

ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS TÍTULOS 1,16-1,20a. DE LAS SENTENCIAS DE PAULO

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Título 1, 16. Finium regundorum*. III. *Título 1,17. De servitutibus*. IV. *Título 1,18. De familiae herciscundae*. V. *Título 1,19. Quemadmodum actiones per infitiationem duplentur*. VI. *Título 1,20. De fideiussore et sponsore*.

I. INTRODUCCIÓN

Se presentan aquí los resultados del análisis crítico que he venido haciendo de los títulos de la obra conocida como *Pauli sententiae* (Sentencias de Paulo) cuyo título completo es *Sententiarum ad filium libri v* (cinco libros de sentencias dedicadas a un hijo). El análisis procura determinar el tópico (T) del edicto del pretor al que se refiere cada sentencia, su significado jurídico (S), su posible fuente (F), su origen (O) clásico o posclásico, y el estrato (Au) al que pertenecen. El análisis sigue la metodología propuesta por Ernst Levy, en su libro *Pauli Sententiae. A palingenesis of the opening title as specimen of research in west roman vulgar law*.¹ Él propone que esta obra, falsamente atribuida al jurista Paulo, fue compuesta por un autor anónimo de finales del siglo III d.C., al que identifica como estrato A, pero luego fue revisada y modificada en diversos momentos o estratos. Levy identifica otros cinco estratos posibles: el estrato B que incluye modificaciones ocurridas entre los años 300 y 450; el estrato C que comprende las modificaciones hechas por autores estrechamente relacionados con la *Interpretatio* de PS aproximadamente entre 400 y 450; el estrato V que incluye las modificaciones hechas por los compiladores de la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviario de Alarico*;

¹ Levy, E., *Pauli sententiae*, New York, Cornell University Press, 1945. Traducción al español por Jorge Adame Goddard y publicado en *Anuario jurídico*, México, UNAM, núm. 7, 1980, pp. 449 y ss.

el estrato *E* que comprendería las modificaciones hechas por autores de Oriente antes de Justiniano, y el estrato *D* que comprendería las modificaciones hechas por los compiladores del *Digesto* hacia el año 533.

Actualmente la crítica ha aceptado generalmente que las sentencias no fueron escritas por Paulo y que deben atribuirse a un compilador anónimo de fines del siglo III; es decir, lo que Levy denomina el estrato *A*. Kaser ha admitido la posible alteración de los textos jurídicos antes de Justiniano por influjo de la legislación imperial (estrato *B*);² igualmente Álvaro d'Ors;³ pero, además de las posibles modificaciones introducidas por los compiladores del *Digesto* en las sentencias que ahí se conservan (estrato *D*) y las introducidas por los compiladores del *Breviario* (estrato *V*), se consideran muy problemáticos los otros estratos (*C, E*), que incluso en el propio análisis de Levy resultaron poco probables.⁴

Últimamente, Detleb Liebs⁵ ha criticado la idea de Levy de que las *Sentencias* estuvieran compuestas por estratos y afirma que se trata de un texto estable, aunque no descarta que haya sido modificado por los compiladores del *Digesto*, las sentencias que ahí se conservan, y por los compiladores del *Breviario de Alarico*, en donde se encuentran la mayor parte de las sentencias que se nos han conservado. Él analiza tres sentencias que Levy propone como pertenecientes a un estrato diferente de *A* y concluye que pueden entenderse como propias del mismo estrato *A*, sin necesidad de explicar su contenido acudiendo al expediente de suponer un autor diferente.

A esta crítica ha respondido d'Ors⁶ analizando las mismas sentencias que Liebs, y demostrado, al compararlas con fuentes del siglo IV y V, que indican un contenido que no puede atribuirse al estrato *A*. Aclara que la posición de Levy debe ser modificada, pues, si bien no se discuten las alteraciones introducidas por el mismo compilador de la obra (estrato *A*), las hechas por los compiladores del *Digesto* (estrato *D*) y las de los compiladores del *Breviario* (estrato *V*), parece muy improbable la existencia de un estrato *C*, dado que en esa época los cam-

2 Kaser, M., *Das Römische Privatrecht II* 2a. ed., München 1975, pp. 9 y 10.

3 D'Ors, A., *Derecho privado romano*, 8a. ed., Pamplona, 1991, p. 95.

4 Véase la introducción en el análisis que hizo Levy de los primeros siete títulos del libro primero de PS, no atribuyó ninguna sentencia al estrato *E* ni al estrato *V*, y sólo dos al estrato *C*.

5 *Die pseudopaulinischen Sentenzen*, SZ CXII, 1995, pp. 151 y ss.

6 De nuevo sobre los estratos de las *Pauli Sententiae*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, XCVIII-XCIX.

bios que quieren hacerse al sentido de los textos se hacen mediante las interpretaciones que se anexan a los mismos textos, pero afirma que no puede descartarse la existencia de un estrato *B* que correspondería a una edición de la obra de fines del siglo IV; añade que es probable un estrato *E* relacionado con una edición de la obra en Oriente, pero que es difícil detectar las alteraciones del estrato que no puedan atribuirse a los compiladores del *Digesto*. Quizá el punto central teórico entre la crítica de Liebs y la de d'Ors es que el primero sólo admite interpolaciones que se van haciendo poco a poco (por "goteo"), mientras que d'Ors contempla interpolaciones masivas (estratos) hechas en relación con ediciones de la obra.

Aquí presento los resultados a los que he llegado siguiendo la metodología de Levy, y presuponiendo la existencia de los estratos que él contempló, en el análisis de las sentencias de los títulos 16-20A del libro primero,⁷ relativos al deslinde de fundos, servidumbres, división de herencia, agravamiento de la condena por infortiatio del demandado, fianza, pesas y medidas. Independientemente de la cuestión de la existencia de los estratos, el análisis de las sentencias sirve para precisar su significado y su relación con otras fuentes jurídicas romanas clásicas y posclásicas, por lo que me parece interesante publicar, aun cuando se niegue la teoría de los estratos, que, en mi opinión, sigue siendo fundada.

II. TÍTULO 1.16 *FINIUM REGUNDORUM*

1. *T. Lenel 79: finium regundorum*

O. Clásico. La única sentencia que queda en este título se refiere a un proceso criminal cognitorio. Schulz⁸ considera que las sentencias 1-3 del

7 En trabajos previos he publicado los análisis de casi todos los títulos previos: "Palingenesia de PS 1,7: *De integri restitutione*", *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro d'Ors II*, Pamplona, 1987, pp. 89 y ss.; "Palingenesia de los títulos relativos a la *restitutio in integrum* por causa de dolo, menor edad o ausencia (1,8 y 1,9A) de las Sentencias de Paulo", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso Chile, año X, núm. 13, 1985; "Palingenesia del título 'De todos los Juicios' (1,12) de las Sentencias de Paulo", *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio III*, México, 1988, pp. 1606 y ss.; "La petición de herencia en las Sentencias de Paulo" (1.13B), *Homenaje a Jorge Barrera Graf II*, México, 1989, pp. 64 y ss.; "Sobre los caminos públicos: comentario al título 1,14 de las Sentencias de Paulo", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 12 México, 1988, p. 9 y ss, y "La responsabilidad por los daños causados por animales en las Sentencias de Paulo (1,15)", *Nova Tellus* 9-10, México, 1992, pp. 45-74.

8 *SZ* 47 (1927) 45.

siguiente título (1,17) de PS, que versan sobre servidumbres, debieron de estar originalmente en el título *finium regundorum*, pues en el orden edictal las servidumbres se tratan en el 73, por lo que un título de servidumbres en PS, que en general sigue el orden edictal, debía de haber estado colocado antes del título *finium regundorum* que se corresponde con el 79 del edicto; además, el título 1,18 de PS (*familia herciscundae*) se corresponde con el 80 del edicto, de modo que el orden de los títulos de PS resultaría más conforme con el del edicto si no estuviera este título 1,17. Las sentencias que contiene el título 1,17 podrían haber estado incluidas en el título *finium regundorum*, como conjetura Windsheid,⁹ en atención a la imposibilidad de adquirir por usucapión tanto el *limes*, al cual se refería originalmente la *actio finium regundorum*, como las servidumbres.

En el edicto, el título *finium regundorum* se refería a la *actio finium regundorum* que en época clásica servía para delimitar la franja de terreno de cinco pies de ancho (*limes*) que debía existir entre fundos contiguos. Según d'Ors,¹⁰ la acción llegó a servir en época clásica, al caer en desuso la práctica de fijar *limes*, para delimitar la extensión de los fundos en zonas discutidas (*controversia de loco*). La única sentencia de este título se refiere a una situación relacionada con la determinación de la extensión de un fundo, como es la del derribamiento o movimiento de mojones, de modo que muestra que bajo esa rúbrica se comprendía lo relativo a la determinación de la extensión de los fundos. En cambio, en el Código Teodosiano, donde también hay un título con la rúbrica *finium regundorum* (2,26), se tratan cuestiones relativas, no a los límites de los fundos, si no a la propiedad misma.¹¹

Au. A. La rúbrica la da Co 13,2. *Breviario* es igual que CT 2,26, de *finium regundorum*.

2. 1,16

In eum, qui per vim terminos deiecit vel amovit, extra ordinem animadvertetur.

In eum qui per vim terminos deiecit vel amovit extraordinem animadvertetur.

⁹ *Pandette* I 182 núm. 15.

¹⁰ *DPR* 154 n.1; en el mismo sentido, Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, traducción por J.M. Caramés Ferro, Buenos Aires, 1973, p. 245.

¹¹ Véase Levy *VL*, p. 209.

S. Se castiga por vía extraordinaria a quien violentamente derribe o cambie de lugar mojones.

O. Clásico. Desde la época arcaica se prevé un procedimiento criminal en contra de quien derribe o mueva mojones, el llamado crimen *termini moti*, por el que se puede imponer hasta la pena de muerte contra quien realice tales actos, que son considerados como profanaciones. Posteriormente Cayo César y Nerva ofrecen, con un punto de vista secular, una ley agraria que, entre otras cosas, establece una acción popular para exigir una pena pecuniaria de quien derribe o mueva mojones (Calístrato 5 *de cognit*, D 47,21,3). Adriano da un rescripto en donde afirma que derribar y mover mojones (*terminos propellere*) es un hecho grave (*pessimum factum*), que debe castigarse según la condición de las personas, con pena de relegación temporal (*relegatio*) o de trabajos forzados (*ad opus*), si tenían la intención de alterar los límites de los fundos; pero si los derribaron por ignorancia o para servirse de la piedra, se aplica sólo pena de azotes (Calístrato 3 *de cognit*, D 47,21,2 = Co 13,3,2). Años después, Alejandro Severo (en el 222) da un rescripto (CJ 9,2,1) en el que recuerda que se debe coaccionar con una pena extraordinaria (*extraordinaria animadversioe coerceri debere*) a quienes derriban mojones (*terminos effoderunt*); este rescripto no distingue, como el anterior, penas ni casos, quizá porque su único objetivo es recordar que se aplican las penas ya establecidas y no nuevas penas o nuevos supuestos.¹²

En el proceso cognitorio, al cual se refieren los rescriptos, los mismos jueces pueden conocer de causas criminales y civiles. Esta amplitud de jurisdicción permitió que se confundieran algunos procesos criminales con procesos civiles.¹³ Esto mismo pudo facilitar que en el procedimiento criminal contra quien movía o derribaba mojones el juez pudiera, además de imponer la pena, decidir sobre cuestiones de límites, como los dice Paul 23 *ad ed.*, D 10,1,4,4: *iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest*.¹⁴

Por su contenido, esta sentencia parece reflejar el proceso criminal establecido en el citado rescripto de Adriano contra quien derribe mojones, y en este sentido es de origen clásico. Al mismo proceso parece referirse PS 5,22,2 (=ET 104) que señala como penas contra quienes *terminos*

12 Taubenschlag, *RE* s.v. *terminus motus* da una sucinta relación de esta evolución.

13 Kaser, *ZPR* p. 348, n. 50.

14 Véase Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, p. 200.

effodiunt vel exarant, además de las establecidas en el rescripto de Adriano, la de confiscación de bienes. Pero la ubicación de la sentencia, de contenido criminal, en el título *finium regundorum*, de contenido civil, parece posclásica, aunque se explica por la circunstancia de que el juez cognitorio puede, en el mismo proceso, fijar penas y definir límites del fundo.

