

## UNUS CASUS (Inst. IV, 6, 2)<sup>1</sup>

José Carlos MOREIRA ALVES\*

SUMARIO: I. *El enigma*. II. *Las soluciones propuestas*. III. *Las diferentes críticas*. IV. *Razón del fracaso interpretativo*. V. *Orientación a seguir*. VI. *El silencio de Teófilo*. VII. *Las revelaciones del texto de Estéfano*. VIII. *Un escolio despreciado*. IX. *Conclusión*. X. *Bibliografía*.

### I. EL ENIGMA

Hay, en las Instituciones de Justiniano, un pasaje que se ha resistido a las indagaciones de los más notables romanistas. En el libro IV, título 6, las instituciones se ocupan de las acciones (*De actionibus*). Tras la definición de la actio como *ius persiquendi iudicio quod sibi debetur*, se refiere el texto citado, en el párrafo primero, a la división de las acciones en reales (*in rem*) y personales (*in personam*), y se presenta un ejemplo de acción real relativa a cosa corpórea (*res corporalis*). En el párrafo segundo, las Instituciones saluden a las acciones reales con referencia a cosas incorpóreas (*res incorporales*), destacando que, en ese caso, más allá de poder ser intentadas por quien pretenda un derecho de usufructo o de servidumbre predial sobre inmueble ajeno, se admite que sean empleadas por aquellos que, con relación a sus propios praedia urbana o rustica, nieguen la existencia de tales derechos en provecho de un tercero. Son esas las acciones reales negatorias, inadmisibles cuando se trata de controversia sobre cosa corpórea, hipótesis en la que es actor el que no la posee: *nam in his agit, qui non possidet: ei uero qui possidet non est*

\* Ministro do Supremo Tribunal Federal. Profesor titular de derecho civil de la Facultad de Derecho. Universidad de Sao Paulo.

<sup>1</sup> Traducción del portugués por el doctor Faustino Martínez Martínez. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y el ITAM.

*actio prodita, per quam neget rem actoris esse.* Sigue la parte final del párrafo: *Sane uno casu, qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit* (solamente existe un caso en que aquel que posee representa el papel de actor, lo que se verá mejor en los libros más minuciosos del Digesto).<sup>2</sup>

Es el célebre *unus casus*. De él, con razón dice Henle: *Iustinians Institutionem enthalten ein Rätsel*.<sup>3</sup> Es un enigma.

## II. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

El problema de la identificación del *unus casus* ha despertado la atención de los romanistas, desde los glosadores hasta nuestros días. En 1957, la más prestigiosa de las revistas de derecho romano (*Zeitschrift del Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanisitische Abteilung*), publicó el artículo *Unus casus und die Digesten*, de Chloros.<sup>4</sup>

Para que se tenga una idea de las diferentes tesis sobre la cuestión, resumiremos a continuación las principales.

La primera tentativa, en el Occidente, para la elucidación del enigma se encuentra en el *Brachylogus Iuris Civilis*.<sup>5</sup> Su autor, que nos es des-

2 Traducción Vampré, p. 241.

3 1, p. 1. Siglos antes, había destacado Antonio Gouveia: *In titulo de actionibus, scribit Imperator, uno casu eum, qui possidet, agiere. Is casus ab omnibus interpretibus quaesitus, necdum inuentus est* (Lect. Var. Iur. Civ. Libro I, capítulo XLI, *Opera*, p. 585). En la literatura jurídica romana, hay otros ejemplos de *unus casus*, pero todos identificados por el propio autor de la alusión. Así, en las Instituciones de Gayo, III, 94, donde ese jurista clásico, tratando del uso del verbo *spondere* en la *stipulatio*, observa: *Unde dicitur uno casu hoc uerbo peregrinum quoque obligari posse, ueluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget: PACEM FUTURAM SPONDES? Uel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimium subtiliter dictum est, quia, si quid aduersus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed, iure belli res iudicatur*. Lo mismo se verifica en las propias Instituciones de Justiniano, IV, 17, 6: *Si finium regundorum actum fuerit, discipere debet iudex, an necessaria sit adiudicatio. Quae sane uno casu necessaria est, si euidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti: nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari; quo casu conueniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari*. Y ese caso se encuentra en dos fragmentos del Digesto, X, 1, 2, 1; y X, 1, 3. Por otro lado, en los escolios a los Basílicos, es relativamente común hallar la referencia a la excepción única (*unus casus*) de un principio general. Así sucede en los escolios *In hoc solo* (atribuido a Enantiofane; Heimbach, II, p. 440); *Quaere* (atribuido a Doroteo; p. 557); nota *Quinque iuramenta* (donde se alude a las opiniones de Cirilo y de Estéfano; Heimbach, II, p. 557); nota *In quibus casibus* (atribuido a Estéfano; Heimbach, II, p. 557); *Hoc speciale* (atribuido a Enantiofane; Heimbach, IV, p. 629); y *Et ai Thaleleaus* (atribuido a Taleleu; Heimbach, V, p. 801).

4 Vol. LXXIV, pp. 373-384.

5 IV, 23: *Item ius in re consequitur quis de seruitutibus urbanorum praediorum, et rusticorum, quae*

conocido,<sup>6</sup> basándose en dos fragmentos del Digesto (VII, 6, 5, 6.; y VIII, 5, 6, 1), estima que el *unus casus* es relativo a las servidumbres, a la *actio negativa* o acción negatoria, a la que las Institutas aluden en su propio párrafo 2, título 6, libro IV.<sup>7</sup> Entre los glosadores hubo divergencia de opinión. Como destaca Landsberg, tres son las identificaciones que se encuentran en la *magna glosa*, siendo difícil decir cuál de ellas había sido aprobada por Acursio.<sup>8</sup> Esas opiniones son las que siguen: 1) Primeramente, la de aquellos autores que generalmente atribuyen a Acursio, aunque sin pruebas decisivas, que estiman que el *unus casus* se da en la reivindicación intentada por quien tiene la posesión jurídica (*possessio ciuillis*) contra el mero detentador, como, por ejemplo, el comodatario, el depositario o el arrendatario;<sup>9</sup> 2) según Bassiano, se daba el *unus casus* cuando el poseedor, en la posición de demandado, oponía una *exceptio*, pues, ahí, como señalan las Institutas, él *actoris partes obtinet*;<sup>10</sup> 3) la Glosa alude a la hipótesis de los “mixta siue duplicia iudicia (*actio familiae erciscundae, finium regundorum y communie duidundo*)”, acciones en las que los coherederos o consortes presentan los dos requisitos —*possidere y actoris partes sustinere*— como expresamente acentúa Ulpiano (D. X, 2, 2,

*dantur tam ex parte potentis, quam possidentis, cum in nullo alio iuris articulo possidenti actiosis prodata, l. 6 l. D. Si seruit. uindic. l. pen. ult. Di. Si usufr. pet. (apud Reiz, II, pp. 788 y 789, nota supra).*

6 La denominación *Brachylogus Iuris Civilis* fue dada en el siglo XVI por su primer editor a un manual de derecho civil romano, cuyo verdadero título no conservaron los manuscritos. Según Calisse (I, p. 134), *ebbe per titolo originale quello corrispondente di summa nouellarum o corpus legum*. Sobre la procedencia y la fecha en que fue escrita esa obra hay gran controversia. Unos —Schupfer, Chiapelli, Gaudenzi, Solmi, Besta, Vaccari— la consideran de origen italiano; otros —Conrat, Fitting— la juzgan proveniente de Francia. Pero no hay argumento alguno decisivo en favor de una o de otra tesis. En cuanto a la fecha de composición, los editores del siglo XVI la situaban en la época de Justiniano, razón por la que el *Brachylogus* fue, en esa época, publicado como apéndice del *Corpus Iuris Civilis*. Posteriormente, los estudiosos avanzaron esa fecha: unos, hasta el periodo pre-irneriano; otros, hasta el siglo XII. En general, los que defienden el origen italiano consideran esta obra de la época pre-irneriana; los favorables a la ascendencia francesa, del siglo XII. Pero, también a este respecto, no hay elemento seguro para la decisión. *Cfr.* Astutti, pp. 392 y ss.; y Trifone, p. 121. Véase también Vinogradoff, p. 56.

7 Tesis seguida, entre otros, por Cujacio (*Notae et scholia in librum IV. Institut. Iustiniani, caput VI, II, nota 15, Opera, II, col. 304*); J. H. Boehmer (II, p. 244, nota a); Mühlenbruch (138, p. 128, nota 4, con un prudente *forsitan*); y, en tiempos más recientes, por Dernburg (I, 2, 224, pp. 133 y 134, nota 9) y Riccobono (*Cfr.* Henle, 6, pp. 25 y 26, nota 28).

8 P. 274.

9 Se adhieren a esta opinión, entre otros, Jo. Roberto (*Cfr.* Doujat, XII, p. 1.224) y varios romanistas de los siglos XIX y XX, como Fritz (en *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, N. F., XI, pp. 63 y ss.*), Molitor (p. 238), Vering (p. 338, nota 9), Baron (150, p. 257) y Huvelin (I, p. 533).

10 Véase Scialoja, p. 277.

3), con relación a la *actio familiae erciscundae*.<sup>11</sup> Por otro lado, según Placentino, el *unus casus* se verificaba en las acciones prejudiciales, siendo la hipótesis específica la de la *uindicatio ex libertate in seruitutem*, en que el demandado, aunque tuviese la condición de hombre libre (*in possessione libertatis*), podía espontáneamente asumir la carga de la prueba de que tenía tal condición (a lo que aluden dos pasajes del Digesto: XX, 3, 14; y XL, 12, 39, pr.).<sup>12</sup>

De los posglosadores, Pedro de Bellapértica defendió la tesis de que el *unus casus* ocurría cuando el demandado poseedor asumiese de forma espontánea la carga de la prueba, lo que, según este autor, podría suceder siempre que el demandado lo quisiese, a semejanza de lo que se verificaba en el Digesto XIII, 3, 14, con referencia al liberto en posesión del estado de ingenuo.<sup>13</sup>

Con la Escuela de los Cultos, aumenta el número de tesis. Nuevas direcciones son exploradas. Antonio Gouveia lo identifica en D. VIII, 5, 6, 1, que alude a la *seruitus altius non tollendi*.<sup>14</sup> Còntio presenta una solución alternativa: la localiza en D. XXXIX, 1, 15, fragmento atribuido a Africano, y relativo a la denuncia de obra nueva, la cual dispone la inversión no sólo de la posición de las partes, sino también de la carga de la prueba como castigo a aquél que, en la condición de demandado, no se defiende. Se reconocía, por fin, que se trataba de una hipótesis referida a *controuersia rei incorporalis* y se destacaba que para los que prefiriesen, siguiendo a Teófilo, procurar el *unus casus* en una *controuersia rei corporalis*, había que identificarlo en D. XXII, 3, 18, por cuanto ahí:

11 En el mismo sentido, los posglosadores Dino y Jasón (Cfr. Doujat, X, pp. 1.223 y 1.224).

12 Cfr. Doujat, XIII, p. 1.224, y Cocceio, III, p. 72. Se suma a esa tesis Mynsingero (p. 514, nota h). También Nicolau, en *L'unus casus d'après les scolies des Basiliques* juzga que el *unus casus* acontece en la *uindicatio ex libertate in seruitutem* (D. XL, 12, 39, pr.; y XXII, 3, 14), conclusión a la que llegó con base, inclusive, en dos escolios a los Basílicos (XXII, 1, 14; y XXII, 1, 42): uno, atribuido a Doroteo —Nota, in hoc solo casu licere reo, praecipere probationes, etiamsi onus probationis ei non incumbat (traducción Heimbach, II, p. 470)-; otro, atribuido a Taleleu— Qui autem constitutionem ita intelligat, excipere debet litem de libertate propter dig. 14. Tit De probationibus, lib. 22, ubi dicitur, eum, qui de statu suo conuenitur, si uelit, probationem suscipere posse (traducción Heimbach, II, p. 488).

13 Así se expresa Bellapértica: *Sed rei uindicatio nunquam possidenti datur praeterquema in casu uno. Quis est iste casus ecce: possideo rem. Tu mihi moues controuersia de illa. Cum tu moues mihi controuersiam, datur mihi facultas per modum rei uindicacionis cuiusdam dicere quod res illa sit mea et probare quod sit mea et uices actoris sustinere (apud Nicolau, pp. 624 y 625, nota 5).* En el mismo sentido, Juan Faber (Cfr. Donelo, *Com. ad. tit. Institut., de Actionibus*, II, núm. 33, *Opera Omnia*, vol. VI, col. 686).

14 *Lect. Var. Iur. Ciuil.*, lib. I, cap. XLI, p. 585, *Opera*.

*Patronus possidet, et partibus tamen actoris fungi debet: nam libertus de operis conuentus dixit, sum ingenuus: patronus dixit, Non est ingenuus, sed libertus meus, de donde se concluye que “in hoc praeiudicio libertus est actor, patronus reus seu posesor, partibus tamen actoris functurus.”*<sup>15</sup>

Distinta es la opinión de Corásio: el *unus casus* sería la hipótesis a la que alude D. XLIII, 17, 1, 6, célebre fragmento de Ulpiano que contrapone el interdicto uti possidetis a la acción petitoria, esclareciendo que ésta nunca se da *ultra*<sup>16</sup> al poseedor, dado que le es suficiente la posesión: el interdicto protege al poseedor del inmueble.<sup>17</sup> Broeo identifica el supuesto con lo que figura en dos leyes del Digesto (D. V, 2, 7; y V, 2, 8, pr.), las cuales tratan de la hipótesis de una persona que, después de haber obtenido la *bonorum possessio*, intenta la *querela inofficiosi testamenti*.<sup>18</sup> La solución de Charondas es también original: el *unus casus* ocurriría cuando el propietario opusiese una *exceptio iusti domini* a la acción publiciana contra él intentada.<sup>19</sup>

Todos estos actores aceptaban, como correcta, la lectura de los manuscritos de las Institutas de Justiniano relativa al pasaje en donde había alusión al *unus casus*. Algunos de los adeptos de la Escuela Culta, mientras tanto, habían entendido que el enigma descubría la corrupción de aquel texto y trataron de corregirlo. Según parece, los dos que primeramente se orientaron en ese sentido fueron Emilio Ferreto y Eguinario Baro. Aquél, en vez de *sane uo casu*, leía *sane non uno caso*; éste, *sane in hoc casu*.<sup>20</sup> La tesis de Baro conducía a la identificación del *unus casus* con la servidumbre, pues, como señala Donelo,<sup>21</sup> *in hoc* significaba la hipótesis de que principalmente se ocupara el párrafo de las Institutas, esto es, las servidumbres.<sup>22</sup> Al mismo resultado llegó posteriormente Oto-

15 Apud Reitz, II, p. 787, nota s. A la tesis que identifica el *unus casus* con la hipótesis en que el propietario, en la operis noui nunciatio usaba del *ius prohibendi* (primera alternativa de Conito), retorna Henle afirmando: Die actio prohibitoria ist die Eigenstumsklage gegenüber der baulichen Störung: als prohibitoria des nuntierenden Eigentümers, und als prohibitoria unter Miteigentürmen. Die prohibitoria des nuntierenden Eigentümers ist der *unus casus*, p. 186.

16 Sobre la controversia al respecto del significado de *ultra* en ese fragmento, véase la nota 155 adelante.

17 Cfr. Scialoja, II, p. 279; y Coeccio, II, p. 71.

18 Cfr. Scialoja, II, p. 280; y Coeccio, II, p. 72.

19 Cfr. Nicolau, p. 608, nota 1. En ese sentido, Accarias, II, p. 864, nota 3.

20 Cfr. Donelo, *Com. ad. tit. Instit. de Actionibus*, II, núm. 38, *Opera Omnia*, vol. IV, col. 692; Duareno (I, p. 698) acepta la lectura *sane non uno casu*.

21 Cfr. Donelo, *Com. ad. tit. Instit. de Actionibus*, II, núm. 38, *Opera Omnia*, vol. IV, col. 692.

22 Cfr. Donelo, *ibidem*.

mano, si bien su corrección fue algo diversa de la de Baro: en lugar de *sane uno casu*, Otomano leía *sane illo casu*, e *illo* quería decir “en el caso anteriormente tratado” (las servidumbres). La corrección de Ferreto implicaba la existencia de varias hipótesis en que se darían los presupuestos del *unus casus*, tesis retomada por Donelo quien admitió la enmiendas *sane non uno casu* o *sed non uno casu*, incluso *sed nec uno casu*, alegando que si se tratase de un caso único, no habría motivo para que Justiniano remitiese al lector al Digesto, bastando señalar cuál era la excepción. Y Donelo no cede ni siquiera ante el texto de la *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo, que confirma la lectura tradicional (*sane uno casu*). Alega *uerum quid uetat quominus dicamus et hoc scriptum mendose, atque ita legi debere*<sup>23</sup>

En esta corriente, con una visión todavía más audaz, aparece la tesis de Gifanio, para quien debería considerarse espúreo todo el final de las I, VI, 6, 2, a partir de *sane uno casu*, por entender que se trataba de una interpolación postjustiniana, obra de algún escribano ignorante.<sup>24</sup>

En los siglos XVII y XVIII, los autores continuaron a la búsqueda del *unus casus*. Nuevas tesis fueron formuladas, pero la controversia persistía. Según Doujat, el *unus casus* acontecería cuando alguien intentase una acción real para obtener, después de recuperada la cosa, prestaciones accesorias, hipótesis a las que aluden varios fragmentos del Digesto: XIII, 6, 3, 1; XVI, 3, 34; XIX, 1, 5, pr.; XXXI, 66, 6; XLV, 1, 131, 1; XLVI, 3, 20; y XLVI, 3, 27.<sup>25</sup> El alemán Jauch estimó, en un principio, que el *unus casus* aparecería en un fragmento atribuido a Furio Anthiano (D. VI, 1, 80), el cual insiste que, si el demandado, queriendo evitar la acción real, niega la posesión, ésta será transferida sin más por el juez al actor, aunque éste no haya probado que la cosa fuese suya.<sup>26</sup> Posteriormente, el propio Jauch —adoptando la tesis de Charondas— rechazó esa opinión, teniendo en cuenta que el *unus casus* presupone al actor como poseedor y no como el que anteriormente poseyó y perdió la posesión.<sup>27</sup>

23 Cfr. Donelo, Com. ad tit. Instit. de Actionibus, § II, núm. 40, Opera Ommia, vol. VI, col. 694.

24 Cfr. Nicolau, p. 618, nota 2.

25 XVII y XVIII, pp. 1.225 y 1.226.

26 Cfr. Cocceio, III, pp. 72 y 73. La tesis fue retomada por Appleton (pp. 47 y 48, nota 1), quien para hacerla más plausible, formuló la siguiente conjetura: el *unus casus* sería uno más de los errores en los que incidieron los bizantinos. Doroteo, que acababa de introducir, interpolándolo, el fragmento de Furio Anthiano, quiso hacer alusión a él en las Instituciones, de ahí el empleo de la expresión *unus casus*.

