos, además, intenta dar una indicación de cómo era la realidad en la práctica de los tribunales. Las severas penas *ex lege Julia* fueron desaprobadas y quitadas de en medio. Para conciliar los otros dos expedientes, las disposiciones de D 43.16.1 pr. y CJ 8.4.7 se fusionaron, con el resultado de que la regla de la pérdida del derecho fue la regla rectora de este ámbito, pero limitada *intra annum*. La progresión en esta dirección es evidente en *Synopsis Basilicorum*⁴⁵² y *Peira*⁴⁵³. Más esclarecedora, con todo, es la obra de Miguel Attaliotes⁴⁵⁴. En su tiempo, señala, los tribunales normalmente manteníanse apartados de los dos extremos: las duras sanciones de las *Leges Juliae* y las benignas consecuencias del *interdictum generale* (γενικόν παράγγελμα), que sólo conducía a la devolución de la posesión e indemnización de daños y perjuicios. Prefiriendo una solución intermedia, aplicaban la regla para el caso de recurso a la autoayuda, tal como estaba establecida en CJ 8.4.7, pero sólo *intra annum* (ἔσωθεν ἐνιαυτοῦ), mientras que, después del

⁴⁴⁴ *Supra* nota 401.

⁴⁴⁵ Ecloga τῶν νόμων 17.5 (J. Zepos y P. Zepos, *Jus Graecoromanum*) [Atenas, Fexis, 1931] II 53 sig.) con la pena de azotes sustituida por el pago de una *aestimatio*. CJ 8.4.7 queda totalmente reflejado en *Ecloga privata aucta* 17. 33 (Zepos VI 44), *Prochiros* 39.49 (Zepos II 222) y *Epanagoge* 40.75 (Zepos II 366). Para detalles, véase Ruffini, *op. cit.* 82 sigs.

⁴⁴⁶ Véase, por ejemplo, Heim V 565 sch. 21 i.f. y 22; 579 sch. 47 y 49.

⁴⁴⁷ *Ibid.* V 565 sch. 21.

⁴⁴⁸ *Ibid.* V 579 sch. 49.

⁴⁴⁹ *Ibid.* V 572 sch. 1 *ad Bas.* 60.17.7 pr. (=D 43.16.1 pr.).

⁴⁵⁰ Coincide Ruffini, *op. cit.* 88 nota 2; contra Rotondi III 228 nota 2.

⁴⁵¹ Ruffini 93 sigs.

⁴⁵² B. 6.5; véase también B. 6.7 (Zepos V 132 sig.).

⁴⁵³ 42.10 (Zepos IV 178).

⁴⁵⁴ Ποίημα νομικόν 56 (Zepos VII 466 sig.)=59 (Leunclavius, *Juris Graeco-Romani tam canonici quam civilis tomii duo* [Francfort 1596]II 53). Cf. Bruns (*supra* nota 259) 96 sig., Rotondi III 228.

año, la sentencia se limitaba, en su caso, a *res et fructus* (τὸ πρᾶγμα μόνον καὶ οἱ καρποί): Esta forma de conciliar CJ 8.4.7 y D 43.16.1 pr. no fue mala, después de todo, en tanto que intento por superar las incongruencias de la compilación.

La evolución posterior excede los límites de nuestro asunto. Baste decir que la falta de claridad del Corpus Iuris nunca dejó de suscitar dudas y controversias. En la mente de los Glosadores⁴⁵⁵, por supuesto, el problema se hizo presente con total claridad. *Quid*, se preguntaban⁴⁵⁶, *differ haec constitutio* (CJ 8.4.7) *ab interdicto Unde Vi?* Y Acursio respondía: «illud (interdictum) annale et in simplum et dolum exigit; haec (actio) perpetua et poenalis et non exigit dolum». Con eso parece considerar *actio e interdictum* como dos remedios diferentes. Sin embargo, líneas más arriba de esta afirmación define la naturaleza de esa *actio* como una «condictio... quae dabitur simul pro possessione et proprietate, quod est mirabile». En otras palabras, la sentencia judicial en esta «extraña» acción ordenaba tanto la restitución como también la pérdida del derecho: «non solum in possessione, sed etiam in proprietate datur ibi sententia»⁴⁵⁷. Un único procedimiento hacía al demandante poseedor y propietario, o, si ya era propietario, le garantizaba tanto el control efectivo de la cosa como la *litis aestimatio*. El *interdictum*, por lo tanto, quedaba, en materia de recurso violento a la autoayuda, como remedio de pequeña importancia práctica. La perplejidad resultante llevó a la Glosa a remachar una y otra vez⁴⁵⁸ el mismo punto: «Sed quam utilitatem habet hodie hoc interdictum cum sufficiat constitutio (CJ 8.4.7)?» Muchas diferencias teóricas se enumeraron, pero, a efectos prácticos, el resultado no se mostraba persuasivo⁴⁵⁹. En razón de esto, la *actio spoli* de origen canónico hubo de venir a ocupar su lugar y a retenerlo durante siglos⁴⁶⁰.

Cuando en la doctrina del siglo diecinueve el *interdictum unde vi* volvió a imponerse, el enigma de su relación con la regla de la pérdida del derecho tuvo que reaparecer. Esta vez la discusión giró concretamente en torno a la extensión del interdicto a los bienes muebles. Los que abogaban por la extensión apoyaban su posición en que CJ 8.4.7, al establecer no sólo una sanción, sino también la restitución de la cosa, había modificado las respectivas reglas del interdicto⁴⁶¹, mientras que los oponentes mantenían que c. 7 era exclusivamente penal en carácter y, por lo tanto, carente de toda relación con el recurso posesorio⁴⁶². Ciertamente, apenas parece que exista riesgo alguno de que el error garrafal de los hombres de Jus-

⁴⁵⁵ Para un trazado completo de sus opiniones y disensiones, véase Ruffini 254-287.

⁴⁵⁶ gl. *earundem rerum* i.f. ad CJ 8.4.7.

⁴⁵⁷ gl. *momento ad* CJ 7.69.1; véase también gl. *momentanae ad* CJ 3.6.3.

⁴⁵⁸ gl. *momentariae* y *mox ad* CJ 8.4.8.

⁴⁵⁹ Véase también Bruns *loc. cit.* 119.

⁴⁶⁰ Bruns 163 sigs., 219 sigs. 256 sigs., y Ruffini 375 sigs., 395 sigs.

⁴⁶¹ Savigny (*supra* nota 336) 527 sigs. y, con un razonamiento algo diferente, Windscheid (*supra* pág. 182 nota 441) *Pandekten* I 534 (§ 160) nota 4, donde hay más referencias.

⁴⁶² Karl Adolph von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten* III (6ª edición, Berlín, Marburgo, 1856) 627 sigs. (§ 690 nota 2), Bruns (*supra* nota 259) 74 sigs. y (*supra* nota 245) 177 sigs., Ruffini 33 sigs., Bonfante III 390 sigs., y muchos otros.

tiniano pueda dejar alguna futura huella en el pensamiento jurídico. Tanto la *Lex Julia* como la pérdida del derecho han desaparecido, como medidas punitivas, de los códigos del mundo⁴⁶³. Sólo las acciones posesorias han sobrevivido en algunas codificaciones del Derecho civil⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Windscheid I 397 sigs. (§ 123), Heinrich Dernburg, *Pandekten I* (6ª ed., Berlín, Müller, 1900) 290 (§ 125), Gierke I (1895) 337, Fritz Lorenz, *Selbsthilfe, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch VI* (Berlín, Vahlen, 1938) 402.

⁴⁶⁴ Rudolf Pfeifer, *Besitz, Rechtsvergl. HW. II* (1929) 531 sigs. Para una apreciación crítica, véase Martin Wolff, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts III* (9ª ed., Marburgo, Elwert, 1932) 44 (§ 17), Pfeifer 527 sig.

ÍNDICE DE FUENTES

I. FUENTES JURÍDICAS

Basilica

2.2.75: 261
7.6.10: 254 n. 397
9.1.158: 254 n. 392
20.2: 77 n. 354
23.3.74: 184 n. 451
48.16.7: 174 n. 385
60.17.72: 259
15: 259

Basilicorum Scholia

Anonymus ad D 10.4.3.15: 31 n. 77
Dorotheus ad D 43.16: 259 n. 433
47.8.2.18: 259 n. 433
Isidorus ad CJ 8.53.25: 135 n. 91
28: 145
34: 149 n. 198
35: 145, 147 n. 188

Stephanus ad D 5.3.24: 259
CJ 9.12.7: 255 n. 401

Thalelaeus ad CJ 3.31.11: 225 n. 186
3.39.4: 240 n. 290, 256
n. 418, 259
4.19.2: 225 n. 186
4.32.26: 184 n. 451
5.12.30: 80
7.10.7: 174 n. 385
9.12.7: 254 n. 399,
258 n. 429

Theodorus ad CJ 7.22.1: 184 n. 451
8.53.1: 148
9.12.7: 255 n. 400

ad Bas. 60.17.2 sch. 21: 261 n. 446, n.
447
22: 261 n. 446

60.17.7 *sch. 1*: 261 n. 449
47: 261 n. 446
49: 261 n. 446, n.
448

Breviarii Alariciani Epitomae

Aegid. ad CT 3.5.1: 164 n. 317
INMc 3: 89
IP 1.17.1: 54
5.2.4: 181 n. 430

Codex Suppl. Lat. 215 ad CT 3.5.1:
164 n. 317

Monach. ad GE 2.1.3: 53 n. 197
INMc 3: 89

Seld. ad GE 2.1.3: 53 n. 197

Capitularia

Childeberto II: 179 n. 418, 181 n. 430
Chlothario II: 179 n. 418

Cassiodorus

1.17: 119
1.18.2: 171, 183
1.28: 119
1.30.4: 236
2.16.5: 81
2.27.2: 171
3.20: 236, 244 n. 316, 249 y n. 345
3.31: 120, 171, 183
3.45.1: 182
3 52.8: 120 n. 163
3.53.6: 113 n. 112
4.8: 119
4.10: 206 n. 70, 236
4.30: 50 n. 179
4.39: 180 n. 426, 234, 249, 251
4.40.2: 126
4.44: 180 n. 426, 234, 249, 251

- 5.12: 249
 5.16-20: 119
 5.20: 119 y sig.
 5.37.3: 171
 5.38: 119
 6.8.6: 119 n. 150
 7.3.1: 81 n. 376
 7.8.3: 180 n. 426, 234, 249 n. 349, 251
 7.44: 23, 50, 64, 186
 8.28.3: 234, 249 y n. 346
 8.30: 119
 9.5.2: 119
 9.18: 137 n. 111, 242, 249
 10.5.2: 119 n. 150
 12.17: 119
 12.18: 119
Codex Euricianus
 275: 84 n. 394
 276: 84 n. 394, 87 n. 417, 151, 169, 172
 n. 360
 277: 179, 183, 230 n. 221, 231
 280: 153 n. 229
 286-300: 151
 286: 151 y sigs., 154
 287: 151 n. 209, 154
 288: 151 n. 210, 154
 289: 151 n. 209 y 210, 168, 231
 290: 151 n. 210, 153
 291: 151 n. 210, 229 n. 216
 292: 151 n. 209 y 210, 154
 293: 155
 294: 152
 295: 154
 296: 150 n. 208 y 210, 153 y sig., 156
 297: 153, 157
 298: 151 n. 210
 299: 151 n. 209 y 210, 153, 155 n. 244
 300: 151 n. 210
 306: 85, 87
 307: 157
 308: 157, 158 n. 278
 310: 84, 160 n. 294
 312: 84 n. 396, 87, 158 n. 269, 231,
 253
 313-318: 158 n. 272
 319: 85
 320: 85 n. 403
 321: 85 n. 403
 322: 85 y sig., 229 n. 216
 327: 229 n. 216
 335: 229 n. 216
Cod. Eur. ex lege Baiuv.
 6: 151 n. 209, 231
 15: 151
Codex Gregorianus
 4.2: 163
 6.1: 51
 2: 51
 5: 27 n.47
 7.1: 27 n. 47
Codex Iustinianus
 1.2.7: 119
 14.6,7: 127
 14.9,10: 38
 17.3: 76
 23.4: 145
 24.14: 76
 1.4.32: 76
 1.5.16.5: 254 n. 396
 1.10.1: 108
 1.11.5: 63
 1.14.2: 3 n. 6
 3.1: 3 n. 6
 11: 3
 1.19.2: 254 n. 395
 7: 3
 1.22.6: 3
 1.33.2: 75
 2.3.20: 143
 2.12.28.1: 254 n. 396
 2.14.1.3: 71
 2.18.6: 7 n. 26
 2.19.7: 213
 8: 213
 10: 213
 2.21.3-7: 213
 2.36.3: 105
 2.50.3: 27 n. 47
 3.1.10: 254 n. 397
 3.6.3: 248, 254 n. 393, 255
 3.16.1: 249, 250 n. 359, 254 n. 391, 255,
 257 n. 424