Au. A. La sentencia parece inspirada en el citado rescripto de Alejandro Severo, en cuanto a la forma de describir la pena: la expresión de la sentencia, *extraordinem animadvertere*, puede ser un reflejo de las palabras *extraordinaria animadversione* del rescripto. Pero, en cuanto a la forma de describir el supuesto fáctico, la sentencia, que dice *terminos deiecit vel amovit*, se separa del texto del rescripto, que dice *terminos effodere*, y se acerca al texto de la ley agraria de Nerva, según la transcripción de Calístrato arriba citado, que dice *terminos eiecere vel amovere*, que son prácticamente los mismos verbos que usa la sentencia.

III. 1,17 DE SERVITUTIBUS

T. El edicto *si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (Lenel 73) está colocado antes de los edictos de modo agri (Lenel 74) y *si quadrupes pauperiem fecisse dicetur* (Lenel 75), a los que corresponden los títulos 1,14 y 1,15 de PS. Si hubo un título en las PS referido al edicto *si servitus vindicetur*, debió de estar colocado, siguiendo el orden edictal, antes del título 1,14 referente a *de modo agri*.

Schulz conjetura¹⁵ que las sentencias que se nos conservan en este título estaban comprendidas originalmente en el título *finium regundorum*, en el cual, al tratarse de la prohibición de adquirir el limes por usucapión, pudo hacerse referencia a la prohibición de adquirir las servidumbres por usucapión, y, en efecto, las primeras dos sentencias de este título se refieren a la prohibición de usucapir las servidumbres, a su extinción por desuso y a su recuperación por nuevo uso. El hecho de que ninguna de las sentencias de este título se refiera a la vindicación de servidumbres, y de que el título 1,13B de PS señala que se refiere a todo tipo de vindicaciones, son otros indicios que apoyan la conjetura de dicho autor.

Pero como la tercera sentencia de este título (que proviene del *Digesto* 8,3,9), no se refiere a la extinción o adquisición por desuso o uso, si no

¹⁵ Véase *supra* ad PS 1,16 rubr. *sub O.*

al modo de constituir una servidumbre de acueducto; podría ser que esta sentencia formara parte de otro título en la versión original de PS referente a servidumbres y que correspondiera al edicto si *servitus vindicetur*, y que no fue recogido por los compiladores del *Brev*.

O. La ubicación del actual título no corresponde al derecho clásico. Cabe pensar que hubo un título con la rúbrica *de servitutibus* o similar, en el lugar del PS correspondiente con el edicto 73, es decir antes del título *de modo agri*. Cuando se redujo la extensión de las PS y se amplió el título 1,13B, referido originalmente a la petición de cosas hereditarias, de cualquier cosa por cualquier causa, se pudo haber suprimido el título original sobre servidumbres. Esto pudo ocurrir en el siglo IV en Occidente, cuando el concepto de servidumbre como derecho real sobre cosa ajena se pierde; esto mismo es lo que explica que en CT no exista un título sobre servidumbres y que no se registren leyes sobre esta materia expedidas en el tiempo habido entre Dioclesiano y Justiniano.¹⁶ Posteriormente pudo sentirse la utilidad de tener un título sobre servidumbres, quizá por puro afán de conservación, y entonces se formó este título con sentencias extraídas del título *finium regundorum*.

Au. B. Puede ser responsable de la supresión del título original sobre servidumbres, cuyo contenido y utilidad ya no se perciben en el siglo IV, así como de la ampliación del título 1,13B.¹⁷

V. Puede ser el autor de la rúbrica actual, así como de la traslación de sentencias del título *finium regundorum* al nuevo título sobre servidumbres.

1. 1,17,1 *Viam iter actum aquae ductum, qui biennio usus non est, amississe videtur: nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur*

S. Las servidumbres de paso a pie o a caballo (*iter*), de paso de carro y ganado (*actus*), de caminos para todo uso (*via*) o de conducción de agua (*aquae ductus*), se pierden si dejan de usarse por dos años. La frase final expresa que aunque esas servidumbres se pierdan por desuso, las mismas no pueden adquirirse por usucapión. Esta frase debe confrontarse con la siguiente sentencia (1,17,2), que dice que la servidumbre de agua

¹⁶ Véase Levy VL p. 55 y ss. Hay en CT 4, 24 un título *De aedificiis privatis vel publicis*, cuya única sentencia se refiere a una servidumbre de luces, pero se conserva sólo fragmentariamente y no se conoce la fecha de su expedición.

¹⁷ Véase *supra* ad PS 1,13B rubr. *sub Au*.

se pierden por desuso de dos años, pero se recuperan por volver a usarlas durante el mismo lapso de tiempo.

O. Clásico. En el derecho civil clásico, por lo general, no se da la pérdida ni de derechos ni de acciones por el mero transcurso del tiempo, pero sí su adquisición. Sin embargo, la pérdida de las servidumbres por *non usus* está atestiguada como clásica por numerosos textos.¹⁸ Esta anomalía se ha explicado¹⁹ diciendo que originalmente se entendía que la franja de terreno afectada por una servidumbre de paso o de acueducto era propiedad accesoria del fundo dominante, de modo que, como toda propiedad, podía adquirirse por usucapión; pero a su vez, el propietario del fundo sirviente podía adquirir por usucapión esa misma franja de terreno si el propietario del fundo dominante dejaba de usarla. Según refiere Paulo, 54 *ad ed.* D 41,3,4,28, la *lex Scribonia*, posiblemente del año 50 a.C., prohibió la usucapión por la que se constituían las servidumbres, pero dejó subsistente la usucapión por la que se adquiere la libertad (*usucapio libertatis*) respecto de ellas.

La sentencia parece reflejar el régimen introducido por la *lex Scribonia*. En la primera frase (*Viam... amisisse videtur*) afirma que las servidumbres mencionadas se pierden por desuso (*non usus*). Que el texto exprese este efecto diciendo que las servidumbres se pierden, y no, como lo hace el texto de Paulo que refiere la *lex Scribonia*, diciendo que se adquiere su libertad (*usucapio libertatis*), quizá no tenga más sentido que el de indicar el punto de vista del propietario del fundo dominante, para el cual la servidumbre se pierde, y no el punto de vista del propietario del fundo sirviente para el cual se adquiere la libertad de la servidumbre.²⁰ En un texto de Celso (5 *digestorum* D 8,6,6,1) se habla de perder la servidumbre (*amittere*) o liberarse de ella (*liberare*), según se refiera a uno u otro propietario: cuando se refiere al propietario de un fundo que dejó de usar una servidumbre de paso, se pregunta si acaso se ha perdido el derecho de servidumbre (*ius tuum amiseris*), y cuando se refiere al propietario del fundo dominante se pregunta si se ha liberado de la servidumbre porque el propietario del fundo dominante no ha usado

18 Por ejemplo Ulp. 14 *ad Sab.* D 8,3,18; Paulo 21 *ad ed.* D 8,5,9,1; D 8,6,2; 4; Paulo 13 *ad Plautium* D 8,6,7. Véase Grosso, *Le servitù prediali nel Diritto romano* p. 247.

19 Grosso, *op. cit.* p. 244 y ss.; Biondi *Le servitù prediale nel Diritto romano* p. 312 y ss. En cambio, Branca, *Scritti Ferrini*, Milano, I p. 175 y ss; sostiene que la extinción por *non usus* fue introducida por la *lex Scribonia*.

20 Así opina Biondi, *Le servitù prediale nel Diritto romano*, p. 312 y ss.

de ella. También se ha notado,²¹ con base en Gayo, 7 *ad ed. prov.* D 8,2,6, que la expresión *non usus amittere* se usa respecto de servidumbres positivas, en las que el uso consiste en una actividad que realiza el propietario del fundo dominante, como pasar o extraer agua, por lo que si deja de realizarla se extingue la servidumbre por desuso; mientras que la *usucapio libertatis* se refiere a las servidumbres negativas —como algunas servidumbres urbanas—, en la que la servidumbre consiste en una abstención (por ejemplo no edificar) de parte del propietario del fundo sirviente, de modo que si éste realiza un acto contrario a la servidumbre y el propietario del fundo dominante no se opone durante el tiempo prescrito el primero adquiere, por usucapión, la libertad de tal gravamen. Como esta sentencia se refiere sólo a servidumbres positivas, es natural que diga que las servidumbres se pierden y no se adquiere su libertad por usucapión.

La sentencia menciona las cuatro principales servidumbres rústicas en el mismo orden que Gayo en 7 *ad ed. prov.* D 8,1,5 pr, quien también afirma en la misma obra (7 *ad ed. prov.* D 8,2,6) que dichas servidumbres se extinguen por no uso (*non utendo pereunt*).

La frase final de la sentencia (*nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur*) me parece que, como opina Sollazi,²² refleja la prohibición introducida por la *lex Scribonia* de adquirir servidumbres por usucapión: la manera de expresar la prohibición, diciendo que no pueden adquirirse por usucapión las servidumbres que se pierden por el no uso, quizá sólo sea una forma de subrayar esta imposibilidad de adquirir por usucapión las servidumbres de paso, en contraste con la posibilidad, reconocida en la siguiente sentencia, de adquirir por *usu receptio* una servidumbre de agua perdida por *non usus*. Levy, en cambio, entiende que se trata de una frase hecha por el compilador de las sentencias, quien posiblemente mal interpretó un texto de Paulo donde se decía que la mera pérdida por no uso hacía innecesario recurrir a la *usucapio libertatis*,²³ pero no parece que el compilador de las sentencias, dada su tendencia a la simplificación, tuviera interés en distinguir esas dos formas (*non usus* y *usucapio libertatis*) de terminar las servidumbres.

21 Por ejemplo, Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, traducción de 10a. ed. italiana, Buenos Aires, 1973, p. 275. Kaser Rpr 446 núm. 69.