27 Cfr. Cocceio, III, p. 73.

Cocceio retomó con nuevos argumentos la tesis primitiva de Jauch. Para el susodicho, el *unus casus* se encontraría en D. VI, 1, 80, por cuanto, en la hipótesis tratada en ese fragmento, el actor promueve una reivindicatoria contra tercero, debiendo éste probar que el demandado poseía la cosa reclamada y que era precisamente del actor; si el demandado se negase, la posesión, a título de pena, se transfería para éste, *licet actor rem suam esse non probauerit*. De ahí concluyó Cocceio:

Hactenus igitur prius membrum ab actore probandum absolutum est, at cum alterum membrum supersit, scilicet rem summa esse. Actor omnino adhuc illud probare debet, neque enim ex eo, quod alterum possidere probauerit, quod in poenam inficiationis eam in se transtulerit, liberatur ab onere probandi rem suam esse, quae probatio est essentialis in rei vindicatione.<sup>28</sup>

En el siglo XIX se recrudecen las tentativas de identificación del *unus casus*. Los autores de esta época, principalmente los alemanes, formulan nuevas hipótesis. Es cierto, también, que algunas de las teorías antiguas son retomadas. A la par que se produce ese movimiento de interés, se puede observar la aparición de voces contra esa línea de investigación, por entenderla sin mayor importancia práctica su objeto.<sup>29</sup> La tesis más atrevida que surgió en el siglo XIX fue sin duda, la de Francke, que Scialoja<sup>30</sup> clasificó entre las más absurdas. De acuerdo con Francke, no existiría, en el derecho justiniano, el *unus casus*, que el compilador del libro IV de las Instituciones habría extraído de los escritos jurídicos que no tuvieron acogida en el Digesto. A su parecer —y Francke prometió demostrarlo en otra oportunidad—, se trataba de un caso que solamente se daba en la práctica y que por descuido, había sido recordado en las Instituciones.<sup>31</sup> Sin embargo, como demostró Vangerow,<sup>32</sup> Francke jamás llegó a realizar la mencionada demostración de su teoría. Después de su muerte, otro jurista alemán, Ubbelohde, en la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, divulgó la idea que el propio Francke le había comunicado: el *unus casus* se daría en la hipótesis en que el que pagó la *litis aestimatio*, siendo vencido en el proceso relativo a la posesión, promueve una acción

28 Cfr. Cocceio, III, p. 73. Sigue esta tesis Pagenstecher (Cfr. Henle, 13, p. 51).

29 Véase el inicio del núm. 9 adelante.

30 *Studi*, II, p. 281.

31 Cfr. Scialoja, *Studi*, II, p. 281.

32 I, 332, p. 652.

petitoria para recuperar la cuantía pagada, acumulando en dicha circunstancia, las posiciones de poseedor y de actor. Entendía Francke que, así como el poseedor derrotado que entrega la cosa al adversario victorioso en la posesoria y actuando por medio de la petitoria obtiene la restitución de ella, de la misma forma quien pagó la *litis aestimatio* puede iniciar la acción petitoria para obtener la restitución de la cuantía pagada. Ahora bien, en el derecho justiniano, esa hipótesis perdería razón de ser, dada la ejecución in natura que es típica de la *extraordinaria cognitio*.<sup>33</sup> Al lado de la tesis de Francke, surgen otras que procuran especializar una de las identificaciones hechas en la Glosa de Acursio: la de que el *unus casus* se produciría en la reivindicación intentada por quien tiene la posesión jurídica (*possessio civilis*) contra el mero detentador. Así, Hoepfner y Schilling<sup>34</sup> dicen encontrar la solución para el enigma en D. XLI, 2, 13, I, con la hipótesis de una reivindicación intentada, por error, por el poseedor.<sup>35</sup> Büchel lo localiza en D. XLIII, 17, 3, 7, es decir, la reivindicación del propietario contra el superficiario.<sup>36</sup> Maynz, por su parte, lo indentifica en D. VII, 9, 7, pr. y 12, cuando se trata de la reivindicación del propietario contra el usufructuario que no prestó la correspondiente caución.<sup>37</sup> Puchta entiende que el *unus casus* aparece como resultado de un lapso de los compiladores de las Instituciones. Para él, la hipótesis excepcional se da en la reivindicación del poseedor justo contra el que injustamente posee, lo que era admisible para algunos juristas romanos que consideraban posible la concurrencia de la posesión justa con la injusta (así, D. XLIII, 26, 15, 4; y XLIII, 17, 3, pr.). Esa opinión fue repudiada por el derecho justiniano, como se verifica en D. XLI, 2, 3, 5 y XIII, 5, 15, pero los compiladores de las Instituciones no se dieron cuenta de eso e insertaron la referencia al *unus casus*.<sup>38</sup> Zimmermann, por su parte, juzga que el *unus casus* se dice respecto a la reivindicación contra un poseedor ficticio, caso en el cual, tras la *litis contestatio*, la cosa vendría para las manos del actor, quien de esa manera se convertía

33 Cfr. Scialoja, *Studi*, II, p. 281, nota 1; y Henle, 6, pp. 14 y ss.

34 Hoepfner, *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineiuschen Institutionem*, 1095, p. 1,089. en cuanto a Schilling, véase Scialoja, *Studi*, II, p. 276, y Nicolau, p. 613.

35 Perozzi, I, p. 718, nota 1, parece aceptar esta tesis. En el mismo sentido, Cuq, p. 297, nota 6, con un prudente "puede ser".

36 Cfr. Scialoja, *Studi*, II, p. 276; y Henle, 7, p. 35.

37 I, 118, p. 778. Sigue esta tesis Siber (Cfr. Segrè, pp. 23 y 24). En el mismo sentido, pero con un expresivo *vielleicht*, véase Sintenis, I, 52, p. 514, nota 2.

38 *Cursus*, II, 232, p. 588, nota e; y *Pandekten*, 168, p. 253, nota i.

en poseedor de la misma. En apoyo de esa conjetura, a la cual no alude ningún texto del Digesto, invoca para argumentar los siguientes pasajes: D. VI, 1, 7; y D, V, 3, 13, 14.<sup>39</sup> También es original la opinión de Schmidt, quien entiende que el *unus casus* sucede en los contratos en que, por ejemplo, se arrendaba o se vendía simplemente la posesión. El arrendatario o el comprador podría ser el propietario de la cosa; así, si éste reivindicase, se daría el caso en que el actor es el poseedor, hipótesis que, no obstante, no se halla en ninguna ley del Digesto.<sup>40</sup> Finalmente Bekker y Kniep vuelven su atención a la *liberalis causa*: el primero juzga que se daba el *unus casus* cuando alguien, que no se encontraba en la posesión de la libertad, o por dolo en que se hallaba, asumía la posición de actor, quedando en la posesión de la libertad durante el proceso; el segundo localiza el *unus casus* en D. XL, 12, 25, 2.<sup>41</sup>

En el siglo XX, la controversia persistió. En 1901, Ferrini, en su monografía *Sulle fonti delle Istituzioni* di Giustiniano,<sup>42</sup> llegaba a la conclusión —como sucedía con Francke, mas empleando otros argumentos—, de que el *unus casus* sería una hipótesis del antiguo proceso romano y resaltaba que los investigadores de esta materia deberían indagar en el antiguo procedimiento que se conservó no vivo, pero sí inalterado en el derecho justiniano.<sup>43</sup> A esa opinión fue llevado por la circunstancia de que el estilo de la frase relativa al *unus casus* presentaba todas las características del de Gayo. Así *sane*, usada cerca de veintiocho veces en las Instituciones de aquel jurisconsulto, pero que en tiempos de Justiniano era una palabra en desuso; las expresiones *uno casu* (los compiladores usarían *in uno casu*) y *partes optinet*. Concluía Ferrini de la siguiente manera: “La conclusiones, che si può dire certa, è che l’esempio, recato da Gaio, non foie, senza modificazioni gravi, riproducibile, e che quindi il compilatore se accontentasse di un rinvio generico ai Digesti, in cui a suo credere si trovava qualche cosa di simile”.<sup>44</sup>

Posteriormente, Gino Segrè en el año 1910 se ocupó de este supuesto en su *Miscellanea Esetica*.<sup>45</sup> Para este autor, el *unus casus* —que, conforme

39 “Noch ein Wort über den *unus casus*”, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, N. F., XI, pp. 267 y ss.

40 Cfr. Scialoja, *Studi*, II, p. 278.

41 Bekker, *Kleine Beiträge*, 3, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Dritter Band*, pp. 130 y 131; y Kniep, pp. 151 y 152.

42 *Opere*, II, pp. 307-419.

43 *Opere*, II, p. 405.

44 *Idem*.

45 En pp. 23-30 de la *Separata* (el trabajo fue publicado en los *Studi in onore di Biagio Brugi*).

con Ferrini, procedería de la obra de Gayo—, se refería a una hipótesis en que la atribución de la carga de la prueba no seguía la regla general, debiendo, por tanto, el poseedor, aunque no fuese el actor, probar la propiedad de la cosa en litigio. De ahí que en el texto de las Instituciones de Justiniano se lea *neget rem actoris esse*, al revés de *neget rem alterius esse*. Y el caso único en que eso acontecía era aquel en que se aplicaba la *presunción muciana*, a la cual aluden dos textos: D. XXI, 1, 51; y Código V, 16, 6. En efecto, en virtud de la presunción muciana, en caso de controversia las cosas que estuviesen en posesión de la mujer se reputaban procedentes del marido o del *pater familias*. Dado que se presumía una donación prohibida —y entre cónyuges—, debería la mujer demostrar que las cosas eran suyas por adquisición, que no procediese de causa deshonestas, ni que emanase de la donación del marido. Por eso, en la hipótesis de la reivindicación del esposo o del heredero contra la mujer, a ésta la cabía producir tal prueba. Era el *unus casus*. Segrè, sin embargo, honestamente reconoce que “questa congettura non supera in modo trionfale ogni difficoltà, e perciò non voglio illudermi che le sia riservata sorte migliore delle altre”.<sup>46</sup>

Algún tiempo después, en 1917, vio la luz el notable estudio de Scialoja “*Unus casus* (Interpretazione del 2 in f. Inst. de act., 4, 6)”.<sup>47</sup> Tras examinar las diferentes tesis sobre el particular, Scialoja intenta demostrar que ésta se encuentra en la *gregis uindicatio*, donde el demandado ocupa una posición singular. En efecto, si animales que no formaban parte del rebaño, se uniesen al mismo, podría suceder que, siendo ellos de propiedad del poseedor del conjunto, un tercero reivindicase el rebaño (reivindicación que incluía inclusive los *capita aliena* por tratarse de un *corpus ex distantibus*). Entonces, el poseedor, para no perder también aquellas cabezas que inequívocamente eran suyas, estaba obligado a hacer prueba —asumiendo, por tanto, la posición de actor, *partes actoris optinet*—, de que los *capita aliena* no eran del que reivindicaba. A esa hipótesis alude el Digesto en algunos pasajes: D. VI, 1, 1, 13; VI, 1, 3; VI, 1, 2 —fragmentos pertenecientes al título *De rei uindicacione*, considerado por Scialoja como la *edes materiae* del *unus casus*—; y XLIV, 2, 2, 1.

46 *Ibidem*, p. 30.

47 *Studi*, II, pp. 273-284. La tesis de Scialoja es seguida por Bonfante, *Corso*, II, 2, p. 297.

Finalmente, la última tesis original que conocemos sobre el problema es la de A. G. Chloros que, aunque sin negar la existencia del *unus casus* en el derecho romano, destaca que no fue incluido en el Digesto.<sup>48</sup> Y eso ocurrió porque habiendo un lapso (aproximadamente un mes) entre la publicación de las Instituciones (21 de noviembre de 533 d. C.) y del Digesto (16 de diciembre del mismo año) —lo que podría haber resultado de una revisión de último momento en el Digesto—, o se retiró del texto revisado el fragmento relativo al *unus casus*, o, por error, no fue insertado. Ante esa alternativa, opta Chloros por la segunda conjetura con base en que está demostrada por el empleo del futuro *apparebit* (“...*in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*”) en la frase de las Instituciones referente al *unus casus*.

### III. LAS DIFERENTES CRÍTICAS

La abundancia de tesis sobre el asunto controvertido genera naturalmente la multiplicidad de críticas a las soluciones propuestas. Cada autor de una nueva interpretación es, preliminarmente, un crítico de las que antecedieron a la suya. Y la razón de eso es obvia: antes de proponerse una solución nueva es preciso demostrar los defectos existentes. Incontables, por ende, las objeciones de los romanistas, quienes se ocuparon del *unus casus*, se hicieron recíprocamente. Sin embargo, analizadas en conjunto, puede verse que, aunque expuestas de manera diversa, se reducen a algunas básicas, esteoreotipadas poco a poco en las obras que procedían a identificar el *unus casus*. Por eso, para conocer las objeciones esenciales, basta la lectura de los trabajos que en diferentes épocas condensaron aquellas teorías, estimadas como irrefutables.

Las críticas sistematizadas a las doctrinas sobre el *unus casus* son relativamente recientes. Solamente van a surgir en el siglo XVII, aunque su prolegómeno ya se encuentran en Donelo. En efecto, los glosadores, por lo que sabemos, no se criticaban entre sí, mas la diversidad de puntos de partida de sus tesis contenía implícito el repudio a las que no seguían la misma orientación. Así, mientras que unos entendían que el *unus casus* sería una hipótesis en que el poseedor era actor en una *actio in rem*, otros —como Bassiano y Placentino— juzgaban que se daba en un caso en

<sup>48</sup> *Ibidem*, pp. 383 y 384.

que el poseedor, si bien demandado, hacía las veces de actor por la asunción de la carga probatoria. Con referencia a los postglosadores, el panorama presenta alguna alteración. Se tienen noticias de las objeciones de Juan Faber y de Angelo a los glosadores seguidores de las orientaciones arriba aludidas.<sup>49</sup> Juan Faber entendía que era errónea la tesis de que el *unus casus* se producía con las acciones divisorias, puesto que, si así fuera, no habría un caso único, sino una pluralidad. A eso respondía Jassón,<sup>50</sup> destacando que, aunque en la especie fuesen tres las acciones divisorias, en el género, por el contrario, el caso era uno solo.<sup>51</sup> Y Angelo observaba, reforzando la argumentación de Faber, que en esas acciones no se trata de la reivindicación, ni se niega que el dominio sea de otra persona.<sup>52</sup> Pero eran objeciones dispersas, lo que continuó verificándose entre los “juristas cultos”, con la sola excepción de Donelo, el cual, en el parágrafo II, núms. 30-36 de su *Com. ad. tit. Institut. de Actionibus*,<sup>53</sup> aprecia las tesis de autores que lo precedieron en ese estudio. De esta forma, analiza la que identifica el *unus casus* con el *interdicto uti possidetis*,<sup>54</sup> la que lo localiza en sede se servidumbres,<sup>55</sup> la que lo descubre en el fragmento de Africano, D. XXXIX, 1, 15,<sup>56</sup> y, finalmente, la de Pedro de Bellapértica, que la halla en el caso del liberto en posesión del estado de ingenuo.<sup>57</sup>

Antes de entrar en la exposición de los ataques a las diversas identificaciones del *unus casus*, es conveniente, para la claridad de la exposición, presentar las refutaciones a la tesis prejudicial de las demás; el texto de las instituciones está corrompido. Contra ella, desde muy pronto, se levantó un argumento extraordinariamente fuerte: los diferentes manuscritos de que se dispone siempre se encontró el texto vulgar: “sane uno casu in ómnibus meis MSS. legi”.<sup>58</sup>

49 Cfr. Oinotomo, p. 352; y Mynsingero, p. 513.

50 Cfr. Oinotomo, p. 352.

51 *Idem*.

52 Cfr. Doujat, p. 1,224.

53 *Opera Omnia*, vol. VI, cols. 685-690.

54 *Ibidem*, VI, col. 685.

55 *Ibidem*, VI, col. 686.

