

II

VARIA ROMANA

I

Ius, en sentido objetivo-subjetivo

Comprendo que la idea de que *ius*, en su sentido más auténtico, contenga un sentido dinámico, que abarca tanto a la regla como la facultad, resulte duro de admitir. Pero siempre quedan en pie acepciones importantes que no se explicarán fácilmente en sentido objetivo o subjetivo, como *ita ius esto, iura praediorum, ius augurum*. Me remito para eso a mi contribución a los *Studi Albertario*. Hoy deseo añadir un ejemplo más, que procede de una fuente nueva: PAnt. 22.

Este documento de Antinoopolis contiene uno de esos pequeños acertijos que hacen las delicias de los romanistas, y sobre él se ha aplicado la inteligente diligencia de F. De Zulueta, y posteriormente (en *Iura*, 2 [1951], 345), la indiscutible sagacidad de V. Arangio-Ruiz. Se trata de unos restos escasos, en *recto* y *verso*, a dos columnas, conservados en un pergamino de letra del siglo IV después de Cristo. La lectura, especialmente por la escasez de los restos y lo inusitado de las abreviaturas, resulta realmente difícil. Una lectura relativamente más amplia permite la col. II del *recto*. Como vió acertadamente De Zuleta, se trata de un comentario al edicto *quod falso tutore* (cfr. Dig. 27, 6), es decir, la rúbrica edictal 43 en la reconstrucción de Lenel. Así, podría pensarse, con De Zulueta, en el libro XII *ad edictum* de Ulpiano. A excepción de una nota griega en la col. II del *verso*, no se observan notas marginales. Como se trata de un texto desgraciadamente muy corto, creo que vale la pena reproducir íntegra la transcripción de este interesante PAnt. 22:

...() pup(ill.) si .e..o [...] obsta-
bit exc(eptio), aut restitutoriu(m)
iud(icium) dabitur. Q(uod)si sciens eu(m)

pup(illum) esse lit(igaverit) s(ine)
 t(utore) a(uctore), repel<l>et(ur) iure
 pr(aeto)rio. § Item Pomp(onius) scr(ibit).
 si fal-
 so t(utore) m(ale) fuerit diffis <s>us
 dies. ed(ictum) q(ui)d(ém) cessare, et iudi-
 cem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue)
 s(ententi)am dixit, litem suam fe-
 [cisse videri

Arangio-Ruiz (loc. cit), que añade, con acierto, la palabra *vide-ri*, llama la atención sobre esa manera de contraponer una repulsa *iure pr(aeto)rio* al caso de oposición mediante una *exceptio*. En efecto, no se trata aquí de controponer el *ius praetorium* al *ius civile*. Si no me equivoco, lo que se contrapone aquí es el caso de paralización mediante *exceptio* al de paralización mediante una *denegatio*. El *denegare actionem* es un *ius praetoris* o *praetorium*.

Hasta ahora la expresión *ius praetorium* sólo se entendía en el más puro sentido objetivo, como ordenamiento creado por el Pretor, distinto del ordenamiento objetivo del *ius civile*. Ahora vendría este modesto texto de Antinoópolis a mostrar un empleo de esa expresión en un sentido más bien subjetivo. El *repellere* constituye una facultad del Pretor: es el *denegare actionem*. Pero, si bien miramos, ¿qué es el *ius praetorium* más que el conjunto de posibilidades de actuación que se reserva el Pretor? Ese punto en que el conjunto de posibilidades de actuación se concentra me pareció podía expresarse como "posición justa". Partiendo de *ius* como "posición", resulta fácil captar los momentos de transición, en que la norma objetiva se manifiesta como facultad subjetiva de actuación y la facultad se objetiviza en regla de actuación. Pero es difícil comprender esto desde un plano de mentalidad dogmática.

II

Otro texto de «Fiducia», recuperado

Las referencias a la *fiducia*, como es sabido, han sido sistemáticamente borradas de los escritos que componen el *Corpus Iuris*. Todavía la distinción entre el *edictum de rebus creditis*, en que se hablaba de la *actio pignoratitia*, y el *ed. de bonae fidei iudiciis*, que encabezaba la *actio fiduciae*, ha servido para rastrear varios textos que se referían originariamente a esta última; pero, en todo caso, un texto sobre la *fiducia* es siempre algo digno de ser recuperado.

