

LOS NEGOCIOS «PIETATIS CAUSA» EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES POSTCLASICAS

SUMARIO: *Introducción* 1. La generosidad privada en el Bajo imperio. *Las constituciones imperiales en el ordenamiento jurídico del Bajo imperio.* 2. El origen divino del Poder. 3. Papel político de la legislación imperial. Distintos elementos integrantes del Derecho imperial sobre materia eclesiástica. 4. Épocas a distinguir dentro de la legislación imperial postclásica.—*Modificaciones introducidas "ratione pietatis" por el Derecho imperial.* 5. a) *Requisitos formales en el negocio jurídico.* La constitución de Constantino C.1.2.21 y las sucesiones en favor de la Iglesia.—La Novela 5 del emperador Marciano. 6. La constitución del León y Antemio C.1.2.14 del año 470 y los negocios *quocumque iure facti*.—La ley del emperador Zenón C.1.2.15 para las donaciones piadosas.—La *insinuatio donationis* en el Derecho justiniano. 7. b) *El peculio "quasi castrense".* El privilegio peculiar en tiempos de León y Antemio (C.1.3.33.[34]). 8. El peculio de los clérigos en el Codex justiniano (C.1.3.49[50]).—Posible papel de este instituto en los actos dispositivos *pietatis causa*. 9. c) *Inmediatividad en la ejecución de la liberalidad testamentaria "ratione pietatis".* La "*mora ex re*".—Cumplimiento *sine ulla cunctatione* C.1.3.28.1, León 1, a. 468. 10. La *mora ex re* de la constitución justiniana C.1.3.45(46) 4 y el concepto delictivo del retraso. 11. d) *Régimen excepcional de los patrimonios originados por los negocios "in bonum animae".*—La jurisprudencia postclásica y las *res divini iuris*. 12. El concepto de lo sacro y la nulidad de la compra-venta sobre cosas eclesiásticas en la constitución leoniana. 13. Reglamentación del emperador Anastasio (C.1.2.17). 14. El Derecho justiniano de la compilación (C.1.2.21 e I.2.1.8). 15. Los nuevos enfoques del problema en las Novelas de Justiniano. La Novela 7 y la Novela 120.

INTRODUCCIÓN

1. El nuevo orden ideológico que supuso la rápida propagación de los principios cristianos, a partir del siglo IV, trajo consigo nuevos enfoques psicológicos determinantes del actuar humano y, con ellos, una visión de los negocios jurídicos gratuitos en favor de la propia alma del causante. Hemos de aclarar que, al hablar del *bonum animae* y de la preocupación ultraterrena del hombre que va a

morir, no pretendemos nunca que este bien del alma —descanso o paz— haya sido creación exclusiva de las orientaciones dogmáticas del cristianismo. Sí fue obra del cristianismo su forma histórica concreta. Esa forma que, ya en los años trescientos, adoptó el *bonum animae* por influencias culturales determinadas y que producen como resultante una proliferación abrumadora de actos positivos en favor de la Iglesia y de los establecimientos de caridad. Sin embargo, la preocupación del más allá es tan antigua como la humanidad, y como todo en la Historia del Pensamiento, va sufriendo un movimiento ascensional de espiritualización progresiva.

Sobre este fondo, pues, de antiquísima y ancestral inquietud del hombre por su propio destino tras la muerte, que también durante la época pagana fue más y más espiritualizado¹, pasamos a la