22 *BIDR* 49-50, 1948, pp. 383 y ss.

23 Levy VL 179 y 180.

La IP dice: *Viam, qua eundo ad rem nostram uti solemus, vel iter, quod per rem alienam ad nostram pergimus, et actum, id est qua pecora minare consuevimus, vel aquaeductum biennio non utendo, si quis usus non fuerit, perire ei certissimum est.* El texto es una clara muestra de la pérdida del concepto de servidumbre, como derecho real sobre cosa ajena, en el derecho vulgar de Occidente.²⁴ El texto entiende *via*, ya no como un derecho de paso sobre un inmueble ajeno, sino simplemente como un camino público, en contraposición al *iter* que es un camino por un campo ajeno. La explicación que hace de cada una de las palabras que designaban las servidumbres, y que para el compilador de PS no era necesario explicar, indica la lejanía de los destinatarios de la *Interpretatio* respecto de la terminología jurídica sobre servidumbres. Conserva la *Interpretatio* la referencia a la pérdida de la servidumbre por desuso, pero el cambio en el estilo de expresar la regla implica un cambio en la concepción de la servidumbre: la sentencia dice que la servidumbre se pierde, sin indicar el sujeto que la pierde, mientras que la *Interpretatio* dice que ésta perece para una determinada persona (*perire ei*), para el que dejó de usarla, por lo que parece que entiende la servidumbre como un derecho personal de usar que, por ejemplo, podría perderse para uno de los copropietarios de un fundo, pero no para el otro. La prohibición de adquirir servidumbres por usucapión ni siquiera es tomada en cuenta por el intérprete.

De la sentencia parece también haber derivado otro texto de derecho romano vulgar, la RB 17,3 que dice: *Viam, iter, actum, hoc est: ubi carpenta vel carra conversari possunt, similiter biennio et adquiri et amitti posse.* El autor de este texto en vez de tratar, como el de la *Interpretatio*, de salvar y explicar los diferentes términos, prefiere eliminar las diferencias y unificar los términos *via*, *iter* y *actus* como sinónimos, que significan un camino que permite el paso con carros. La regla, ausente en la sentencia y en su *interpretatio*, de que las servidumbres pueden adquirirse por el uso, se sobreentiende, durante un bienio, parece, por la palabra *similiter*, que proviene del texto anterior, RB 172, donde se dice que un curso de agua se pierde o se adquiere en un bienio; este último texto, a su vez, parece provenir de PS 1,17,3, donde se habla de la pérdida o adquisición por *usureceptio* de las servidumbres de extracción de aguas y de acueducto por su uso o desuso durante un bienio.

24 Véase supra, ad PS 1,17 sub O.

Au. El texto parece de *A.* La primera frase (*viam... videtur*) expresa una conocida regla clásica, la pérdida de la servidumbre por el no uso durante dos años. La segunda frase (*nec enim... amittuntur*) expresa la prohibición de usucapirlas, de conformidad con el régimen de la *lex Scribonia*, y enfatizando el contraste (*nec enim*) con la servidumbres de agua tratadas en la siguiente sentencia que pueden adquirirse, no por *usucapio*, pero sí por *usu receptio*.

2. 1,17,2 *Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercedit et biennio usurpata recipitur*

S. La servidumbre de extracción o conducción de agua que se extingue por desuso durante dos años, pero también se recupera si se vuelve a hacer uso de ella por dos años. La sentencia se refiere a la recuperación (*recipere*) de una servidumbre perdida por desuso, que es un supuesto diferente de la adquisición de una servidumbre por usucapición, que fue lo que prohibió la *lex Scribonia*.

O. Clásico. Ha llamado la atención que la sentencia admita la recuperación por uso de una servidumbre perdida por desuso, que parece contradecir lo afirmado por la sentencia anterior de que las servidumbres no pueden adquirirse por usucapición. Biondi²⁵ opinó que la *usureceptio servitutis* de que habla este texto es una figura posclásica, que sirvió de antecedente a la doctrina justiniana de adquisición de las servidumbres por medio de la *longi temporis praescriptio*. Grosso²⁶ piensa que nuestra versión de la sentencia es un texto alterado que originalmente se refería a la interrupción del plazo para la pérdida de la servidumbre por desuso; él considera que un indicio de que el texto fue alterado es la expresión *vel ducendae*, por la cual se incluye la servidumbre de acueducto que ya había sido mencionada en la sentencia anterior y que, por lo tanto, no era necesario mencionar en esta. Solazzi²⁷ propone que la sentencia se refería originalmente a una servidumbre que se ha establecido para usarse a intervalos, por ejemplo durante el estío o en años alternos, en cuyo caso el plazo de extinción es el doble, según dice Paulo (13 *ad Pl.* D 8,6,7).

25 Biondi, B., *Le servitù prediali*, 1954, núm. 6., p. 342.

26 Grosso, *Le servitù prediale nel diritto romano*, 1969, p. 278, n. 7, p. 190 n. 7; *BIDR*, 1939, p. 410 y ss.

27 Solazzi, *BIDR* 49 y 50, 1947, p. 383.

De acuerdo con estas críticas, el contenido de la sentencia sería posclásico.

Me parece que dichas críticas proceden de la idea de que la sentencia contradice la prohibición de *lex Scribonia* de constituir servidumbres por usucapión, y además de que representaría una incongruencia con la doctrina clásica acerca de la usucapión, la cual requiere la posesión civil, misma que no se puede tener respecto de cosas incorporales, como son las servidumbres.²⁸

Debe notarse que la sentencia no se refiere a usucapión, sino a la *usureceptio*, es decir a recuperar una servidumbre perdida por desuso por medio del uso continuo por un bienio. La *usureceptio* se dio originariamente en favor del fiduciante que entrega una cosa en propiedad al fiduciario, quien debe devolver la propiedad posteriormente, y luego recupera la posesión de la misma; la *usureceptio* le permitía adquirir la propiedad en la mitad del plazo previsto para la usucapión y sin tener que demostrar que era poseedor de buena fe, cosa que sería prácticamente imposible porque él mismo había dado la propiedad al fiduciario; también se admitió la *usureceptio* llamada *ex praediatura* en favor de quien dio en prenda un fundo al fisco (llamado *praediator*) que luego fue vendida por éste, por la que se le permite recuperar la propiedad del fundo, en contra de quien lo compró, del fundo, si lo posee por dos años, aunque no tenga posesión de buena fe (Gai. 2,59-61).

Levy opina²⁹ que a partir de estas formas de *usureceptio*, los juristas pudieron construir la figura de *usureceptio servitutis*, como una forma práctica de restituir una servidumbre perdida por desuso. Conforme con esta opinión, que me parece acertada,³⁰ la sentencia refleja derecho clásico. Una etapa en esa evolución, previa a la doctrina contenida en la sentencia, puede ser el rescripto citado por Paulo (15 *ad Plaut.* D 8,3,35), en que el emperador decide restituir el derecho que tenían quienes extraían y conducían agua de un fundo y que lo perdieron por haberse secado la fuente y dejado de hacer uso del mismo durante el tiempo establecido; el rescripto decide restituir el derecho que ellos tenían antes de que se secara la fuente (*quod ius habuerunt tunc... id eis restitui placet*).

28 Véase Biondi, *Le servitù prediale*, p. 273 y ss.

29 Levy, *Gesammelte Schriften* II, Köln-Graz, 1963, pp. 149 y ss. *Studi in memoria di Emilio Albertario* II, Milano, 1953, pp. 221 y ss.

30 D'Ors, en su obra *Derecho privado romano*, 5a. ed., Pamplona, 1983, p. 195 también la aprueba.

El caso planteado en el rescripto y la solución son análogos al contenido de la sentencia, que también contempla un supuesto de pérdida de una servidumbre de agua por desuso y su posterior recuperación; ni en el rescripto ni en la sentencia se habla de la constitución de una nueva servidumbre por usucapión; la diferencia entre ambos textos, es que en el rescripto, el emperador ordena la restitución del derecho perdido, y en la sentencia la restitución se produce por efecto del uso continuado por dos años, pero es claro que una vez que el emperador ha ordenado la restitución en un caso, se abre la posibilidad de que en sucesivos casos análogos los jueces, sin necesidad de una opinión específica del emperador, hagan lo mismo.

Por otra parte, en la época clásica existe un interdicto especial (*int. de aqua cottidiana et aestiva*, Lenel § 251, D 43,20) que protege, por una parte, al titular de una servidumbre de extracción y conducción de agua para que no se le impida usar de ella como la había venido haciendo en el último año. Pero, por otra parte, también parece haber protegido al simple usuario que no tenía un derecho de servidumbre formalmente constituido: así, Ulpiano (70 *ed.* D 43,20,1,10)³¹ dice que aunque no exista una verdadera servidumbre, el interdicto protege a quien extraía y conducía agua si lo hacía creyendo que tenía derecho y sin violencia ni clandestinidad; se trata de una protección provisional, en tanto no pudiera demostrarse la inexistencia de la servidumbre, pero como quiera resulta un reconocimiento de que el mero uso pacífico de extraer y conducir agua es una apariencia jurídicamente protegida. Pomponio da otra opinión en favor del usuario de aguas, que se acerca más a la idea de adquisición de un derecho de servidumbre por el paso del tiempo, cuando dice (34 *Sab* D 43,20,3,4) que la mera traída de agua por tiempo inmemorial se tiene como constituida conforme a derecho.

En vista de este régimen no parece extraño que pudiera darse una regla, como la que tiene la sentencia, que permita que las servidumbres de extracción y conducción de agua puedan recuperarse por el uso continuo.

Por su parte, la IP muestra que en el derecho vulgar de Occidente se pierde la noción de servidumbre como derecho real y sólo queda el concepto de uso con alguna connotación jurídica. Textualmente dice la *interpretatio* correspondiente: *usus hauriendae vel ducendae aquae si biennio destiterit, non utendo perit; et si iterum biennio in usum fuerit*

31 El texto no aparece interpolado según el *Index Interpolationum*.

reducta, recipitur. Aparentemente el texto es una simple paráfrasis de la sentencia que no altera fundamentalmente su significado, pero debe notarse la sustitución de la palabra *servitus* de la sentencia con *usus* en la IP; como ha observado Levy,³² en el derecho vulgar de Occidente, se perdió el concepto de servidumbre como derecho real sobre cosa ajena, y de hecho la misma palabra *servitus* aparece pocas veces en pocos textos y con un significado, principalmente, de camino o acueducto público; la IP refleja esa situación cambiando la palabra *servitus*, quizá comprendida por sus lectores con el significado de esclavitud, por la palabra *usus*, que tendría un significado más amplio; este cambio terminológico da lugar a cierta incongruencia en el texto, pues habla, por una parte, de un *usus... non utendo*, de un uso que no se usa, y, por otra parte, en vez de decir, como la sentencia, que la *servitus... usurpata recipitur*, que la servidumbre vuelta a usar se recupera, dice que si *in usum fuerit reducta*, que si fuera re-usada, pero entonces lo que gramaticalmente puede ser re-usada (*reducta*) no es el *usus* (masculino) sino el *aqua*; esta incongruencia nuevamente delata que para el autor de la IP lo que importa es el uso efectivo del agua, es decir su extracción y conducción, y no el derecho a hacerlo.