56 *Idem*.

57 *Idem*.

58 *Apud* Reitz, II, p. 787, nota s.

Hilligero posteriormente, en una larga nota al *De Iure Civili* Lib. XX, cap. IV, de Donelo, refiriéndose a las correcciones *non uno casu* y *hoc casu* expone: *Neutram lectionem ut probem, manuscripti libri efficiunt, in quorum pluribus diuersis in Bibliothecis publicis uulgarem lectionem reperi. Ut et in duobus Clariss. Obrechtii, Argentinae; in uno caso cum tertius eiusdem haberet uno quoque casu.*<sup>59</sup> De la comparación que, poco a poco, se hizo de los diferentes manuscritos de las Instituciones de Justiniano, se pudo verificar la existencia de otras variantes que iban más allá de las apuntadas por Hilligero. Schrader las indicó en su célebre edición de las Instituciones. Entre otras, *in hoc casu, in hoc uno casu, eo casu, illo casu, non uno casu, nec uno casu.*<sup>60</sup> La redacción vulgar (*uno casu*), sin embargo, está atestiguada por la inmensa mayoría de ellos. A la par, la *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo confirma el texto de las Instituciones de Justiniano. Donelo sintiendo la fuerza de la objeción, defiende la hipótesis de que también el texto de la *Paraphrasis* había sido corrompido por escribanos que confrontaron el texto griego con el latino. Mas las conjeturas de Donelo no resisten la fuerza de la redacción de los textos y modernamente ningún romanista piensa siquiera en retomar esta tesis.

La apreciación crítica de Doujat es más amplia y sistematizada que la de los autores precedentes. En la *Dissertatio de uno casu*,<sup>61</sup> acentúa Doujat que existen tres corrientes de teorías sobre el enigma de las Instituciones: 1) las que se construyen sobre el texto mismo —considerado correcto— de las Instituciones; 2) la de los autores que lo juzgan corrompido y procuran enmendarlo; y 3) la de los que lo califican como espúreo. Según Doujat, las dos últimas deben ser, en principio, rechazadas pues contra las mismas hay objeciones irrefutables. En efecto, son adversas tales teorías a las ediciones griegas y latinas de las Instituciones, cuyos textos son acordes entre sí. *Sane* es, en latín, adversativa, esto es, indica que se opondrá algo de nuevo a lo que ya se afirmó. Ahora bien, de las correcciones propuestas, varias dan como resultado la alusión a las servidumbres (*sane hoc uno casu, sane in hoc casu, sane illo casu*), circunstancia en que *sane* tendría que ser tomada como afirmativa, dado que a las servidumbres Justiniano se había referido poco antes. Por otro

59 Donelo, *Opera Omnia*, V, nota 1, col. 886.

60 Cfr. Scialoja, *Studi*, II, p. 274.

61 *Ibidem*, pp. 1,223 y ss.

lado, sería absurdo pretender que el emperador hubiese enfáticamente repetido lo que acababa de decir. De esto concluye Doujat:

Denique apparet hunc casum nullatenus accipi posse de actione confessoria aut negatoria: quandoquidem has ipsas Auctor hic memorat. Casum autem illum alibi, in Digestorum nempe libris, profitetur esse quaerendum: ex quo perspicue sequitur a proxime dictis longe diuersum esse, et sic ad actiones rerum corporalium, de quibus prius actum fuerat omnino spectare.<sup>62</sup>

También las teorías que se ligan a la primera hipótesis son susceptibles de crítica. El *unus casus* no se configura en la hipótesis de las acciones divisorias puesto que los litigantes, aunque *actoris partes sustinent*, también *rei partes sustinent*, o son demandados, lo que no ocurre en el *unus casus* propuesto por Justiniano. Por otro lado, *neque hi id petunt, quod iam possident, saltem ea ratione qua possident*:<sup>63</sup> poseen todo pro indiviso, piden su parte pro diviso; y finalmente sería absurdo que las Instituciones remitiesen al lector para los libros más amplios del Digesto, cuando las acciones divisorias son objeto de las propias Instituciones, IV, 6, 20. También es error la tesis que identifica el *unus casus* con la *exceptio* por dos motivos: primero, porque si así fuese, el *unus casus*, en vez de uno, serían más de mil; segundo, porque Justiniano se refiere a la acción y no a la excepción. La segunda objeción se aplica asimismo a la opinión de los que ven el *unus casus* en la *actio praeiudicialis*, pues *id enim per modum exceptionis fit, non actione, de qua hic sermo, uti iam dictum est*.<sup>64</sup> Y ella igualmente atañe a la tesis relativa a los interdictos y a la *operis noui nunciatio*, caso en que, además *res non uindicetur*. Los interdictos difieren de las acciones y, a mayores, las Instituciones también tratan de ellos, lo mismo que de las excepciones y acciones prejudiciales, no habiendo necesidad, por tanto, de remitir al lector al Digesto. Tampoco procede la tesis que generalmente se atribuye a Acursio, pues Justiniano, al referirse al poseedor, no pensó sólo en la *possessio ciuilis*, sino también en la *possessio naturalis*: *possidendi quippe uerbum absolute dictum, utrumque coiunctim significat, exigitque ut factum cum iure concurrat*.<sup>65</sup>

62 § IX, p. 1,223.

63 § 10, p. 1,224.

64 § 14, p. 1,224.

65 § 15, p. 1,225.

En el *Ius Ciuile Controuersum*,<sup>66</sup> Cocceio analiza las teorías de los autores que lo precedieron hasta la de Jauch. Sus críticas en general reproducen las de este jurista, cuyo nombre Cocceio, honestamente, invoca. A la opinión de Corasio de que el *unus casus* se configuraría en el interdicto *uti possidetis*, opone Cocceio tres objeciones: 1) en ese interdicto no se trata de controuersia *rei corporalis*, sino de *facum possessionis*; 2) no es una *actio negatoria*, sed *potius uterque actoris uices sustinet, i. e., uterque habet intentionem affirmatiuam*; y 3) ambas partes *agunt*, de ahí que no se pueda hablar de *casus unicus*. En cuanto a la tesis de Placentino, relativa a las *actiones praeiudiciales*, Cocceio, invocando el argumento de Jauch, destaca que el texto de las Instituciones alusivo al *unus casus* se refiere a la *uindicatio seruitutum praedialium* y a la *uindicatio rerum corporalium*, y a ninguno de esos géneros pertenecen las acciones prejudiciales. A mayor abundamiento, presenta la circunstancia de que esas acciones son varias y el *unus casus* es uno solo. También con base en Jauch, Cocceio critica la tesis de que el *unus casus* ocurriría cuando el poseedor, en la posición de demandado, opusiese una excepción, por dos razones:

- a) En esa hipótesis, no hay un caso único, sino infinito; y
- b) no se trata ahí de *negatoria qua res corporalis uindicatur*.

A la tesis generalmente atribuida a Acursio, objeta Cocceio, siguiendo asimismo a Jauch: *Verum hic dominus non possidet rem: casus autem unicus ille supponit actorem possidentem qui agit, seu actoris uices obtinet*.<sup>67</sup> No es procedente tampoco para Cocceio la opinión de Pedro de Bellapértica, por cuanto una cosa es actuar mediante la acción negatoria y otra el *probationem ultro suspicere*. La opinión de Contio —para quien el *unus casus* se hallaría en D. XXXIX, 1, 15— también es criticada: *At non agitur de tali possessore rei corporalis, qui negatoria instituta rem suam non alterius esse contedit, sed agit de eo, qui seruitutem uicino negat et in poenam libertatis probationem suscipere tenetur, quam regulariter is, qui seruitutem petit, probare tenetur*.<sup>68</sup>

66 § III, pp. 71-73.

67 § III, p. 72.

68 *Idem*.

Modernamente<sup>69</sup> críticas a las tesis sobre el *unus casus* se encuentran en los trabajos de Segre,<sup>70</sup> Henle,<sup>71</sup> Scialoja,<sup>72</sup> Nicolau<sup>73</sup> y Chloros.<sup>74</sup> Tomaremos como base la exposición de Scialoja por ser el que abarca mayor número de interpretaciones del enigma y destacaremos, en nota, alguna observación digna de interés de los otros autores citados.

A la tesis general atribuida a Acurcio, objeto Scialoja, la reivindicación en ese caso no tiene el carácter negativo ésta debe encontrarse en el *unus casus*, donde el autor necesita probar su dominio y no la falta de derecho del adversario. Además no explica la frase *per quam neget rem actoris esse* y es dudoso que el fragmento del Digesto traído a colación para esa interpretación —D. VI, 1, 9— se refiera a la reivindicación del poseedor jurídico contra el que detenta en nombre de aquél, lo que arruina el mérito de esa tesis haber presentado, como prueba, un texto del título de *rei uindicatione* —la *sedes materiae* del *unus casus*, según Scialoja—. Finalmente, si se adopta esa aplicación, se tendrá, al contrario de un caso único, una categoría de hipótesis diversas. También se equivocan las tesis que procuran determinar el *unus casus* en una u otra aplicación de la *rei uindicatio* del poseedor jurídico, por cuanto, además de ser aplicables las críticas anteriores —sobre todo, la de que habría varios casos de la misma naturaleza—, ninguna de ellas se basa en el fragmento contenido en la *sedes materiae*. Por otro lado, es absurdo para el autor que seguimos pretender identificar el *unus casus* con la *actio negatoria*, pues de tal acción trata el propio parágrafo de las Instituciones donde se halla la alusión al enigma, siendo, por tanto, *contradittorio il concepire come caso eccezionale per le controversie circa la proprietà l'azione data normalmente per le controversie circa le servitù, e inesplicabile il rinvio al Digesto per una materie trattat poc'anzi nello stesso parágrafo delle Istituzioni*.<sup>75</sup> Las mismas críticas pueden ser hechas a la opinión de Antonio Gouveia,

69 Ya en 1845, en el *Seitschrift für Civilrecht und Prozess*, N. F., XI, pp. 51 y ss., Fritz hacía amplia y aguda apreciación crítica de las principales teorías sobre este asunto.

70 *Miscellanea Esegetica* (Fr. 38, 1 D. 22, 1, Fr. 18 D. 21, 2; Fr. 50, 1 D. 5, 3; 2 I. 4, 6 / *unus casus*, pp. 23-30 de la Separata.

71 *Unus casus. Eine Studie zu Justinians Institutionem*.

72 *Unus casus* (Interpretazione del 2 in f. Inst. de Act. 4, 6), *Studi*, II, pp. 273-284.

73 “L'unus casus d'après les scolies des Basiliques”, *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 4a. serie, núm. 4 (octubre-diciembre 1934), pp. 597-642.

74 “Unus casus und die Digesten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, vol. 74, pp. 373-384.

75 *Ibidem*, p. 277.

quien se apoya en el texto D. VIII, 5, 6, 1, en el cual no se alude a un caso singular, ya que lo mismo ocurre en todas las servidumbres de la especie. Además, ¿para qué remitir al lector al Digesto cuando las Instituciones (IV, 6, 2) se refieren a la *seruitus altius non tollendi*?

A la interpretación de Bassiano, opone Scialoja varias objeciones: el *unus casus* abarca amplia categoría de hipótesis de conformidad con una regla general: en el título 6, libro IV, las Instituciones no tratan de la *exceptio* (lo que solamente va a ocurrir en el título 13 de aquel libro, donde 6 remite al lector al Digesto para el conocimiento de los numerosos casos de *exceptiones*), sino de la *actio*. Finalmente, esa interpretación no justifica el presupuesto de que el *unus casus* deba consistir en una negación del derecho del adversario. En cuanto a la tesis de Donelo, subraya Scialoja, la necesidad de modificar el texto es por sí misma una *confutazione di questa opinione, che urta contro il argomenti testè addotti contro Giovanni Bassiano*.<sup>76</sup> Es también inaceptable la tesis de Bellapértica dado que no se encuentra en el Digesto, con relación a la propiedad, la hipótesis por él lanzada. La opinión de Charondas es susceptible de crítica, toda vez que, además de decir al respecto que el caso sigue la regla general relativa a las excepciones, en él el demandado no se limita a la negación del derecho del adversario, afirma el suyo propio, como sucede en otras numerosas hipótesis.

Con referencia a la interpretación de Zimmermann, acentúa Scialoja que *basterebbe osservare che l'attore dovrebbe pur sempre affermare e provare la sua proprietà e non limitarsi a negare il diritto del convenuto, e che del caso non si parla in nessun luogo delle Pandette: lo Zimmermann cita solo come basi di argomentazione la 1. 7. de r. u., 6. 1 e 1. 13, 14, de h. p., 5, 3*.<sup>77</sup> Contra la tesis de Schmidt, observa Scialoja es dudoso que el propietario, en posesión de la cosa, pueda intentar la *rei vindicatio*: en ese caso, tiene que afirmar su propio derecho y no limitarse a negar el del adversario, y de esa reivindicación no trata el Digesto. La tesis de Cocceio tampoco resiste la objeción de que el fragmento 80, D. VI, 1. no presenta semejanza alguna con el *unus casus* por cuanto la transferencia de la posesión por el juez al actor dispensa a éste de la carga de la prueba de su derecho dominical. Si el demandado quisiera reivindicar la cosa, tendría que hacerlo como actor que no es poseedor. Por

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 278.

otro lado, es inaceptable la tesis de Appleton de que se trataría de un error de visión de los bizantinos, puesto que el fragmento nada presenta de nuevo, de extraño o de difícil comprensión, limitándose a señalar que se encuentra, en sustancia, en D. XI, 1, 20, 1, y en el Código III, 19, 2, 1.<sup>78</sup> En cuanto a la interpretación de Doujat, los textos invocados hablan de acciones personales y no de la reivindicación. Además, el autor no niega el derecho del adversario, pero debe probar el suyo. La tesis que identifica el *unus casus* con las acciones divisorias es improcedente por varios motivos: no se trata de caso único, sino de tres supuestos; cada uno de los litigantes debe probar su propio derecho, no bastando con la negación del derecho del adversario; en vez de la remisión al Digesto, los compiladores de las Instituciones se limitaron a hacer mención al parágrafo 20 del título 6, libro IV, donde se alude a las acciones divisorias; finalmente, no eran acciones reales, sino personales o, en palabras de los compiladores, *mixtam causam optinent*. A la tesis de Corasio, opone Scialoja que los interdictos no son contemplados en las Instituciones IV, 6, pero sí en el libro IV, título 15; el parágrafo 2, libro IV, título 6, se refiere a las acciones reales civiles; y que del interdicto *uti possidetis* se ocupa expresamente los parágrafos 4, 5 y 7, Instituciones IV, 15.<sup>79</sup> En la opinión de Contio debe observarse su referencia a la controversia relativa a la servidumbre —*res incorporalis*—, y que en el texto invocado (D. XXXIX, 1, 15) hay inversión de las partes, de modo análogo a lo que ocurre en la hipótesis del D. VI, 1, 80, siendo posibles aquí las mismas críticas hechas a la tesis de Cocceio. Es inadmisibles la opinión de Plancentino, porque las acciones prejudiciales, aunque acciones reales, forman a tenor de Instituciones IV, 6, 13, una categoría propia, y no casan con las *controuersiae rerum corporalium* del parágrafo 2. La tesis de

78 A la tesis de Appleton, opone Segrè (pp. 24 y 25) las siguientes consideraciones. Por la transmisión de la posesión, el reivindicante no tiene más necesidad de actuar y es liberado de la prueba de la propiedad —donde no hay caso excepcional y sí normal, como ya acontecía con el derecho judicial anterior, en virtud de la *translatio possessionis, attuata, a seconda dei casi, mediante gli interdetti quem fundum, quam seruitutem, quam hereditatem, quem usufructum, o mediante il duci vel ferri iubere, da parte del pretore*. Tal inversión de la posición procesal de las partes, es reconocida por el propio Appleton, que se defiende de esto señalando que el *unus casus* sería uno de los ejemplo de *bévues* de los compiladores, en concreto de Doroteo. *Ma —acentúa Segrè— com ciò è anche tolto l'appoggio più valido a questa opinione, la quale potrebbe reggere se si potesse dimostrare che almeno nel diritto giustiniano per l'attribuzione del possesso all'attore la lite prosegue come prime e non c'è questa inversione di posizione processuale.*

79 Observa Henle ( 5, p. 11) que *der Besitzkreis ist keine controuersi rei*, por cuanto *der Besitz ist keine res es gehört Vermögensrecht nicht an*.

Bekker es también criticable, pues la *liberalis causa* es apenas un caso particular de las acciones prejudiciales: el actor debe probar su propio derecho y no negar el del adversario. Éste no es actor porque se halle en la posesión, pero es poseedor de la libertad porque es el actor.<sup>80</sup> Contra la opinión de Broeo, Scialoja destaca que la hipótesis a la que alude D. V, 2, 7, 8, pr., no es excepcional, pero es uno de los modos ordinarios de preparar y de proponer la *querela inofficiosi testamenti*. La interpretación de Segrè, aunque muy aguda, es revisable porque, siendo la presunción una prueba, el demandado nada más hace en ese caso que atacar la prueba contra él producida. Finalmente, son absurdas para Scialoja las opiniones —como la de Francke o la de Ferrini— quienes niegan la existencia del *unus casus* o procuran identificarlo en el derecho anterior a Justiniano, atribuyendo a error de los compiladores la frase alusiva a la hipótesis excepcional. A esto se oponen claramente la clara remisión al Digesto y la circunstancia de que los tres compiladores de las Instituciones fueron miembros de la comisión que elaboró aquél.