1. En la creencia de la inmortalidad, puede notarse como una evolución desde la más antiguas ideas materializadas, que en Roma coincide con la fase latino-etrusca, y en donde la vida ultraterrena se asocia a un deseo telúrico de descanso en la propia tumba, a los conceptos más espiritualizados que en pleno siglo II y casi siempre por lejanas influencias orientales tienen su apogeo universal en el imperio romano. Aun dentro de estas formas espiritualizadas, podrían notarse, dentro de la enorme dificultad que suponen el separar los elementos integrantes de una cultura religiosa, dos tendencias. Una de raíz más occidental y por tanto más romana, sería la inmortalidad de la fama y del recuerdo. En esta corriente se integrarían todas las famosas fundaciones funerarias que poblaron el mundo imperial en los primeros siglos de la era cristiana y cuya razón de ser es, fundamentalmente, un vivir ultraterreno en la memoria de los amigos y parientes. (Existe una bibliografía tan numerosa que citamos exclusivamente un trabajo que nos parece quizás el más significativo. Se trata del estudio de LE BRAS: *Les fondations privées du haut Empire*, en *Studi Riccobono III*, p. 23 ss.) La otra tendencia que parece incluso superponerse a esta de las fundaciones *ad colendum memoriam*, tiene una raíz más exótica y provinieron del oriente helenizado y de las corrientes filosóficas, transformadas también en religiones más o menos comunes. En ella, la inmortalidad y el descanso supone más bien un vuelo místico del alma hacia las alturas divinas de un Dios universo o un Dios solar.

Pueden considerarse imprescindibles para el estudio evolutivo de la Religión antigua greco-romana las obras de CUMONT: *Aster Life in roman Paganism*, Nueva York, 1951; BAVET: *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, París, 1957; LATTE: *Römische Religionsgeschichte*, Munich, 1960; BIANCHI: *Recenti studi sulla religione romana*, en *Studi romani* 9 (1961): etc.

época cristiana, que al tomar en sus manos el timón de la política sociológica no hace otra cosa que dar un nuevo paso en esta plasmación espiritual en la preocupación por la suerte del alma. Por otra parte, el cristianismo que se hace cultura cristiana, que toma cuerpo y encarnación histórica en Bizancio, no podía dejar de recibir el impacto de las fuerzas ideológicas orientales, pues fue fundamentalmente en oriente donde los Padres griegos imponen su modo concreto de enfocar el problema de la muerte. La idea penitencial, el resarcimiento de daño, la devolución de los bienes mal empleados en vida, fueron, junto con la tendencia maniquea o monofisita de la maldad del mundo y de la materia y la consecuente necesidad de abandonar las riquezas incompatibles con la salvación, los grandes centros motores del actuar cristiano de estos siglos.

Esta caridad, en parte iluminada y carismática y en parte también emulativa y humanizada, como sin mucho esfuerzo podemos deducir de las propias fuentes literarias y de las abundantes historias eclesiásticas tan en boga entonces, escritas para edificación del pueblo cristiano², había de ser canalizada por el estrecho cauce de unos negocios jurídicos romanos, vulgarizados por la práctica postclásica y deformados, a veces, por la excesiva tendencia pragmática de los juristas de los siglos IV y V. Esta realidad social de cientos de actos dispositivos cristianos de carácter gratuito, no sólo supuso un nuevo planteamiento medular del concepto de liberalidad³, sino que afectó también al concepto jurídico de lo gratuito

2. Entre todos los historiadores eclesiásticos orientales destacan fundamentalmente Sozomeno: *Historia ecclesiastica* (PG. 67, 844-163); Teodoro de Ciro: *Historia religiosa seu asectica vivendi ratio* (PG. 82, 1253-1496) e *Historia ecclesiastica* (PG. 82, 882-1280); Eusebio de Cesarea: *Vita Constantini* (PG. 20, 905-1253), *Ad coetum sanctorum* (PG. 20, 1253-1316) y *Laudes Constantini* (PG. 20, 1316-1440).

3. Ya puede notarse esto desde los más antiguos monumentos literarios de la primitiva cristiandad. Así, por ejemplo, la *Didaché* o doctrina de los doce apóstoles y la *Didascalía*, en donde aparece la idea de la limosna con un nuevo enfoque cristiano. Sobre la *Didaché* puede verse la traducción de ERRANDONEA, Madrid, 1946, p. 49 ss. y de la *Didascalía* es interesante el estudio de LAGARDE: *Didascalía, apostolorum syriaci*, Leipzig, 1954. Más claro y en cierto modo más innovador es el concepto de la limosna-deber que nos presenta San Juan Crisóstomo, que va alejándonos cada vez más de la tradicional idea de la donación, causa gratuita. *Vid. Obras de San*

y, de rechazo, influyó en la tipificación y calificación de donaciones y legados.