La *lex romana burgundionum* 17,2, que posiblemente también haya sido influida por la sentencia, denota que ha ido más allá que la *Interpretatio*, pues no solo desconoce la *servitus* sino también el *usus* como nociones jurídicas. Dice textualmente: *Aque cursum et adquiri biennio et amitti biennio constat*. En esta redacción se extrañan las palabras *servitus* (de la sentencia) y *usus* (de la IP) para designar el derecho que se puede perder o adquirir, y, en cambio, se refiere directamente al *aquae cursum*, al curso de agua, como el objeto de adquisición o pérdida. También se extraña en este texto una mención de lo que ha de omitirse o hacerse (el uso) para perder o adquirir esa protección jurídica sobre el curso de agua y parece que esto sucede simplemente por el paso del tiempo. Además habla de que el curso de agua se puede perder o adquirir, ya no sólo recuperar como en la sentencia y la *interpretatio*, por el mero transcurso del tiempo.

Au. El contenido de la sentencia parece reflejar el derecho de la época tardoclásica, por lo que puede atribuirse a A.

32 Levy, *West roman vulgar law*, Philadelphia, 1951, pp. 55 y ss.

3. *1,17,3 (ex D 8,3,9) Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco consitui solet*

S. Las servidumbres de conducción y extracción de agua no pueden constituirse si no es a partir de la fuente; pero actualmente ya suelen constituirse partiendo de cualquier lugar.

O. Predominantemente clásico. En el régimen clásico, la servidumbre de acueducto, de conducir agua a través de un predio, podía implicar o no la servidumbre de extracción de agua; cuando la implicaba, se exigía que la servidumbre se constituyera a partir de la fuente o manantial, es decir *ex capite*. Así Ulpiano (70 *ad ed.* D 43,20,1,7), después de afirmar que la servidumbre se constituye *ex capite*, pasa a explicar (8) lo que se entiende por *caput* cuando el agua proviene de un río o de un lago, en cuyo caso son los primeros canales por donde se hacen fluir las aguas del río o del lago. Respecto de la servidumbre de pura extracción de agua (*aquae haustus*) se exigía lo mismo (Ulp. 17 *ad ed.* D 8,3,3,3).

Por otra parte, los emperadores, comenzando con Antonino (rescripto citado por Papiro Justo 1 *de const.* D 8,3,17) otorgaron a los particulares concesiones para aprovechamiento de aguas públicas (*ius aquae ducendae ex castello*), principalmente las aguas que corrían por acueductos públicos; para tales concesiones no regía el principio de que se constituyeran *ex capite*, pero el agua debía sacarse del receptáculo o depósito (*castellum*) que hubiera para ese efecto.³³ Todavía en el año 389, los emperadores Valentiniano y Teodosio (CJ 11,43,3) insistían que los concesionarios de aguas públicas debían extraerlas *ex castello* y sancionaban a quienes la extrajeran de las tuberías que salían de los acueductos o de los acueductos mismos; pero cien años más tarde, el emperador Anastasio (491-518) se refiere (CJ 11,43,11) a que se puede extraer el agua de los acueductos o de las fuentes sin precisar el lugar.

Las concesiones de uso de aguas públicas no eran propiamente servidumbres, pero los concesionarios estaban protegidos por un interdicto (*de aqua ex castello ducenda*, Lenel 251) de modo semejante a los titulares de una servidumbre de agua; es posible también, como informa Ulpiano (70 *ad ed.* D 43,20,1,43), que las concesiones se dieran a favor de los

³³ Ulp. 70 *ad ed.* D 43,20,1,39 *if.* define *castellum* como *receptaculum, quod aquam publicam suscipit*.

propietarios de los predios o a favor de los predios mismos, y en este último caso la concesión no se extinguía por la muerte del propietario o por la enajenación del predio, por lo que se facilitaba su confusión con las servidumbres de aguas. Los emperadores Teodosio y Valentiniano ya llegan a llamar (CJ 11,43,6 quizá del 440) *servitus* a las concesiones de uso de aguas públicas.

La sentencia muestra ser de origen clásico en cuanto refiere que las servidumbres de agua deben constituirse a partir de la fuente (*ex capite*), pero muestra contenido posclásico en la afirmación de la frase final (*hodie... solet*), que dice que pueden constituirse a partir de cualquier lugar.

Au. A. Excepto la frase final (*hodie... solet*) que parece ser de los compiladores del *Digesto*, es decir de *D.*

La primera frase de la sentencia transmite la regla vigente en derecho clásico acerca de la constitución de las servidumbres de agua, y corresponde con lo que afirma Ulpiano (70 *ad ed* D 43,20,1,7) cuando dice que una servidumbre conforme con el derecho civil se constituye respecto de las aguas que se conducen a partir de la fuente y no de cualquier lugar (*a capite ducitur, non aliunde*).

La frase final (*hodie... solet*) contradice el sentido de la primera y no puede provenir del mismo autor. Es sabido que la palabra *hodie* en textos recopilados en el *Digesto* fue frecuentemente utilizada por los compiladores para introducir alteraciones, como parece ser el caso en esta sentencia que sólo nos ha llegado por vía del *Digesto*.

El contenido de esta frase, por otra parte, concuerda con lo que supuestamente afirma Ulpiano (70 *ad ed.* D 43,20,1,41) respecto del derecho de extraer aguas públicas, donde dice que podían traerse las aguas desde el depósito, o el río o desde cualquier otro lugar público (*ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico*). Ricobono³⁴ ha considerado interpolado este texto que, al igual que la sentencia, contradice lo que Ulpiano afirma antes, que el derecho de extraer agua debe hacerse *ex castello*. Considerando que en el año 389 los emperadores Valentiniano y Teodosio (CJ 11,43,3) castigaban a quienes extraían agua de otro lugar que no fueran los depósitos, parece claro que la afirmación, atribuida a Ulpiano, de que pueden hacerse a partir de cualquier lugar es una interpolación de los compiladores del *Digesto*. Ellos mismos pudieron haber añadido la frase *hodie... solet* al final de esta sentencia.

34 Citado en *Index Interpolationum*, ad h.l.

La sentencia así retocada, que aglutina una regla sobre servidumbre con otra respecto de concesiones de uso de aguas públicas, muestra también esa tendencia vulgarizante, proseguida por Justiniano,³⁵ de considerar las concesiones de uso de aguas públicas como derechos de servidumbre.

IV. 1,18 *DE FAMILIAE HERCISCUNDAE*

T. Los edictos *familiae herciscundae* y *communi dividundo* (Lenel 80 y 81).

O. Clásico. Las cuatro primeras sentencias corresponden a la rúbrica del título; la sentencia 5 se refiere a la *actio communi dividundo*.

Au. A. La rúbrica, con las mismas palabras, también la transmite *Appendix* 1,14. Llama la atención que PS conserve un título para la *actio finium regundorum* (1,16), otro para la *actio familiae herciscundae*, pero no conserva un título para la otra acción divisoria, la *actio communi dividundo*. CT tiene todavía un título *de communi dividundo* (2,25), pero contiene una sola constitución, lo cual hace ver que esta materia dejaba de tener importancia en el tiempo de la publicación de ese código. De aquí se puede inferir que *B* pudo suprimir el título sobre la *actio communi dividundo* que debió existir en la versión de *A*.

1. *1,18,1 Arbitr familiae herciscundae plus quam semel dari non potest: et ideo de his, quae divisa eo iudicio non sunt, communi dividundo arbitr postulat partietur*

S. La partición de la herencia puede realizarse sólo una vez, por lo que, si el árbitro encargado de hacerla hubiera dejado algunas cosas sin dividir, respecto de éstas sólo se podrá obtener su división con la acción de división de cosa común.

O. Clásico. La regla que da la sentencia concuerda con lo que dice Ulpiano *19 ad ed.* (D 10,2,20,4), quien también afirma que por lo general la acción de división de herencia sólo se puede ejercer una vez, aunque podría darse una vez más previa cognición de causa (*causa cognita*)³⁶ y

35 Biondi, *Le servitu prediale nel Diritto romano*, p. 143 y ss.

36 Voci, P. *Diritto ereditario romano* I, 2a. ed., Milano, 1967, p. 736 n. 16, sugiere que la acción podría volverse a dar *causa cognita*, por ejemplo, en el caso de que se el pretor otorgara una *in integrum restitutio* respecto de la sentencia resultado del juicio de división de herencia. Levy,

si quedaron cosas hereditarias pendientes de división se puede ejercer la acción de división de cosa común. La razón de esto último es que los herederos quedan como copropietarios de los bienes hereditarios que no se hubieran dividido, por lo que pueden ejercer, como cualquier copropietario, la acción de división de cosa común.³⁷ La única diferencia con la sentencia es que ésta excluye cualquier posibilidad de otorgar de nuevo la acción.

La IP cambia la concurrencia que presenta la sentencia de la *actio familiae erciscundae* con la *actio communi dividundo* por la concurrencia entre una acción divisoria de herencia y un juicio arbitral.³⁸ Dice textualmente: *Pro divisione bonorum communium si quando inter fratres intentio vertitur, dividendae rei non plus quam semel arbiter deputatur, ut inter eos quae sunt communia, habita aequitate distribuatur. quod si deputatus a iudice arbiter indivisum aliquid dimiserit, communi consensu postea qui sit divisionis medius eligatur.* En la primera frase hace una paráfrasis de la sentencia, diciendo que en un juicio de división de cosas comunes entre hermanos (de lo que puede inferirse que es un juicio hereditario), sólo se puede nombrar una vez un árbitro (*arbiter*) encargado de hacer la división; pero en la siguiente frase (*quod... eligatur*) que si el árbitro designado por el juez dejó algo sin dividir, entonces puede elegirse por común acuerdo a quien actúe como mediador (*medius*)³⁹ para hacer la división. El texto parece sugerir una tendencia favorable al juicio arbitral.

Au. A. Del cual es propia la tendencia a formular afirmaciones absolutas sin considerar las excepciones posibles.

2. 1,18,2 (*Appendix 1,12*) *De omnibus rebus hereditaris iudex cognoscere debet et celebrata divisione in semel de omnibus pronuntiet*

S. El juez ante quien se lleva un juicio de partición de herencia debe conocer de todas las cosas de la misma, de modo que al hacer la partición

E., citado en *Index Int. ad D 10,2,20,4*, en cambio, opina que la expresión *causa cognita* es interpolada. Kaser, M. *RPR I* p. 728, la nota 5 admite que en el derecho clásico era posible conceder de nuevo la acción.

37 Véase Biondi, *Diritto ereditario romano*, p. 457.

38 Así Kaser, *RPR II*, p. 538 n. 6.

39 La palabra *medius* para designar un mediador no aparece en PS ni tampoco en otro lugar de IP. En CT (lugares mencionados en *Heidelberger Index zum Theodosianus, s.v. medius*) sólo aparece en una Constitución de Constantino del año 326 (9,19,2), donde dice que para resolver una discusión entre dos personas sea mediador un juez (*sit iudex medius*); en cambio, en la IP *medius* es un árbitro elegido por las partes, distinto del *arbiter* elegido por el juez.

y las adjudicaciones correspondientes, se pronuncie en una sola sentencia (*in semel*) respecto de todas ellas.