Por otro lado, la tesis de Scialoja es combatida por Nicolau, quien con base en los escolios a las Basílicas, destaca que, según los juristas bizantinos, para poder reivindicar las cabezas de ganado unidas al rebaño al mismo tiempo que el propio rebaño, se debe probar que no se trató de una incorporación fortuita de los animales extraños, sino de una adquisición regular al tiempo que la de aquellas cabezas incorporadas con el consentimiento de los propietarios respectivos.<sup>81</sup> Con referencia a la incorporación fortuita, no constituye un obstáculo para la *uindicatio gregis*; pero no podrá englobar las cabezas ajenas accidentalmente incorporadas al rebaño, a diferencia de lo ocurrido, en caso de incorporación querida por los propietarios respectivos.<sup>82</sup> Además, al contrario de lo que afirma Scialoja, las Instituciones (II, 1, 28) se refieren expresamente a la incorporación de capita aliena a un rebaño. La tesis de Chloros, a lo que parece, aún no ha sido analizada. Su fragilidad es flagrante. Basta señalar que el futuro *apparebit* (éste, como reconoce el propio autor, surge en otro pasaje de las Instituciones, concretamente III, 12, pr.: *Quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit*), como precisa Bonfante,

<sup>80</sup> Acentúa Henle que en este caso no hay un proceso sobre el derecho de propiedad, sino sobre el *status libertatis*, en 5, p. 11. Además entiende (5, p. 11, nota 5), que la tesis de Bekker entra en contradicción con la frase *per quam neget rem actoris esse*.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 601.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 602.

*allude qui al corso e all'insegnamento, non al momento della compilazione, i in altre parti ricorre senz'altro il presente.*<sup>83</sup>

#### IV. RAZÓN DEL FRACASO INTERPRETATIVO

Como se puede deducir de lo expuesto, los autores más recientes, con relación al *unus casus*, continúan tan perplejos como los de los siglos pasados. *Bleibt die Fragen noch immer offen*, acierta a opinar el propio Chloros.

La perplejidad procede de los varios interrogantes, sin respuesta cabal, con que se enfrente aún hoy a los romanistas. ¿Por qué las Instituciones remiten al lector a los libros más amplios del Digesto,<sup>84</sup> si —y lo hace Gayo en la obra que sirvió de modelo a las Instituciones de Justiniano—<sup>85</sup> se trata de un caso único y lo más natural sería declinar dicha remisión? ¿Por qué la *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo —uno de los compiladores de las Instituciones— se limita a reproducir, casi con los mismos términos, el texto de las Instituciones sobre el *unus casus*, sin identificarlo, cuando en otros pasajes se dan largas explicaciones casuísticas? Tras tanto trabajo infructífero, pues todas las identificaciones incluso las ingeniosas no han resistido las críticas, ¿será razonable acreditar la existencia en el Digesto de algún fragmento esclarecedor del *unus casus*?, ¿no procederá de un equívoco del compilador?, ¿o se dirá de él que se trataba de una hipótesis existente en el periodo clásico no acogida en el derecho justinianeo?

No basta, sin embargo, quedarse en la contemplación de los motivos de la perplejidad de los autores, desde los antiguos hasta los modernos. Es necesario evidentemente determinar el factor o los factores que no han permitido, a pesar de los siglos de esfuerzo, la elucidación del *unus casus*, por medio de una identificación definitiva, o de la conclusión tam-

83 Por ejemplo, en Instituciones IV, 13, 7, IV, 14, 3, IV, 6, 37. La referencia de Bonfante en *Storia*, p. 640.

84 Además del relativo al *unus casus*, son lo siguientes los textos de las Instituciones que remiten de modo directo o indirecto al Digesto: I, 10, 11; III, 12, pr.; III, 12, 1; III, 23, 2; IV, 6, 5; IV, 13, 6; IV, 14, 3; y IV, 18, 12. Con el alusivo al *unus casus*, son en total diez textos, de los cuales nueve pertenecen a los dos últimos libros de las Instituciones. En todos ellos (al contrario de lo que acontece con el *unus casus*, que, como observó Vinio, II, p. 291, Justiniano podría haber indicado con apenas tres palabras), el objetivo del compilador fue destacar que el asunto era largamente tratado en el Digesto.

85 Instituciones de Gayo, III, 94. Véase a propósito, nuestra nota núm. 2.

bién convincente de su inexistencia en el derecho romano o en el derecho justinianeo.

Ahora bien, si examinamos la orientación seguida por los romanistas para la identificación del *unus casus*, veremos que en ella reside principalmente la causa del fracaso. Es cierto que el método tradicionalmente utilizado es rigurosamente lógico, teniendo en cuenta —como siempre ocurrió— que no existen textos jurídicos idóneos, salvo las Instituciones de Justiniano y, con reservas, la *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo, éstas nos proporcionan elementos para la elucidación del enigma. Así, para llegar a lo desconocido (el *unus casus*), tendrían los autores que partir de lo conocido (los datos que aportan las Instituciones de Justiniano y eventualmente la *Paraphrasis*, los cuales nos presentan el texto referente a aquella hipótesis única). En orden de razonamiento, el primer paso sería obviamente el análisis de ese texto para la fijación de los elementos —Henle los denomina “presupuestos”—<sup>86</sup> en que debería encuadrarse rigurosamente cualquier hipótesis para que pudiese ser considerada como el *unus casus*. Después, pasar al Digesto a la búsqueda de casos que presentasen semejanza con el aludido en las Instituciones. Finalmente, verificar, dentro de las diferentes hipótesis encontradas en los fragmentos de las Pandectas, cuál es la que se encuadraba rígidamente en los presupuestos de inicio fijados.

Ese método sería perfecto si fuese posible, con base en el texto de las Instituciones de Justiniano, establecer, sin duda de ninguna clase, los elementos identificadores del *unus casus*. En realidad, no es lo que se verifica, una vez que la exposición contenida en el pasaje alusivo al *unus casus* no es lo suficientemente clara para saber de forma inequívoca la configuración de la hipótesis a la que se quería referir el compilador. Para que se compruebe esa afirmación, basta la atenta lectura de los párrafos 2 y 3, título 6, libro IV de las Instituciones:

Aequè si agat ius sibi esse fundo uel aedibus utendi fruendi uel per fundum uicini eundi agendi uel ex fundo uicini ducendi, in rem actio est. Eiusdem generis est actio iure praediorum urbanorum, ueluti si agat ius sibi esse altius aedes suas tollendi prospiciendiue uel proiciendi aliquid uel inmitendi in uicini aedes. Contra quioque de usu fructu edt de seruitutibus.

86 *Ibidem*, p. 4.

Contra quioque de usu fructu edt de seruitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum inuicem quoque proditae sunt actiones, ut quis intendat ius non esse aduersario utendi fruendi, eundi agendi aquamue ducendi, itam altius tollendi prospiciendi immittendi: istae quoque actiones in rem sunt, sed negatiuae. Quod genus actionis in contruersii rerum corporalium proditum non est: nam in his is agit qui non possidet: et uero qui possidet non est actio prodata, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. 3. Sed istae quidem actiones quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et ciuilibus causis descendunt.

Desde hace mucho tiempo —Donelo, por ejemplo, hace un largo comentario al respecto—,<sup>87</sup> los romanistas han quedado intrigados principalmente con dos frases que se leen en el texto arriba transcrito: *per quam neget rem actoris esse et actoris parte optinet*.

En la primera de esas expresiones, es muy extraña la presencia de la palabra actoris en lugar de los vocablos que designan a un tercero cualquiera (así, por ejemplo, alterius, corrección introducida quizás por algunos editores de las Instituciones de Justiniano).<sup>88</sup> En efecto, el término actoris parece romper un encadenamiento lógico de la exposición, por cuanto después de afirmarse *in his is agit qui non possidet* (en éstas actúa aquel que no es poseedor), se señala *ei uero qui possidet non est actio prodata, per quam neget rem actoris esse* (al que posee no le es dada acción por la cual niegue ser la cosa del autor). ¿Si el poseedor en el caso es quien actúa, es propiamente el actor, y cómo puede negar el actor que la cosa es de él mismo? ¿O habrá entonces dos actores que se enfrenten en campos opuestos? Pero, aunque se adopte esa interpretación, no es plenamente satisfactoria, puesto que no habría de forma natural paralelismo —cuya existencia se deriva del propio texto— entre el *unus casus* y las acciones negatorias existentes *ut quis intendat ius non esse aduersario utendi fruendi*, esto es, para que se muevan contra el adversario quien es el demandado.<sup>89</sup>

87 Com. ad. tit. Instit. de Actionibus, II, núm. 14, *Opera Omnia*, VI, cols. 667 y ss.

88 Ya Hotomano proponía esa corrección (Cfr. Donelo, *idem*, col. 670). Scialoja, *Studi*, II, p. 274, nota 2, destaca: *Migliore forse per il significato sarebbe la variante alterius data anche da un manoscritto, sendo lo Schrader, I. S., ma senza alcun fundamento critico, e senza necessita, como vedremo, pure non ottenendosi la desiderata esattezza di spressione*. Arangio-Ruiz y Guarino, *Breuiarium Iuris Romani*, p. 389, adoptan la lectura *alterius*, según Huschke.

89 Es cierto que Donelo (Com. ad tit. Inst. de Actionibus, II, núm. 14, *Opera Omnia*, VI, col. 667)

También la segunda frase es insólita —*qui possidet nihilo minus actoris partes optinet*—. ¿Por qué en lugar de decir simplemente *qui possidet actor est*, el compilador del libro IV de las Instituciones prefirió el circunloquio *actoris partes optinet*, no encontrado en ninguna otra parte del *Corpus Iuris Civilis*?, ¿*actoris partes optinet* significará, lo mismo que *actoris partes sustinet*, es decir, el demandado asume la carga de la prueba? ¿Por qué entonces *optinet* en lugar de *sustinet* o de *fungitur*?<sup>90</sup> ¿O *actoris partes optinet* no indica carga obligatoria, sino que traduce la inversión requerida por el demandado de la carga de la prueba?<sup>91</sup> Para esas preguntas solamente hay respuestas conjeturales. Y eso no es suficiente.

Tales expresiones de sentido incierto habían dividido a los romanistas en dos corrientes. Para unos, el compilador quiere apenas significar que el caso único sería una hipótesis excepcional en donde el poseedor es al mismo tiempo actor y, en apoyo de esta interpretación, invocan la *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo, donde se lee la afirmación categórica: *Sane uno casu is, qui possidet, in rem agüere potest*.<sup>92</sup> Para otros, el caso único —y de ahí las frases *neget rem actoris esse* y *actoris partes optinet*— ocurriría en una hipótesis en la que el poseedor, aunque en la condición de demandado, hiciese las veces de actor por asumir, espontánea o necesariamente, carga de la prueba. *Actoris partes optinet* significaría lo mismo que *actoris partes sustinet*.

Esa divergencia es tanto más grave cuanto es cierto, como ha señalado Segrè, *il nostro passo si adatta senza sforzo ad entrambe le interpretazioni*.<sup>93</sup> Pero no es solamente en cuanto a la posición del poseedor en lo que discrepan los romanistas. La diversidad de opiniones existe también en relación con la de otros presupuestos del *unus casus*. Se discute si la expresión *in contruersiis rerum corporalium* significaría litigios en general sobre cosas corpóreas o si indicaría litigios sobre la propiedad. Se discrepa acerca del mayor o menor número de presupuestos del *unus ca-*

procuró explicar de otra forma la presencia de la palabra *actoris*, pero el propio Donelo, convencido de la fragilidad de esa argumentación, conjetura más adelante (col. 670) que las palabras *per quam neget rem actoris esse*, no serían de Justiniano.

90 *Actoris partes sustinere* se halla, por ejemplo, en D. XXXVII, 10, 6, 6; *actoris partibus fungi*, en D. XL, 14, 6. Otros textos en Nicolau, p. 623, notas 4 y 5.

91 Es esta la tesis defendida por Nicolau, p. 625.

92 § IV, 6, 2, traducción de Ferrini, que es la seguida siempre por nosotros.

93 *Ibidem*, p. 26.

*sus*. Algunos ejemplos lo confirmarán. Doujat,<sup>94</sup> en el siglo XVII, o Cocceio,<sup>95</sup> en la siguiente centuria, dan buena prueba de ello. Modernamente Henle distingue dos tipos de presupuestos para la identificación del *unus casus*: los formales y los materiales.<sup>96</sup> Dos son los presupuestos formales, extraídos de las expresiones *uno casu* y *latioribus digestorum libris opportunius apparebit*: 1) se trata de hipótesis única y controvertida; 2) no debe encontrarse en las Instituciones, pero sí en el Digesto. En cuanto a los presupuestos materiales, son los cuatro siguientes deducidos de las expresiones *actio in rem*, *controuersia rerum corporalium, qui possidet* y *actoris partes optinet*: A) debe tratarse de un acción real; B) respecto a *controuersia rerum corporalium*, entiende que *den Eigentumstreit als solchen*;<sup>97</sup> C) aquel que posee debe ocupar la posición de ataque; D) esa posición es la del actor y no la del demandado quien opone alguna excepción o soporta la carga de la prueba.

Scialoja, por su parte, entiende que de la investigación metódica de la intención de los compiladores de las Instituciones, deben resaltarse cinco conclusiones, a las cuales se debe subordinar la hipótesis en la que se pretenda ver el *unus casus*:<sup>98</sup> a) no debe constar en las Instituciones y mucho menos en el parágrafo 2, título 6, libro IV, porque si así fuese, sería absurda la remisión al Digesto; b) se debe referir a las *controuersiae rerum corporalium*, alejados, por tanto, los casos de acciones personales o de acciones reales no referidas al derecho de propiedad; c) la hipótesis debe referirse al poseedor de la cosa corpórea, éste pide al juez declaración de que la cosa no pertenece al adversario; d) el *unus casus*, para que se pueda explicar el *neget rem actoris esse*, debe aludir a la negación de la propiedad del actor, lo que es diferente de la afirmación del demandado que es propietario; y e) la hipótesis se debe hallar en el Digesto, en un título podría considerarse como *sedes materiae*.

Por tanto, por el método tradicional —la fijación de los presupuestos del *unus casus* y la búsqueda en el Digesto de una hipótesis que en ellos se encuadre—, se parte de lo incierto cara a lo desconocido.

94 § XVII, p. 1,225.

95 § III, p. 73.

96 § 3-13, pp. 5-56.

97 § 25, p. 177.

98 *Studi*, II, p. 274.

A la vista de estas circunstancias debemos renunciar a las tentativas para la solución del enigma y seguir el escepticismo de Biondi cuando afirmaba que la cuestión difícilmente podrá ser resuelta y todo parece mero intento, a la falta de los elementos que permitan acertar el pensamiento jurídico de Justiniano, puesto que, como se desprende de las diversas hipótesis presentadas, son varios los casos en los que es posible que el actor opere teniendo la posesión de la cosa.<sup>99</sup> No nos parece así. Si el error procede del empleo del método equivocado, se impone su sustitución y no el abandono de la investigación.

## V. ORIENTACIÓN A SEGUIR

La imposibilidad de aplicación segura del método tradicional para la identificación del *unus casus* llevó a Accarias a afirmar en el siglo XIX la existencia de dos dificultades: Justiniano entendía que hay un caso donde la acción real es ejercitada por el poseedor, lo que significa que hay un solo caso en que el poseedor debe probar su derecho de propiedad. La expresión *petitoris partes obtinere* significa tener la prueba a su cargo (l. 62, De jud., V, 1 L. 15, De op. nov. nunt. XXXIX, 1). La segunda duda suscitada es la de determinar cuál es ese caso único. Evidentemente, concluye, para responder a la primera cuestión, se debe resolver la segunda.<sup>100</sup> Según Accarias, para la solución del problema relativo a la posición del poseedor en el *unus casus* —esto es, uno de sus presupuestos— sería preciso seguir en la investigación el orden inverso al tradicionalmente consagrado: en primer lugar, descubrir cuál es el *unus casus* y después resolver la cuestión referente a la inteligencia de la frase *actoris partes optinent*. Accarias, al preconizar la inversión aparentemente ilógica del método tradicional, nada hacía en verdad de revolucionario, tanto es así que no dio mayor atención a ese aspecto del problema. En efecto, se limitaba a establecer, como secuencia de la investigación, el orden de trabajo seguido en la práctica por muchos romanistas que, en la exposición del resultado de sus esfuerzos, aparentaban obedecer el método tradicional. A estos les parecía más racional que, siendo la frase “*actoris partes optinet*” de sentido dudoso, se debía procurar en el Digesto una

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 267, nota 100.

<sup>100</sup> § II, p. 836, nota 1.

hipótesis que, ajustándose a los dos presupuestos del *unus casus*, también se encuadrara en uno de los términos de la alternativa de interpretaciones de aquella frase: poseedor-actor o poseedor-demandado con carga de prueba. Por esa orientación aparentemente ilógica, sería posible solucionar el enigma *unus casus* si fuese problemático el presupuesto de las expresiones *actoris partes optinet* y si solamente hubiese una hipótesis en el Digesto que se amolde a los demás presupuestos incontrovertidos y a uno de los términos de aquella alternativa. Sin embargo, nada de eso ocurre. Como ya dijimos no hay certeza en cuanto a otros presupuestos del *unus casus*: son varias las hipótesis que se encuadran en aquellos fijados por los romanistas que las habían formulado;<sup>101</sup> no se sabe siquiera con certeza si realmente existió solamente en el derecho clásico, en el justiniano o en ambos, o si, por el contrario, no pasa de ser un equívoco del compilador del libro IV de las Instituciones.<sup>102</sup>

No es posible, por tanto, con base exclusivamente en el texto de las Instituciones de Justiniano, solucionar el enigma *unus casus*. En efecto, son fallidos los dos únicos métodos que nos podrían conducir de las Instituciones al *unus casus*: el tradicional (fijación rigurosa de la hipótesis en abstracto a la que se quería referir el compilador del libro IV y posteriormente la identificación de ella, en concreto, entre los fragmentos que componen el Digesto) y el aludido por Accarias (en el cual, hasta cierto punto, es inversa la secuencia de la investigación).