Me refiero a Paulo, l. III *ad Plautium* (Dig. 10. 3. 15): *Si socius servi communis nomine conventus et condemnatus sit, aget*

commun: dividundo et antequam praestet: nam et si noxali iudicio cum uno actum sit, statim aget cum socio, ut ei pars traderetur cautionibus interpositis, ut, si non dederit, reddat.

Ahora nos interesa tan sólo la segunda parte del texto. En la primera resulta sospechoso, desde luego (como ya indicó Biondi), que se entable la *actio communi dividundo* con un fin puramente liquidatorio y no propiamente divisorio; probablemente se daba la *actio pro socio*. Pero en la segunda parte del texto se presenta el caso de un condueño, que, reclamado por la acción noxal, se debe hacer dar por los otros socios la propiedad total del esclavo común que quizá habrá de ser entregado *in noxam*. Evidentemente, la *datio* debía realizarse aquí, no por simple *traditio* sino por *mancipatio*. En el acto de la mancipación debía especificarse la reserva de que, si no llegaba a haber entrega del esclavo, la propiedad sería restituida. Ahora bien, esto es cabalmente una *mancipatio fiduciae causa* (*fiducia cum amico*, mejor *cum socio*). Desaparecida la *mancipatio fiduciae causa*, la mención de la mancipación pudo ser sustituida por la de la *traditio*, pero tan sólo añadiendo la referencia a la declaración *cautionibus interpositis ut...* La declaración convencional específica venía a sustituir el efecto que anteriormente producía sin más la *mancipatio fiduciae causa*. Paulo habría escrito: *mancipetur fiduciae causa, y no traderetur cautionibus interpositis.*

III

Usus sine fructu

Me permito llamar la atención sobre un punto de vista que me parece aclara algunas de las transformaciones de los textos clásicos por manos post-clásicas o justinianas, sobre el que pasé incidentalmente en ADC. 5 (1952), 82, nota 54.

Que el legatario de *usus* sin disfrute pueda, sin embargo, percibir y consumir algunos frutos y, en general, extralimitarse prudentemente del estricto *usus*, me parece lo admitieron igual los clásicos que los bizantinos. Las soluciones prácticas de unos y otros venían a ser idénticas, y, sin embargo, los textos no están exentos de manipulación interpoladora, y la razón está en lo siguiente: Para los clásicos el *usus* se entendía en sentido amplio que abarcaba incluso el *frui*, pero se limitaba algo cuando el testador dejaba el aprovechamiento de los frutos, separadamente, a otra persona; veían así un *usus* del que se detraía el *fructus*. Los bizantinos (y quizá ya los post-clásicos), en cambio, concebían el *usus* como un derecho muy restringido, que debía ser ampliado por razones de equidad y mediante una interpretación de la voluntad

presunta del testador, para que resultara viable; veían así un *usus* al que había que tolerar un *frui* parcial.

Lo que variaba, por tanto, entre unos y otros era simplemente el punto de vista. Esto ocurre en otros temas controvertidos. Muchas alteraciones de los textos clásicos se han limitado a explicar una solución clásica desde el nuevo punto de vista.

I V

Los «Leudes» de LV. Antiqua 4, 5, 5

En esa *Antiqua* euricana se trata de las adquisiciones de los hijos de familia, y se contraponen el caso de adquisición hecha por beneficio del rey (o de los patronos) y el caso de una adquisición hecha en el servicio de las armas, pero “no por beneficio del rey”, sino por el trabajo *inter leudes*.

Contra la interpretación que hizo Torres-López de *leudes* como súbditos en general, se ha declarado Sánchez-Albornoz, en su importante obra sobre los orígenes del feudalismo, en el sentido de entender por *leudes* los nobles vasallos del rey. Atinadas observaciones al último hizo, por su parte, Meréa, con aquella ponderación y aquel tino que le caracterizan. (Vid. ahora pág. 249 de sus *Estudios de Derecho Visigótico*.) Parece como si Torres-López tuviera razón en decir que, si los *leudes* son los nobles, quedarían en peor condición respecto a sus adquisiciones que los que no lo son. En efecto, esas adquisiciones *inter leudes* se ven mermadas por una tercia a favor del padre. Y, por otra parte, que Sánchez-Albornoz tiene razón en decir que los *leudes* no se confunden con la masa total de los súbditos.