En una época de amplia captación de nuevas directrices, el Derecho romano, a la vez que recibe su última helenización, cristianizada ya por la yuxtaposición de la nueva cultura, adapta sus figuras y las líneas generales del viejo ordenamiento clásico por la necesidad de dar cauce a estos nuevos actos jurídicos tan numerosos y en donde los piadosos testadores y donantes disponen de sus bienes en las más caprichosas formas, no siempre respetando los antiguos principio, casi axiomáticos de la jurisprudencia romana ⁴.

Los dos grandes soportes del Derecho romano postclásico, la jurisprudencia y el derecho imperial, realizaron un gran esfuerzo de habilitación para poder dar entrada, a veces con fórmulas más o menos ingeniosas, dentro del ordenamiento a estos negocios jurídicos nuevos hechos *in bonum animae*. En más de una ocasión, parece como si la propia realidad social hubiese sido de verdad quien ha llevado las riendas en este campo, dando la impresión de que no sólo las obras jurisprudenciales, sino, incluso, las mismas leyes imperiales corren a la zaga de esa situación desbordante, cubriendo lagunas, creando figuras o derogando normas, cuando ya quizá la práctica diaria de los notarios o el consejo de juristas anónimos lleva años de adelanto sobre el Derecho escrito.

Es, quizá, el Derecho imperial en torno al *bonum animae*, interesante de estudiar porque por su privilegiada situación política y por tratarse de un cuerpo legal joven y vigoroso, es capaz como nadie de recoger la más mínima influencia, siendo por ello altamente sensible a las nuevas oscilaciones ideológicas cristianas.

Juan Crisóstomo. *Homilias sobre el evangelio de San Mateo II*, B.A.C. Madrid, 1956, p. 83, 331, 565 ss.

4. Justiniano en una constitución (C.1.2.25[26]) del año 530 hace referencia a una cierta costumbre o práctica testamentaria muy extendida, que saltando por encima de todos los obstáculos del ordenamiento jurídico, ha dado pie a que en muchos testamentos se instituya heredero al propio Jesucristo, a un santo mártir o algún arcángel. *Vid.* MURGA: *El testamento en favor de Jesucristo y de los Santos en el Derecho romano postclásico y justinianeo*, en *AHDE*: 35 (1965), p. 375 ss.

LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
DEL BAJO IMPERIO

2. Diocleciano dejó en manos de sus sucesores un poder político tan peculiar que puede considerarse como el final evolutivo de un largo proceso iniciado ya con los emperadores militares del siglo III. Una amplia y profunda metamorfosis, bajo la influencia de ideas helenísticas y orientales, convierten el cetro imperial en el símbolo de un poder monárquico bastante cercano a los principios constitucionales del imperio persa⁵. Esa larga evolución, con factores en un primer momento tal vez sólo ideológicamente cercanos a las concepciones sacrales de oriente, pero luego, tras la creación de la capitalidad constantinopolitana, también con una fuerte presión geográfica y social, convierte la potestad imperial en algo muy cercano a la divina potencia celeste, apareciendo desde entonces la voluntad de los emperadores como una especie de *divinus consensus*⁶. El príncipe es *dominus et deus*⁷ y todo el imperio estará estructurado bajo esta protección imperial dominadora y divina. Cómo se conserva y se desarrolla la fundamentación política del poder, después de Constantino, es un problema complejo, con multitud de implicaciones y que prolongaría inútilmente nuestro estudio, apartándonos del tema que verdaderamente nos interesa tratar: la repercusión y la mutua influencia que se da, a partir de Constantino, entre los nuevos enfoques cristianos para los negocios jurídicos *in bonum animae* y la joven legislación imperial, colocada.