- 3.19 *Rubr.*: 217
 2: 21 n. 14, 60 y sig., 134 n. 88,
 217, 219 n. 142, 235 n. 256, 248,
 254 n. 395
 3: 217
 3.31.11: 225
 3.32.2: 51 n. 185.
 11: 51
 12: 128
 15.1: 133 n. 80
 16: 51
 18: 227 n. 194
 3.33 *Tit.*: 39
 3 *pr.*: 37
 9: 36
 12-17: 72
 13.3: 72 n. 325
 14.1: 72
 14.2: 72
 16.1: 72 n. 325
 16.3: 72
 3.34: 54
 1: 191 n. 502
 2: 191 n. 502
 6: 113 n. 111
 7: 113 n. 111
 8: 112 n. 101, 112 n. 105
 3.34.9: 112 n. 101
 10: 113
 11: 102
 13: 191 n. 509
 14.1: 118
 3.36.26: 201
 3.39.3: 31 n. 80, 72, 255 n. 403
 4: 240 n. 290, 255 y sig.
 6: 175 n. 388
 4.3.1.2: 143 n. 153
 4.5.1.1: 194 n. 5
 4.6.2: 194 n. 5
 4.19.1: 223 n. 168
 12: 124
 16: 223 n. 170
 18: 133 n. 79
 23: 227 n. 194
 4.20.13.2: 254 n. 396
 4.21.8: 27 n. 47
 10: 124
 12: 133 n. 79
 17 *pr.*: 144, 147
 17.2: 144 n. 159
 4.32.26 *pr.*: 254 n. 396.
 4.35.21: 201
 4.35.23 *pr.*, 1: 145
 4.38.3: 145
 8: 128
 9: 128
 12: 124, 128
 14: 115
 15.1: 144 n. 159
 4.39.9: 148, 228 n. 206
 4.42.2: 127
 4.44.3: 150 n. 208
 16: 62
 4.47.2: 125 n. 12
 4.48.2: 149 n. 199
 4.49.6: 128
 4.51.7: 76
 4.52.3: 115
 4.64.2: 132
 4.65.32: 76 n. 349
 33: 255
 4.66.1: 76, 190, 217 n. 133
 2: 76
 3: 76, 90 n. 435
 4: 76
 5.3.15.1: 194 n. 10, 216
 17: 147 n. 185
 20 *pr.*: 164 n. 314
 20.8: 147 n. 185
 5.6.8: 163 n. 307
 5.9.5.2: 202
 5.7: 40,74
 8.3,4: 117 n.132
 5.12.30 *pr.*, § 1: 79 y sigs.
 30.2: 145
 31 *pr.*: 164 n. 314
 5.13.1.1b, c: 81, 117 n. 132
 1.5a: 194 n. 10
 5.14.9.4: 163 n. 307
 11.2: 117 n. 131, 132

- 5.15.1: 164 n. 313
 3: 163 n. 308, 164 n. 313
 5.17.8.4b, 5: 209, 215 n. 126, 228 n. 204
 8.7, 7a: 34, 39
 5.35.2.2: 117 n. 132
 5.37.20: 117 n. 132
 22: 134 n. 88
 5.70.7.5a, 6c: 117 n. 132
 6.1.4 pr, 1: 240
 4.5: 236, 240
 5: 240
 6.2.5: 226 n. 189
 6: 162 n. 300
 6.20.17: 163 n. 307
 6.23.3: 208 n. 87
 6.33.3.4: 254 n. 396
 6.37.20: 36
 21: 206 n. 77, 207
 6.43.1: 208 n. 87, 215
 2: 208 n. 87
 6.56.5.1: 71
 6.60.1: 73, 168, 183, 202
 6.61.4: 35
 4.3: 175, 183
 5: 8 n. 32
 6: 72
 8: 72
 7.8.6: 116
 7.10.7: 174 n. 385
 7.13.2: 108
 3: 108
 4: 108
 7.15.1: 72
 7.16.5.2: 27
 7.22: 174
 2: 175 n. 390
 7.26-31: 174
 7.26-39: 184
 7.31: 169
 7.32.2: 124
 10: 21 n. 13, 27 y sigs., 30 n. 72, 71
 12: 71
 7.33-36: 174
 7.33.12.4: 191
 7.35.5: 174, 211
 7.37-39: 174
 7.37.1: 175 n. 389
 2: 167 n. 337, 182 n. 437, 217 n. 133
 3: 162 n. 300, 167 n. 337, 168 n. 348
 7.38.2: 161, 175
 3: 183
 7.39.2: 21 n. 14, 61, 173, 178 n. 406, 182, 183, 253
 3: 202, 216, 253
 4-7: 180 n. 423, 184
 4.2: 182, 182 n. 440
 5: 174 n. 385
 6.1: 182
 7.3: 184 n. 452
 7.4, 4a, 5a: 217 n. 133
 7.7: 76
 8: 180 n. 423, 181 n. 431, 182 y sig.
 9: 180 n. 423
 7.41.3: 32 n. 87, 187
 7.45.9: 21
 7.48.3: 21
 7.51.2: 219
 7.69 Rubr.: 254 n. 391, 255
 1: 254 n. 391 y 392, 255
 8.1.4: 255
 8.4 Tit.: 255
 1: 239 n. 260, 255 n. 406
 2: 257
 5: 248, 255, 257 y sig.
 6: 32 n. 85, 72 n. 323, 234, 239 n. 285, 287, 255 y sig.
 7: 71 n. 318, 239 n. 283, 256 y sigs., 257 y sig.
 8: 254 n. 391, 255
 10: 219, 244 n. 315, 253, 255 y sig., 257 n. 423
 11: 71, 91 n. 446, 246 n. 330 y 331, 255 y sig.
 8.5.1: 61 n. 248, 254 n. 391, 255, 257, 257 n. 427
 8.10.2: 102 n. 42
 3: 106 n. 66, 112 n. 97
 6: 50 n. 178, 241
 7: 50 n. 178
 9: 50, 111

- 11: 111 y sig.
 12: 54, 75, 112
 13: 75, 118
 8.11.3: 49 y sig., 78
 6: 50
 9: 108
 14: 118 n. 140
 18: 108
 19: 50
 8.13.3: 205 n. 66, 206 n. 70
 8.14.1: 116 n. 128
 2: 116 n. 128
 6: 117 n. 132
 8.16.2: 148
 8.17.11: 217 n. 133
 12: 81
 8.22.3: 27
 8.25.7: 148
 8.33.3.3a-c: 79
 8.36.2: 216
 3: 210 n. 97, 216
 8.53.1: 133 n. 80, 147, 149 y sigs., 159
 5: 133 n. 79., 141
 6: 149 n. 198
 10: 133 n. 79, 149 n. 198
 11: 149 n. 198
 13: 133 n. 79, 141
 20: 133 n. 79, 149 n. 198
 25: 136, 149 n. 198
 26: 149 n. 198
 27: 149 n. 198
 28: 145, 145 n. 165, 147, 149 n. 198
 29: 147 n. 185
 31: 136, 147 n. 185
 33: 148
 34 *pr.*, 1: 147
 34.2b: 149 n. 198
 35: 148
 35.5: 146 y sigs.
 36.3: 147
 37: 131 n. 65
 8.55.1 *pr.*: 27
 9.12.5: 205 n. 65
 7: 71, 242 n. 305, 255 y sig., 258 y sig., 260
 9.22.22.1: 224
 9.33.3: 206 n. 70
 9.35.11: 201
 9.39.2 *pr.*, 2: 60 n. 246
 9.49.7.1: 84
 9 *pr.*: 143 n. 153, 228 n. 204
 10.3.5: 62
 10.10.5.1: 71
 10.21.1: 62, 71
 10.25.2: 119
 10.27.1: 108
 2: 108
 10.35.2.7: 63
 11.7.3: 110
 6: 110 n. 90
 11.23.2: 108
 11.26.1: 185
 11.30.4: 106 n. 66
 11.33.2.1a: 228 n. 204
 11.43 *Tit.*: 120
 4: 120
 5: 54
 6 *pr.*: 53 y sig.
 9: 175
 11.48.3: 185
 7.3: 175, 183
 13: 29 n. 63, 245 n. 322
 14: 255
 11.56.1: 115
 11.58.7: 63, 109
 11.59 *Tit.*: 108
 1: 108
 6: 45, 75 n. 347
 7: 62, 186
 8: 27 n. 46, 28 n. 56, 187
 9: 109
 10: 83 n. 389
 11: 62, 187
 17: 64, 186
 11.60.1.1: 83 n. 389
 3: 183, 202
 11.61.3: 84
 11.62.2: 45 y sig., 75 n. 346
 3.1: 64
 4: 45 y sig., 67 n. 293, 75 n. 344 y 346
 5: 64, 185 n. 454

- 6 *pr.*: 22, 62, 62 n. 257, 65, 71
 8: 45
 9: 45 y sig., 75 n. 344
 10: 45 n. 149, 75 n. 344
 12.1: 75 n. 346, 77
 13: 45
 14: 75 n. 346, 182, 184
 11.63.1 *pr.*: 186
 1.1: 54
 2: 45 y sig., 77
 11.65.1: 119
 11.66.1: 44, 64, 75 n. 346
 2: 45, 75 n. 346
 3: 45
 5: 175, 183
 6: 175 n. 392
 7: 67 n. 293, 75 n. 344
 11.67.2: 183
 11.70.1: 49
 4: 22, 45 y sig., 64, 71, 75 n. 346
 5.1, 2: 43 n. 129, 63, 75 n. 344
 11.71.2: 45, 61
 3: 45 y sig., 75 n. 347
 5: 45 y sig., 65 n. 276, 75 n. 347
 11.75.4: 119
 12.23.12 *pr.*: 54
 12.40.2: 62, 81 n. 375
 5: 81 n. 375, 122
Codex Theodosianus
 1.2.2: 3
 3: 3
 5: 235 n. 256, 254 n. 395
 11: 3 n. 8
 1.4.1: 70
 2: 70
 3: 8, 70
 1.11.1: 45 y sig.
 2.1.8: 232 y sig., 249, 255
 2.4.5: 237, 262
 6: 201, 233, 237, 250, 255
 2.5.2: 21 n. 14
 2.6.4: 21 n. 14
 2.7.2: 21 n. 14
 2.9.3: 165, 173 n. 328, 241
 2.12.3: 239 n. 285
 7: 198
 2.14.1: 28, 206 n. 71, 234, 241
 2.15.1: 180 n. 426, 198
 2.16.3: 248
 2.18.3: 21 n. 14, 243, 243 n. 241, 232,
 232 n. 241, 234
 2.19.1, 2, 3, 5, 6, 7: 198
 2.23 *Tit.*: 39, 50, 54, 199, 201 n. 44, 206,
 231
 1: 41 y sig., 42 n. 122, 50 y sig.,
 77, 77 n. 356, 186, 2199
 2.24 *Tit.*: 39, 54
 1: 199
 2: 199
 2.25.1: 22, 45 y sig., 46 n. 153, 199
 2.26 *Tit.*: 200, 231
 1: 31, 33, 72, 200, 243 sig., 200 n.
 32, 232 y sig., 240 n. 290, 247 y
 sig., 255 n. 403, 257
 2: 200, 240, 248 n. 340, 253 n. 388,
 255
 3: 200, 234 n. 255
 4: 175, 200
 5: 175, 200
 2.27.1.3: 175 n. 392
 2.29.1: 162, 241
 2: 136 y sig., 162, 241, 242 n. 307
 2.30.2: 62
 2.31.1: 198
 2.32.1: 194 n. 10, 198
 2.33.1: 241
 3.1.2: 125, 125 n. 12,
 2 *pr.*: 22
 2.1: 62
 3: 127
 6: 115
 7: 150 n. 208
 9: 83 n. 389
 3.2.1: 206
 3.5.1: 136
 2: 133, 135, 135 n. 94, 194 n. 10, 216
 y sig.
 3: 136
 7: 136
 8: 136, 136 n. 100
 11.4: 201
 13: 136 n. 100, 101, 147 n. 185, 164