O. Clásico. En época clásica, los juristas consideraron casuísticamente cuáles cosas debía considerar el juez al hacer la partición de la herencia, y aclararon, por ejemplo, que los venenos (*mala medicamento et venena*) o libros de lectura reprobada (*libri improbatæ lectionis*) no podían ser objeto de la división, sino que tenían que ser destruidos; o que las cosas resultado de peculado, asalto o despojo sacrílego tampoco debían dividirse entre los herederos; que las tablillas donde constaba el testamento tampoco se dividían y quedaban en manos del heredero mayoritario (Ulp. 19 *ad ed.* D 10,2,4,1), lo mismo que los documentos donde constaran créditos a favor de la herencia (Gayo 7 *ed. prov.* D *h.t.* 5).

Pero tanto Paulo (23 *ad ed.* D *h.t.* 25,20) como Ulpiano (19 *ad ed.* D *h.t.* 4 pr) formulan la regla general de que todas las cosas de la herencia quedan comprendidas por esta acción y deben por lo tanto ser objeto de división. Paulo dice que el juez nada debe dejar indiviso (*iudex... nihil debet indivisum relinquere*), y Ulpiano, que todos las cosas, excepto los créditos,⁴⁰ son objeto del juicio de división de herencia (*ceterae itaque res praeter nomina veniunt in hoc iudicio*). Hay una diferencia de estilo en estos textos, pues mientras Paulo se refiere a las cosas que el juez debe considerar, Ulpiano menciona a las que quedan comprendidas en el juicio; y hay además otra diferencia de materia, pues Paulo, a diferencia de Ulpiano, no hace ninguna mención ahí de que los créditos no se incluían.

Au. A. Fiel a su tendencia omite mencionar que los créditos no se incluyen, quizá por tomar la regla de un texto que, como el citado de Paulo, tampoco mencionaba esta excepción. En cuanto al estilo, sigue también el modelo de Paulo al decir que el juez debe juzgar de todas las cosas de la herencia, y no el de Ulpiano, a que todas las cosas quedan comprendidas en el juicio de división de herencia.

40 Los créditos no se incluían en el juicio divisorio porque si se referían a un objeto divisible, se dividían entre los herederos en proporción a sus cuotas, según disposición de las XII Tablas (5,9); si se referían a un objeto indivisible, todos los coherederos los tenían *in solidum*. Véase Kaser, *RPR* I, p. 729.

3. *1,18,3 (Appendix 1,13) Iudici familiae herciscundae convenit, ut ea, quae quis ex communi accepit, aut ipsa aut aestimationem eorum repraesentet, ut inter coheredes dividi possint*

S. Conviene al juez de la división de herencia que quien obtuvo algo a causa de los bienes hereditarios, antes de que éstos fueran divididos entre los coherederos, lo presente o pague su estimación en dinero, de modo que pueda ser dividido entre los coherederos.

O. Posclásico. En el derecho clásico, la *actio familiae herciscundae* sirve para que el juez reparta la herencia entre los coherederos haciendo *adiudicationes* de bienes específicos a favor de los coherederos y haciendo *condemnationes* por las que ordena a ciertos herederos pagar cantidades de dinero a los otros a fin de compensar, entre ellos, por los gastos que hubieran erogado en razón de los bienes hereditarios, por los daños que hubieran causado a éstos, o por las adquisiciones que hubieran tenido a partir de los mismos bienes.⁴¹ En el supuesto previsto en esta sentencia, de que uno de los herederos obtuviera algo a causa de los bienes hereditarios, el juez, actuando conforme al derecho clásico, debía tomar medidas adecuadas para que no se causara agravio a los otros herederos.

En un texto de Paulo (*6 ad Sab.* D 10,2,44,2) se trata un caso análogo. Ahí varios coherederos, estando otro ausente, vendieron una cosa de la herencia, con el fin de repartirse el precio entre ellos sin comunicarlo con el ausente; el jurista dice que el heredero defraudado podía demandar una compensación por la *actio familiae herciscundae* o por la *petitio hereditatis*. En este fragmento se propone un caso específico al que el jurista da una solución concreta. En otro texto, Gayo (*Gayo 7 ad ed. prov.* D 10,2,19) plantea una situación similar, aunque ya no tan específica: propone simplemente que si un heredero obtuviera algo (una cosa o un crédito) a partir de bienes hereditarios, el juez debe tomar medidas para que la adquisición no beneficie solamente a ese heredero, como hacer compensaciones entre los herederos u ordenar que se dieran garantías entre ellos.

En ninguno de estos textos, a diferencia de la sentencia, se dice que lo adquirido a partir de bienes hereditarios tiene que ser presentado para que el juez lo pueda dividir entre los coherederos, aunque evidentemente

41 Véase Biondi, *Diritto ereditario romano*, p. 453 y ss.

era necesario que él o los herederos agraviados demostraran al juez lo que había ocurrido para que éste tomara las medidas pertinentes.

Por su parte, la sentencia no dice qué debe hacer el juez, ni tampoco lo que deben hacer los herederos. Simplemente afirma que conviene al juez que se presenten las cosas adquiridas o su estimación para que él pueda hacer la división. La presentación de las adquisiciones, según el tenor de la sentencia, parece ser algo necesario para que el juez pueda hacer la repartición de esos bienes entre los coherederos (*ut inter coheredes dividi possint*), de modo que no bastaba demostrar que un heredero había lucrado algo a partir de los bienes hereditarios para que fuese tomado en cuenta por el juez, sino que era necesaria su presentación física o, al menos, su estimación en dinero. Esta necesidad de que las cosas estén presentes parece indicar que el juicio de división de herencia se entiende de modo diferente al derecho clásico, como un medio para repartir materialmente entre los coherederos las cosas de la herencia, sin posibilidad de hacer compensaciones pecuniarias.

Au. B. La sentencia no parece, en principio, señalar algún deber jurídico, pues simplemente dice que “conviene al juez” (*iudici... convenit*) que se presenten las adquisiciones de bienes de la herencia. No expresa quién es el que debe presentar las adquisiciones, pero de acuerdo con el sentido literal de la sentencia, parecería que el sujeto de *raepresentet* es el mismo *quis*⁴² que obtuvo algo a partir de los bienes hereditarios; conforme con esta lectura, la sentencia estaría simplemente dando un consejo a aquel heredero que obtuvo algo con bienes de la herencia para que lo presente y el juez lo pueda dividir y repartir con los otros herederos, sin indicar ninguna sanción o consecuencia en caso de que no lo presentara. Esto parecería ser más que una sentencia en la que se expresa una regla jurídica, una glosa en la que quizá se explicara la afirmación de la sentencia precedente que dice que el juez debe considerar todo lo que hay en la herencia (*de omnibus rebus hereditariis iudex cognoscere debet*) aclarando que entran también las cosas adquiridas a partir de bienes hereditarios. La glosa pudo ser incorporada al texto de PS en la edición de *B.*

42 Si se pensara que quien debe presentarlas es algún otro heredero, resultaría una regla impracticable pues ese heredero que no tiene las cosas adquiridas difícilmente podría presentarlas.

4. *1,18,4 (Appendix 1,14) Iudex familiae herciscundae nes inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est: alioquin inutiliter datur*

S. El juez que conoce de la acción de división de herencia no se presenta para que resuelva las cuestiones que hubiere entre algunos coherederos, sino para hacer la división de la herencia entre todos ellos; de no hacerlo así, sería inútil el nombramiento del juez.

O. Clásico. En el derecho clásico no es necesario que la *actio familiae herciscundae* sea pedida por todos los coherederos interesados; Ulpiano (19 *ad ed.* D 10,2,2,4) afirma que no debe dudarse que tal acción puede presentarse entre algunos del total de los herederos, y en otro lugar (30 *ad Sab.* D 10,2,43) que está claro que incluso uno solo de los herederos puede pedir la acción.⁴³ Esta regla está conforme con el régimen de la copropiedad que admite que en cualquier momento cualquiera de los socios pida la división de la cosa común. Pero, por otra parte, es necesario que la sentencia pronunciada con motivo de tal acción recaiga sobre todos los herederos, pues de otro modo la división de la herencia no sería efectiva. Así lo afirma Paulo (23 *ad ed.* D 10,2,27), quien dice que la sentencia (*condemnationes et absolutiones*) debe recaer respecto de todas las personas interesadas, y que si alguna no fuera incluida, la sentencia será nula; la razón que ofrece Paulo para justificar la regla es que la cosa juzgada no puede valer en parte sí (respecto de los herederos considerados) y en parte no (respecto del omitido). Biondi ha explicado estos dos grupos de textos diciendo que la acción de división de herencia puede presentarse aun cuando al proceso no concurren todos los herederos, siempre y cuando la sentencia que dicte el juez se refiera a todos ellos.⁴⁴

La regla de que la sentencia que no se refiera a todos los herederos es nula, parece presentarse en un rescripto de Diocleciano (CJ 3,36,17 del año 293) en el que se refiere el caso de que el heredero no incluido estuviera ausente por causa justificada (*absens*) o no hubiera sido notificado del procedimiento (*ignorans*); en tales supuestos, el rescripto indica que el heredero no considerado, no obstante la división hecha, retiene íntegro su derecho a la parte de herencia que le corresponde, por lo que podrá reclamarla, con sus réditos, por el juicio de división de herencia (*arbitrio familiae herciscundae*). No obstante, la razón que parece mover

43 Lo mismo afirma Paulo (23 *ad ed.* D 103,8 pr) respecto de la acción de división de cosa común. Kaser *ZPR* p. 265 y *RPR* I p. 727 n. 5 admite que esta regla es clásica.

44 Biondi, *Diritto ereditario romano* p. 455 y ss.

la decisión del rescripto no es la nulidad de una sentencia por la incongruencia lógica de no haber considerado a todos los coherederos, que permitiría anular la sentencia aun cuando el heredero no considerado haya estado presente en el juicio o no se hubiera presentado a pesar de ser notificado del mismo, sino la protección de quien no pudo acudir a juicio por estar ausente por causa justificada o no haber sido debidamente notificado.⁴⁵

La sentencia, en cuanto refleja la regla de que la división de herencia debe ser hecha teniendo en cuenta a todos los herederos, independientemente de que estén o no presentes o de que fuera solicitada por uno o todos ellos, es de origen clásico. Si significara que la acción tiene que ser pedida por todos los herederos o tramitada en presencia de todos, sería de origen posclásico.

Au. A. La sentencia parece conformarse más con el texto citado de Paulo que con el rescripto de Diocleciano, pues no menciona que el heredero no considerado esté ausente o ignorante del proceso. Este silencio respecto de la situación del heredero no comprendido en la sentencia permite conjeturar que la razón de la regla transmitida en PS 1,18,4 es la necesidad de que la sentencia comprenda a todos los herederos, de modo que la división sea definitiva. La fuente de la sentencia, como sugiere Kaser,⁴⁶ podría ser dicho texto de Paulo.