5. Dentro de la inmensa bibliografía sobre el tema, puede tener interés el primer volumen de STEINS *Geschichte des spätromischen Reichs I. Vom römischen zum byzantinischen Staate*, (284-476), Viena, 1928; VASILIEV: *Histoire de l'empire byzantin I*, trad. francesa, París, 1932; PARIBENI: *Da Diocleziano alla caduta dell'Impero d'Occidente*, Roma, 1941; PIGANIOL: *Histoire romaine IV, L'Empire Chrétien*, París, 1947; MAZZARINO: *Trattato di storia romana II. Impero romano*, Catania, 1956, p. 279 ss.; VÖLKL: *Der Kaiser Konstantin*, Munich, 1957; también el estudio de GAUDEMET: *Le régime imperial*, en *SDHI* 26 (1960), aunque con carácter general, a partir de la p. 295 se refiere al poder político del dominado; AMELOTI: *Da Diocleziano a Constantino*, en *SDHI* 27 (1961), p. 241 ss.

6. *Vita Numeriani*, 12,2.

7. Aurelio Víctor: *de Caes.*, 39,5.

por las circunstancias políticas concretas del Bajo imperio, en un rango legislativo excepcional.

No podrá nunca Constantino liberarse, aunque lo hubiese pretendido, del peso tremendo de esas circunstancias históricas, legadas por Diocleciano. Es, en efecto, también un monarca absoluto, que asume el título de *dominus* —el título completo de *dominus et deus* hubiera sido chocante para la nueva mentalidad religiosa—, pero al que añade otros nuevos, como el de *dominus bono reipublicae natus*, del que nos dan fe las inscripciones epigráficas de la época⁸. Tras la victoria del puente Milvio, Constantino el Grande entra triunfalmente en la Historia de Roma, y también, a partir de ese momento pasará a la historia eclesiástica, a las obras de los Padres y a la leyenda, como un nuevo Moisés, objeto directo de la divina protección.

Todos los emperadores a partir de Constantino se sienten de verdad elegidos de Dios y creen sinceramente que ha sido la Divinidad quien puso en sus manos el dominio del universo⁹. Esta conciencia del origen divino del poder es, sin duda, anterior a Constantino y ya presenta alguna versión pagana de carácter helénico-oriental en la segunda mitad del siglo III. Ahora, sin embargo, la doctrina teológica cristiana le ha prestado un nuevo ropaje dogmático más en consonancia con las nuevas creencias¹⁰.

Como es natural, toda esta concepción política del poder imperial tuvo que tener una repercusión inmediata en el orden legislativo. Las constituciones de los emperadores empezaron a estar como impregnadas de esta peculiar omnipotencia soberana, reflejo de la divina¹¹, sobre todo en aquellos casos en los que el legislador, so-

8. *CIL. III.* 5326; 5726; 11844.

9. Eusebio de Cesarea: *Vita Constantini*, 133. Sobre esta obra histórica, además de la edición de MIGNE (*PG.* 20, 905-1440), puede verse la de HEIKEL en la colección: *Die griechischen christlichen Schriftsteller* 7 (1902), p. 1. ss. Es asimismo interesante el estudio de ALTANER: *Agustinus und Eusebius von Kaisareia*, en *Byzantinische Zeitschrift* 44 (1951), p. 1. ss.

10. León I: *Epist.* 73 (*PL.* 54,900). Vid. DE FRANCISCI: *Arcana imperii III-2*, Milán, 1948, p. 125 ss.

11. Sobre el carácter especialmente confesional de los emperadores del Bajo imperio, sobre todo de Constantino, puede verse: BIONDI: *Diritto romano cristiano I*, Milán, 1952, p. 262 ss.; EHRHARDT: *Constantin der Grosse*

licitado por el propio acuerdo conciliar, reglamentaba materia eclesiástica o reforzaba sagradas disposiciones sinodales.