- 3.7.3: 163
 3.8.2. *pr.*, 1: 24, 26, 34, 39, 67
 2.2: 39, 40
 3: 34, 37, 39 n.114
 3.9.1: 34
 3.12.3: 163
 3.13.3 *pr.*: 163
 3.1: 34, 36, 39
 4: 163, 165
 3.16.1: 209, 250 n. 359
 2: 203 n. 53
 3.17.4.2: 117 n. 132
 3.30.1: 117 n. 132, 205 n. 67
 4: 217
 5: 66
 6: 134 n. 88
 3.32.1: 202, 221
 4.4.3: 8 n. 32, 226
 7: 200
 4.5.1: 124 n. 6, 125 n. 16, 161, 217
 4.6.8: 124 n. 6, 134 n. 88
 4.8.5.1: 241
 5.2: 241
 7: 174 n. 383
 8: 241
 9: 175, 182
 4.9.1: 174 n. 385, 240
 4.10.2 *pr.*: 200
 4.11 *Tit.*: 174
 1: 21, 27, 30 n. 72, 62, 62 n. 257,
 167, 174, 181 n. 433, 184
 2: 174, 176, 178, 178 n. 406, 211 y
 sigs.
 4.12.3: 46, 48 n. 163
 4.14.1: 58, 176, 176 n. 395, 180, 184, 183,
 184 n. 450, 184, 198 y sig., 200,
 205 n. 67, 211, 213, 216, 221, 230
 n. 221, 235 n. 256
 4.15.1: 21 n. 14, 175, 175 n. 389
 4.18.1: 21 n. 14, 30, 30 n. 72, 212 n. 106,
 219 y sig., 221 n. 155 y 157, 227
 n. 199, 254 n. 390
 4.19.1: 30, 212 n. 106, 219 y sig.
 4.21-23: 251
 4.21.1: 201, 232, 234 n. 255
 2: 232
 4.22 *Rubr.*: 245 n. 322
 4.22.1: 31, 60, 232 y sigs., 237, 239 n.
 285, 247 y sig., 251, 254 n. 397,
 255, 257
 2: 21 n. 14, 31, 32, 234 y sigs., 239,
 240 n. 287, 243 y sig., 243 n. 312,
 250, 250 n. 355
 3: 205, 209, 234 y sigs., 239, 242
 n. 307, 243 y sig., 246 y sig., 249
 n. 345, 250, 255, 311 n. 311, 256,
 256 n. 413
 4: 21 n. 14, 32, 60, 233, 237
 5: 239 n. 285
 6: 201, 233, 237, 248, 255
 4.23.1: 31 n.75, 61, 232, 233 n. 244, 236,
 237, 245 n. 322, 255
 24: 54, 112 n. 102
 5.1.8: 22, 34, 37, 39, 39 n. 114, 40, 73
 5.7.1: 167, 208 n. 91
 2.3: 60
 5.10.1: 22, 127, 62 n. 257, 127, 127 n.
 37
 5.11.8: 187 n. 478
 11: 62, 187
 12: 28 n. 56, 67, 180 n. 426, 187
 5.12 *Rubr.*: 45 n. 146
 2: 45
 3: 77
 5.13.1: 44, 46, 64
 2: 64
 4: 45, 46
 5.14.30: 62, 65 y sig., 186, 206
 33: 64, 83 n. 389
 34: 109
 5.15.15: 31, 45 y sig.
 16: 66
 17: 45, 45 n. 142,
 18: 45, 66, 190 n. 500
 19: 45
 5.18.1: 34, 175
 5.19.1, 2: 61
 6.4.22.2: 83 n. 389
 6.35.12: 180 n. 426
 7.7.4: 84
 5: 84

- 7.8.3: 122
 5: 52, 62, 81 n. 375
 10: 81 n. 375, 122
 7.15.1: 41 y sig., 41 n. 122
 2: 41
 7.18.4.1: 108
 7.20.2: 178 n. 410
 11: 187
 7.22.7: 205 n. 63
 9: 205 n. 63
 8.4.28: 180 n. 426
 30: 174 n. 385
 8.7.10: 205 n. 63
 8.12.1: 133, 134 n. 88, 139
 2: 133, 134 n. 88, 133
 3: 134 n. 90
 4: 133, 135, 135 n. 96
 5: 135 y sig., 137 n. 112
 6: 136
 7: 135 y sig.
 8: 121 n. 135, 136, 139 y sig., 139 n. 122
 9: 121 n. 135, 139 y sig., 145, 163 y sig., 188
 8.13.1: 161, 165
 8.15.Rubr.: 161
 1: 127 n. 39
 3: 127 n. 39
 4: 127 n. 39
 8.15.5: 127 n. 39, 166
 5.2: 161, 165, 221
 6.1: 22
 7: 127 n. 39
 8: 127 n. 39, 161
 8.18.1: 34, 36, 39 n. 114, 39, 66, 73, 202
 1.3: 36, 39, 166, 168, 169, 202, 221
 2: 24, 34, 36, 39 n. 114, 39, 67
 3: 34, 36 n. 102
 5: 174 n. 385
 6: 34, 39
 7: 34, 39
 9: 34
 10: 34, 37, 39, 39 n. 114
 8.19.1: 203
 9.10.1: 239
 2: 239, 250, 254
 3: 28,31, 33 n. 91, 71, 232, 233 y sig., 237, 239, 242 n. 299 y n. 305, 243, 248 n. 339 y 340, 250, 254 y sig., 258 n. 430
 9.19.2: 224, 233 n. 245
 9.20.1: 198, 233, 245
 9.21.2.1: 108
 9.24.1.4: 108
 9.40.15: 205 n. 63
 17: 178 n. 410
 9.42.7: 84
 11: 34
 14: 204, 239 n. 286
 15: 136 n. 107, 164, 204, 209, 228 n. 204
 22: 28
 9.43.1: 8 n. 32
 9.45.3: 204 n. 56, 205 n. 63
 10.1.1: 167 n. 332, 180 n. 426, 217, 224, 228
 2: 133 n. 83, 137 n. 115
 3: 175 n. 389
 5: 204 n. 57
 15: 175, 182 y sig.
 10.3.2: 47 n. 161
 3: 45 y sig., 64
 4: 45 y sig.
 5: 45 y sig., 47 n. 161
 7: 45
 10.8.1: 133 n. 83
 3: 62, 133 n. 83, 167, 224, 227
 5: 29, 211 n. 46
 10.9.2: 134 n. 88
 10.10.19: 178 n. 410
 20: 185
 10.12.1: 185, 202, 204 n. 55
 2: 32, 185, 204, 205 n. 63
 10.17.1: 62
 3:62
 10.18.2 pr., § 1: 203, 208 n. 89
 10.19.1: 65, 110
 2: 110
 10: 110
 11: 64, 110
 13: 110 n. 89
 14: 110 n. 90

- 11.1 Tit.:* 108
 4: 57
 7: 60 n. 247
 12: 185
 14: 60, 60 n. 247
 28: 206
11.3 Tit.: 125 n. 18
 1: 125 n. 12
 2: 124 n. 6, 125 n. 12 y 16
 3: 67, 125 n. 12, 125
11.3.4: 67
 5: 22, 126
11.7.4: 22, 62, 62 n. 257, 71
11.15.2: 108
11.16.12: 45 y sig.
 20: 45, 61
11.24.3: 83 n. 389
 6.1: 115
11.30.8: 205 n. 63
 15: 235 n. 256
11.36.3: 235 n. 256
 14: 234, 239
 22: 237 n. 274
 25: 33, 216, 219 n. 138
11.37 Rubr.: 233
 1: 232 y sig., 234 n. 255, 237, 255
11.39.1: 223, 226, 252
 4: 224
 12: 21 n. 14, 202, 225 y sig., 234
 n. 251
12.1.6: 134 n. 88
 33: 45 n. 145
 49: 25 n. 40
 56: 180 n. 426
 159: 205 n. 63
 181: 205 n. 63
 188: 174 n. 385
12.3.1: 83 n. 389, 126 n. 23
 2: 124 n. 6, 126 n. 23, 129 n. 52
12.11.1.1: 161, 165, 210 y sig., 217, 228
 n. 204
 1.2: 167 n. 335
12.19.1-3: 245 n. 322
 1: 180 n. 423
 2: 175 n. 392, 180 n. 423
 3: 175 n. 392
 13.5.20: 41
 13.6.2: 34, 42
 3: 175 n. 386
 4: 42, 64
 5: 175, 183, 202
 6: 41 y sig., 161, 165, 202, 217, 221
 7: 42
 9: 175 n. 386
 10: 175 n. 386
13.9.1: 180 n. 426
13.10.8: 22
13.11.6: 45 y sig.
 9: 83 n. 389
 13: 185 n. 454
 16: 63 sig., 65, 109, 185 n. 454,
 217 n. 133
14.3.3: 42
 13: 42 n. 124
 19: 45 y sig.
14.4.8.2: 42 n. 125, 161, 165, 218
14.6.5: 111 n. 96
14.15.3: 108
14.17.1: 57
14.18.1: 185
14.22.1: 246 n. 325
15.1.4: 111
 9: 49, 50 n. 180, 64, 186
 22: 49, 50, 175
 25: 111
 30: 108
 36: 120 n. 160
 38: 111
 39: 111, 118 n. 140
 46: 50, 111
 47: 50 n. 176
 50: 51 n. 181, 62, 108
 51: 108
 52: 50
 53: 108
15.2 Tit.: 120
 5: 54
 6: 54
 7: 54, 54 n. 206, 120
15.3.1-6: 119
15.4.9: 175

- 15.14.8: 124 n. 6
 9: 136, 136 n. 100, 161, 165, 198,
 198, 201
 10: 32 n. 84
 16.2.6: 178 n. 410
 19: 180 n. 426
 41: 200
 47: 178 n. 410
 16.5.40.4: 161
 54.5: 45
 16.7.3.1: 198
 16.9.4: 108
 16.10.20.1: 63
Const. Sirm. 16: 61
Consultatio
 1.12: 166 n. 328
 5.7: 193 n. 2
 6.2: 193 n. 2
 6.5a: 227
 6.10: 124 n. 6
 9.4: 175, 175 n. 387, 200
Digesta
 Omnem rei publicae 7: 13
 Tanta pr.: 12
 17: 13
 4.2.9.4: 213
 9.6: 213
 13: 240
 14.1: 213
 4.4.13.1: 213
 6.1.9: 218 n. 136 y 137
 23.5: 51 n. 185
 23.7: 51 n. 185
 37: 52 n. 187
 59: 51 n. 185
 68: 216
 77: 133 n. 79, 133 n. 81, 141
 6.2.7.6: 73
 11.1: 189 n. 490
 7.1.1: 34 n. 94, 35
 15 *pr.:* 51 n. 185
 54: 37
 56: 26
 7.2.6.1: 37
 7.4.17: 73 n. 328
 7.5.2.1: 35 n. 101
 7.6.1 *pr.*, § 1: 102 n. 44
 3: 73
 5 *pr.:* 20 n. 2, 35
 8.1.14.1: 104 n. 52
 8.2.4: 112 n. 105
 9: 112 n. 101
 15: 112 n. 101
 24: 77, 78 n. 357a
 26: 34 n. 94
 40: 112 n. 105
 8.3.1.2: 189 n. 490
 3 *pr.:* 122 n. 175
 4: 122 n. 175
 5.1: 122 n. 175
 13.1: 74 n. 339
 8.4.13.1: 109 n. 74, 118
 8.5.10: 191 n. 502
 17 *pr.:* 78
 17.2: 75, 116 n. 126
 20.1: 82 n. 383
 8.6.14.1: 103, 103 n. 49
 9.2.50: 51 n. 186
 10.2.35: 27 n. 49
 11.7.12 *pr.:* 104, 118
 13.6.5.15: 78
 13.7.11.5: 116 n. 127
 17.2.2: 149 n. 199
 52.10: 105
 18.1.32: 49 n. 171
 38: 145
 59: 103 n. 47
 81.1: 25 n. 42
 19.2.46: 145
 20.1.31 *pr.:* 44 n. 134
 31.1: 44 n. 134
 20.2.1: 105, 116
 4: 116 n. 127
 7 *pr.:* 116 n. 127
 20.4.7 *pr.:* 116
 21.2.11 *pr.:* 41 n. 120
 75: 103 n. 47
 23.3.75: 80 n. 371
 76: 74 n. 339
 78.2: 37
 26.2.26 *pr.:* 7 n. 26
 26.8.11 *pr.:* 194 n. 7

- 27.3 *Rubr.*: 194 n. 7
 27.5.1 *pr.*, 6, 8: 194 n. 6
 27.9.2: 116 n. 128
 30.1: 208 n. 87
 81.3: 102 n. 44
 86.4: 78
 31.86.6: 210 n. 96
 32.23: 208 n. 87, 210 n. 96
 38.6: 26 n. 43
 33.1.12: 25 n. 42
 33.2.8: 26
 15.1: 102 n. 44
 34.4.30.1: 210 n. 96
 39.2.24.12: 113
 26: 113
 45: 78 n. 357a
 47: 78
 39.3.1.3 y *sigs.*: 113 n. 108
 1.11: 114 n. 115
 1.12: 114 n. 115
 1.21: 113
 1.22: 74
 1.23: 74 n. 339
 2 *pr.*: 74 n. 339
 2.5: 114 n. 115
 2.6: 114 n. 115
 2.9: 114 n. 115
 39.4.1 *pr.*: 73
 3.1: 73
 40.1.40: 116 n. 128
 41.1.7.12: 51, 52 n. 188
 9.3: 143
 9.4 y *sigs.*: 145
 9.6: 149 n. 199
 20 *pr.*: 168
 43.1: 190
 53: 20 n. 2
 65.4: 48 n. 171
 41.2.1.3: 20 n. 2
 1.4: 20 n. 2
 41.2.1.21: 149 n. 199
 9: 60 n. 245
 10.2: 145
 12.1: 20
 19.1: 71
 23 *pr.*, § 1: 20 n. 2
 24: 27 n. 49, 27
 27: 71
 29: 71
 44 *pr.*: 27 n. 47
 48: 133 n. 79
 49.1: 27 n. 49
 52 *pr.*: 24
 41.3-10: 184
 41.3.5: 73, 258 n. 431
 23 *pr.*: 51 n. 185
 41.5.2.1: 27
 42.5.8 *pr.*: 73
 24.1: 105
 43.3.1.5: 143 n. 153
 43.6.3: 48 n. 167
 43.8.2.11: 48
 2.12: 112 n. 100
 2.13: 113
 2.14: 112 n. 100
 2.15: 48 n. 166
 2.17: 49, 49 n. 169
 2.25: 103 n. 46, 104
 2.38: 27 n. 47
 43.12-15: 120
 43.16 *Tit.*: 255
 1 *pr.*: 257 n. 420, 257 y sig., 261,
 261 n. 449, 262
 1.2: 255, 258 y sig.
 1.3-8: 257
 1.11-21: 247 n. 332
 1.15: 255, 257 y sig.,
 1.22: 60 n. 245
 1.24: 71
 1.35: 33
 1.39: 257
 1.45: 71
 1.48-3.1: 257
 3.9: 255 n. 406
 3.12: 251 n. 365, 257
 15: 33
 43.17.1.2: 20
 3.7: 31 n. 79
 43.18.1: 48 n. 165, 53 n. 192, 77
 2: 78 n. 358
 43.19.1.6: 103
 5.3: 191 n. 502