La expresión *dare iudicem*, que aparece en esta *sententia* es, en opinión de Raggi,⁴⁷ una expresión común en el procedimiento cognitorio que designa el nombramiento de un juez delegado, por parte de un juez superior que puede revisar la sentencia del primero.

Así lo afirma, entre otros, Paulo (23 *ad ed.* D 10,2,27) que dice que la sentencia (*condemnationes et absolutiones*) del juicio de división de herencia debe recaer respecto de todos los coherederos y, en consecuencia, que si la sentencia omite referirse a alguno de ellos, la sentencia no valdrá respecto de ninguno.

45 La misma razón anima dos rescriptos anteriores (año 244) de otro emperador (Felipe), que permite que el demandado condenado estando *absente et ignorante* apele ante un juez superior (CJ 7,33,4 y 5). De acuerdo con Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* pp. 24, 37 y ss., la nulidad de la sentencia por no haber considerado a todos los herederos podría solicitarse por medio de apelación, en tanto que la nulidad por ausencia o falta de notificación mediante una *in integrum restitutio*.

46 Kaser, *RPR II*, p. 537 n. 3.

47 Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* p. 71 y ss.

5. 1,18,5 (*Appendix 1,15*) *Omnes res quae sociorum sunt, communi dividundo iudicio inter eos separantur*

S. Todas las cosas en copropiedad pueden dividirse entre los copropietarios por la acción de división de cosa común (*actio communi dividundo*).

O. Clásico. La sentencia expresa la doctrina clásica de que las cosas objeto de copropiedad son repartibles entre los copropietarios por medio de dicha acción.

Au. A. La palabra *socius* para designar al copropietario es frecuente en textos clásicos.⁴⁸ En PS aparece en otros lugares designado al copropietario (2,31,26; 3,6,4; 4,12,1 y 5,10,2), pero también al miembro de una sociedad (2,16 *rubr* y 2,16,1) y al cómplice de un delincuente (5,14,1). En opinión de Levy,⁴⁹ el uso de la palabra *socius* para designar al copropietario se hace más frecuente en el procedimiento cognitorio en el que ya no se distinguen acciones específicas y, por consiguiente, no se diferencia entre la *actio communi dividundo* y la *actio pro socio*.

V. 1, 19 *QUEMADMODUM ACTIONES PER INFITIAM DUPLENTUR*

T. No existe una rúbrica semejante en el edicto. Ahí, después de las acciones divisorias (Lenel 79-82), aparece la rúbrica *De fideiussore et sponsore* (Lenel 83-88), la cual aparece también en PS 1.20. Como la primera sentencia de este título, que se refiere a la *actio depensi*, Schulz⁵⁰ ha conjeturado, a mi ver con razón, que las dos sentencias de este título estaban relacionadas originalmente con el edicto *De fideiussore et sponsore* en el inciso *ad legem Publiliam*, que contenía la fórmula de la *actio depensi*. Por su parte Liebs⁵¹ no propone modificaciones a este título.

O. Posclásico. El intento de dar un tratamiento común a todas las acciones con litiscrecencia al doble por causa de *infittatio* es ajeno por completo al derecho clásico.

48 Heumann Seckel, *Handlexikon*, s.v. *socius*, inciso d.

49 Levy, *VR* p. 284.

50 Schulz, *SZ* 47, 1927, p. 45, con apoyo en Lenel *EP* p. 217.

51 Liebs, *SZ*, *op. cit.*

Au. V. Pudo introducir la rúbrica, siguiendo las primeras palabras de PS 1,19,1, *quaedam actiones si a reo infitientur duplantur* y sacar del título siguiente (*de fideiussore et sponsore*) estas dos sentencias.

1. 1,19,1 *Quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudi cati, depensi, legati per damnationem relict, damini iniuriarum legis Aquiliae, item de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est*

S. La condena de algunas acciones crece al doble cuando el demandado se resiste sin razón (*infitiatio*) a la reclamación del demandante, como en las acciones *iudicati, depensi, ex testamento*, o en la acción de la Ley Aquilia. Y también sucede en la acción de *modo agri* cuando el comprador ha sido engañado por el vendedor respecto de la medida del fundo.

O. En general clásico. La enumeración de las acciones que tienen litiscrecencia por causa de *infitiatio* coincide, salvo la mención de la *actio de modo agri*, con la que ofrece Gayo en dos lugares diferentes (Gai 4,9 y 171); ahí se mencionan las mismas cuatro acciones; pero, a diferencia de PS, la acción de la Ley Aquilia aparece en el tercer lugar y la *ex testamento* en cuarto lugar. Esta ligera variación puede ser un indicio de que la sentencia no proviene de estos textos de Gayo.

Llama la atención que la sentencia se refiera a la acción de daños de la Ley Aquilia llamándola (*actio*) *damni iniuriarum Legis Aquiliae* en vez del nombre usual *damni iniuriae Legis Aquiliae* que sí aparece en Gayo (4,171). El uso del plural *iniuriarum*, en vez de *iniuriae* puede sugerir que la sentencia se refería en esa expresión, además de la acción de daño, a la *actio iniuriarum* por lesiones a la integridad corporal o moral de una persona libre; pero quizá sólo sea un reflejo de que los nombres de las acciones ya no son muy nítidos en el tiempo en que se compuso la sentencia, como parece desprenderse también de que en PS 2,31,23; en un título sobre el hurto, se nombra correctamente el supuesto y la acción de daños diciendo que si alguien *damnum iniuriae dedit, actione legis Aquiliae tenebitur*, y que para referirse a la acción por ofensas a la integridad corporal o moral en otros lugares se hable también claramente de la *actio iniuriarum* (como en PS 2,31,35. 5,4,2;6 y 8) y en otro lugar (PS 5,4,11) se la llame *actio iniuriae*.

La frase final de la sentencia (*item de modo agri cum a venditore emptor deceptus est*) puede entenderse en dos sentidos. Uno, es que la sen-

tencia afirme que la *actio de modo agri* también crece al doble por *infittatio* y que luego (a partir de *cum*) explique el supuesto en que procede tal acción, esto es, que el vendedor haya engañado al comprador. El otro sentido es que la frase final de la sentencia indique que la condena en la *actio de modo agri* es al doble cuando el vendedor ha engañado al comprador respecto de la medida del fundo. Conforme con esta lectura, la frase final tendría un contenido discordante con la primera parte de la sentencia, pero concordaría con otra sentencia (PS 2,17,4), que en un contexto de responsabilidad del vendedor, por la evicción y por los defectos de la cosa, afirma que el vendedor que engaña al comprador en la medida del fundo (*de modo mentiatur*) responde por el doble del precio pagado en exceso.

Antes de pronunciarse por uno u otro sentido es preciso aclarar cuál era el objeto original de la *a. de modo agri*. Según Kaser,⁵² Levy y d'Ors, la acción originalmente se dirigía a exigir al vendedor, que había declarado en su *nuncupatio* que el fundo tenía una cabida mayor de la que realmente tuvo, que resarciera al comprador el valor simple del precio pagado en exceso, y que sólo en caso de *infittatio* podía el vendedor reclamar el doble, de conformidad con la regla de las XII Tablas (6.2) la cual enunciaba que quien se resistiera a cumplir lo que ha declarado (*nuncupatio*) en un acto de enajenación por *mancipatio* quedaba condenado a pagar el doble. En cambio, para Lenel o Arangio,⁵³ entre otros, la *a. de modo agri* se dirigía originalmente a exigir al vendedor el doble del precio pagado en exceso, de suerte que era una acción más bien penal que de resarcimiento.

Me parece mejor fundada la opinión de que la *a. de modo agri* se dirigía originalmente por el valor simple del precio pagado en exceso y que era, en consecuencia, una acción de resarcimiento y no una acción penal que castigaba el engaño. Si hubiera sido una acción penal no se podría entender la afirmación de Ulpiano (18 *ad ed.* D 19,1,34), de que la responsabilidad por la medida del fundo se exige por la *a. empti*, la cual, como es sabido, servía, en este tipo de casos, para reclamar el precio pagado en exceso por una mercancía que resultó defectuosa, es decir tenía una función de resarcimiento y no penal.

52 Kaser, *RPR I*, p. 133. Levy, *VR* p. 230. D'Ors, *DPR* 496 n. 1.

53 Lenel, *EP* 74. Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho romano*, p. 224.

Partiendo de este punto de vista, podría afirmarse que la frase final de la sentencia es de origen clásico, si tiene el primero de los sentidos apuntados arriba; es decir, indica que la *a. de modo agri* acrece al doble por *infitiatio*, y luego explica (desde *cum*) el supuesto en que procede ésta acción. Pero sería de origen posclásico, si lo que significa es que la *a de modo agri* se da por el doble cuando el comprador ha sido engañado por el vendedor, y en consecuencia la responsabilidad se concibe como responsabilidad penal.

Me parece que la lectura más probable es la de que la frase final es, como el resto de la sentencia, de origen clásico, por lo que sus últimas palabras (*cum...*) son sólo la explicación del supuesto en que procede esa acción, que había dejado de ser una acción efectivamente practicada desde que la venta de fundos se hacía sin *mancipatio*,⁵⁴ por lo que se precisaba explicarla a los lectores de PS. Que en tal explicación se diga que el supuesto de procedencia era el engaño y no la declaración (*nuncupatio*) hecho por el enajenante sobre la medida del fundo, como se supone era el supuesto original, puede explicarse por la evolución que llevó a sustituir la *mancipatio* con la compraventa, y en consecuencia la responsabilidad del enajenante por su *nuncupatio* con la responsabilidad contractual del vendedor implicaba la responsabilidad por el engaño, exigible por la *actio empti*.⁵⁵

En cambio, la idea de que la responsabilidad por el engaño en la medida del fundo es una responsabilidad penal es perfectamente congruente con el derecho vulgar de Occidente, como la demuestra la *interpretatio* de esta sentencia, a la letra dice:

Aliqua [quae] cum ab his, quibus sunt debita, repetuntur, si a debitoribus negata fuerint, dupli satisfactione redduntur, id est res iudicata, legati per damnationem relictis, id est si quid heres legati titulo dare iussus est et petitum negaverit, vel si damnum alicui per iniuriam factum quis sarcire noluerit, vel de modo agri cum a venditore emptor fuerit circumscriptus, ut minus inve-

54 La *mancipatio* dejó de practicarse en occidente desde finales de la época clásica (Kaser, *RPR II*, p. 274), aun cuando la palabra siga apareciendo en textos jurídicos de esa época y posteriores, como en PS donde aparece tres veces (1,7,8. 2,17,3. 2,25,2).

55 De los diversos textos que según Lenel 74 se refieran a la *a. de modo agri* (Ulp. 18 *ad ed.* D 19,1,34. 21,2,14.) Paulo 21 *ad ed.* D18,1,51. Juliano 7 *ad ed.* D 18,6,11. 19,1,22, ninguno menciona por su nombre la *a. de modo agri*, pero Ulpiano (D 19,1,34) dice que la responsabilidad por la cabida del fundo se exige por la *a. ex empto*.

niatur, quam probatur scriptum. quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur.