¿Cómo entonces enfrentarse con el *unus casus*? A nuestro parecer, solamente hay un modo de realizar con seguridad ese objetivo: echar mano de los fragmentos relativos al *unus casus* de los jurisconsultos bizantinos, con el fin de observar cómo los autores contemporáneos de Justiniano afrontan los problemas que el texto de las Instituciones suscita.<sup>103</sup> De hecho, siguiendo esa orientación, se puede proyectar luz sobre el *unus casus*, dado que, o era del conocimiento común de los juristas bizantinos (en cuya hipótesis, aunque de los textos no emane la identificación misma

101 Henle, p. 5, *Wie schon gesagt, beweist die Institutionenstelle nicht die Einzahl selbst, sondern nur die Annahme der Einzahl seitens der Verfasser*.

102 Ya Appleton (pp. 47-48, nota 1) lo destacaba en ese sentido, atribuyendo a Doroteo los problemas derivados de la redacción de los dos últimos libros de las Instituciones. Después identifica el *unus casus* con D. VI, 1, 80.

103 Nótese la observación de Nicolau (p. 600): para la observación de este problema, los escolios presentan un interés de verdad considerable, más que el problema mismo, el cual habría sido familiar a lo juristas bizantinos y cuya enseñanza nos ha sido transmitida a través de los escolios de los Basílicos.

de aquel caso singular, su análisis nos será provechoso para la comprensión de los presupuestos del *unus casus*), o entonces también en aquella época el texto de las Instituciones ya era un problema, lo que quiere decir que se trataba de una hipótesis sin mayor interés práctico que en el propio derecho justiniano (tanto que no despertó la atención de aquellos), constituyéndose en una opinión personal (y quizás equivocada) del compilador del libro IV de las Instituciones.

Tres son los textos bizantinos de que disponemos para ese estudio: la *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo (uno de los recopiladores de las Instituciones), IV, 6, 2; el esolio *Nunc enim* a las Basílicas XLII, 1, 7 (Heimbach, IV, p. 191), atribuido a Estéfano, *antecessor iuris*<sup>104</sup> (contemporáneo de Justiniano); y el esolio *Exstat locus* (que remonta al siglo VI d. C. de autor desconocido) a la citada *Paraphrasis*. El primero y el tercero desde hace tiempo conocidos por los romanistas;<sup>105</sup> el segundo, por lo que sabemos, traído a colación en el siglo XX por Nicolau.<sup>106</sup> Mientras tanto, desde la Glosa hasta nuestros días, los autores nunca le dieron mayor atención porque se utilizaron de modo esporádico y aislado, en vez de estudiarlos en su conjunto. Ni el mismo Nicolau, que examinó el *unus casus* a la luz principalmente de los escolios a las Basílicas (de ahí el título de su trabajo), intentó sacar partido de los tres textos referidos.

## VI. EL SILENCIO DE TEÓFILO

El más antiguo de los textos bizantinos —excluidas como es obvio las propias Instituciones de Justiniano— que hace alusión al *unus casus* es la *Paraphrasis Institutionum*, libro IV, título 6, parágrafo 2.<sup>107</sup>

Es cierto que no hay unanimidad entre los romanistas en la atribución de esa obra a Teófilo. De Cujacio a Ferrini, ha habido autores que pro-

104 Como destaca Heimbach (vol. VI, pp. 13 y 14), no se debe confundir a este Estéfano con aquel que fue uno de los compiladores del Digesto.

105 La *Paraphrasis Institutionum* fue editada por primera vez en 1534 por Viglio Zuichem (*Cfr.* Wnger, p. 682, nota 21). El esolio *Exstat locus* fue divulgado por Fabrot en 1638 en su edición de la referida *Paraphrasis* en los siguientes términos: *Schol. Autem Th casum hunc refert ad l. 8 si filius 13 D. De inoff tes quod et Goveano uenerat in mentem*, en p. 716.

106 Eso ocurrió en el artículo “L'unus casus d'après les scolies des Basiliques”, p. 630, publicado en 1934 en la *Revue Historique de Droit Français et Etranger*.

107 Según Ferrini (*Opere*, I, p. 110), la *Paraphrasis* fue compuesta en los primeros años del reinado de Justiniano. En el mismo sentido, Krueger destaca que es poco posterior a las Instituciones, dado que no encontramos ninguna alusión a las Novelas, ni al *Codees Repetitee Praelectionis*, p. 486.

curaron combatir esa autoría.<sup>108</sup> Modernamente, se puede afirmar pacíficamente la opinión tradicional que, como el mismo Ferrini reconoció,<sup>109</sup> data del siglo VI d. C., como se puede verificar en dos escolios a la *Paraphrasis* en los cuales Teófilo es expresamente designado como su autor, redactados en esa centuria. De ahí la afirmación de Wenger, en la más notable de las obras publicadas sobre las fuentes del derecho romano (*Die Quellen des römischen Rechts*) sobre este particular.<sup>110</sup>

Ahora bien, siendo Teófilo uno de los compiladores de las Instituciones —y según algunos romanistas el que redactó los dos últimos libros—,<sup>111</sup> nadie más habilitado para esclarecer las dudas sobre el *unus casus*. Se limita a referirlo, pero sin identificarlo. ¿Cuál es la explicación de ese hecho?, ¿lo habría silenciado Teófilo por la misma razón por la que habían omitido las Instituciones dicha identificación al tratarse de una obra destinada a principiantes y dada la complejidad del tema?, o, como advierte Chloros<sup>112</sup> ¿no habría necesidad en aquella época de elucidación al respecto porque la hipótesis única no fue acogida en el Digesto? O bien, como pretende Degen,<sup>113</sup> Teófilo ¿da a entender implícitamente que el *unus casus* se configura en la hipótesis de las acciones negatorias, tratadas en el texto inmediatamente anterior?

Todas esas suposiciones nos parecen equivocadas. La primera es desmentida por la propia *Paraphrasis* donde, como veremos más adelante, hay en el mismo párrafo 2 explicaciones de cierta complejidad; además, como el título en el que se halla la referencia al *unus casus* se encuentra en la parte final de las Instituciones (y consecuentemente de las *Paraphrasis*), los alumnos al abordarlos ya habían estudiado los institutos relativos a la familia, la sucesión, las cosas, las obligaciones, y, por tanto, ya poseían el caudal para, con ayuda del profesor, poder tomar conocimiento de la hipótesis única, aunque algo compleja. La segunda conjetura

108 Cfr. Wenger, p. 682, nota 22.

109 *Opere*, I, p. 147.

110 *Ibidem*, p. 682. Zachariae (*Geschichte*, p. 5) observa que Ferrini *die Autorschaft des Theophilus mit Unrecht bestreitet*. Schulz, no considera como hecho incontestable la autoría de Teófilo, p. 306.

111 Así, Huschke, Grupe, Affolter, Kübler, Albertario, Arangio-Ruiz y Guarino (Cfr. a propósito, Kübler, pp. 412-413; y Arangio-Ruiz y Guarino, *Breviarium*, p. 199). Krueger, en p. 457, acentúa que en el estado actual de nuestros conocimientos, no es posible establecer con certeza el autor de los dos primeros libros y de los dos últimos.

112 *Ibidem*, p. 383.

113 *Apud* Ferrini, *Opere*, I, pp. 152-153, nota 1.

también es manifiestamente inexacta pues es inconcebible que Teófilo, sabiendo del no acogimiento del caso único en el Digesto (por ende, su inexistencia en el derecho justiniano), hubiese reproducido de manera mecánica, sin explicación alguna a los lectores (y la *Paraphrasis* se destinaba a los alumnos principiantes) el texto de las Instituciones. Además de todo esto, como veremos adelante, la reproducción en la obra de Teófilo del pasaje sobre el *unus casus* no fue tan mecánica como le pareció a Chloros. La tesis de Degen, por último, no encuentra apoyo en el texto de la *Paraphrasis*, siendo, por tanto, una mera suposición desprovista de fundamento.

A nuestro entender, el análisis del texto de la *Paraphrasis* correspondiente al parágrafo 2, título 6, libro IV, de las Instituciones de Justiniano, demuestra que el silencio de Teófilo tiene un significado diverso.

Destaca Teófilo, al comenzar su exposición, que se puede actuar in rem, tanto con relación a cosas corpóreas (un *fundus*, una *domus*) como a incorpóreas (como el usufructo o la servidumbre). Con relación a éstas, es posible utilizar las acciones confesorias como demuestran las siguientes fórmulas:<sup>114</sup>

- a) Acciones confesorias relativas al usufructo: *Si paret eo fundo uel iis aedibus utendi fruendi ius mihi esse.*
- b) Acciones confesorias referentes a servidumbres prediales rústicas: *Si paret mihi ius esse per fundum uicini eundi uel inde aquam ducendi.*
- c) Acciones confesorias en cuanto a las servidumbres prediales urbanas: *Ius mihi esse aedes meas altius tollendi, o Ius mihi esse in tusa aedes prospiciendi, o Menianum in aream tuam proiciendi, o Tigna mea in parietem tuum, qui uicinus mihi es, immittendi; y*
- d) Acciones negatorias e *rebus incorporalibus*: *Si paret huic ius utendi fruendi aedibus meis meoue fundo non esse, Iumenta per meum fundum agendi, Inde aquam ducendi, Suas aedes altius tollendi, In meas prospiciendi, Menianum in meas aedes uel in meam aream proiciendi, In parietes meos onera immitendi.*

<sup>114</sup> Aunque en la época en que fue escrita la *Paraphrasis*, no estuviese en uso el proceso formulario, la presencia de fórmulas en ella y en obras posteriores, se explica si se consideran tales fórmulas posclásicas como de carácter puramente escolar. Cfr. Collinet, *La nature des actions*, pp. 204 y ss.

En relación con las cosas corpóreas, las acciones confesorias (las *rei vindicationes* que los bizantinos, a veces, denominan *confessoriae de rebus corporalibus*)<sup>115</sup> son admisibles como se deduce de la fórmula *si paret eum fundum meum esse*. Las negatorias son inaplicables porque solamente los que no están en la posesión de la cosa pueden actuar *in rem*. El que posee no puede decir *si parte illum fundum illius non esse*. Dadas esas explicaciones, Teófilo invoca el *unus casus* sin identificarlo todavía: *Sane uno casu is, qui possidet, in rem agere potest, qui simul et possideat et actoris partes sustineat, sicuti in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*. Detengámonos en ese punto (la exposición de Teófilo, como se verá abajo, continúa) para efectuar algunas consideraciones.

La explicación de Teófilo es, sin duda alguna, más clara que la de las Instituciones de Justiniano. El *unus casus* se contrapone inequívocamente a la afirmación de la imposibilidad del poseedor de la cosa corpórea de mover contra tercero una acción *in rem negatoria*, por no admitirse la fórmula *si paret fundum illius non esse*. La singularidad que se halla en el texto de las Instituciones de Justiniano cuando proclama *per quam neget rem actoris esse*, no halla cabida en la exposición de Teófilo, el cual, en la fórmula arriba transcrita, se refiere a un tercero cualquiera —*illius non esse*—. Pero, en contraposición, cuando Teófilo alude expresamente al caso único, surge un problema que no se da en las Instituciones. De hecho, tras aseverar que *sane uno casu is, qui possidet, in rem agere potest*, esto es, que el poseedor en un caso solamente puede promover la acción real, acentúa el autor bizantino inmediatamente *qui simul et possideat et actoris partes sustineat*. Hay en este segundo caso un retorno a las expresiones dudosas de las Instituciones (*qui possidet nihilo minus actoris partes optinet*). Ese hecho nos parece muy expresivo. Efectivamente, la expresión *actoris partes optinet* de las Instituciones es vertida por Teófilo con las palabras griegas ταξιτιν άctoros επεχω que Fabrot,<sup>116</sup> Bohemer<sup>117</sup> y Ferrini<sup>118</sup> traducen —los dos primeros— por *uices actoris sustineat* y —el último— por *actoris partes sustineat*. Reitz prefiere *actoris locum optinet*.<sup>119</sup> Pretende Nicolau que el autor de la obra griega

115 Cfr. Collinet, *La nature des actions*, p. 184.

116 *Ibidem*, p. 716.

117 *Ibidem*, p. 716.

118 *Paraphrasis*, II, p. 416.

119 § II, p. 788.

comecometando las Instituciones se ha cuidado mucho de traducir *actoris partes optinere* por las expresiones, frecuentes en los Basílicos, βαρνομαίταις αποδειξεσιτιυ y νηκκειμαι των βαρει τωυ αποδειξεων y que sirven para traducir las locuciones latinas citadas arriba, acentuando la idea de carga de la prueba que implica el latín *sustinere*. El traductor griego de las Instituciones no ha querido utilizarlas y ha traducido *actoris partes optinere* por una expresión insólita: ταξιυ άctoros επεχω que Ferrini ha traducido por *actoris partes sustinere*, reproduciendo pura y simplemente el texto latino de las Instituciones.<sup>120</sup> No nos parece que Nicolau tenga razón. La frase griega citada no es absolutamente insólita en el lenguaje de los juristas bizantinos que no emplean normalmente el verbo επεχω en la acepción a que se refiere Nicolau.<sup>121</sup> Tres ejemplos bastan para demostrarlo. En el escolio *Regulariter* (Heimbach, II, p. 473), atribuido a Doroteo, se lee: *Regulariter in exceptionibus reus uicem actoris sustinet* (ακτοροζ επεχει ταξιυ) *et probationibus oneratur* (nótese el *probationibus oneratur*; ¿dónde, por tanto, el *optinere pro potestate* pretendido por Nicolau?). Lo mismo sucede con el escolio *Officio* (Heimbach, II, p. 532), atribuido a Estéfano: *In exceptionibus enim reus uicem actoris sustinet* (ταξιυ ακτοροζ επεχει) *et probationes oneratur*, ut habetur lib. 44, tit. 1, dig. 1. En ambos textos, las palabras griegas se aplican al demandado que opone excepciones, a quien corresponde la carga de la prueba de los hechos alegados en la propia excepción (lo que se traduce generalmente por la frase latina *partes actoris sustinere*). En el escolio *Petitor* (Heimbach, II, p. 494), atribuido a Taleleu, la expresión referida designa a aquél que es él mismo actor: *Petitor generaliter dicitur in causis status, qui praesentem statum auertere conatur. Siue igitur ex libertate in seruitutem quis petatus, qui petit, actor est: siue ex seruitute in libertatem, qui liberum esse contendit, actor est. Sic enim didicimus et in seruitutibus, eum, qui praesentem statum euertere uult, actoris partes sustinere.*

Por otro lado, la expresión puede significar “ocupar la posición de”, como se verifica en los escolios *Omnium rerum* (Heimbach, I, p. 583) y *Si tamen* (Heimbach, I, p. 584), atribuidos respectivamente a Estéfano y a

120 *Ibidem*, p. 624.

121 *Idem*.

Cirilo. En el primero se lee: *Omnium rerum procurator et qui speciale de paciscendo mandatum habet, recte paciscitur, dominoque prodest et nocet. Qui tamen ad agendum tantum constitutus est, non recte cum debitore paciscitur, qui nec recte eiusmodi procuratori debitor soluit in rem suam procurator constitutus locum domini optinet, ideoque pactum cum eo factum ualet. Scias enim, eum non in ómnibus domino similem esse.* Y en el segundo: *Si tamen ad agendum tantum eum constitui, in damnum meum pacisci non potest, nisi in rem suam sit hic enim domini locum optinet.* De todo eso, resulta, a nuestro entender, la siguiente conclusión: Teófilo, aunque afirmando que en el *unus casus* el poseedor *in rem agit* (es, por tanto, actor), sintió la necesidad de hacer seguir al primer aserto la frase insólita de las Instituciones de Justiniano (*actoris partes optinet*), la cual tradujo al griego utilizando una expresión de significación variada. ¿Cuál fue la razón de eso? La explicación vendrá en su momento. Retornemos, ahora, al texto de la *Paraphrasis*.