- 43.24.15.8: 74
 17: 62 n. 245
 43.26.2.3: 29 n. 64
 15.4: 71
 44.1.7.10: 51 n. 185
 7.12: 51 n. 185
 44.2.7.2: 51 n. 185
 14.3: 20, 233
 44.4.14: 51
 44.7.25 *pr.*: 202 n. 49
 35 *pr.*: 198 n. 21
 55: 143 n. 158
 45.1.38.7: 27 n. 49, 27
 46.1.68.1: 116 n. 128
 46.3.95.1: 198 n. 21
 98.8: 51 n. 185
 47.2.56: 205 n. 66
 62.8: 116 n. 127
 47.8.2.18: 255
 47.9.7: 72 n. 323
 48.6.5.1: 27 n. 47
 48.7.7: 240, 241 n. 295
 8: 205 n. 65
 49.14.1.2: 175 n. 389
 21: 116 n. 128
 49.15.2.2: 20 n. 2
 49.17.19.3: 78
 50.1.17.13: 20 n. 3
 50.4.12: 102
 50.10.5.1: 49 n. 169
 50.13.2: 114
 50.16.78: 20 n. 3, 261
 90: 103 n. 47
 126: 103 n. 47
 169: 103 n. 47
 50.17.23: 164
 54: 168
 175.1: 168
 177 *pr.*: 168
Doce Tablas 7.7: 104 n. 51
Ecloga 17.5: 261 n. 445
Ecloga privata aucta 17.33: 261 n. 445
Edictum Rothari
 151: 53, 91
 175: 160 n. 293
 177: 86
 184: 160 n. 293
 228: 84 n. 395
 300: 122 n. 176
 354: 91 n. 445
 358: 122 n. 171
Edictum Theoderici
pr.: 236
 10: 32, 206 n. 70, 236, 236 n. 267, 244
 n. 315, 249, 249 n. 345
 12: 171, 182 y sig.
 45: 28
 46: 206 n. 71, 241
 47: 249 n. 345
 51: 137, 155 n. 246, 158, 158 n. 276, 158
 52: 126, 137, 158 y sig.
 53: 126, 137, 158 y sig., 158 n. 278
 54: 38
 68: 175 n. 391
 69: 175 n. 391
 70: 204 n. 56
 76: 180 n. 426, 233, 234, 236, 236 n.
 267, 249, 251
 78: 150 n. 208
 83: 150 n. 208
 85: 199 n. 25
 86: 199 n. 25
 96: 226
 120: 124 n. 6, 150 n. 208, 199 n. 25
 121: 198 n. 22
 123: 205 n. 65
 124: 205 n. 65, 206 n. 70
 132: 226
 136: 234 n. 255
 137: 53, 53 n. 193
 138: 129 n. 49
 142: 29
 146: 199 n. 25
 147: 150 n. 208
 152: 201
Praeceptum: 39 n. 114
Epanagoge 40.75: 261 n. 445
Formulae
Andecavenses
 1: 90
 1c: 90
 4: 90

- 7: 90
 8: 90
 10a: 83 n. 387, 179 n. 419
 11: 83 n. 387
 21: 90
 24: 83 n. 386
 37: 90
 40: 90
 58: 90
- Marculfi*
 I 13: 94
 II 5: 86 n. 408
 6: 86 n. 408
 19: 158, 162 n. 250
 39: 86 n. 408
- Senonenses*
 2: 152 n. 217
 32: 86 n. 408
- Turonenses*
 6: 86 n. 408
 7: 86 n. 408
 8: 90
 39: 179 n. 419
 42: 90, 92 n. 448
 addit. 3: 89 n. 408
- Visigothicae*
 11: 85 n. 401, 158 n. 218
 12: 152
 13: 152
 20: 85 n. 401
 23: 85 n. 401
 27: 152 n. 217, 155
 2931: 159
 32: 85 n. 401
 33: 85 n. 401
 35: 87, 231
 43: 87
- Fragmenta Gaudenziana*
 14: 158, 158 n. 276
 15: 158
- Fragmenta Vaticana*
 7: 174, 211 n. 103
 34: 127 n. 37
 35: 124 y sig., 130
 35.1: 22
 4: 22, 127
 5: 62, 127, 151, 166, 221
 6: 127, 155 n. 246, 174, 221
 46: 35 n. 101
 249: 131, 133 y sigs., 137 n. 112, 139
 249.3: 137 n. 115
 6: 155 n. 246
 9: 21 n. 14, 28 n. 51, 166, 181 n. 374, 248 n. 337
 250: 142 n. 144
 258: 27 n. 49
 259: 142
 263: 133 n. 79, 133 n. 81, 141
 265: 133 n. 79
 266a: 133 n. 78
 268: 133 n. 7879, 133 n. 81
 272: 27
 273: 133 n. 78, 135 n. 91
 281: 133 n. 79, 146 n. 135
 282: 213
 283: 20, 26, 36, 170
 285: 133 n. 78
 288: 133 n. 79
 297: 133 n. 79, 141, 141 n. 139, 142 n. 145
 310: 133 n. 77, 142
 311: 133 n. 77
 314: 133 n. 76, 133 n. 79, 135 n. 97
 315: 20, 170, 227 n. 196
 316: 20, 170
 326: 217
- Fragm. de iure fisci* 5: 116 n. 128
- Gai Institutiones*
 2.7: 20
 14: 55, 189
 19: 189
 28: 189
 30: 37
 31: 188
 73: 51 n. 185, 52
 76: 51
 194: 207, 215
 199: 208
 204: 215
 212: 208 n. 88
 214: 208 n. 88
 248: 208 n. 88

- 3.136: 127 n. 32
 139: 128 n. 45, 144
 145: 44, 76, 246 n. 326
- 4.2: 212
 3: 36, 212
 5: 202 n. 49
 139: 24
 144: 252 n. 371
 148: 252
 154: 235
 155: 235
 160: 252
 161 y sigs.: 237 n. 272
 170: 237 n. 272
- Gai. Aug.*
 65: 208, 215
 107: 212 n. 110
 108: 212 n. 110
 109: 212 n. 110
 113: 212 n. 110
- Gai Epitome*
 1.1.4: 210 n. 37, 203 n. 51
 2.1.2: 189, 189 n. 493
 3: 53, 55, 112 n. 105, 189
 4: 52, 91
 6: 51 y sig.
 7: 39 n. 114, 124 n. 6
 2.5.1: 207, 207 n. 82, 208
 2: 165, 215
 3: 207
 4: 208 n. 84
 5: 208 n. 85
 6: 165, 208 n. 90
 2.7pr.: 208 n. 88
 6: 165, 215
 2.9.3: 163 n. 309
 13: 127 n. 32
 14: 127 n. 45
 2.10: 165 n. 322
 2.11.4: 198
- Grimoaldi Leges 4*: 179 n. 420
- Institutiones*
 2.1.30: 52 n. 188, 78
 32: 78
 35: 162 n. 300, 168
 36: 73 n. 328
- 37: 73 n. 328 y 333
 40-48: 143
 40: 143, 168
 41: 143 y sig., 147, 149 n. 195
 44 y sigs.: 145
 45: 149 n. 199
- 2.2.2: 74
 2.4 *Tit.*: 72
 pr.: 72
 1: 72
 2: 72
 4: 37, 72
- 2.6 pr.: 170, 357 n. 357
 14: 105, 162 n. 300, 167, 167 n. 337
- 2.7: 143
 2.7.2: 147 y sig.
 2.17.7: 208 n. 87
 8: 208 n. 87
- 2.20.2: 215
 3.23: 143
 pr.: 144 y sig., 144 n. 159, 149 n. 195
 3: 144
- 3.24.3: 76
 3.28 pr.: 72
 4.2.1: 256 y sig.
 4.6.1: 72, 228
 2: 72
 3: 228
 29: 80 n. 373
- 4.15.4a: 236 n. 263
 6: 239 n. 283, 255 y sigs., 261
- 4.18.8: 258
- Interpretatio ad Cod. Greg.*
 2.1: 163
 4.2: 163 y sig.
 6.1: 30, 51, 53.
 2: 51, 53
 7: 129
 7.2: 23, 227 n. 196
- Interpretatio ad Cod. Theod.*
 1.2.5: 235 n. 256
 8: 165
 1.4.3: 9
 2.1.8: 250

- 2.4.5: 180 n. 426, 250
 6: 180 n. 426, 199, 201, 201 n. 39,
 230 n. 224, 234, 244 n. 314, 250
- 2.5.2: 21 n. 14, 31
- 2.6.2: 210
 4: 21 n. 14, 31
 5: 216, 219 n. 138
- 2.7.2: 21 n. 14, 31
- 2.9.3: 165, 165 n. 328
- 2.12.1: 216, 219 n. 138
 2: 165
- 2.14.1: 28 n. 58, 234
- 2.15.1: 180 n. 426
- 2.16.2: 235 n. 256
- 2.18.3: 181 n. 429, 232 n. 241, 234, 241,
 245
- 2.19.3-7: 198
 7: 202 n. 46
- 2.23.1: 50, 64, 186
- 2.25.1: 22, 46
- 2.26.1: 234 n. 255
 2: 230 n. 224, 234, 253 n. 388, 254
- 2.29.2: 22, 137, 162, 165 n. 326
- 2.32.1: 198 n. 22
- 3.1.2: 22, 125 y sig., 151, 168 n. 342
- 3.1.5: 214
 6: 115 n. 122
- 3.2.1: 23, 59 sig., 124 n. 6, 206
- 3.4.1: 127 n. 35
- 3.5.1: 136 n. 104, 158
 2: 32, 124 n. 6, 130 n. 56, 135 n. 94,
 137
 6: 203
 13: 141 n. 101, 164
- 3.7.3: 163
- 3.8.2: 24, 39 y sig., 124 n. 6
 3: 37, 39 n. 114, 203
- 3.9.1: 24, 37
- 3.13.3: 34, 37, 66 n. 283, 209, 215 n. 126
 4: 163 n. 306
- 3.16.1: 209
 2: 203
- 3.17.4: 117 n. 132
- 3.30.1: 117 n. 132
 5: 46, 47 n. 156
- 4.4.7: 210, 219
- 4.5.1: 21 n. 14, 31, 124 n. 6, 127, 216,
 219 n. 138
- 4.8.6: 179, 201
 7: 183
 9: 175 n. 390, 182
- 4.9.1: 174 n. 385
- 4.12.3: 46 n. 154, 48 n. 163, 181 n. 429
- 4.14.1: 176 n. 395, 179, 180
- 4.15.1: 21 n. 14, 31, 181 n. 429
- 4.18.1: 21 n. 14,30 y sig., 212 n. 105,
 219, 227 n. 192, 227 n. 199, 230
 n. 224, 254 n. 390
- 4.19.1: 30, 219
- 4.20.1: 165 n. 326
 3: 165 n. 326
- 4.21.1: 234 n. 253, 245, 252 n. 371
- 4.22.1: 31, 32, 60, 180 n. 426, 201, 210,
 233 y sig., 248, 250, 251 n. 363,
 253
 2: 21 n. 14, 32, 234, 239 n. 283, 242
 n. 300 y 302, 243,
 3: 230 n. 224, 234, 243, 239 n. 283,
 243 y sig., 249 n. 345, 253, 256
 n. 412
 4: 32, 60, 210
 5: 31
 6: 180 n. 426, 233, 245, 248, 251
- 4.23.1: 31 n. 75, 201, 233, 233, 233 n.
 251, 236, 245
- 5.1.2: 23
 8: 34, 39 y sig., 65
- 5.7.1: 167, 208
- 5.10.1: 23, 62
- 5.17.2: 46
- 5.18.1: 33, 175, 182, 203
- 8.12.1: 24, 39, 67 n. 292, 117 n. 135, 134
 n. 88, 136 n. 104, 137, 140, 157
 y sig.
 9: 117 n. 135, 164, 188
- 8.18.1: 34, 39, 66, 124 n. 6, 162, 168, 221
 2: 24, 34, 39 n. 114, 40
 6: 24, 34, 40, 67 n. 292
 7: 34, 39
 9: 24, 34, 39, 65
 10: 24, 34, 37 n. 105, 39
- 8.19.1: 203