En esta *interpretatio* hay dos cambios importantes respecto de lo afirmado en la sentencia. En primer lugar, señala que las acciones se duplican no por la *infitiatio* sino por la *negatio*, y luego explica en qué consiste tal *negatio* en cada acción, salvo en la *actio iudicati* de la cual no dice nada: la acción por el legado damnatorio consiste en negar lo pedido, en la acción de resarcimiento de daños, en no querer resarcir, y en la acción por la cabida del fundo en haber sido engañado el comprador por el vendedor. Esto demuestra un total desconocimiento en el derecho vulgar de lo que era la *infitiatio*,⁵⁶ y, en lo relativo a la responsabilidad por la medida del fundo, la consideración de esta responsabilidad como una responsabilidad penal derivada del engaño. En segundo lugar, la afirmación de que la fuente de la responsabilidad por el doble es la Ley Aquilia, afirmación característica del derecho vulgar.⁵⁷

A la vista de este texto, parece razonable la opinión de Levy,⁵⁸ lo que expresa la otra sentencia referente a la *actio de modo agri* (PS 2,17,4), es una regla propia del derecho vulgar de Occidente, que entiende esta responsabilidad del vendedor no como una responsabilidad contractual sino como responsabilidad penal.

Au. A. Quien todavía entiende lo que significa la *infitiatio*, a diferencia de la *interpretatio* y otros textos del derecho vulgar⁵⁹ que la entienden como una simple negativa (*negatio*). La mención de las diferentes acciones por su nombre correcto también indica la autoría de *A*, especialmente de la *actio de modo agri*, que ya era entonces una acción antigua y que no mencionan otras obras contemporáneas de PS, como *FV* o la *Col.*,⁶⁰ ni el Código Teodosiano,⁶¹ de modo que la referencia a la *actio de modo agri* parece ser una peculiaridad, entre las fuentes posclásicas, de las PS.⁶²

56 Véase Levy, *VR* p. 230.

57 Véase Levy, *VR* p. 331 y ss.

58 Levy, *VR* p. 230 y ss.

59 En GE 2,7,8 *i.f.* se dice que la *negatio* puede consistir en la demora del deudor; Isidor *etym.* 5,26,20 entiende por *infitiatio* la negativa del deudor, antes del proceso, a pagar alguna deuda; en RB 14,8 el incumplimiento se entiende como *negatio*. Véase Levy *VR* p.232 y ss.

60 Véase Levy *Ergänzungsindex zu ius und leges*, s.v. *ager*.

61 Véase *Heidelberger Indux zum Theodosianus*, s.v. *ager*.

62 Quizá el compilador original tuvo gusto por recoger nombres de acciones antiguas, pues en

2. 1,19,2 *Ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest*

S. Las causas que sufren litiscrecencia al doble por *infittatio* no pueden terminarse por un pacto o transacción.

O. Posclásico. En derecho clásico se suele distinguir el pacto de la transacción. Por una parte, la transacción es una especie de pacto, que se distingue por referirse exclusivamente a resolver un litigio pendiente: *de re dubia et lite incerta neque finita*. Como categoría más general, el pacto puede referirse a otras materias no necesariamente litigiosas, como un contrato, un préstamo o incluso una sentencia. En las PS se ignora esta distinción,⁶³ como se echa de ver en PS 1,1,1, donde se afirma que se puede pactar respecto de las mismas cosas de las que se puede transigir. En PS 1,19,2 se nota esa falta de discriminación al afirmar que hay causas que no pueden decidirse por pacto cuando un texto clásico diría que no pueden decidirse por transacción.

Pero lo que es más ajeno al derecho clásico es la afirmación de que las causas que tienen litiscrecencia al doble no pueden ser objeto de transacción. Hay un largo fragmento de Ulpiano (*5 de omnibus tribunalibus*, D 2,15,8) que contradice esa afirmación; en él se trata de la transacción respecto de un legado de alimentos, ésta sería una cuestión en la que procedería la *actio ex testamento*, ejemplo de las acciones que la sentencia anterior afirma que tienen litiscrecencia al doble, y que de acuerdo con esta otra sentencia no podría ser objeto de transacción. Aparte de esta sentencia, no he encontrado⁶⁴ ninguna otra fuente coincidente con ella.

En el derecho clásico⁶⁵ existió la limitación (recogida en PS 1,1,7) de no poder transigir respecto de causas criminales, porque de ello resultaría una injusticia para el acusado inocente obligado a dar algo para verse libre de la acusación, o para el interés público al dejarse sin castigo a un

PS 2,14,1 y 3 hace mención de la antigua *actio auctoritatis* que ciertamente ya no se practicaba en el siglo tercero.

63 Véase Levy, *Pauli Sententiae* 1,1,1 *sub O*.

64 Además de buscar en los títulos respectivos de D (2,15), CJ (2,4) y CT (2,8), revisé en las fuentes prejustinianas, buscando en los lugares indicados por el *Ergänzungsindex s.v. paciscor, pactum, transactio, transigo*.

65 Véase Kaser, *RE*, s.v. *transactio* col. 2146; Levy, *Pauli Sententiae* 1,1,7 *sub O*.

culpable. A partir de ahí pudo irse ampliando la lista de materias no transigibles.

En el siglo V, como lo refleja la Cs, se han establecido otras limitaciones a la materia que pueden ser objeto de transacción o pacto. En Cs 4,2 se afirma, primero que las materias que pueden pactarse (*pacisici*) son únicamente las causas dudosas (*dubiis rebus*), lo cual parece un reflejo de la regla de que la transacción se refería sólo a las cuestiones pendientes de juicio (*de re dubia et lite incerta neque finita*), y a continuación señala otras materias respecto de las cuales de ningún modo puede transigirse (*transigi*): las causas ciertas (quizá se refiera a las definidas por una sentencia), las inciertas, las futuras y los crímenes. La regla está expresada con suma vaguedad, pero no deja duda de la tendencia a limitar las materias objeto de transacción.

La sentencia no llega todavía a los extremos de Cs, pero va más lejos que el derecho clásico. Quizá refleje la concepción de que la *infittatio* es un delito y la litiscrecencia una pena, de modo que las acciones con litiscrecencia las trate como acciones penales, respecto de las que, según la regla clásica recogida en PS 1,1,7, no es lícito transigir.

En cambio, Beck⁶⁶ opina que la sentencia es de origen clásico porque entiende que PS 1,19,2 afirma las causas que ya han crecido al doble por una sentencia que así lo determine que no pueden ser objeto de transacción. Pero es difícil aceptar esta lectura, primero porque el verbo *duplantur* está en tiempo presente y no en perfecto, y segundo porque usa la palabra pacto (y no *transactio*), y es sabido que en el derecho clásico sí era posible hacer un pacto (no una transacción) respecto de una sentencia definitiva.

La *interpretatio* casi simplemente repite lo que dice la sentencia: *Hae causae, que pulsatorum negatione duplantur, per pactum finiri non potest*. Es interesante notar el cambio que hace de la palabra *infittatio por negatio*, lo cual parece ser una nota propia del derecho vulgar del siglo V en Occidente.⁶⁷

Au. B. Que aparenta concebir las acciones con litiscrecencia como acciones penales. Esta concepción parece ya estar presente en CT 2,27,1,3 (421) donde los emperadores Teodosio y Constancio explican que la san-

⁶⁶ Beck, *Studi Francisci* IV, p. 5.

⁶⁷ En RB 14,8 aparece el término *infittante* seguido de una explicación, *hoc est negante*; en RB 29 se dice que *infittante* respecto de quien niega la comisión de un daño; S. Isidoro, *Ethym.* 5b,26,20 dice que *infittatio es negatio debita rei*.

ción contra quien se niega a pagar una caución se impone a fin de reprimir el *fomes infitiandi* o ánimo rebelde de los deudores; aquí el *fomes infitiandi* aparece cuando menos como una conducta reprimible.

La confusión entre *pactum* y *transactio* presente en esta sentencia donde afirma que las controversias no pueden decidirse por “pacto” también indica la autoría de B.⁶⁸

El uso de la palabra *infitiatio*, así como la ausencia de alguna explicación de ella, indica que la sentencia es anterior a las fuentes jurídicas del siglo V, que en lugar del término clásico usan la palabra *negatio*.

VI. 1,20 DE FIDEIUSSORE ET SPONSORE

T. Lenel §§ 83-88. PS es la única fuente que muestra esta rúbrica. La sentencia conservada en este título se refiere a la *epistula divi Adriani*, la cual, en opinión de Lenel, era el último tema que se tocaba en el edicto *de fideiussore et sponsore*.

O. Clásico. Au. A. V, que pudo haber extraído de este título las dos sentencias aparecidas ahora en el título 1,19 y haber suprimido las demás sentencias que debía de tener originalmente este título.

1. 1,20 *Inter fideiussores ex edicto praetoris, si solvendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio dividetur*

S. Cuando hay varios *fideiussores* de una misma deuda solventes al momento de la *litis contestatio*, la obligación se divide entre ellos de conformidad con lo prescrito en el edicto del pretor.

O. Clásico. La sentencia refleja el régimen de división de la deuda entre los *fideiussores* introducida por una *epistula* de Adriano, citada por Gayo (*Gai* 3,121; 8 *ad ed. prov.* D 46,1,26). No conocemos el texto de la *epistula*, pero de acuerdo con lo que informa Gayo, ella compele (*compellitur*) al acreedor que quiere exigir responsabilidad a los *fideiussores* al demandarlos únicamente por su parte correspondiente; una vez dividida la deuda entre todos los que sean solventes al momento de la *litis contestatio*.

La *epistula* no alteraba, en principio, el régimen de responsabilidad solidaria de los *fideiussores*, por lo que cada uno seguía siendo respon-

68 Véase Levy, *Pauli Sententiae* 1,1,1 sub O.

sable por el total de la deuda, pero daba al *fideiussor* demandado por el total la posibilidad de exigir que la demanda se redujera a la parte que le correspondiera (*beneficium divisionis*). Para tal efecto, si hubiera duda sobre la solvencia de los otros *fideiussores*, el *fideiussor* demandado debía dar una garantía de la solvencia de aquellos (*Ulp. 7 disput. D 46,1,10 pr*), con lo cual el pretor daba al acreedor la acción únicamente por la parte correspondiente; si el acreedor no aceptaba la garantía, el pretor daba la acción al acreedor con la excepción de que los otros no fueran solventes (*si non et illi solvendo sint*, Paulo 25 *ad ed. D 46,1,26*), de modo que si el demandado probaba la solvencia de los otros se le condenaría únicamente a pagar su parte.⁶⁹

La sentencia se refiere a este beneficio de división de deuda introducido por la *epistula* de Adriano, y es la única fuente que tenemos afirmante de la división de la deuda estaba prevista en el edicto del pretor. Es de notar que la sentencia informa correctamente acerca de la responsabilidad solidaria (*in solidum teneantur*) de los *fideiussores*, no alterada por el beneficio de división de la deuda entre los fiadores solventes. Sin embargo, la doctrina de la sentencia ya no es muy clara pues, por una parte, afirma la responsabilidad solidaria y, por otra, proclama que la obligación se divide (*obligatio dividetur*), por así prescribirlo el edicto del pretor. Esta incongruencia se advierte mejor confrontando la sentencia con lo que afirma Gayo acerca de la *epistula* de Adriano, donde explica que el efecto de tal disposición imperial fue compeler al acreedor a pedir su parte a cada *fideiussor* (*compellitur creditor... partes petere*), y no, como sustenta la sentencia, el de dividir la obligación.