Si no me equivoco, la solución está en entender por *leudes* (palabra extraña e importada por los visigodos para este único texto) aquello que la palabra significa en la *Lex Burgundionum*, es decir, precisamente los de condición inferior (cfr. al “Leute”), los que no son nobles. Lo que la ley hace ahí es establecer un régimen para el peculio castrense ordinario, es decir, el de los “soldados”; y se establece una tercia a favor del padre como liquidación de su derecho usufructuario sobre el peculio castrense. Cuando, en cambio, se trata de los servicios militares de los nobles, no hay soldada, sino beneficio regio, y entonces aquel hijo tiene un derecho pleno sobre tales donaciones.

Esto, naturalmente, no estorba la teoría de Sánchez-Albornoz sobre el vasallaje visigodo, que, por lo demás, se apoya en otros puntales más sólidos; sólo que quizá la tradición del *comitatus* romano haya sido algo preterida.

V

Memorias pedagógicas

El sistema de oposiciones a cátedras requiere todavía hoy la presentación de la llamada "Memoria pedagógica", en la que el opositor se explaya sobre "el concepto, el método y las fuentes de la asignatura". En algunas ramas, la tal memoria se ha reducido quizá con razón, a bien poca cosa, pero no ocurre así en las oposiciones a las cátedras jurídicas, donde la Memoria y el correspondiente ejercicio de trinca sobre la misma ocupa todavía un lugar destacado.

No se trata aquí de propugnar nuevos sistemas, sino tan sólo de apuntar una observación acerca de algún aspecto de las "Memorias" de Derecho romano.

La palabra "fuente" puede entenderse aquí en un doble sentido: como fuentes normativas del Derecho romano (jurisprudencia, senadoconsultos, edictos, leyes, etc.) o como fuentes de conocimiento (libros de jurisprudencia, lápidas con textos legales, papiros, referencias literarias, etc.), y dentro de este segundo concepto se suele incluir la bibliografía moderna. De estos dos sentidos, quizá sea más reglamentario el segundo, sobre todo por lo que a la bibliografía se refiere, pues sólo en ese sentido puede hablarse de "fuentes" en muchas asignaturas en las que no cabe hablar de fuentes normativas como las jurídicas, ni tampoco de fuentes de conocimiento históricas.

Sea como sea, parece dado el estado actual de los estudios romanísticos, que el hacer el opositor un resumen sobre las fuentes carece de todo valor. Porque, por lo que se refiere a las fuentes históricas (la distinción entre normativas o de conocimiento, después de todo, tiene poco interés), existen libros completos, respecto a los que lo que pueda hacer el opositor no pasará de un vulgar resumen. La monumental obra de Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, hace inútil todo esfuerzo en este sentido. Si se trata, en cambio, de la bibliografía, tampoco vale la pena que el opositor pierda tiempo en copiar listas de autores y títulos que se pueden encontrar fácilmente en cualquiera de los repertorios en uso. ¿Puede pedirse a un opositor que haga algo más que copiar de arriba abajo la "General Bibliography" que incluye Berger en su *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*?

Francamente, crea que se debe exigir de una Memoria pedagógica un esfuerzo menos inútil. Este tipo de memorias bibliográficas procede de una época en la que se destacaba el opositor que estaba al tanto de la bibliografía extranjera, lo que no dejó de producir a veces excesos pedantes y ridículos; pero hoy estamos

todos al cabo de la calle, y el conocer la bibliografía es algo corriente y sin mérito especial; en todo caso, está al alcance de cualquiera, aun sin conocimiento de los idiomas respectivos, el componer una larga bibliografía. Lo que ya resulta más difícil es el manejar las obras que se citan, pero eso no tiene relación con la reglamentaria "Memoria".

A mi modo de ver, la "Memoria", de querer conservarla, debe ser una exposición de la actitud científica del opositor, de suerte que en ella deben tratarse, sin estrecheces ordenancistas, aquellas cuestiones fundamentales que tiene planteada la romanística, y en las que es necesario tomar posición; por otro lado, convendría que el opositor hablara ahí de su propia experiencia docente. En resumen, no una Memoria sobre "concepto, método y fuentes de la asignatura", sino sobre la *propia experiencia* investigadora y docente.

A. D'ORS.