- 9.10.3: 242 n. 305, 243, 245 n. 320
 9.20.1: 33, 87 n. 419, 201, 210, 232 n.
 239, 233 y sig., 234 n. 255, 252
 n. 271, 245, 245 n. 320, 250
 9.27.4: 230 n. 224
 9.42.15: 163 n. 306, 209, 215 n. 126
 10.3.2: 181 n. 429
 10.8.3: 167 n. 338
 10.19.14: 110 n. 90
 11.3.3: 125
 5: 22, 126
 11.7.4: 22, 62
 11.37.1: 210, 232 y sig., 234 n. 255, 245
 11.39.12: 21 n. 14, 31, 225 y sigs.
 15.1.9: 49, 50, 64, 186
 16.9.1: 214
Interpretatio ad Nov. Maior.
 7: 117 n. 135, 139, 179
Interpretatio ad Nov. Marc.
 2: 46
 3: 23, 47, 65, 88 y sig., 90, 162, 165
Interpretatio ad Nov. Sev.
 1: 34, 40 n. 118, 117 n. 132
Interpretatio ad Nov. Theod.
 11: 117 n. 132
 13: 180 n. 426
 14: 34, 34 n. 95, 37, 40, 124 n. 6, 202,
 221
 20: 22, 63, 65, 187
 22.1: 124 n. 6
 2: 63
Interpretatio ad Nov. Val.
 25: 200
 27: 175, 179
 31: 175, 203
 32: 63 y sigs., 126 y sig., 127, 150, 151
 n. 210, 161, 165
 35: 29 n. 63, 34, 39 y sig., 65, 124 n. 6,
 162, 179, 180 n. 423, 180 n. 425,
 182, 184 n. 450, 198 y sigs.
Interpretatio ad Paul. Sent.
 1.2.4: 197
 1.4.2: 195, 197
 4: 195, 197
 5: 195
 7: 197
 1.7.2: 214
 4: 214, 218
 5: 124 n. 6, 165 n. 322
 7: 127
 1.11.2: 21 n. 14, 31
 3: 39 n. 114
 1.13.4: 128, 130, 220
 10: 198
 1.15.1: 195
 2: 197
 3: 195
 1.17 *Rubr.*: 54
 1: 54, 54 n. 205, 55 n. 215, 172
 2: 54, 172, 191
 1.18.1: 195
 1.19.1: 195
 2.1.3: 195
 2.2.1: 195
 2.4.3: 195, 220
 2.5.1: 205 n. 69
 2: 58
 2.8.3: 195
 2.12.2: 195, 220
 4: 195
 5: 58
 6: 58, 206
 2.13.1: 195
 2: 195
 3: 58 n. 235
 2.14.1: 195
 2.15.1: 197
 3: 196
 2.17.1: 221 n. 156
 2.18.3: 196
 5: 196
 10: 127 y sig., 152
 11: 23 n. 27, 129
 2.30.1: 197
 2.32.10: 196
 12: 196
 16: 194 n. 9, 196, 199 n. 25, 214 n.
 118
 17: 196
 21: 196 n. 13, 198 n. 22
 23: 196
 26: 197

- 3.8.6: 207, 207 n. 81
7: 23, 205 n. 69
- 3.9.9: 54 n. 199
76: 214
- 3.11.3: 138
- 4.1.6: 196, 208 n. 87 y 88
7: 165, 215
15: 222
18: 208, 208 n. 87
- 4.5.2, 5, 7, 8, 9: 198
- 5.2.1: 30, 31, 66, 71, 203, 253
2: 23, 60
3: 180
4: 21 n. 14, 124 n. 6, 127, 138, 162, 165, 183
5: 138
- 5.6.1: 21 n. 14, 31, 31 n. 75, 66 n. 289, 180 n. 426, 198, 210, 214 n. 119, 233 y sig., 234 n. 255, 236 y sig., 238, 245 y sig., 245 n. 322, 251 y sigs.
- 5.7.5: 21 n. 14, 30, 66 n. 289, 235, 246, 252 y sig.
6: 33
8: 21 n. 14, 89 n. 429, 197, 220, 235 n. 261, 245 n. 324, 253
10: 21 n. 14, 31, 198, 210, 220 y sig., 234 n. 255, 235 n. 261, 252 y sig.
12: 197
14: 58 n. 229, 233, 253 n. 385
- 5.8.2: 165
4: 196
- 5.10.3: 196
- 5.12.2: 136, 138, 141
4: 23, 138, 141
5: 197
- 5.18.2: 197
- 5.38.1: 21 n. 14, 31
- Lex Baiuvariorum*
16.2: 152, 154
8: 155
10: 153 n. 229, 156
15: 154 n. 239, 154 n. 239
16: 151
- Lex Burgundionum*
1.1: 84 n. 397
- 1.3: 86, 160 n. 294
13: 82, 83 n. 385, 84 n. 397
14.5: 84 n. 397
6: 85 n. 402
16.1, 2: 231
23.4: 229 n. 214
24.1: 85, 85 n. 402, 86
3: 85 n. 402, 86
4: 85, 229 n. 216
5: 85
27 *Rubr.*: 55 n. 210
1: 121
3: 55 n. 210, 121
4: 82 n. 378, 122
5: 122
28: 122
28.2: 82 n. 378, 92
31: 82, 82 n. 378, 83 n. 385, 91
38.7: 82, 122
10: 90 n. 437
40.1: 230 n. 218
42.1: 85 n. 404, 86
43: 138 n. 117, 159
47.2: 229 n. 216
51 *pr.*: 84 n. 397
2: 85 n. 404, 86
3: 230 n. 218
53.1: 85 n. 404
55.1: 230 n. 218
60.2: 138 n. 117, 159 y sig., 160 n. 296
62.1: 85 n. 403
2: 85 n. 403 y 405
66.1: 229 n. 216
67: 82 n. 378, 83 n. 385
69.1: 229 n. 216
74 *pr.*: 85 n. 404, 86, 229 n. 216
2: 85 n. 404, 86
3: 86
75.4: 229 n. 216
78.1: 85 n. 403 y 406, 229 n. 216
79: 179, 183, 191 n. 508, 231
83.1: 84 n. 395
84.2: 115 n. 124, 155
88: 138 n. 117, 159
99: 155

Lex Romana Burgundionum

- 2.5: 15 n. 69
 8.1: 201 n. 42, 242 n. 301, 254
 2: 262 n. 354, 254
 4: 201, 219 n. 141, 221 n. 157, 227
 n. 199, 254 n. 390
 5: 134 n. 88
 10.4: 198
 11.1: 103 n. 2
 14.1: 205 n. 65
 2: 58 n. 234
 3: 58 n. 234
 6: 199 n. 25
 16.2: 34, 39
 17 *Rubr.*: 55 y sig.
 1: 55, 119
 2: 54 n. 200, 54 n. 205, 55, 172, 191
 3: 54 n. 205, 55, 172, 191
 4: 55, 56 n. 222, 82, 82 n. 378
 5: 55, 56 n. 222, 82, 82 n. 378
 6: 54, 55, 112, 120
 22.3-6: 159
 3: 141 n. 101
 5: 117 n. 135, 139 y sig., 155 n. 249,
 156, 160
 6: 136 n. 100
 7: 137, 155 n. 249, 159
 9: 198
 26.2: 34, 39, 39 n. 114
 3: 201 n. 44
 30.4: 82
 31.1: 179
 3: 54, 191 n. 507
 35.1: 168
 2: 124 n. 6, 140, 155 y sig., 188
 3: 30, 221
 35.4: 1124 n. 6
 5: 132
 6: 153 n. 229 y 231, 156
 36.4: 117 n. 132
 5: 201 n. 38
 38.1: 165 n. 328
 2: 201, 201 n. 43
 4: 165 n. 326, 201 n. 43
 39.2: 183
 3: 179, 201, 253

40: 125

44.1: 179, 182

45.6: 198

46: 23

Lex Romana Curiensis

- 1.4: 192 n. 510
 2.4.2: 230 n. 224
 2.21: 51 n. 182
 2.24: 230 n. 224
 2.27: 137 n. 113
 3.1.2: 125 n. 20, 126 n. 22
 3.5.1: 164 n. 317
 3.13.2: 37 n. 103
 4.15.1: 230 n. 224
 4.19.3: 230 n. 224
 4.20: 233 y sig., 238
 8.5.1: 140 n. 129
 8.9.1: 39, 168 n. 343
 2: 39
 3: 39 n. 117
 4: 39
 8.10: 40
 9.16: 230 n. 224
 9.21: 230 n. 224
 9.32.3: 163 n. 306
 10.2: 47 n. 156
 11.15.3: 225 n. 185
 15.1: 50 n. 175
 18.9: 127 n. 31, 128 n. 40
 18.11: 179 n. 421
 19.2: 90
 23.20: 230 n. 224
 23.23: 55 y sig., 192
 26.4.2: 222 n. 165
 27.2.2: 258 n. 430
 27.11.2: 234, 246 n. 328
 27.12: 172 n. 360
- Lex Visigothorum*
- 2.3.5: 230 n. 218
 7: 230 n. 218
 2.5.2: 151
 3.2.5: 229 n. 217
 4.2.2: 229 n. 216
 13: 229 n. 216
 14: 85 n. 403
 4.3.3: 229 n. 215 y 218

- 5.1.4: 84 n. 394, 85, 87 n. 417, 87, 88
 5.2.3: 229 n. 217
 4: 85 n. 400 y 404
 6: 146, 159
 5.4.1: 155
 2: 154 n. 235
 4: 153, 153 n. 229, 157 n. 266
 17: 229 n. 217
 20: 84 n. 396, 87, 158 n. 269, 229 n.
 215, 253
 5.6.1: 205 n. 65
 3: 58
 5.7.2: 229 n. 217
 7.1.4: 229 n. 216
 7.2.8: 231
 8.1.2: 84 n. 395, 231, 253
 5: 231, 231 n. 233
 7: 230 n. 218, 231, 253
 8.2.3: 122
 8.3.6: 122 n.173
 7: 122 n. 173
 8: 122 n. 177
 9: 121
 10: 122
 12: 122 n. 172 y 174
 13: 82 n. 378
 15: 82 n. 378
 8.4.13: 229 n. 217
 24: 121
 26: 122
 27: 82 n. 378, 122
 28: 122
 29: 120
 8.5.1: 82 n. 378, 92
 2: 82, 83 n. 385
 4: 82 n. 378
 5: 82, 83 n. 385, 92
 10.1.5: 231, 253, 253 n. 388
 6: 53, 82 n. 378, 91
 7: 53, 91
 8: 82 n. 378, 229 n. 214
 9: 82, 82 n. 378, 83 n. 385
 11: 85, 88 y sig., 153 n. 229
 12: 88 y sig.
 13: 82 n. 378, 88 y sig., 89 n. 429, 91
 14: 82 n. 378, 88 y sig.
 15: 88
 19: 88 n. 427
 10.2.3-6: 179
 4: 179
 10.3.4: 84 n. 394
 5: 84 n. 394, 87 n. 417
- Liutprandi Leges*
 54: 179 n. 420
 70: 179 n. 420
 82: 122 n. 177
 90: 84 n. 395
 115: 179 n. 420
- LoerschSchröderPerels, Urkunden*
 26: 93 y sig.
 30: 93 y sig.
- Michael Attalioes* 56: 261, 261 n. 454
Nomoi georgikoi 90: 260 n. 443
Novellae Anthemii
 2: 167
 3: 63, 162, 167, 168, 224 n. 174
- Novellae Iustiniani*
 7.1: 76 n.351
 7.3.2: 76 y sig.
 17 init.: 12
 24.1: 12
 63: 118
 91.1: 79
 98: 75 n. 331
 120.1 pr.: 76
 1.2: 77
 6.1: 76 n. 351
 7.1: 76
 8: 76
 127.3: 73 n. 331
 162.1: 147 n. 187
 167.29: 126 n. 28, 164 n. 316
 33: 126 n. 28, 164 n. 316
- Novellae Maioriani*
 7.1: 179
 7.7: 117 n. 135, 139
- Novellae Marciani*
 2.1: 46
 3.1: 43 n. 129, 47 n. 157, 63 y sigs., 124
 n. 6, 162, 165
 3.2: 63
 4 pr.: 3

Novellae Severi

1: 34, 39 n. 114, 202, 221

2: 23 n. 32

*Novellae Theodosii*1 *pr.*: 13 n. 54

5.1.3: 63, 65

5.2: 45

9.1, 2: 47 n. 161

11.3: 117 n. 132

13: 180 n. 426

14.1-5: 34

3: 34

4: 38, 67, 202, 221

5: 39

6: 34

7: 40, 74

17.1.3: 174 n. 385

19 *pr.*: 69 n. 293

1: 175

20.1: 22, 32

3: 187

22.2.3,4: 134 n. 88

8: 63, 65

24.2: 41

4: 41, 175, 183, 199 n. 29, 202, 221

26.4: 64, 186

*Novellae Valentiniani*8.1: 21 n. 14, 32, 236, 239 n. 283, 243
y sigs., 243 n. 311, 249 n. 345, 253

8.1.2: 31, 244 n. 314

8.2: 243

10.1: 39 n. 114, 117 n. 135, 139

11: 174 n. 385

13 *pr.*: 46, 65 n. 276

15.1: 134 n. 88

3: 126 y sig., 134 n. 88

4: 127

25.1: 200

27: 179

pr.: 46, 65 n. 276

3: 179

4: 46, 179, 65 n. 276

6: 175, 180 n. 425

31.1, 2: 175, 203

6: 34

32: 127 y sig., 161

32 *pr.*: 126 y sig., 129 n. 51*pr.*-3: 127, 150 y sig., 151 n. 2104: 124 n. 6, 127 n. 42, 132, 136, 158,
161