No obstante, la doctrina de la sentencia es diferente de lo que declaran las fuentes del derecho vulgar. La *IP* dice: *Cum multi fideiussores extinterint, etiamsi ad solvendum, quae promiserunt, probantur idonei et possint omnes in solidum retineri, tamen restitutio debiti inter eos dividenda est, ut unusquisque id, quod eum pro portione sua contingit, exolvat*. Aquí se asevera que los fiadores aunque sean solventes y puedan ser demandados individualmente; el pago se divide entre todos de modo que cada quien pague su parte correspondiente. Ya no dice si la responsabilidad se divide entre los fiadores solventes, únicamente comenta que la deu-

⁶⁹ Lenel (*EP* p. 218) conjetura que debió existir en el edicto una *actio divisa* contra el *fideiussor* que exige la aplicación del beneficio de división de deuda, en cuya fórmula debía preverse (en la misma *condemnatio*) la división de la obligación; la fórmula debía de ser distinta según fuera de *intentio certa* o *incerta*.

da se divide aun cuando sean solventes, poniendo así el acento en la división de la responsabilidad; no dice esta *interpretatio* qué ocurriría si uno o varios de los fiadores no fuesen solventes, pero podría conjeturarse, como hace Levy,⁷⁰ que para el intérprete no hacía falta mencionar este supuesto porque le era evidente que los demás fiadores responderían por el total. Ésta es también la afirmación realizada por otra fuente muy posterior (siglo VIII-IX), la *Lex Romana Raetica Curiensis* (23,26), para el caso de que hubiera muerto uno de los cofiadores: la responsabilidad se divide entre los que vivan, sin considerar para nada la posible responsabilidad correspondiente de los herederos del fiador difunto. Otra peculiaridad de la *interpretatio* respecto de la sentencia es que ya no menciona que la obligación se divida, sino únicamente afirma que se divide el pago (*restitutio debiti*).

Au. A. La mención de que la obligación se divide con fundamento en el edicto pretorio (*ex edicto praetoris*) parece indicar que A fundamenta la división en la *epistula* de Adriano, tal cual fue acogida en el edicto, y no en la epístola misma, lo cual supone un distanciamiento de la fuente original, a diferencia de los textos citados de Gayo y Ulpiano que se refieren directamente a la epístola de Adriano; pero en todo caso la sentencia muestra un conocimiento del texto del edicto codificado, lo que es una clara señal de la autoría de A. Hay otras dos sentencias que citan como fuente el edicto del pretor: 2,12,11 (*ex Col.* 10,7,8), donde se menciona una *actio ex edicto praetoris* en oposición a una *actio ex lege duodecim tabularum*, y en 4,7,6 donde se menciona un interdicto previsto en el edicto (*edicto perpetuo*) en oposición al *crimen falsi* apreciado por la Ley Cornelia.

La afirmación de que la obligación se divide puede ser también de A. El mismo Gayo, que en las *institutiones* (3,221) afirma que el efecto de la epístola de Adriano era compeler al acreedor a reclamar por partes, pero en otro lugar (8 *ad ed. prov.* D 46,1,26) refiere que la obligación se divide —si bien aclara que no sucede esto *ipso iure*—, con lo cual demuestra la supeditación de la división de la obligación a la petición, por parte del fiador demandado, de la aplicación del beneficio de división. Ulpiano (22 *ad ed.* D 46,1,27,4) habla también, en un contexto en el que se discute si son aplicables o no las prescripciones de la epístola de Adriano, de que la obligación se divide cuando así lo pide el *fideiussor*

70 Levy, *VR* p. 201.

y son aplicables dichas prescripciones. Pero la sentencia omite decir que la obligación se fracciona cuando lo pide el demandado —con lo que da la impresión de que entiende que la obligación se divide *ipso iure* por efecto de la disposición del edicto del pretor—. Esta imprecisión de la sentencia, que llevada a sus últimas consecuencias significaría que la obligación de garantía habiendo varios fiadores deja de ser solidaria, es atribuible, como tantas otras, al afán epitomizador y divulgador de A.

A manera de contraste, cabe mencionar cómo Justiniano llega a entender la obligación solidaria de los cofiadores. Por una Constitución del año 531(CJ 8, 40,28) aclara tajantemente que la obligación de los cofiadores no termina porque uno de ellos o el propio deudor haya sido demandado, sino que se extingue hasta que se pague totalmente al acreedor. Ya no habla aquí de división de la obligación, y se coloca más bien en el punto de vista del derecho del acreedor, el cual dice (parágrafo 1) que permanece íntegro hasta ser pagado en su totalidad (*manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur*).

2. 1, 20A

T. Siguiendo el orden del edicto pretorio, después de los edictos *de fideiussore et sponsore* seguiría el edicto (Lenel § 89) *si mentor falsum modum dixerit*. La única sentencia conservada de este título podría adscribirse, como opina Schulz,⁷¹ a este edicto; pero como la sentencia no se refiere propiamente a la acción *in factum* dada contra el agrimensur quien declaraba una medida falsa, sino a la pena correspondiente al comerciante que usa medidas falsas, habría que aceptar que la sentencia fue incluida en ese título por su semejanza con la materia principal, pero no por ser su sede propia. Liebs, en cambio, considera que la sentencia debe ubicarse como la única sentencia de un título inicial del libro primero, que llevaría la rúbrica *De officio praesidis*; esto puede justificarse porque la sentencia parece inspirada en un fragmento de Ulpiano (D 47, 11,6,1) correspondiente al Libro 8 *de officio proconsulis*; en este libro, de acuerdo con Lenel,⁷² se trataba de diversos crímenes perseguibles por vía cognitoria, entre ellos, el de usar medidas falsas.

⁷¹ Schulz, SZ 47, 1927, p. 45.

⁷² Paling. II cols. pp. 977-984.

3. 1,20A (ex D 48,19,37) *In dardanarios propter falsum mensuram modum ob utilitatem popularis ammonae pro modo admissi extra ordinem vindicari placuit*

S. En consideración de la utilidad del suministro público de abastos, se tuvo a bien castigar por vía extraordinaria, y según la gravedad del acto, a quienes (*dardanarii*) usan medidas falsas.

O. Clásico. El edicto del pretor (Lenel § 89) ofrecía una acción contra el agrimensor que declaraba una medida falsa de un fundo, por la cuantía del interés del actor en no haber sido engañado; era una acción penal, *in factum*. La acción se daba contra quien declaraba la medida dolosamente, aunque si uno, engañado por esa medición, compró pagando mayor precio del correspondiente al tamaño real de la cosa o vendió cobrando menos, podía ejercer la acción contractual de compra o venta contra la persona con quien había contratado; se daba así una concurrencia de acciones en favor de quien resultó engañado por la falsa medición: la acción penal contra el *ensor* y la acción contractual contra el comprador o vendedor; según Pomponio, citado por Ulpiano (24 *ad ed.* D 11,6,3, 2 y 3), el actor tenía que elegir una u otra acción, pero no podía ejercer las dos.

El ámbito material de la acción se fue extendiendo paulatinamente a la medición de cosas distintas del fundo, como los edificios, las servidumbres o incluso mercancías como vino o trigo (Ulp. 24 *ad ed.* D 11,6,5,2), y hasta parece haberse considerado el caso específico de quien engañó usando instrumentos de medición (Ulp. *eod.* 7, quien habla de un *ensor machinarius*). Como consecuencia de esto es posible que la acción pudiera ejercerse contra quienes usaban falsas medidas.

Aparte de estas acciones privadas, los emperadores, considerando el interés público en el suministro de víveres para Roma (*annona*), dieron diversas disposiciones para evitar que los especuladores (*dardanarii*) encarecieran los víveres, entre ellas la emitida por Trajano (citada por Ulp. 8 de *off. Proc.* D 47,11,6,1) de castigar a quienes usaran medidas engañosas con la pena prevista en la *lex Cornelia de falsis* para quienes falsificaban un testamento o moneda. De aquí surgió un procedimiento criminal (una *quaestio*) contra quienes usaran medidas ficticias. Las penas establecidas contra los falsarios no estaban definidas rígidamente y variaban según la condición de las personas y la gravedad del acto. Marciano (14 *inst.* D 48,10,1,13) dice que la pena contra quien falsificaba un testamento era la deportación y confiscación de bienes, si se trataba de

una persona libre, o la muerte si era esclavo. Ulpiano (7 de of. proc. D 48,10,8) dice que en caso de falsificación de moneda a los libres se les castigaba entregándolos a luchar con bestias y a los esclavos con muerte. Para otros casos de falsificación menos graves, como vender dos veces una misma cosa o sobornar a un juez, Paulo (sing. ad sc. Turpillianum D 48,10,21) dice que la pena era de relegación temporal sin confiscación de bienes. Para el caso específico del uso de medidas falsas, Ulpiano (8 de of. proc. D 47,11,6,2) dice que el emperador Adriano impuso a uno la pena de relegación a una isla; Modestino (1 de poen D 48,10,32,1) generaliza la decisión de Adriano y dice que por decreto del emperador se impone esa pena a todos los que usaran medidas amañadas.⁷³

La sentencia parece referirse a la acción criminal, derivada del decreto de Trajano, conducente a la imposición de la pena (posiblemente la de relegación sin confiscación de bienes) contra los *dardanarii* que recurrían a medidas falsas.

Au. A. Que posiblemente se basa en la orden de Trajano citada por Ulpiano (8 de of. proc. D 47,11,6,1).⁷⁴ La expresión *extra ordinem vindicari*, así como otras semejantes como *e. o. punitur, animadvertitur*, parece propia de *A* pues implica el conocimiento del procedimiento *extra ordinem* como distinto de un procedimiento ordinario.⁷⁵ Al decir la sentencia que “se admitió castigar” (*vindicari placuit*) indica su cercanía con la disposición imperial.

73 Debe notarse que Modestino (loc. cit.), antes de indicar la pena impuesta por Adriano, afirma que los que usan medidas falsas quedan condenados a pagar el doble de lo que hubieran defraudado. Es claro que se trata aquí de una acción penal privada, que pudiera ser esa antigua *actio de modo agri* extendida a otras mercancías.

74 Liebs SZ también presenta esta fuente.

75 Véase *supra ad PS 1,13A,3 sub Au.* Levy, PS ad 1,5,2 *sub Au* hace ver como la *Interpretatio* entiende la expresión *extra ordinem* no como un modo procesal o procedimiento específico, sino como un juicio extraordinario por su brevedad.