3. Es fácil comprender que las constituciones del Bajo imperio jueguen un gran papel en la reglamentación de todas las figuras jurídicas que puedan producir estos años, alrededor de aquellos negocios más empleados por los piadosos cristianos occidentales y bizantinos. Las *leges*, como un aparato normativo de exquisita sensibilidad, lograrán captar las nuevas corrientes ideológicas, y no solamente aquellas más importantes y que afecten al Derecho público en cualquiera de sus ramas, sino estas otras que interesan: hombre de la calle, al cristiano corriente que quiere disponer de sus bienes en vida o para después de muerto, tratando de utilizar para ello los negocios jurídicos romanos usuales.

Precisamente por estar las constituciones orientadas en una tendencia oficial de la política, concorde con la Iglesia, alimentan su esquema doctrinal con los principios del credo cristiano. Ahora bien, como fácilmente puede comprenderse, los principios de la cultura cristiana, tan elocuentemente desarrollados en la obra literaria de los Padres de la Iglesia, son aún demasiado generales y, salvo en alguna ocasión muy concreta en la que el criterio legislativo ha pasado, con toda limpieza y claridad, directamente de la patristica a las leyes imperiales¹², lo normal es que antes de llegar a la letra de la ley, hayan sufrido una serie de tamizaciones sucesivas, como una especie de preparación para el casuismo legislativo. Este es precisamente el papel que vienen a cumplir, por ejemplo, las disposiciones de los concilios ecuménicos o provinciales, las inspiraciones procedentes de la doctrina y de los jueces eclesiásticos

Religionspolitik und Gesetzgebung, en *ZS* 72 (1955), p. 127 ss.; *Id.*: *Some aspects of Constantine's Legislation*, en *Studia patristica II*, Berlín, 1957; STRAUB: *Kaiser Konstantin als Epizopos τῶν ἐκτός*, en *Studia patristica I*, p. 678 ss.; VOGT: *Constantinus der Grosse*, en *Reallexikon für antike und Christentum*, s. v.

12. Este es el caso de la doctrina sentada por San Ambrosio con relación a la venta de los vasos sagrados de las iglesias para aplicar el precio de la venta a la redención de cautivos (*De off.* 2.15, 70-71 (PL. 16,121 ss.) que parece reflejarse en la legislación justiniana (C.1.2.21, año 529 y Nov. 7, año 535).

ante los casos concretos e, incluso, los criterios introducidos por la propia vida cristiana de la sociedad.

Muchas veces fueron los cánones de los concilios reabsorbidos por la ley imperial, que podía prestar su apoyo normativo de este modo a la Iglesia en aquellos momentos en que esta trataba de hacer su propio ordenamiento jurídico¹³. El apoyo imperial fue, sobre todo, absolutamente necesario cuando, tras la caída de occidente bajo los bárbaros, la distancia con Roma aún se hizo mayor y las discusiones, incertidumbres y rivalidad entre las iglesias hacía mucho más difícil la aparición de normas eclesiásticas de carácter universal¹⁴. Estas circunstancias hacen explicable el hecho de que durante todo el siglo IV y la primera mitad del siglo siguiente los emperadores recojan referencias directas de los concilios¹⁵ y que Teodosio II, el año 421, mande observar de modo general las disposiciones conciliares: *Omni innovatione cessante vetustatem et canones pristinos ecclesiasticos, qui nunc usque tenuerunt, per omnes Illyrici provincias servari praecipimus*¹⁶.

Durante mucho tiempo, la doctrina de la Iglesia impregnó con sus criterios el Derecho imperial del Bajo imperio, transmitiendo a las constituciones la seguridad ortodoxa de su contenido¹⁷. Más tarde, Justiniano va mucho más allá, y en el año 533 escribe al papa Juan II, *sanctissimus archiepiscopus almae urbis Romae et patriarcha*, una declaración de principios religiosos en los que, red-

13. JONKERS: *Quelques remarques sur les Peres de l'Eglise et les Conciles et les constitutions des empereurs chrétiens en leurs rapports réciproques, comme sources pour l'histoire du Bas-Empire*, en *Melanges de Visscher I* (1949), p. 493 ss.; ALIVISATOS: *Les rapports de la législation ecclésiastique de Justinien avec les canons de l'Eglise* en *Atti Congresso Roma 1933 II*, p. 79 ss.; BIONDI: *Diritto romano cristiano I*, cit. p. 230 ss.