Después de aludir al *unus casus*, Teófilo, en vez de identificar o de dar por terminado el parágrafo (como ocurre en las Instituciones con Justiniano), sigue —lo que quizás es insólito en su obra—, una tercera orientación: se propone resumir (*ut paucis dicamus*) lo que hasta entonces había dicho sobre las acciones *in rem* confesorias y negatorias. Pero no se trata verdaderamente de un resumen. La confrontación entre la primera parte del texto de la *Paraphrasis* (del inicio del parágrafo 2 hasta la alusión al caso único) y la segunda (la que Teófilo dice ser síntesis de la anterior) es muy claro y expresivo. Aquí está el texto:

#### PRIMERA PARTE

In rem autem agere possum tam de rebus corporalibus, quam de incorporalibus, et siue confessorie siue negatorie. Et corporales res sunt, ueluti fundus domus; incorporales, uelutis usufructus seruitus. Set de rebus corporalibus confessorie tantum agere possum; de incorporalibus autem tam confessorie, quam negatorie. Et confessorie de rebus corporalibus ago ita intendens: “si paret eum fundum meum esse”; confessorie autem de

#### SEGUNDA PARTE

Itaque, ut paucis dicamus, ta, de corporalibus, quam de incorporalibus rebus in rem agi potest; set in corporalibus tantum confessorie (est autem confessoria actio cum quis ius quod habet confitetur, dicens: “si paret hunc fundum meum esse”) in incorporalibus autem et confessorie et negatorie. Confessorie, ueluti cum dicam: “si paret ius mihi esse utendi fruendi”; negatorie autem, cum id iuris aduersario esse negem, dicens: “si

incorporalibus, ueluti de usufructu siue fundi siue aedium, his uerbis: “si paret eo fundo” uel “iis aedibus utendi fruendi ius mohi esse; de seruitute praediorum rusticorum hoc modo: “si paret mihi ius esse per fundum uicini uendi” uel “inde acquam ducendi”; et de seruitute praedii urbani, ueluti si ita intendam: “ius mihi esse aedes meas altius tollendi”, aut “ius mihi esse in tusa aedes prospiciendi”, uel “menianum in aream tuam proiciendi”, uel “tigna mea in parietem tuum, qui uicinus mihi es, immittendi”. Negatorie autem in rem intendimus, cum de rebus incorporalibus dicimus: “si paret huic ius utendi fruendi aedibus meis meoue fundo non esse”, uel “iumenta per meum fundum agendi” uel “inde acquam ducendi”, uel “suas aedes altius tollendi” uel “in meas prospiciendi” uel “menianum in meas aedes uel in meam aream proicendi” uel “in parietes meos onera immittendi”.

Omnes autem eiusmodi actiones, quae negatorie in rem mouentur, in rebus corporalibus locum non habent. Ille enim tantum in rem agit, qui non possidet, no est actio in rem prodita, neque dicere possum: “si paret illum fundum illius non esse”.

paret ius utendi fruendi fundo meo aduersario non esse”.

Itaque in rebus incorporalibus non idem confessorie et negatorie intendit; set confessorie is qui sibi ius competere, ueluti usumfructum aut seruitutem in re aliena, contendit; negatorie autem in rem agit fundi uel aedium dominus, contendens ius utendi fruendi aut ius seruitutis in aedibus fundoue suo aduersario non esse.

Cur autem confessorie in rebus corporalibus agere possumus; negatorie autem non utique? Ratio autem haec est. Quisque agens uictoriam sibi comparare debet ex eo iure quod habet, ut ecce: “si paret hunc fundum meum esse”. Non enim hoc modo intendere potest: “si paret hunc fundum aduersarii non esse”. Nam si ita intender coeperit, respondebit ei aduersarius “primum quidem fundus meus est; set et si meus non esset, sicuti ais, non ideo tuus foret; non enim prorsus id, quod meum non est, tuum est. Si ergo neque tuus fundus est, potior in hoc iudicio habendus sum propter iuris regulam, ex qua in pari causa meior est condicio possidentis”.

Haec quidem de rebus corporalibus; in rebus autem incorporalibus recte in rem confessorie intendimus et negatorie quoque intendere possumus. Cur autem si quis hoc casu negatorie in rem agat, non dicimus eum male intendere, cum non suo iure nisis, set

Sane uno casu is, qui possidet in rem agere potest, qui simul et possideat et actoris partes sustineat, sicuti in lationibus digestorum libris opportunius apparebit.

iuris potius defectu aduersarii, sibi uictoriam comparara studet? Ait enim: “si paret ius utendi fruendi illi non esse”. Set ratio haec est. Cum de re incorporali negatorie intendimus, licet uerbis negatorie in rem agimus, tamen reapse confessoria actio est. Nam cum contest me fundi uel aedium esse dominum (in quibus aduersarius usumfructum aut seruitutem habere contendit) dicens: “si paret illi ius uti frui (aut seruitutem) meo fundo non esse”, reapse ita intendere uideor: “si pare seruitute aut usufructu liberum esse fundum meum”. Et ideo actio in rem reuera confessoria est, etsi negatorie sit concepta.

No obstante que Teófilo destaca que va a resumir lo que anteriormente había expuesto, se verifica la confrontación sobre la base de que el resumen —que, como tal, sería perfectamente dispensable dada la claridad de la exposición—, se limita apenas al fragmento inicial de la segunda parte. En lo que resta, que es más extenso, Teófilo trata al principio de la materia nueva (la relativa a quién intenta con relación a las cosas incorpóreas las acciones confesoria y negatoria) y, en la parte final y más larga, explica ampliamente y en términos categóricos, como si no existiese excepción alguna, el motivo por el cual no cabe la acción negatoria, tratándose de cosa corpórea, lo que sucede en el fondo con las cosas incorpóreas, una vez que la acción negatoria es en realidad una acción confesoria empleada en la forma negativa (*uerbis negatorie in rem agimus*). Mas después de esa explicación que corresponde en la primera parte del texto a un pequeño fragmento inmediatamente anterior a la alusión al *unus casus*, no hay un palabra siquiera sobre la hipótesis única. Ahora bien, después de la afirmación categórica y largamente fundada de que no tiene cabida la acción negatoria tratándose de cosas corpóreas, se impone la identificación del *unus casus*, tanto más cuanto se trataba de una obra didáctica, usada como guía de los alumnos que Teófilo, obviamente, no podía presumir concedores de aquella excepción y los cuales, por lo menos los más aplicados que ya habían estudiado las instituciones de

derecho de familia, cosas, sucesión y obligaciones,<sup>122</sup> querrían con seguridad conocerlo. ¿Por qué entonces el silencio de Teófilo?

A nuestro entender y a la luz de lo expuesto, solamente hay una explicación para esa actitud de Teófilo; al parafrasear las Instituciones de Justiniano, poco después de su publicación, no acertó cuál era el *unus casus*,<sup>123</sup> que, a su juicio, sería una hipótesis en que el poseedor de cosa corpórea era actor de una acción real negatoria —de ahí y como opinión suya personal ha hecho seguir a la frase *sane uno casu is, qui possidet, in rem agere*— la frase griega de sentido vario (τάξις ἄκτορος επεχει), con la que pretendió traducir el “actoris partes optinet” de las Instituciones de Justiniano. Y como dudaba de la existencia del caso único, después de la alusión y con el pretexto de resumir lo que había dicho, expone de manera desenvuelta el motivo de la imposibilidad de la existencia de la hipótesis excepcional.

Por tanto, fuese cual fuese el *unus casus*, Teófilo no tenía conocimiento cierto y seguro sobre él. Afirmación, acaso arriesgada, si no hubiese aún otros elementos para corroborarla como veremos más adelante.

## VII. LAS REVELACIONES DEL TEXTO DE ESTÉFANO

Al pasaje sobre el *unus casus* de la obra de Teófilo, sigue en el orden cronológico el escolio “Nunc enima” a los Basílicos XLII, 1, 7 (Heimbach, IV, p. 191), atribuido a Estéfano *antecesor iuris*.

Ese escolio fue retirado del *Index* de Estéfano, es decir, del extenso comentario<sup>124</sup> que el jurisconsulto bizantino escribió, según parece,<sup>125</sup> a los treinta y seis primeros libros del Digesto.

El texto comentado es el siguiente (D. V, 3, 7):

Ulpianus libro quarto decimo ad edictum. Si quis libertatem ex testamento sibi competisse dicta, non debet iudex de libertate sententiam dicere, ne praeiudicium de testamento congnituro faciat: et ita senatus censuit: sed et diuus

122 La parte de las acciones, en donde se encuentra la referencia al *unus casus*, constituía la parte final del curso de las Instituciones.

123 Teófilo, por tanto, no fue el compilador de las Instituciones IV, 6, 2., conclusión a la que ya había llegado Ferrini (*Opere*, I, p. 153, nota 1, de la página 152), acogiendo la opinión de Moriani.

124 La obra de Estéfano era denominada *Index*, es decir, *Breuis Adnotatio*, para eludir la prohibición de Justiniano de efectuar comentarios al *Corpus Iuris Civilis*. Cfr. Heimbach, VI, p. 5.

125 Cfr. Heimbach, VI, pp. 14 y 51.

Traianus rescripsit differendum de libertate iudicium, donec de inoficioso iudicium aut inducatur aut finem accipiat. 1. Ita demum autem sustinentur liberalia iudicia, si iam de inoficioso iudicium contestatum est; ceterum si non contestetur, non exspectantur liberalia iudicia: et ita diuus Pius rescripsit. Nam cum quidam Licinnianus de statu quo quaestionem patiebatur et, ne maturius pronuntiaretur de condicione sua, nolebat ad liberale iudicium ire, dicens suscepturum se de inoficioso testamento iudicium et petiturum hereditatem, quia libertatem et hereditatem ex testamento sibi defendebat: diuus Pius ait, si quidem posesor esset hereditatis Licinnianus, facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus et erat in arbitrio eius, qui se dominum esse dicit, agere de inoficioso testamento iudicium. Nunc uero sub obtentu iudicii de inoficioso testamento ad ipso Licinniano non suscepti per quinquenium non debere moram fieri seruituti. Plane summatim aestimandum iudici concessit, an forte bona fide impleretur iudicium de testamento: et si id deprehenderit, praestituendum modicum tempus, intra quod si non fuerit contestatum, iubeat iudicem libertatis partibus suis fungi. 2. Quotiens autem quis patitur controuersiam libertatis et hereditatis, sed se non ex testamento liberum dicit, sed alias uel a uiuo testatore manumissum, non debere impediri liberalem causam, licet iudicium de testamento moueri speretur, diuus Pius rescripsit: adiecit plane in rescripto, dummodo praedicatur iudici liberalis causae, ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat.

El pasaje de los Basílicos (XLII, 1, 7), correspondiente al fragmento, reza así:

Si de inoficioso testamento iudicium contestatum sit, de his, qui testamento manumissi dicuntur, sententia non fertur, ne hereditati praeiudicium fiat: si uero contestatum non sit, non differtur de libertate iudicium. Si quis autem de statu suo quaestionem sustinens heredem et liberum se ex testamento esse dicta, si quidem ipse hereditatem possideat, differtur liberale iudicium, donec de hereditate pronunciatum sit: potest enim, qui se dominum esse dicit, continuo querelam inofficiosi testamenti aduersus ipsum instituere. Si uero non possideat, aequum non est, propter querelam inofficiosi testamenti quaestionem status in quinquennium differri. Si quis uero bona fide postulet, ut prius de testamento agatur, modicum tempus praestituitur: quod si priusquam iudicium de testamento contestaretur, elapsum sit, locus est liberali iudicio. Quod si is, qui controuersiam libertatis et hereditatis patitur, aliunde, non ex testamento liberum se esse dicta, de statu iudicium non differtur, licet iudicium de testamento expectetur. Qui uero de libertate iudicat, ex testamento nullum adminiculum libertatis admittat.

En relación con la frase *Si uero non possideat*, hay un escolio de Estéfano que alude al *unus casus*, donde se lee:

Si uero non possideat. Nunc enim qui ab intestato uocatur, de inofficioso agere non potest, si in possessione est rerum hereditarium. Nemo enim, qui possidet, in rem agit, nisi uno tantum casu, ut in Institutionibus didicisti. Est autem in rem hereditatis petitio et actio de inofficioso, ut titulo congruo traditum tibi est. Nec dicas: Cur ergo ipse Licinnianus hereditatem non petit, cum non possideat? Ne id dicas. Id enim tantum Licinnianus agit, ne de libertate eius quaestio fiat. Si uero hereditatis petitione agat aduersus, filium exheredatum, qui res hereditarias possidet, poteste filius tanquam posesor in modum exceptionis querelam opponere, secundum id, quod dictum est dig. 8 them. 14 superioris tituli. Quia oposita si testamentum inofficiose factum inueniatur, rescinditur scilicet secundum ius olim obtinens.

El texto del Digesto —cuyas reglas de derecho se hallan condensadas en el de los Basílicos— dice respecto a los principios que se debe observar para que la *causa liberalis* no *praeiudicium de testamento cognituro faciat*. En él, hay referencia al rescripto de Antonio Pío, relativo a un tal Liciniano (al parecer, pretendía entorpecer el juicio sobre su condición de hombre libre), donde se establecen normas sobre la suspensión o no de los liberalia iudicia cuando fuese intentada la *querela inofficiosi testamenti*. A la hipótesis en que no se daba esta suspensión —esto es, en el caso de que el heredero legítimo y no Liciniano (heredero testamentario), se hallase en la posesión de los bienes de la herencia—, se une el escolio en el cual Estéfano procura explicar el motivo de ese principio: no hay suspensión porque el heredero legítimo, en posesión de los bienes de la herencia, no puede mover contra el heredero testamentario la *querela inofficiosi testamenti*, tal y como sucede en el *unus casus qui possidet in rem agit*, aunque no es el de la hipótesis. Estéfano repite en ese escolio la opinión que había sostenido en otro —el *Quidam heredem*, en Heimbach, IV, pp. 188-190—, relativo al mismo pasaje de los Basílicos (XLII, 1, 7), pero referido a la frase inicial *Si de inofficiosi testamento iudicium contestatum sit*, en el cual destaca que el hijo desheredado no puede mover la *querela inofficiosi testamenti* contra Liciniano, porque éste es poseedor de las *res hereditariae*. Solamente podría hacerlo, *in modum exceptionis*, si Liciniano intentase anteriormente contra él una *petitio hereditatis ex testamento*:

Pauca autem, quae ad speciem pertinent, tibi praemittam. Nosti eum, cui querela inofficiosi testamenti competat, quique in possessione rerum hereditarium sit, ab herede scripto conuentum posse exceptionis modo allegationem inofficiosi testamenti opponere. Nosti quoque, eum, qui de inofficiosi testamento agit, petere hereditatem ex causa inofficiosi testamenti. Et ideo de inofficiosi testamento quis agere non potest, quamdiu in possessione rerum hereditarium est. Quo cognito accede ad rem propositam.

Por tanto, para Estéfano, la razón de esa imposibilidad era la circunstancia de no configurarse la hipótesis excepcional del *unus casus*: *Nunc enim qui ab intestato uocatur, de inofficioso agere non potest, si in possessione est rerum hereditarium. Nemo enim, qui possidet, in rem agit, nisi uno tantum casu, ut in institutionibus didicisti. Est autem in rem hereditatis petitio et actio de inofficioso, ut titulo congruo traditum tibi est.*

Es, en consecuencia, desprovista de fundamento la conclusión que Nicolau pretendió extraer del escolio de Estéfano sobre el *unus casus*,<sup>126</sup> donde se apoyaba para fortalecer su tesis.<sup>127</sup> Tendría razón Nicolau si Estéfano se hubiese preocupado por destacar que la hipótesis del texto comentado no era el *unus casus*; pero los términos del escolio indican claramente que el caso único se concibe como causa de la imposibilidad del heredero legítimo en posesión de las *res hereditariae* para promover la *querela inofficiosi testamenti* contra el heredero testamentario.

Si no se puede seguir del escolio la conclusión a la que llegó Nicolau, otras sí pueden ser extraídas y son de la mayor importancia para la elucidación del enigma.

En el escolio de Estéfano, se observa de nuevo la omisión en cuanto a la identificación del caso único. Omisión todavía más extraña de la que se verificaba en las Instituciones de Justiniano y en la obra de Teófilo. En efecto, habiendo sido el escolio extraído del comentario al libro V del Digesto, se destinaba, con toda probabilidad,<sup>128</sup> a los estudiantes de

126 *Ibidem*, p. 630: *La petition d'hérédité et la querella inofficiosi testamenti, exclues du cadre de nos recherches parce que leur objet, l'heréditas, est, dans la conception romaine une res incorporalis, ont néanmoins préoccupé les jurisconsultes byzantins, si bien que Stéphane a cru devoir nous avertir que la querella inofficiosi testamenti n'est pas l'unus casus. Le possesseur ne peut pas l'intenter: Nemo enim qui possidet in rem agit nisi uno tantum casu, ut in Institutionibus didicisti.*

127 *Ibidem*, p. 631. En efecto, escribe Nicolau que las preocupaciones de los juristas bizantinos prueban con suficiente entereza que es en sede del *iudicium duplex* donde se debe encontrar el *unus casus*.

128 Según todas las hipótesis, el *Index* de Estéfano era obra con finalidad didáctica. *Cfr.* Heimbach, VI, p. 14.

segundo año del curso jurídico<sup>129</sup> y no, por tanto, a los principiantes que podrían no entender una hipótesis compleja. Según parece, el *unus casus* no era explicado en las escuelas a los alumnos de primer año, lo que se puede deducir de su omisión en la *Paraphrasis*, modelo de interpretación didáctica en aquel tiempo de las Instituciones de Justiniano.<sup>130</sup> Tanto es así que Estéfano, al referirse al *unus casus*, destaca *ut in Institutionibus didicisti*, y las Instituciones eluden la identificación. Así las cosas, ¿por qué el silencio de Estéfano, a quien no escaparía el hecho de que, sin la identificación del *unus casus*, quedaría incompleta su explicación? Y nótese que Estéfano, como señala Heimbach,<sup>131</sup> *frequenter laudat locos similes eosue quibus a se dicta puta confirmari*, lo que no hace en el caso en cuestión.