6: 13 n. 54

34.3: 46

35.6: 179, 182

10: 34, 39

12: 176 n. 395, 179, 180 n. 425

13: 179, 184 n. 450

14: 193 n. 2

18: 29 n. 63, 124 n. 6, 162, 165

Pauli Sententiae

1.2.4: 197

1.4.2: 195

4: 195

5: 195

7: 197

1.7.1-3: 214

1: 213

2: 213

3: 213

4: 218

5-10: 214

1.9.1: 213

4: 213

5: 213

6: 213

7: 213

1.13.4: 220

1.13b.4: 198

6: 227

1.14.1: 119

1.15.1: 195

2: 197

3: 119

1.17.1: 172

2: 172

1.18.1: 195

1.19.1: 195

2.1.3: 195

2.2.1: 195

2.4.3: 195, 220

2.5.1: 230 n. 69

2.8.3: 195

2.12.7: 195, 220

- 2.13.1: 195
 6: 195
 7: 195
 2.14.1: 195
 5: 205 n. 65
 2.15.3: 196
 2.17.1: 124, 221 n. 156
 3: 221 n. 156
 6: 196
 7: 128, 153
 8: 196
 13: 124, 127
 14: 128
 2.31.6: 196
 8: 196
 13: 194 n. 9, 196
 14: 196
 23: 196
 32: 197
 3.6.7: 207
 28: 37
 30: 172
 4.1.6: 196
 11: 135 n. 97
 15: 222
 5.2 *Tit.*: 173
 3: 173, 180
 4: 180
 5: 124 n. 6
 5.5a.8: 173
 5.6.1a: 48 n. 167
 2: 119, 121 n. 170
 5: 194 n. 10
 7: 235
 8: 33
 10: 197, 220, 253
 12: 220
 14: 197
 5.7.4: 196
 5.9.3: 197
 5.11.2: 136 n. 106
 5: 197
 5.12.9a: 208 n. 87, 210 n. 96
 5.23.9: 237 n. 268
 5.26.4: 58 n. 232, 205
Peira 42.10: 261, 261 n. 453
Prochiros 39.49: 261 n. 445
Schol. Sinait. 44: 172 n. 363, 184
Schol. ad Fragm. Vat.
 113: 163
 273: 135 n. 91
 297: 142 n. 145
 314: 135
Summar. ad Cod. Theod.
 9.42.22: 29 n. 59
 10.8.5: 29 n. 59
 11.39.1: 227
Synopsis Basil.
 6.5: 261, 261 n. 452
 7: 261, 261 n. 452
Siro-Romano Libro de Derecho
 L 66: 173 n. 378
 69: 140
 85: 166 n. 328
 120: 112 n. 104
Theophilus ad Inst.
 1.2.7: 117 n. 137
 2.1.30: 78
 32: 781
 40: 143, 143 n. 153, 168 n. 349
 41: 144 n. 164
 45: 149 n. 199
 2.2.2: 72
 2.4 *pr.*: 72
 1: 72
 2: 72
 4: 72
 2.6 *pr.*: 170
 2.20.2: 225
 4.2.1: 257
 4.6.1-3: 72, 228
 29: 80 n. 373
 4.15.6: 256 n. 415, 255, 259
Ulpiani Epitome
 15.3: 35 n. 99
 19.6: 134 n. 88
 8: 134 n. 88
 24.27: 35 n. 100

II. INSCRIPCIONES Y PAPIROS EN PARTICULAR

ArangioRuiz, Negotia

(véase también Bruns)

14: 7 n. 26

51: 7 n. 26

61: 7 n. 26

98: 7 n. 26

138: 7 n. 26

139: 89, 129 y sigs., 132 n. 74

155: 7 n. 26

Bruns, Fontes

Las referencias son a

R(iccobono, *Leges*) y

A(rangio)*R*(uiz, *Negotia*)

11 = *R* 8: 102 n. 20, 102 n. 45

15=*R* 12: 102 n. 45

22=*R* 14: 101 n. 36

27=*R* 18: 101 n. 40

28=*R* 21: 101 n. 33, 101 n. 40, 102 n. 45

30*b*=*R* 24: 101 n. 40

54=*R* 45: 101 n. 41

56=*R* 15: 100 n. 29

77=*R* 67: 101 n. 33

87=*R* 84: 177 n. 397

112=*R* 105: 109

113=*R* 104: 109

114=*R* 100: 20 n. 7, 185

115=*R* 101: 185

116=*R* 102: 185

137=*AR* 95: 7 n. 26

139=*AR* 94: 7 n. 26

141.15=*AR* 106o: 102 n. 45

144=*AR* 110: 49 n. 171

164=*AR* 11: 7 n. 26

183=*AR* 43: 26

187=*AR* 86: 123 n. 3, 177, 193 n. 3

192=*R* 85: 177 n. 397

Corp. Inscr. Lat.

(salvo incluidas arriba)

III 7251: 101

Papiros griegos

BGU 19: 3 n. 9

267: 177 n. 397

316: 39 n. 113, 63

CPR II 75: 77 n. 356

P. Berol. 16976: 184

P. Cairo Masp. 67295: 255 n. 408

67298: 77

67299: 77, 77 n. 356

P. Cairo Preis. 4: 232

P. Columb. Univ. inv. 181/2: 3 n. 11, 173

y sig., 181,

183

P. Flor. 61: 177 y sig.

P. Goodspeed 15: 67 n. 294

P. Grenf. II 74: 67 n. 294

P. Klein. Form. 314: 77 n. 356

P. Lond. II p. 323: 77

Inv. 2565: 3, 3 n. 10

P. Monac. 16: 56 n. 222

P. Oxy. 67: 193 n. 1, 223

68: 178

1468: 67 n. 294

2089: 35 n. 99

PSI IV 281: 177 n. 403

P. Strassb. 22: 177 n. 397

P. Tebt. 335: 67 n. 294

Preisigke, Sammelb. 5356: 67 n. 294

Wessely, Stud. 1 p. 7: 67 n. 294

Marini, Pap. dipl.

82: 138

83: 63, 138

84: 138, 140

86: 138 n. 119, 142 n. 146 y 147, 146 n.

173

88: 146 n. 176

88*a*: 146 n. 176

89: 38 n. 107, 138 n. 119, 142 n. 147,

146 n. 175

90: 134 n. 88, 142 n. 147, 146 n. 176

91: 138 n. 119, 142 n. 147, 146 n. 176

92: 138 n. 119, 142 n. 147

93: 38 n. 107, 63 n. 266, 138 n. 119, 146

n. 174

94: 142 n. 147

95: 142 n. 147

107: 138 n. 121, 146 n. 176

109: 142 n. 147

110: 146 n. 176

113: 126 n. 29, 131 n. 63

- 114: 63 n. 266, 142 n. 148
 115: 126 n. 29, 131 y sig., 131 n. 63, 142 n. 148
 116: 135 n. 63, 136 n. 68
 117: 63 n. 266, 126 n. 29, 131 y sig., 131 n. 63, 142 n. 148
 118: 63 n. 266, 142 n. 148
 119: 63 n. 266, 126 n. 29, 131 n. 63
 120: 126 n. 29, 131, 131 n. 63, 142 n. 148, 146 n. 173, 146 n. 177
 121: 126 n. 29, 131, 131 n. 63, 142 n. 148, 142 n. 151, 146 n. 173
 122: 126 n. 29, 131, 131 n. 63, 142 n. 148, 142 n. 151, 146 n. 175
 123: 126 n. 29, 131 n. 63, 142 n. 151, 146 n. 174

Riccobono, Leges

(véase también Bruns)

98: 120 n. 159

Spangenberg, Tabul.

(salvo abarcado por Marini)

26: 39 n. 114, 138

III. FUENTES NO JURÍDICAS*Agrimensores*

(ed. Lachm.)

- Agenn. Urb.* 36.16: 114
 48.21: 83
 57.22: 114
 58.12: 102
 86.25: 83 n. 390

Frontin. 15.4: 83

24.6: 102

44.4: 237 n. 272

58.12: 102

Hygin. 116.21: 82 n. 382

121.1: 103

201.12: 82 n. 382

Sic. Flacc. 146.9: 104 n. 51

14: 103

19: 113 n. 109

152.10: 104

12: 82 n. 382

157.9: 82 n. 382

158.22: 103

*Ambrosio**De obitu Valent.* 37: 233 n. 244*Epist.* 20: 107, 117 n. 137

21: 107 n. 68

82: 25 sig., 39, 57

In Evang. Luc. 5.61: 66 n. 290*Amiano*

21.10.8: 9 n. 36

27.9.10: 111 n. 94

30.4.11: 4 n. 14

18: 172

*Agustín**De bono coniug.* 16: 29 n. 62*De fide et operibus* 10: 236 n. 262*De Genesi ad lit.* 27: 38 n. 110*De Trinitate* 14.19: 21 n. 14*Enarratio in Psalm.* 51.14: 232 n. 238

148.11: 61 n. 249

Epist. 153.26: 29 n. 65*In ep. Ioannis ad Parth.* 7.11: 28 n. 55,
205 n. 64*Locutiones ad Gen.* 43.29: 30 n. 68*Sermo* 17.4: 232 n. 238

167.3: 129 n. 53

344.4: 30

355.5: 139 n. 123

356.3: 23 n. 34

4: 29 sig.

Ausonius, Gryph. 63 sig.: 251*Boeth. ad Cic., Top.*

4.23: 172

17.6.: 80 n. 371

Cassius Dio 38.1.4: 100 n. 24*Censorinus* 17.2: 178 n. 408*Cicero**De lege agr.* 1.14: 100 n. 24*De offic.* 1.28 sigs., 69 sigs., 153: 105 n.
56a*In Verr.* 3.47: 20 n. 7*Top.* 17: 35 n. 98*Concilia**Africanum* (424) c. 87: 242 n. 298*Agathense* (506) c. 7: 39 n. 113*Aurelianum* (511) c. 1: 15 n. 69

c. 23: 179 n. 417

- Aurelianum* (538) c. 13: 179 n. 417
Chalcedonense (451) c. 17: 179 n. 417
Epaonense (517) c. 18: 182
Milevitanum (416) c. 21: 242 n. 298
Acta Synhod. Rom. (502): 39 n. 113
Toletanum (633) c. 34: 179 n. 417
Turonense (567) c. 21: 15 n. 69
Decretum Gratiani 16.6.2: 242 n. 298
Donatus in Terent. Eun. 319: 236 n. 262
 768: 237 n. 268
Ennodius ep. 447.5: 121 n. 165
Festus v. Compascius: 82 n. 382
Frontinus
De aquis 97: 120
 125: 101
 127: 101
 128: 101
Gellius, Noct. Att. 3.2.12, 13: 172
Glossaria Latina
gl. Abstrusa: 47 n. 156
Ansileubi: 47 n. 156
Grammatici Latini 7, 524: 30 n. 70
Gregor. I
Epist. 1.9: 249 n. 348
 70: 47 n. 155
 2.10: 72 n. 322
 3.3: 47 n. 155
 17: 72 n. 322
 18: 72 n. 322, 137 n. 114, 138
 n. 121
 7.36: 180 n. 423
 9.41: 233., 234 n. 255, 244, 249
 n. 348
 42: 233, 234, 244, 249 n. 348
 90: 233, 234 n. 255, 244, 249
 n. 348
 91: 233, 234 n. 255, 244, 249
 n. 348
 98: 63 n. 268., 138 n. 121
 125: 47
 145: 33, 234 n. 250, 249 n. 348
 146: 31 n. 75, 33, 33 n. 91, 234
 n. 250, 249 n. 348
 147: 234 n. 250
 235: 234 n. 250, 249 n. 348
append. I: 63 n. 268, 140, 146 n.
 175 y 177
Moralia 14.41: 61 n. 248
Hadriani Sentent. 9: 173 n. 373, 177
Herodiano 2.4.6: 109 n. 61, 185 n. 462
Isidoro, Etym.
 5.4.2: 237 n. 268
 5.9.1: 172
 5.24.23: 123 n. 4
 27: 146 n. 176
 5.25.2, 3: 29 n. 65
 22: 58
 24: 205 n. 69
 25: 233, 238 n. 277
 30: 172
 33: 233, 238, 250
 34: 23 n. 34
 15.13.9: 82 n. 382
 15.16.4, 8, 13: 54 n. 207
Livio 40.17.4, 6: 234 n. 252
Macrob., Sat. 1.3.9: 172
Marc. Aurel., Eἰς ἑαυτόν
 4.29: 105
 4.33: 105
 8.34: 105
 9.23: 105
Papas
Felix III: 179 n. 415
Gelasius I: 179 n. 415
Petrus Chrysologus, Sermo 145: 179 n. 416
Plinius
ad Traian. 110/1: 177
ep. 7.18.3: 44 n. 134
Plinius
Nat. hist. 16.95.150: 178 n. 408
 18.35: 20 n. 7
Plutarco, Galba 8.4: 101 n. 39
Possidius, Vita August. 24: 139 n. 123
Procop., Περὶ τῶν πολέμων
 3.3.3: 176, 183
Salviano
ad eccles. 1.26: 24 n. 37, 37 n. 106, 39
 n. 112
De gubern. Dei 4.4.20: 83 n. 392
 5.7.28: 187 n. 472