14. DIESNER: *Kirche und Staat im spätrömischen Reich. Aufsätze zur Spätantike und zur alten Kirche*. Berlín, 1963.

15. Así, por ejemplo, Graciano, Valentiniano y Teodosio en C. Th. 16.1.3, año 381, hablan de la *fides vera ac Nicaena*, y Valentiniano, Teodosio y Arcadio el año 386, en C. Th. 16.1.4, aluden a la *fides constantinopolitano (concilio) confirmata*.

16. C. Th. 16.2.45 (C.1.2.6 y C.11.21.1).

17. WENGER: *Über canon und regula in den römischen Rechtsquellen*, en *ZS. kan. Abt.*, 32 (1943), p. 495 ss.; BIONDI: *Religione e Diritto canonico nella legislazione di Giustiniano*, en *Scritti Giuridici I*, p. 551 ss.

dentés honorem apostolicae, sedi, se adbiere de modo absoluto a cuanto la Iglesia enseña —*sicut vestra apostolica sedes docet atque praedicat*— y ha definido en los cuatro concilios, *in Nicenae. in hac regia urbe convenerunt... qui in Epheso primo congregavit sunt... qui in Chalcedone convenerunt*¹⁸. La fidelidad justiniana a las enseñanzas de la Iglesia sigue siendo con los años el norte de su política religiosa, y esto se observa también en las novelas¹⁹.

Otra tamización o reglamentación intermedia puede llegar a la ley imperial de contenido religioso, a través de la inspiración suministrada por la doctrina jurídico-política de los clérigos palatinos y por el *usus iudicandi* de la *episcopalis audientia*. Aunque mucho menos precisa, como es lógico, que la elaboración conciliar, entran también en las constituciones estos enfoques cristianos, que el pensamiento de los grandes personajes de la Iglesia, cuya proximidad física y espiritual con los emperadores fue tan grande, puede ir dando en cada momento a la política legislativa. Sin duda que no fue pequeño el papel que desempeñaron algunos Padres de la Iglesia dentro de la corte imperial, y más de una vez se deja adivinar la influencia directa de su consejo en la norma promulgada²⁰.

También llegan a las *leges* los criterios que el modo cristiano de enjuiciar los problemas jurídicos, va sentando —como una especie de uso forense eclesiástico— el diario tramitar de los más variados litigios ante el tribunal de los obispos. Esta jurisdicción

18. Esta singular constitución justiniana, incluida en el *Codex* (1.1.8) está formada por una carta del emperador al Papa Juan II. Justiniano se ha visto envuelto en una serie de enojosas cuestiones teológicas y mirando al occidente, no puede olvidar a la Sede romana. Por ello tiene gran empeño en que el Papa reconozca su conducta ortodoxa y esta es la razón de dicha carta enviada a Roma con los obispos Hipacio de Efeso y Demetrio de Filipos. En ella se afirma rotundamente la aceptación de los cuatro concilios generales de la Iglesia de Dios. El *Liber Pontificalis* añade que, con la embajada envió gran cantidad de objetos preciosos para la basílica Vaticana. Vid. SABA: *Historia de los Papas I*, Barcelona, 1951, p. 165 ss.

19. Nov. 6, c.1.8, año 535; Nov. 131, c.1, año 545.

20. A este respecto son interesantes las obras, ya citadas de BIONDI: *L'influenza di Sant' Ambrogio sulla legislazione religiosa del suo tempo*, en *Scritti Giuridici I*, p. 645 ss. y las de BRUCK, en especial: *Kirchlich-soziales Erbrech in Byzanz Johannes Chrysostomus und die mazedonischen Kaiser*, en *Studi Riccobono III*, p. 377 ss.

especial de la *episcopalis audientia* tuvo tal importancia en la época de Constantino que, incluso, por voluntad de una sola de las partes, podía ser llevado el asunto a la decisión arbitral de la autoridad eclesiástica²¹. Aunque no es demasiado clara la situación que pudo plantear esta jurisdicción episcopal en sus relaciones con la jurisdicción ordinaria, parece ser, sin embargo, que a partir del año 398 los emperadores Arcadio y Honorio insisten sobre la necesidad del consentimiento de las dos partes litigantes para poder trasladar el asunto al arbitraje episcopal²².