Por otro lado, el escolio de Estéfano evidencia un hecho que ha pasado desapercibido: Estéfano entendía el *unus casus* de modo diverso al de Teófilo. Eso se deduce de la circunstancia de que los presupuestos del caso único no son los mismos para ambos juristas. Los dos, es cierto, concuerdan en un punto: el poseedor sería el actor. Pero discrepan en otro fundamental: para Teófilo, el *unus casus* se daría tratándose de litigio de propiedad de *res corporales*; según Estéfano, podría verificarse con relación a *res incorporales*. Efectivamente, si la hereditas es para los romanos<sup>132</sup> una *res incorporalis*, si la *querela inofficiosi testamenti* alude siempre a una *hereditas*, y si Estéfano justifica la imposibilidad del des-

129 Sabemos, por la constitución *Omnem* 3, que, conforme a la reforma de la enseñanza jurídica hecha Justiniano, el libro V del Digesto era objeto de estudio en el segundo año. Sobre el programa de estudios jurídicos en el tiempo de Justiniano, véase Collinet, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*, p. 241.

130 Y Estéfano conocía la omisión de Teófilo, como acentúa Heimbach (VI, p. 50), por el paralelismo que se detecta entre las dos obras referidas.

131 Apartado VII, p. 50.

132 Cfr. Instituciones de Justiniano, II, 2, 2. Además, es el propio Estéfano quien dice en el escolio *Cum dixerimus* (Heimbach, IV, pp. 558-559): *...incorporales autem sunt, quae neque tactu, neque uisu deprehenduntur, cuiusmodi sunt, quae in iure consistunt sicut hereditas, id est ius hereditatis, et ususfructus, et obligationes quoquo modo contractae. Nec differentiam facit, quod in hereditate inueniuntur res corporales: nam et fructus, qui ex agro percipiuntur, corporales sunt, et tamen ususfructus est incorporalis. Id quoque, quod ex aliqua debetur obligatione, plerumque corporale est: ueluti debetur mihi fundus, aut seruus, aut pecunia. Dixi autem, plerumque, propter ususfructum aut seruitutem. Hic enim ex uerborum obligatione debetur seruitus et ususfructus, quae inter incorporale refertur nullam ergo differentiam inducit, quod in hereditate et ususfructu, et obligatione saepe inueniuntur res corporales: nam ius ipsum hereditatis et ius ususfructus, et ius obligationis est incorporale. Et corporalia, quae per incorporale quis persequitur, eodem numero sunt, hoc est, incorporalia etiam sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum, hoc est, seruitutes fundorum et aedificiorum.*

heredado poseedor del caudal hereditario para promover la querrela contra el heredero testamentario tan sólo porque *nemo enim, qui possidet, in rem agit, nisi uno tantum casu, ut in Institutionibus didicisti*, quiere esto decir obviamente que Estéfano no veía incompatibilidad entre el *unus casus* y una acción que se refiere a *res incorporalis*.

Así, al extraño silencio de Estéfano, como acontece asimismo con el de Teófilo, en cuanto a la identificación del *unus casus*, se une la circunstancia de que dos de los mayores jurisconsultos bizantinos interpretaban la hipótesis única con relación a su aspecto fundamental de modo diverso.

Pasemos al tercer texto: el del comentarista de la *Paraphrasis Institutionum*.

### VIII. UN ESCOLIO DESPRECIADO

Todos los romanistas que han procurado solucionar el enigma *unus casus* parten de la premisa de que no disponemos de algún texto jurídico idóneo, procedente de jurista bizantino, que identifique la hipótesis a las que se refieren las Instituciones.

Esa premisa, sin embargo, es falsa. Desde hace mucho tiempo, se conoce la existencia de un escolio a la *Paraphrasis Institutionum* de Teófilo, donde se identifica de manera notoria el *unus casus*. Éste es su tenor: *Exstat locus, de quo id dicit textus, lib I de iudiciis, tit de inoficioso, fr. 8.*<sup>133</sup>

La indicación *lib. I de iudiciis tit de inoficioso, fr. 8* corresponde a un fragmento atribuido a Ulpiano, libro cuarto decimo ad edictum (D. V. 2, 8, 13), que reza así: *si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius uero in modum contradictionis querellam inducat quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.*

Ese fragmento —a cuyo respecto el *Index Interpolationum* no consigna interpolación alguna—, trata la siguiente hipótesis: si el hijo deheredado estuviese en posesión de la herencia y el heredero designado en el testamento intentase contra él una *petitio hereditatis ex testamento*, podrá defenderse a través de una *querela inofficiosi testamenti*, utilizada a modo de *contradictio* y de la misma forma por la que actuaría, sino siendo poseedor, tomase la ofensiva.

Razones externas han conspirado contra la suerte de ese escolio. Antes de tener conocimiento del mismo, lo que ocurrió en 1638 cuando Fabrot, en su edición de la *Paraphrasis*, se refirió, a título de comentario al texto, a algunos de los escolios de autoría desconocida existentes en el manuscrito 1,364 de la Biblioteca de París, ya dos notables representantes de la Escuela Culta, Antonio Gouveia y Cujacio, a los que no había pasado desapercibido el fragmento del Digesto a que alude el escolio, se habían manifestado contrarios a tal identificación, por entender que el texto de Ulpiano no se ceñía rigurosamente a las indicaciones que las Instituciones de Justiniano establecía para el *unus casus*. En efecto, Antonio Gouveia lo condenaba porque *uerum non proprie ager in casu hoc filius uideatur*,<sup>134</sup> y Cujacio, con otras palabras pero con el mismo motivo, decía que *in qua is qui possidet querelam proponita, sed contradicendo eam proponit, non dicendo*.<sup>135</sup> El escolio, por tanto, cuando fue divulgado, no introdujo novedad, lo que habría despertado la atención de los estudiosos para la fijación de su valor, pero, al contrario, se refería a una hipótesis ya condenada al desprecio por la crítica de los más eminentes romanistas del momento. Además, nada se sabía y no se procuró saber sobre su exacto tenor, ni sobre la época en que había vivido, ni sobre sus conocimientos jurídicos. De todo eso, procedería como es natural la indiferencia por el escolio. Solamente años más tarde, Ferrini, tras estudiar el manuscrito 1.364 de la Biblioteca de París, hizo revelaciones que deberían haber modificado ese panorama de indiferencia. En el artículo “Scolii inediti Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364”, publicado en 1886,<sup>136</sup> demostró Ferrini que los escolios existentes en aquel manuscrito y que constituyen una obra vasta y coherente de comentario a la *Paraphrasis*, eran de origen mucho más remoto de lo que se podría imaginar: datarían de cincuenta a setenta años después de la publicación de las Instituciones, lo que sucedió en el año 533 d. C. Además y observando el gran conocimiento de las fuentes que el autor de los escolios manifiesta, Ferrini acentúa la precisión con la que se indica las leyes del Código a que hace mención el texto de las Instituciones, destacando, inclusive, que

134 *Lect. Var. Iur. Ciuil.*, lib. I, cap. XLI, en *Opera*, p. 585.

135 *Notae et Scholia in Librum IV Institut Justiniani scholia*, *Opera Omnia*, II, col. 312. También criticaban esa identificación Doujat, Henle, Scialoja y Nicolau. Doujat ( 6, pp. 13 y 14), Scialoja (*Studi*, pp. 279 y 280), y Nicolau (p. 630), niegan la identificación porque la *querela inofficiosi testamenti* tiene por objeto la *hereditas* que es una *res incorporalis*.

136 Este artículo consta en las *Opere* de Ferrini, I, pp. 139-224, donde lo hemos consultado.

la constitución a la que alude el pasaje de las Instituciones II, 10, 11, no fue insertada en la *repetita praelectio* del Código, y confirmando identificaciones hechas, aunque algunas veces de manera dudosa, por los autores modernos (así, Instituciones II, 20, 27 = Código VI, 48, 1; Instituciones IV, 6, 25 = Código III, 2, 5). A pesar de todo eso, el escolio sobre el *unus casus* continuó despreciado. El propio Ferrini le dio poca importancia, acentuando que la hipótesis ya había sido criticada por los cultos. Autores más recientes —y lo que es más— que volcaron sus atenciones hacia los textos bizantinos en el afán de indentificar el *unus casus* (como Henle o Nicolau), ni siquiera aluden incidentalmente a él. Había sido juzgado con una clara sentencia de desprecio.

Ese escolio, sin embargo, merece atención. Independientemente de su antigüedad, la identificación es casi contemporánea al tiempo de Justiniano. La ilustración de su autor, como demostró cabalmente Ferrini (elogiado en términos calurosos por el romanista italiano), tiene una circunstancia digna de nota que emana, a nuestro entender, claramente de una observación del reputado romanista:<sup>137</sup> la de que varios de los escolios antiguos y también el manuscrito 1,364 se hallan en manuscritos más antiguos y también en el manuscrito 1,366 de la misma Biblioteca de París, aunque no de forma tan completa como en el 1,364, siendo cierto, por otro lado, que esos dos manuscritos —el 1,364 y el 1,366—, no derivan de un mismo modelo. Ahora bien, esa información deviene, a nuestro entender, de una conclusión inevitable: la de que los escolios habían sido tenidos en buena cuenta, tanto que se habían divulgado, a modo de comentario, en diferentes manuscritos de la *Paraphrasis Institutionum*.

Veamos lo que se puede extraer del escolio *Exstat locus* con relación al *unus casus*.

En primer lugar, nos permite hacer una observación importante con referencia a Teófilo. De la lectura de los escolios contenidos en el manuscrito Gr. Par. 1,364, se verifica que el comentarista conocía el *Index* de Teófilo. Es más: a través de un escolio suyo a la *Paraphrasis Institutionum* II, 18, 1,<sup>138</sup> sabemos que el título del comentario de Teófilo al Digesto era *Index*. Si en esa obra Teófilo comentó las tres primeras partes del Digesto (del libro I al XIX),<sup>139</sup> y si el comentarista al identificar el

137 *Opere*, I, p. 140.

138 Véase Ferrini, *Opere*, I, p. 188; y Heimbach, VI, p. 33.

139 *Cfr.* Heimbach, VI, p. 33.

*unus casus* en un fragmento del libro V de las Pandectas —que había sido comentado por Teófilo— no hizo alusión alguna al *Index* (al contrario de lo que ocurre en el escolio arriba referido), quiere eso decir que la identificación no proviene de esos comentarios de Teófilo que no debía combatirla, ni defender otra solución. Lo que se une a la conclusión a la que llegamos anteriormente: Teófilo ignoraba cuál era el *unus casus*.

Por otro lado, a semejanza de Estéfano y en oposición a la opinión de Teófilo, el escoliasta de la *Paraphrasis* no considera el *unus casus* incompatible con una acción que se concede respecto a la *hereditas* —*res incorporalis*—, tanto que lo identifica en un fragmento del Digesto alusivo a la *querela inofficiosi testamenti*.

Pero eso no es todo. El escoliasta diverge también de modo frontal con Estéfano. Éste, al final del escolio *Nunc enim*, destaca:

Nec dicas: Cur ergo ipse Licinianus hereditatem non petit, cum non possideat? Ne id dicas. Id enim tantum Licinianus agit, ne de libertate eius quaestio fiat. Si uero hereditatis petitione agat aduersus filium exheredatum, qui res hereditarias possidet, potest filius tanquam posesor in modum exceptionis querelam opponere, secundum id, quod dictum est dig 8, them 14 superioris tituli. Qua opposita, si testamentum inoficioso factum inueniatur, rescinditur scilicet secundum ius olim obtinens.

Se trata de la hipótesis contenida en D. V, 2, 8, 13,<sup>140</sup> esto es, de aquella con la cual el escoliasta de la *Paraphrasis* identifica el *unus casus*. Estéfano, por su parte, como se deriva inequívocamente de su comentario, no entendía que ahí se estaba configurando la hipótesis excepcional de las Instituciones de Justiniano. En efecto, si lo contrario ocurriese, él —que en el inicio había destacado *nunc enim qui ab intestato uocatur, de inofficiosi agere non potest, si in possessione est rerum hereditarium, porque solamente en el unus casus qui possidet in rem agit*—, no dejaría de acentuarlo. Y la razón por la cual Estéfano no podía siquiera imaginar la configuración del *unus casus* en aquel fragmento del Digesto (V, 2, 8, 13) resulta de su propia explicación: el *unus casus* para Estéfano era una hipótesis en la que *qui possidet in rem agit* (el poseedor es el actor). Con relación al fragmento de Ulpiano, Estéfano no considera la *querela* como una verdadera acción, pero, sí como una especie de excepción (*in modum*

<sup>140</sup> Sobre el modo en que citaban los juristas bizantinos los fragmentos del Digesto, véase Heimbach, VI, p. 21.

*exceptionis*). Esa interpretación que Estéfano da al *in modum contradictionis* (palabras de Ulpiano), se halla también en otro escolio suyo (*Quidam heredem*, en Heimbach, IV, pp. 188-190): *Nosti eum, cui querela inofficiosi testamenti competat, quique in possessione rerum hereditarium sit, ab herede scripto conuentum posse exceptionis modo allegationem inofficiosi testamenti oponere*. Con lo que, además, concordaba Cirilo (escolio *Si iudicium*, en Heimbach, IV, p. 190), al escribir: “Si tamen seruus heres et liber scriptus sit, et filius testatoris exheredatus in possessione sit, recte actionem inofficiosi suscipit in modum exceptionis, et interim non mouetur liberale iudicium, ne praeiudicium fiat hereditatis petitioni, quodsi seruus in possessione sit, recte actionem inofficiosi suscipit”.<sup>141</sup>

El propio escoliasta de la *Paraphrasis* no pensaba, por cierto, de la misma manera, siguiendo más de cerca el fragmento del Digesto<sup>142</sup> que no alude a una especie de excepción, pero resalta que el caso *filius uere in modum contradictionis querellam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*, en lo que modernamente concuerda Jobbé-Duval, quien proclama *les autres voient dans notre texte une allusion à une exception opposée para le légitimaire au demandeur; ils oublient qu'il ne saurait éter ici question d'exception*.<sup>143</sup>

Hay todavía una observación más. El escoliasta de la *Paraphrasis* conocía la obra de Teófilo —anotada por él— y el *Index* de Estéfano, a que se refiere en el escolio relativo al título 16, libro I de la *Paraphrasis*.<sup>144</sup> No obstante, él, que con relación al *unus casus* está en divergencia frontal con ambos, es en el escolio *Exstat locus* incisivo en su aseveración, sin cualquier indicio de vacilación o de conocimiento de controver-

141 Nótese la contraposición de ideas hecha por Cirilo entre las frases destacadas, lo que evidencia bien lo que afirmamos en el texto.

142 En el pasaje de los Basílicos (XXXIX, 1, 8, 13), correspondiente a D. V, 2, 8, 13, no se alude siquiera al “in modum contradictionis”: *Si exheredatus possideat hereditatem, et aduersus eum agat heres scriptus, opponit querellam inofficiosi testamenti, et sic res spectatur, ac si ipse ab initio eam instituisse*. Ahora, sabiéndose que, como acentúa Wagner (p. 703), *die Redaktoren der Basiliken haben ihren Stoff nicht unmittelbar aus dem meist lateinischen Teile des Corpus Iuris, sondern aus den griechischen Bearbeitungen Übersetzungen, Kommentarien und Auszügen*, es de suponer que la opinión de que no se trataba de oposición *in modum exceptionis* haya predominado entre los bizantinos.

143 *Ibidem*, p. 376, nota 1. Nótese también la opinión de Monier (I, p. 490, núm. 4): *Le fr. 8, D. 5, 2, qui maintient le lien entre la petitio hereditatis et la querela, paraí(ajo)t supposer l'emploi de la procedure extraordinaire: la querela es soulevée in modum contradictionis conte la pétition d'hérédité de l'héritier testamentaire*.

144 Véase Ferrini, *Opere*, I, p. 163.

sia a este propósito. ¿Habría pasado desapercibida para él la divergencia en que se hallaba con relación a Teófilo y a Estéfano?, ¿o en su época era opinión pacífica la de la identificación del caso único con la hipótesis del fragmento de Ulpiano? Los textos no permiten responder a esos interrogantes, aunque la primera conjetura parezca la más probable.

Un hecho es cierto: Teófilo, Estéfano y el escoliasta de la *Paraphrasis Institutionum* discrepaban en puntos fundamentales en cuanto a la caracterización del *unus casus*.

## IX. CONCLUSIÓN

Desde el siglo XIX, varios autores, tras las infructíferas tentativas de identificación, no dudaron en considerar mínimo el problema del *unus casus*. Así, entre otros, Accarias,<sup>145</sup> Cuq,<sup>146</sup> Scialoja,<sup>147</sup> Perozzi<sup>148</sup> y Vangerow.<sup>149</sup> Este último finaliza su extensa nota sobre la cuestión, resaltando *ist auch durch diese neuesten Versuche das Räthsel nicht gelöst worden, und ich muss es unter diesen Umständen für ein wahres Glück halten, dass die ganze Frage auch nicht die mindeste praktische Wichtigkeit hat*. Pero a todo estos autores, respondió con ventaja Pacchioni: *Al Perozzi, Istituzioni I, p. 459, n., sembra che la questione sia oziosa; ma a torto poichè, fintanto che non sia determinato l'unus casus, non può negarsi che esso contenesse un principio nuovo e importante*.<sup>150</sup>

En efecto, para negar valor práctico o teórico al *unus casus*, se debería primeramente resolver su enigma porque, en favor de su importancia, se debe esgrimir la referencia que las Instituciones hacen a ella, las cuales como advierte Justiniano en la constitución *Imperatoriam maiestatem*,<sup>151</sup> tenían por fin éste: *Ut liceat uobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, et tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis accipiant*.