- 5.8.38: 187 n. 472
 42-44: 83 n. 392, 187 n. 472, 473
 5.10.54, 56: 83 n. 392
 7.21.93: 4 n. 14
- Scr. Hist. Aug.*
Alex. Sev. 58.4: 41
Hadr. 7.5: 101 n. 39
Pertinax 7.2: 208 n. 87
Probus 16.6: 41
- Seneca*
De benef. 5.12.7: 168 n. 346
 7.4.2: 20 n. 8
 3: 66 n. 284
 7.5.1: 20 n. 8
 7.6.1: 66 n. 284
 3: 20 n. 8
- Servius in Verg. Aen.*
 8.508: 178 n. 408
 10.419: 204, 209
- Sidonius, ep.*
 4.17.2: 15 n. 62
 8.6.7: 179 n. 416
- Strabo* 5.3.7: 101
- Sueton., Vespas.* 8.5: 102
- Symmachus*
Ep. 1.74: 247 n. 332
 5.54: 176
 5.66: 176, 178, 183 n. 444
 9.30: 115 n. 121
Rel. 16: 178 n. 410, 200 n. 37, 252 n. 371
 19.8: 193 n. 3
 28: 232 y sigs., 232 n. 241, 233 n. 244, 234 n. 255, 237, 237 n. 269, 247 n. 332
 41.1,2: 175 n. 389
- Tacitus*
Ann. 1.75: 101
 15.43: 102
Germ. 21: 122 n. 178

ÍNDICE DE MATERIAS

- Accessio possessionis* 182
- Actio (agere)*
- decadencia del término 194 sigs., 229 sig.
 - ex empto* 199, 220 sig.
 - ex testamento* 200 sig.
 - finium regundorum* 200
 - iniuriarum* 200
 - inofficiosi testamenti* 198
 - interdicti* 220
 - significado en derecho vulgar 194
 - momentaria*: véase *Interdictum momentaria annalis* 249, 250 sig.
 - proprietatis* 198, 230, 234, 246
 - utilis* 194
 - = *administratio* 197
 - cf. Vindicare*
- Actiones*
- distinguidas por objetos, no por causas 212, 214, 217 sig., 230
 - in rem* 201 sig., 211 y sigs., 218 y sig., 211 y sig.
 - in rem y ex contractu* 218 y sigs.
 - in rem y in personam* 210 y sigs., 221 y sigs.
 - nuevos nombres 200 y sig.
 - no existe sistema de 193 y sigs.
 - del legatario 206 y sigs.
 - personales* 211 y sig.
 - en derecho justinianeo 193 y sig., 228 y sig.
 - en derecho romano-germánico 229 y sigs.
- Actos de disposición: véase transmisión
- «Actos simultáneos» 123, 125, 132, 134 y sig., 151, 160 y sig.
- Actus* (derecho de paso) 55
- Acueductos (publicos) 100 y sig., 120
- Addictio in diem* 150
- Ager compascuus* 82 y sigs.
- Agri deserti* 108, 120 y sig., 185 y sigs.
- Aguas 113 y sigs., 118, 120
- cf. Derecho de paso, etc.*
- Amo y dependientes como invasores 247 y sig.
- Anefang*, acción (procedimento) de 168, 231
- Animus, possidendi* 70 y sig.
- rem sibi habendi* 61
- Annona civica* 57
- Aquae* 113 y sig., 118, 120
- Arrha* (en ventas) 144, 153 y sig., 157
- Auferre* 214
- Autoayuda 204 y sigs., 215
- refrenada 235 y sigs.
- Breviarium Alaricianum* 52 y sig., 112 n. 105, 140 n. 130
- Bucellarius* 84 y sigs.
- Canon* 43, 57, 89
- Captivus, redemptus* 105, 176
- cf. Postliminium*
- Carga real 25, 57
- Celebrare* 155 n. 246
- Censor* 99
- Clasicismo: véase, Derecho justinianeo
- Coloni* 60, 110, 186
- Comparare* 124 n. 6, 151
- Condictio* 193 y sig.
- Conductor*
- ad tempus* 43, 61

- en relación con el *ius perpetuum* y la *emphyteusis* 43 y sigs., 90 n. 437
cf. Locatio conductio
- Consortes* 81 y sigs., 91
- Constantino 9, 21, 27, 36, 67 y sig., 73, 124 y sig., 133 y sigs., 166 y sig., 173, 186, 223 y sigs.
- Continuidad del derecho vulgar,
 en reglas y usos germánicos 14 y sigs., 81 y sigs., 90, 90 y sigs., 94 y sig., 119 y sigs., 131, 150 y sigs., 157, 160 y sig., 179, 229 y sigs., 253 y sig.
 en derecho justiniano 12 y sig., 70 y sig., 74 y sig., 188 y sig., 255 y sigs., 260
- Contrato y transmisión de derechos reales, combinados 16 y sig., 135, 140 y sig., 142 y sig., 147 y sig., 188
 separados 162 y sigs.
- Contrato, reclamaciones por 218 y sigs.
- Corporaciones 26, 41 y sig., 210 y sig.
- Derecho clásico, no presunción de continuidad del 8 sig., 14, 19, 194
- Derecho de retracto 90 n. 435, 115
 de paso, etc. 54 y sigs., 121 y sig., 188 y sig., 190 y sig.
- Derecho justiniano
 adopta derecho vulgar: véase Continuidad clasicismo 20, 47, 71 y sigs., 142 y sigs., 184, 212, 215 y sigs., 254 y sigs.
 contradicciones 118, 143, 148 y sigs., 254 y sigs.
 cuatro corrientes 11 y sig.
 opuesto al derecho vulgar 7 y sig., 12 y sig., 71 y sigs., 76, 142 y sigs., 169 y sigs., 171 y sigs., 191, 193 y sigs., 209, 209, 216 y sig., 254
 lenta influencia 13
 sistema de acciones 193 y sig., 228 y sig., 259
acciones in rem e in personam 215 y sig., 228 y sig.
 normas sobre edificios 118
 contratos y transmisión de derechos 142 y sigs.
 contratos simulados 145 y sig.
- dominium* 72
 no *dominium* en dos por entero 78 y sigs.
 no adquisición a manos de un no-propietario 166
- donatio* 146 y sigs.
dos 78 y sigs.
emphyteusis 75 y sigs.
emptio venditio 144 y sigs.
longi temporis praescriptio 169, 181 y sigs.
possessio 70 y sigs.
 recursos posesorios 254 y sigs.
servitus 74 y sig.
 Estado e individuo 117 y sig.
superficies 77 y sig.
usucapio 169 y sigs., 184
ususfructus 72 sigs.
 normas sobre aguas 114
- Derecho local: véase Derecho peregrino
- Derecho peregrino 5 y sigs.
- Derecho público en mezcla con derecho privado 41 y sigs., 43 y sig., 49 y sigs., 54 y sigs., 58 y sig., 97 y sigs.
- Derechos reales: véase *Iura in re*, *Iura in re aliena*
- «Derechos reales subjetivos» 57
- Derecho romano-germánico
 basado en el derecho vulgar: véase Continuidad
 criterio para la determinación del origen de una regla 15 y sig., 66, 86 y sig., 94 y sig., 120, 131, 230
 elementos germánicos 15 y sig., 121 y sig., 160 y sig., 168, 131 sig.
actio: carencia de concepto técnico 230
 acciones por delito 231 sig.
 normas sobre edificación 120
 función social de la propiedad inmueble 93, 121 y sig.
dominium 84 y sigs.
donatio 157 y sigs.
emptio venditio 150 y sigs.
 expropiación 119
 tenencia hereditaria 87 y sigs.
 propiedad individual 81 y sigs.

- munera* 119
possessio 84 y sigs.
 inexistencia de *agri deserti* 125 y sig.
 inexistencia de recursos posesorios 253
 derechos de paso, etc. 121 y sig.
superficies 91 y sigs.
ususfructus 85 y sigs.
vindicare 229
 normas sobre el agua 120
 Derecho vulgar, definido 2, 5 y sig.
 y derecho de orientación clásica 7 y sig.
 y derecho peregrino 5 y sigs.
 y derecho establecido por ley 2 y sigs.,
 97, 110, 125, 137 y sig., 139, 145 y
 sig., 177, 225 y sigs.
 autores 7
 refractario a los términos técnicos 46 y
 sigs., 87 y sig., 194, 200 y sig.
 en época clásica 6, 68
 comparado con el derecho romano ar-
 caico 69 y sig., 202, 224
 desinteresado de las *actiones* 194 y sigs.,
 215, 217 y sig.
 sin interés por la definición clara de los
 conceptos 7, 39, 58, 69
 desarrollo autóctono 68 y sigs.
 límites 11
 mezcla de conceptos 21 y sigs., 31 y
 sigs., 34 y sigs., 39, 123
 períodos 9 sig.
 precedido por usos provinciales 7, 110
 fuentes 10 y sig.
 tolerancia en relación con los conceptos
 clásicos 21, 28 n. 56, 39, 67 n. 294,
 68
 crecimiento inconsciente 2, 4, 7, 21, 35,
 69, 131, 135, 218
 Este y Oeste 10 y sigs.
 adoptado en el derecho romano-germánico:
 véase Continuidad
 adoptado por Justiniano: véase Continui-
 dad
 desatendido por Justiniano 171, 26: véase
 Derecho justiniano
 mal comprendido por Justiniano 254 y sig.
Diadikasia 224
 Diocleciano 2, 7, 20 y sig., 36, 170
 Doctrinas orientales 6, 11, 12, 533, 61
 n. 253, 71 y sig., 74, 77 y sig., 123, 136,
 190 y sig., 217 n. 133, 224, 228 y sig.
 cf. Influencias helenísticas
 Documentos
 usados normalmente en negocios jurídi-
 cos de importancia 68, 94
 de Rávena 130 y sig., 138, 142, 146
 del norte de África vándalo 130 y sig.
 en las donaciones 134 y sig., 136 y sig.,
 138
 en la *emphyteusis* 190
 en el cumplimiento de las obligaciones
 162 y sigs.
 en las ventas 124, 126 y sigs., 144 y sigs.,
 150 y sigs., 154 y sigs.
 en el usufructo 188
Dolus 128
Dominium
 ¿absoluto o relativo? 222 y sigs.
 adquisición por cultivo de la tierra 185
 y sigs.
 adquisición por larga posesión: véase
 Larga posesión
 interferencias administrativas 97 y sigs.
 ad tempus 26, 36
 dominium y poder político 20 n. 8
 dominium y *possessio* 19 y sigs.
 dominium, una subdivisión de *possessio*
 27 y sigs., 61 y sig., 224 y sigs.
 dominium sin *possessio* 189 n. 494
 dominium e interés público 100 y sigs.
 dominium et ius 34
 duorum in solidum 40 y sigs., 47 y sig.,
 50 y sig., 65 y sigs., 78 y sigs., 89 y
 sig., 94, 111, 112 y sig.
 indicando control de hecho 32 y sigs., 59
 y sig., 87
 ius perpetuum o *emphyteusis* 44 y
 sigs., 62, 64 y sig.
 superficies 49 y sigs., 64
 ususfructus 34 y sigs.
 otros derechos limitados 40 y sigs.
 en suelo provincial 20, 178

- no adquisición de manos de un *non dominus* 60, 166 y sigs.
determinado por atributos para expresar propiedad 39, 58 y sigs., 85, 93
en el derecho justinianeo 70 y sigs.
en el derecho germánico 84 y sigs.
- Dominus*
possessionis 60, 247 y sig.
proprietatis 73
- Donatio*
ante nuptias 135 y sig., 164
como modo de transmisión de derecho 134 y sig., 140 y sig., 146 y sig., 163 y sig.
coepta 142
requisitos de Constantino 133 y sigs., 136
traditio corporal 134, 135 y sigs.; *cf. Traditio*
entrega de documentos sobre adquisiciones previas 147 y sig.
directa 137 y sig., 157
documento 132 y sigs., 137
donación imperial 133 n. 83, 167 y sig., 227
inter liberos et parentes 133, 135
donación limitada 41 sig., 86, 160
de muebles 137
perfecta 132 y sig., 148
promesa de donar 134 y sig., 140, 146 y sig.
ejecución con publicidad 133 y sigs.
registro 134 y sig., 140, 147
en el derecho justinianeo 145 y sigs.
en el derecho germánico 164 y sigs.
- Dos*, constitución y transmisión 163 y sig.
propiedad 78 y sigs.
vindicare dotem 209 y sig., 215 n. 126
- Edificios, normas sobre 102, 111 y sigs., 118, 120
- Elementos germánicos: véase Derecho romano-germánico
- Emphyteusis*, constitución 189 y sig.
desaparición del concepto 46 y sig., 87 y sigs.
tipo de *dominium* 44 y sigs., 65 y sig.
- en la práctica bizantina 77
en el derecho justinianeo 75 y sigs.
cf. Tenencia hereditaria
- Emptio venditio*
como modo de transmisión de derecho 123 y sigs., 150 y sigs.
ocasionada por *dolus* 128, 151; *metus* 128, 151 y sig.
documento 124, 126 y sig., 144 y sig., 150 y sigs., 154 y sig.
lex commissoria 150, 153
pago 126 y sigs., 132, 144 y sig., 150 y sigs.
pago parcial 153
registro 126, 148 y sig., 155
venta de cosas valiosas o de valor insignificante 124, 126, 149, 154 y sigs., 161
garantías dadas por el vendedor 154
traditio 128 y sigs.; *cf. Traditio*
testigos 129 y sig., 150 y sigs., 154 y sig.
en el derecho justinianeo 144 y sig.
en el derecho germánico 150 y sigs.
- Enajenación
prohibición y restricciones 115 sig.
derecho de enajenar 40, 40 y sigs., 62 y sigs.
- Epibole* 43, 108 y sig., 121, 185
- Escuelas orientales 8, 12, 184
- Estado e individuo 98, 105, 106 y sigs., 117, 118 y sigs.
- Exceptio vitiosae possessionis* 235 y sigs.
- Expropiación 100 y sig., 108, 167
- Fideicommissum* 164, 208, 210, 215, 222
- Fiducia* 205 y sig.
- Forum rei sitae* 217
- Fructus dupli* 219, 221
- Funcionarios, adquisiciones por 127 y sig., 167
- Gewere*: véase *Seisin*
- Glosadores 14, 75, 262
- Hand wahre Hand* 168

- Heredable, como prueba de propiedad 62 y sigs.
- Hospitalitas* 81, 121 y sig.
- Hypotheca* 58 y sig., 58 n. 231, 116 y sig.
- Impetratio dominii* 78 y sig.
- Impuestos, influencia en el derecho privado 97 y sigs., 108, 124 y sigs., 133, 170, 187. *cf.* *Canon*
- In iure cessio* 124, 133
- Influencias helenísticas 10, 67 y sig., 79, 124, 126 y sig., 134 n. 86, 144. *cf.* Doctrinas orientales
- Integri restitutio* 212 y sigs.
- Interdicta possessoria*: véase Recursos posesorios
- Interdictum*
- de clandestina possessione* 252
 - de precario* 252 y sig.
 - de vi* 232, 235 y sigs., 249, 255
 - reemplazado con sanciones como por crimen 238 y sig.
 - sustituido por pérdida del derecho o pago en represalia 239 y sigs.
 - relación con pérdida del derecho 243 y sigs.
 - mantenido 245 y sigs.
 - quorum bonorum* 245, 249, 251
 - uti possidetis* 251 y sig.
 - utrubi* 227, 236, 245, 249, 251
- Interpolaciones
- clasicistas 12 n. 53, 217
 - en CT 28, 242 y sig.
 - prejustinianeas 8
- Investitura* 95, 131, 154
- Italia bajo el dominio ostrogodo durante el proceso compilador de Justiniano 170 y sig.
- Iter* 55 y sig.
- ad sepulchrum* 104, 118
 - liberum ad omnes agros* 102 y sigs.
 - en el interés del tránsito general 101 y sig.
- Iura in re*
- e in personam* 221 sig.
 - exigible frente a todos 221 sig., 228 y sig., 230 y sig.
 - no relación con *actio in rem* 221 sig.
 - cf.* Derechos reales subjetivos
- Iura in re aliena*
- concepto perdido 38 y sig., 42, 43 y sig., 53 y sig., 58, 61 y sig., 65 y sig., 86 y sig., 92, 109 y sig., 187 y sig.
 - constituidos mediante negocio jurídico 187 y sigs.
 - constituidos *lege* 98, 116 y sigs.
 - tipos innominados 40 y sigs., 56 y sig., 86 y sig.
- Ius ad rem* 222
- Ius pascendi*: véase Derecho de paso, etc.
- Ius perpetuum* 43 y sigs.
- como una clase de *dominium* 44 y sigs.
 - indicando propiedad plena 64 y sig.
- Ius privatum salvo o demptocanone* 43, 64 y sig., 76, 186
- Juramento 165 n. 328
- Justiniano, crítica necesaria de sus afirmaciones históricas 144 y sig., 171
- Larga posesión
- como modo de adquirir propiedad 169 y sigs.
 - y prescripción de la acción de propiedad 181 y sigs.
- bona fides* 182 y sig.
- período de cuarenta años 173, 176, 211
- iustum initium* 173, 177, 183
- período de treinta años 171, 176 y sigs., 211 y sig.
- Legatum, damnationis* 164, 207, 215
- sinendi modo* 208 n. 90
 - vindicationis* 206 y sig., 215
- Leges* y derecho vulgar 2 y sigs.
- Ley y derecho vulgar 2 y sigs.
- Lex commissoria*, en *emptio venditio* 150, 153
- en *pignus* 206
- Lex Hadriana de rudibus agris* 185, 186
- Lex Manciana* 185
- Lex Romana* 15 n. 69

- Limes* 102
- Locatio conductio* 88, 220
cf. Conductor
- Longi temporis praescriptio* 172 y sigs.,
 177, 180 y sig., 183 y sig., 190 y sig.
cf. Larga posesión
- Mancipatio* 124, 131, 133, 136, 170
- Manus iniectio* 205
- Marcus Aurelius* 100, 105 y sig., 116
- Markgenossenschaft* 82
- Medietas debiti* 219 n. 145
- Metalla* 109 y sigs., 118
- Metrocomia* 115 n. 120
- Metus* 128, 151, 213
- Minería 109 y sigs., 118
- Momentum* 21, 233 y sigs., 238, 254
cf. actio momentaria
- Mora* (interés) 219
- Munera* 98, 100, 102, 106
- Nacherbe* 40
- Obligación: véase Contrato
- Ocupación de tierra no utilizada 105, 121,
 185 y sigs.
- Pactiones et stipulationes* 56, 190 y sig.
- Pactum* 164, 189
- Paternalismo 98, 108, 112 y sig., 116
- Pauli Sententiae*, posición del autor original
 21, 33, 124 n. 10, 172, 222, 235
- Pago: véase *Emptio venditio*
- Pena
 capital 100
 fijación de la 100
- Peraequatio* 43, 46, 108, 121
- Pérdida del derecho
 como sanción contra el invasor 238 y sigs.
 relación con las acciones momentáneas
 243 y sigs.
 en el derecho justinianeo 255 y sigs.
 en el derecho romano-germánico 253
- Período greco-romano 6
- Período intermedio 1 y sig., 9
- Permutatio* 132, 155
- Petitor y possessor* 31, 222 y sigs.
- Pignus* 58 y sig., 116 y sig.,
deponere 58 n. 230, 205 n. 69
- Possessio*
animo y corpore 30 y sig.
 como común denominador de *iura in re*
 29, 59 y sigs., 87, 93 y sigs.
 como un presunto *ius in re* 59 y sig.
 comparada con *seisin* 93 y sig.
duorum in solidum 66 y sig.
firma, perpetua etc. 62 y sigs.
 incluye algo de *ius in re* 27 n. 49, 61
 n. 253
 indicando usufructo 24 y sigs.
iure y corpore 26 y sigs.
iuris 24, 29 n. 64, 71, 189
momentaria 233, 238, 254
 del desposeído 31
 del que desposee 30
 que requiere uso y disfrute 66 y sig.
 superior derecho a la *possessio* 222 y sigs.
 en el derecho justinianeo 70 y sigs.
 en el derecho romano-germánico 84 y sigs.
cf. Accessio possessionis, Animus, Do-
minium, Long possession, Possi-
dere
- Possessor, bonae fidei = non vitiosus* 236
malae fidei 219 y sig.
post conventionem 219
- Possidere*
alieno nomine 60 y sig., 219 n. 142, 247
 y sig.
in usufructu etc. 38 y sig., 85 n. 403
malo ordine 230
- Postliminium* 208
- Potentiores* 28, 83, 187
- Praesumere* 52 n. 187, 207 y sig.
- Precaria possessio* 88, 155, 188, 220, 252 y
 sig.
- Prescripción de acciones 176 y sigs., 211
 de acciones petitorias 181 y sigs.
cf. Larga posesión
- Principalis (causa etc.)* 210, 234, 254
- Propiedad: véase *Dominium, Possessio*;

- restricciones en la propiedad 97 y sigs.,
105 y sig. y cap. II *passim*
- Proprietas*: véase *Dominium*
- Protopraxia* 59, 211
- Prueba, carga de la 222 y sigs.
cuestiones de 164 y sig.
- Pulsare* 212 n. 105
- Rasgos feudales 41 y sigs., 84 n. 396, 86 n.
411
- Recepción
de forma y substancia 95
o paralelismo entre varios sistemas 5 y
sigs., 67 y sigs.; entre derecho romano
vulgar y derechos germánicos 14 y
sigs., 81 y sigs., 93 y sigs.
cf. Continuidad del derecho vulgar
- Recursos posesorios
actio interdicti 220
decadencia 238, 251 y sigs.
carácter provisional 237 y sigs.
celeridad del procedimiento 237 y sigs.
terminología 232 y sig.
en el derecho justinianeo 254 y sigs.
en fuentes bizantinas tardías 260 y sigs.
en la *Glossa* 262
cf. *Actio momentaria*, *Exceptio vitiosae
passessionis*, Pérdida del derecho,
Interdictum
- Registro de negocios: véase *Donatio*, *Dos*,
Emptio venditio
- Reparación en especie 240
- Res, incorporales* 198 y sig., 190
litigiosae 216
muebles e inmuebles 134, 134 n. 88, 149,
157 y sig., 162, 169, 216
- Represalia contra el invasor 238 y sigs.
cf. Pérdida del derecho
- Saeculum* 178
- Seisin* 67, 93 y sigs.
- Servitus*
aplicada a regulaciones de derecho pú-
blico 54 y sig.
concepto perdido 53, 92 y sig., 117
servitus legal 112 y sig.
non usus 171 y sig.
pactiones et stipulationes 190
servitus aeris, luminis, prospectus 112
servitus in faciendo consistere nequit 25
y sig., 57
¿clase de *dominium*? 56
usucapio 190 y sig.
usureceptio 172, 191
en el derecho justinianeo 74 y sigs., 189
y sig.
cf. Derecho de paso, etc.
Sollemnis 136
Stipulatio 123, 131, 164 y sig., 189 y sig.,
215
Sublatum 214
Suffragium 136 y sig., 162 y sig., 241
Superficies
como una clase de *dominium* 48 y sigs.,
51 y sigs., 91 y sigs.
concepto perdido 48
constitución 190
en suelo privado 51 y sigs.
en suelo público 48 y sigs.
superficies solo cedit 78
en el derecho justinianeo 77 y sig.
en el derecho germánico 91 y sigs.
- Tenencia hereditaria
como un tipo de *dominium* 45 y sigs., 87
y sigs.
cf. *Emphyteusis*
- Thesaurus* 185 n. 453
- Tierra, de labrantío y no de labrantío 82
fértil y pobre 84
- Traditio*
efectiva 124, 128 y sigs., 132, 154, 155,
163 y sigs.
espiritual 131 y sig., 155
confusion de las dos 130 y sigs., 138
n. 121
cartae 154, 159
per cartam, 141 y sigs., 148, 154, 159
clavium 148
corporalis 131 n. 63, 134 y sig., 136, 138
y sig., 143 n. 153, 164

- en *donatio* 132 y sigs.
 en *emptio venditio* 123 y sigs.
vel patientia 189 y sig.
 en el derecho justinianeo 142 y sigs., 146 y sigs.
 en el derecho germánico 154 y sigs.
- Transmisión de derechos reales y contrato para transmitirlos
 combinados: véase Contrato
 separados: véase Contrato
 ¿transmisión por el mero consentimiento? 139 y sig., 144 y sig., 148 y sigs., 150 n. 206
 transmisión por causas distintas a venta o donación 161 y sigs.
- Usucapio* 145, 171 y sig., 184, 187, 190
cf. Larga posesión
- Usurae rei iudicatae* 219
- Usureceptio servitutis* 172, 191
- Usurare* 186, 208
- Usus* 54
- Ususfructus*
 como una clase de *dominium* 35 y sigs.; de *possessio* 24 y sigs.
 constituido por negocio jurídico 187 y sigs.
 constituido *lege* 35, 84 y sig., 116 y sig.
non usus 172, 191
 apuntando a Carga real 25 sig.
- retentio ususfructus* 141 n. 135, 135 n. 92, 139, 144 y sig., 149, 156, 164, 188
- ususfructus bonorum* 35
 en derecho justinianeo 72 y sigs.
 en derecho romano-germánico 84 y sig.
cf. Iura in re aliena
- Utilitas publica* 107
- Vaga mancipia* 185, 203
- Vecindad, derechos de 106, 112 y sig.
- Venta: véase *Emptio venditio*
- Via* 55
- Vindicare* 200, 201 y sigs.
 aplicado a procedimiento posesorio 210
 aplicado a derechos *in personam* 209 y sig.
 indicando autoayuda 204 y sigs.
 no limitado al procedimiento judicial 202 y sig.
vindicare hereditatem 203
 en el derecho romano-germánico 229
- Vindicatio utilis* 79, 82, 150, 229
- Visigodos, disposición en la redacción del *Breviarium* 136 n. 105, 140 n. 130
- Vorkaufsrecht*: véase Derecho de retracto
- Zenón 75 y sig., 112, 190