145 Apartado II, p. 836, nota 1.

146 Apartado II, p. 253, nota 2.

147 *Studi*, II, p. 273.

148 Apartado I, p. 718, nota 1.

149 Apartado I, § 332, p. 653.

150 Apartado II, § 60, p. 308, nota 1.

151 § 3.

Pero la inutilidad de todos los esfuerzos para la identificación del *unus casus* y la singularidad de las expresiones localizadas en las propias Instituciones sobre la hipótesis única, ¿no llevará a indicar, como algunos autores lo pretendieron, o que el caso único era una hipótesis del derecho clásico no acogida en el Digesto, o que se trataba de opinión personal del compilador de aquel pasaje célebre, y opinión que, por engaño, no sería rigurosamente una excepción al principio general consagrado en las Instituciones IV, 6, 2?

Todas estas conjeturas —y nada más que eso puesto que no se apoyan en textos, sino en razonamientos más o menos lógicos, y la lógica, en esos casos, no siempre es la mejor guía—, no está más fundamentadas de lo que están las soluciones que los Cultos, por la mismas razones, habían procurado dar al problema, afirmando que el texto de las Instituciones había sido corrompido por los copistas y que el *unus casus* nunca había existido. En la imposibilidad de desmentir la lectura de casi la totalidad de los manuscritos de las Instituciones, confirmada además por la *Paraphrasis Institutionum de Teófilo*, los autores modernos intentaron otras explicaciones para llegar al mismo resultado; la inexistencia en el derecho justiniano de una hipótesis efectiva en que se configurase el *unus casus*. Pero, ¿dónde están las pruebas textuales para fundamentar esa tesis. Así dice Henle que *die digestorum libri sind lati. Vielleicht steht der unus casus doch in ihnen, behalten die Institutionem doch recht ... Es gilt zu suchen*.<sup>152</sup>

A esas dudas, que la lógica imponía, pero que los autores con base en los textos, no solucionaban, nos parece que nuestro trabajo responde cabalmente.

En efecto, si, como dejamos demostrado con apoyo en textos jurídicos, los juristas bizantinos contemporáneos de Justiniano, no estaban seguros de cuál fuese el caso único (Teófilo, Estéfano y el escoliasta de la *Paraphrasis* discrepan en cuanto a los presupuestos de la hipótesis única: además, el primero, según todo parece indicar, no atinó con ella y los dos últimos tenían opiniones opuestas sobre su identificación), se impone extraer de esas circunstancias las dos siguientes conclusiones:

- 1) El *unus casus* no era de conocimiento común para los jurisconsultos bizantinos —y de los mayores, como Teófilo y Estéfano—. Conse-

cuentemente, no tenía importancia teórica o práctica en el derecho justinianeo.

- 2) La divergencia entre los juristas bizantinos, que, aunque disponían de acceso a las principales obras de los juristas clásicos (principalmente, el propio Teófilo quien fue uno de los compiladores del Digesto), demuestra el error de la tesis de que la hipótesis estaba en vigor en el derecho clásico, siendo repudiada en el Digesto.<sup>153</sup>

Ante estas conclusiones, a las que se llegó a través del análisis de textos de los juristas bizantinos, no hay, a nuestro entender, motivos para dudar de la afirmación de que el *unus casus* —de ahí, la singularidad de las expresiones de las Instituciones, la extraña remisión a los libros más amplios del Digesto, cuando bastarían unas pocas palabras para identificar la hipótesis excepcional, la divergencia de opiniones entre los juristas bizantinos y el esfuerzo en vano de los romanistas, de la Glosa hasta nuestros días— era una opinión personal del compilador del libro IV, título 6, parágrafo 2, de las Instituciones (compilador que habría sido Dorotheo, pues Teófilo desconocía cuál era el *unus casus*). Éste, en vista de la atención despertada por una hipótesis que se le figuró como excepción al principio general expuesto al inicio de aquel parágrafo, tuvo a bien, aunque contrariando las directrices fijadas para la compilación en la constitución *Imperatorem maiestatem*, aludir a ella y remitir a los lectores para encontrarla en el Digesto. Además, era relativamente común entre

153 Conclusión que se apoya no sólo en el hecho de que Estéfano en el escolio *Nunc enim* (Heimbach, IV, p. 191), se refiere al *unus casus* como hipótesis en vigor en su época, pero también con la afirmación de Ulpiano (D. XLIII, 17, 1, 6): *Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod est uti possidetis, actio enim nunquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat*. Es cierto que hay duda sobre si ese fragmento conservó la redacción de Ulpiano. Beseler (IV, p. 228) lo considera totalmente interpolado por hallarse en él la palabra *quippe* (como demuestra Lanfranchi, p. 648, era usada por los romanos en el periodo clásico). Por otro lado, hay divergencia en cuanto al significado de *ultro*: los autores más antiguos lo traducen generalmente por *prior*, como es el caso de Cujacio, (*Observ. Et Emendat.* Libr. III, capítulo II, *Opera Omnia*, I, col. 56): *Ultro autem id est, prior: ut in l. 1, 6, D. Uti possid Actio inquit, nunquam ultro possessori datur: id est, posesor nunquam prior agit. Prius enim expectare debet, ut secum agatur, quam ipse de iure suo experiatur*; así, Kalvino (II, p. 640). Entre los autores modernos, Nicolau traduce por *sponte* (p. 636, nota 4) y Heumann-Seckel, no vb. *ultro*, acentúa: *ultro, 1) auf der anderen Seite, seiner = seitz z. B. ... dari, tribui, competere, esse actionem alicui (...1, 1, 6, D. 43, 17)*. Nótese aún otro fragmento de Ulpiano (D. XLIV, 7, 25, 7, pr.) —la parte que nos interesa parece haber sido interpolada, *cfr. Index Interpolationum*, III, col. 362—, que reza: *Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur uindicatio, et in personam, quae conductio appellatur, in rem actio est, per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est qui rem possidet*.

los juristas bizantinos, como atestiguan los escolios de los Basílicos,<sup>154</sup> referir casos únicos en textos referentes a hipótesis extrañas.

Cuál fuese el caso que atraería la atención de Doroteo, no nos es posible saber con certeza, por faltar en las fuentes los elementos esclarecedores. Acaso, pero esto no pasa de ser una conjetura, Doroteo, como pretende Nicolau<sup>155</sup> vislumbrase la hipótesis relativa a la *uindicatio ex libertate in seruitutem*, de que trata D. XXII, 3, 14. Hay, en virtud de las conclusiones a que hemos llegado, indicios razonables en favor de esa identificación. Se trata del caso en que, para los compiladores, se daba un *actio in rem*,<sup>156</sup> en la cual el demandado, asumiendo espontáneamente la carga de la prueba de su condición de hombre libre, niega indirectamente el derecho de propiedad del actor. Por otro lado, esa hipótesis, aunque pareciendo a Doroteo excepción al principio relativo a la *rei uindicatio*, se refiere a una materia que no era estudiada en ese instituto, tanto que el fragmento en concreto no se halla en ninguna parte del Digesto referente a la *rei uindicatio* (VI, 1), pero sí en la concerniente a las pruebas y a las presunciones (XXII, 3, de *probationibus et praesumptionibus*), motivo que podría explicar la no identificación del *unus casus* en las Instituciones IV, 6, 2. Doroteo, en su *Index*, que en realidad era más una traducción literal del Digesto acompañada de notas cortas y no muy frecuentes<sup>157</sup> que un auténtico comentario, no dejó de señalar que allí se encontraba un caso único: *Nota, in hoc solo casu licere reo, praecipere probationes, etiamsi onus probationis ei non incumbat*.<sup>158</sup> Y ese fragmento que había llamado la atención de Doroteo, no le parecía excepcional a otro jurista bizantino, Taleleu, quien, aunque hiciese referencia a la excepción, no destacó la circunstancia de tratarse de un caso único: *Qui autem constitutio ita intellegat, excipere debet litem de libertate propter dig XIV tit de probationibus lib. 22, ubi dicitur, eum, qui de statu suo conuenitur, si uelit, probationem suscipere, posse*.<sup>159</sup> Finalmente, debemos referir la ob-

154 Véase nuestra nota 2, *in fine*.

155 *Ibidem*, pp. 641 y 642.

156 Destaca Nicolau: *Au sujet de la uindicatio in seruitutem, on serait tenté de faire une objection d'un autre genre: est-elle bien une actio réel? M. Henle le nie, du moins pour le droit de Justinien: selon lui, ce serait une controuersia de statu. Ora, Justinien a classé le procès de liberté parmi les actions préjudicialles qu'il considérait comme des actions in rem: Praeiuudiciales actiones in rem esse uidentur* (Instituciones, IV, 6, 13, p. 631). *Que le classement propose par Justinien soit critiquable, je n'en disconviens pas. Mais nous n'avons pas le droit de substituer notre pensée à la sienne.*

157 *Cfr.* Heimbach, VI, p. 36.

158 Escolio "Quaere", Heimbach, II, p. 470.

159 Escolio "Constitutio", Heimbach, II, p. 488.

servación de Nicolau,<sup>160</sup> de que *praecipere probationes*, expresión usada por Doroteo, se muestra más próxima a la frase insólita de las Instituciones (*actoris partes optinet*) de aquella que es más común en el *Corpus Iuris Civilis* (*actoris partes sustinet*).

De cualquier forma, lo que es cierto es que, tratándose de la opinión personal de Doroteo —de la que dejó indicaciones imprecisas—, jamás sabremos con seguridad cuál era la hipótesis en la cual él vislumbraba el *unus casus*. Nos queda, sin embargo, el consuelo de saber su inexpresividad e irrelevancia en el sistema jurídico romano.<sup>161</sup>

## X. BIBLIOGRAFÍA

En las citas, se omite el título de la obra, cuando fue la única utilizada de un autor.

ACCARIAS, C., *Precis de Droit Romain*, 4a. ed., París, t. II, 1891.

APPLETON, C., *Histoire de la Compensation en Droit Romain*, París, 1895.

ARANGIO-RUIZ, V. y GUARINO, A., *Breuiarium Iuris Romani, ristampa emendata*, Milán, 1951.

ASTUTI, G., *Lezioni di Stori del Diritto Italiano. Le fonti. Età romano-barbarica*, Padua, 1953.

BARON, J., *Pandekten*, 6a. ed., Leipzig, 1887.

BEKKER, E. I., “Kleine Beiträge”, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Dritter Band*, 1859.

BIONDI, B., *Instituzioni di Diritto Romano*, 3a. ed., Milán, 1956.

BOEHMER, J. H., *Fl. Iustiniani Imperatoris Institutionum libri quatuor, seu legitimae scientiae prima ementa. Theopili Paraphrasin subiunxit cum duplici indice*, Lisboa, t. II, 1772.

BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, t. II: (*La Proprietà*), Sezione II, Roma, 1928.

———, *Storia del Diritto Romano*, 2a. ed., Milán, 1909.

<sup>160</sup> *Ibidem*, pp. 638 y 639.

<sup>161</sup> Tenía razón, por tanto, Accarias (II, p. 836, nota 1) al decir sobre el *unus casus*: *Je signalerai, à mesure que l'occasion s'en offrira, quelques-unes des explications qui ont été proposés, mais sans y attacher la moindre importance, car la difficulté n'engage aucun principe, et tout se réduit à savoir ce que Justinien a voulu dire.*

- BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. Viertes Heft*, Tübingen, 1920.
- CALISSE, C., *Storia del Diritto Italiano*, t. I: *Le Fonti*, Florencia, 1891.
- CHLOROS, A. G., “Unus casus und die Digesten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Vierundsiebzigster Band, 1957.
- COCCEIO, S., *Ius Ciuile Controuersum*, Leipzig, Leipzig, t. II, 1784.
- COLLINET, P., *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, París, 1925.
- , *La Nature des Actions des Interdits et des Exceptions dans l'Oeuvre de Justinien*, París, 1947.
- CUJACIO, J., *Opera Omnia*, Prati, ts. I, II y V, 1859-1861.
- CUQ, E., *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2a. ed., París, 1928.
- DERNBURG, H., *Pandekten. Ersten Bandes. Zweite Abteilung*, 6a. ed., Berlín, 1900.
- DONELO, H., *Opera Omnia*, Florencia, t. VI, 1846.
- DOUJAT, J., “Dissertatio de uno casu: in aeque si agat quis 2. de Actino”, REITZ, G. O., *Theopili Antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum*, Hagae Comitum, t. II, 1751.
- DUARENO, F., *Omnia quae quidem hactenus Edita fuerunt Opera*, t. I: *Aureliae Allobrogum*, 1608.
- FABROT, C. A., *Theopili Antecessoris Institutionum libri IV*, París, 1638.
- FERRINI, C., *Opere*, Milán, ts. I y II, 1929.
- , *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori uulgo tributa*, Berlín, ts. I y II, 1887.
- FRITZ, “Über den im 8 J. actionibus erwähnten unus casus”, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, N. F., I, 1845.
- GOUVEIA, A., *Opera*, Nápoles, 1696.
- HEIMBACH, G. E. y C. G. E., *Basilicorum libri LX*, Leipzig, 1833-1870.
- HENLE, R., *Unus casus. Eine Studie zu Justinians Institutionem*, Leipzig, 1915.
- HEUMANN y SECKEL, E., *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9a. ed., Jena, 1907.
- HILÍGERO, O., *Notas in Hugonis Donelli opera omnia*, Florencia, t. V, 1844.
- HOEPFNER, L. J. F., *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionem*, 7a. ed., Frankfurt am Main, 1803.
- HUVELIN, P., *Cours Élémentaire de Droit Romain*, París, t. I, 1927.

- JOBÉ-DUVAL, E., "Explication de la loi 16 au Code De inofficiosi Testamento 3, 28", en *Mélanges Gérardin*, París, 1907.
- KAHL, J., *Magnum Lexicon Iuridicum*, Coloniae Allobrogum, t. II, 1734.
- KNIEP, F., *Vacua Possessio. Erster Band*, Jena, 1886.
- KÜBLER, B., *Geschichte des Römischen Rechts*, Leipzig, 1925.
- LANDSBERG, E., *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum*, Leipzig, 1883.
- LEVY, E. y RABEL, E., *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur*, t. III, Weimar, 1935.
- LANFRANCH, F., *Il Diritto nei Retori Romani*, Milán, 1938.
- MAYNZ, C., *Cours de Droit Romain*, 4a. ed., Bruselas, t. IV, 1876.
- MOLITOR, J. P., *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en Droit Romain*, 2a. ed., París, 1874.
- MONIER, R., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 6a. ed., París, t. I, 1947.
- MÜHLENBRUCH, C. F., *Doctrina Pandectarum. Editio Noua*, Bruselas, 1838.
- MYNSINGERO, I., *Apotelesma, siue corpus perfectum scoliorum, ad Quatuor Libros Institutionum Iuris Ciuilibus*, Venecia, 1599.
- NICOLAU, M., "L'unus casus d'après les scolies des Basiliques", *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 4a. serie, núm. 4, octubre-diciembre 1934.
- OINOTOMO, I., *In Quatuor Institutionum Imperialium Iustiniani Imp. Libros Commentarii*, Venecia, 1762.
- PACCHIONI, G., *Corso di Diritto Romano*, t. II: *Le Istituzioni del Diritto Privato*, Turín, 1910.
- PEROZZI, S., *Istituzioni di Diritto Romano*, 2a. ed., Milán, t. I, 1949.
- PUCHTA, G. F., *Cursus der Institutionem*, 5a. ed., Leipzig, t. II, 1857.
- , *Pandekten*, 8a. ed., Leipzig, 1856.
- REITZ, G. O., *Theophili Antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum*, t. II, Hagrae Comitibus, 1751.
- SCHULZ, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953.
- SCIALOJA, V., "Unus casus (interpretatione del 2 in F. Inst. de Act. 4, 6)", *Studi Giuridici*, t. II: *Diritto Romano. Seconda Parte*, Roma, 1934.
- , *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, Roma, 1934.

- SEGRÉ. G., *Miscellanea Esegetica* (Fr. 38 1 D. 22, 1; Fr. 18 D. 21, 2; Fr. 50 1 D. 5, 3; 2 I. 4, 6 /*unus casus*/), *extracto de los Studi in onore di Biagio Brugi*, Palermo, 1910.
- SINTENIS, C. F. F., *Das Practische Gemeine Civilrecht. Erster Band*, Leipzig, 1844.
- TRIFONE, R., *Le fonti della Storia del Diritto Italiano*, 4a. ed., Nápoles, 1947.
- VAMPRÉ. S., *Institutas do Imperador Justiniano*, Sao Paulo, 1915.
- VANGEROW, K. A., *Lehrbuch der Pandekten. Erster Band*, 7a. ed., Marburg-Leipzig, 1876.
- VERING, F. H., *Geschichte und Pandekten des Römischen und Heutigen Gemeinen Privatrechts*, 4a. ed., Mainz, 1875.
- VINIO, A., *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Venecia, t. II, 1783.
- VINOGRADOFF, P., *Diritto Romano nell'Europa Medioevale*, 2a. ed., traducción de S. Riccobono, Milán, 1950.
- WENGER, L., *Die Quellen des Römischen Rechts*, Viena, 1953.
- ZACHARIA VON LIGENTHAL, K. E., *Geschichte des Griechisch-Römischen Rechts*, 3a. ed., Aalen, 1955.
- ZIMMERMANN, "Noch Wort über unus casus", *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, N. F., XI, 1854.