De todos modos, estos tribunales de la Iglesia pueden dirimir en todos los asuntos porque es una jurisdicción electiva y el valor de la decisión corresponde, en los asuntos civiles, al de un laudo arbitral: *Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigare voluerint, non vetabuntur, sed experientur illius, in civili duntaxat*

21. Sobre la *episcopalis audientia*, puede verse, además de la abundante bibliografía que cita BIONDI en su obra *Diritto romano cristiano I*, p. 445, n. 3, los últimos trabajos aparecidos, principalmente: INSTINSKY: *Bischofsstuhl und Kaiserthron*, Munich, 1955, p. 47 ss.; VAN DEN BRINK: *Episcopalis Audientia*, en *Mededelingen der Koninklijke Nederlands Akademie van Wetenschappen*, Amsterdam, 1956; VISMARA: *Episcopalis audientia. L'attività giurisdizionale del Vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel Diritto romano e nella storia del Diritto italiano fino al secolo nono*, en *Publicazioni delle Università cattolica del Sacro Cuore*, 54, Milán, 1937, con la recensión de VOLTERRA en *SDHI* 12 (1946), p. 353 ss. Esta obra es sin duda la más completa y exhaustiva. Ultimamente tenemos además el artículo de JAEGER: *Justinien et l'episcopalis audientia*, en *Rev. hist. de Droit français et étranger* 4, 38 (1960), p. 214 ss.

22. Puede observarse, en efecto, como una marcha atrás en la política imperial con relación a la *episcopalis audientia*. En la constitución de Constantino (*Sirmond.* 1) del año 333 se mantenía con toda claridad que era sólo suficiente la voluntad de una sola de las partes para llevar el juicio al tribunal del obispo: *Quicumque itaque litem habens, sive possessor sive petitor vel inter initia litis vel decursis temporum curriculum, sive cum negotium peragatur, sive cum iam coeperit promi sententia, iudicium elegerit sacrosanctae legis antistitis, ilico sine aliqua dubitatione, etiamsi alia pars refragatur, ad episcopum personae litigantium dirigantur*. Menos expresiva, pero más antigua quizá (la constitución no tiene fecha cierta) es otra ley de Constantino del mismo sentido contenida en C. Th. 1.27.1. Arcadio y Honorio, el año 398, requieren ya para las causas civiles el consentimiento mutuo (C.1.4.7), como claramente también confirman diez años después en C. Th. 1.27.2.

*negotio, more arbitri sponte residentis iudicium*²³. Sin embargo y aunque puedan los obispos resolver en todos los asuntos, es lógico pensar que irían al juez eclesiástico, con preferencia, todos aquellos litigios civiles, en los que se debatiese un tema relacionado directa o indirectamente con la Iglesia, aun aquellos de carácter claramente patrimonial. Dentro de éstos no es difícil tampoco imaginar que debieron ser bastante frecuentes las decisiones episcopales en aquella materia que más inmediatamente nos interesa: ejecución de legados o fideicomisos frente a los herederos o a las personas gravadas, cumplimiento de gravámenes modales en aquellos negocios que lo admitan, prestaciones periódicas de alimentos o limosnas en forma de legados más o menos inciertos, reclamación de donaciones *inter vivos* o *mortis causa* frente a parientes, posiblemente morosos en el cumplimiento de la piadosa voluntad del difunto manifestada en cualquiera de las formas usuales dentro de esta sociedad cristiana del Bajo imperio.

Tal vez y casi inconscientemente se fuera introduciendo un nuevo modo de ver todos estos asuntos litigiosos, tan frecuentes y repetidos y quizá también el culto juez eclesiástico no se apartase demasiado de una solución jurídica auténtica. Sin embargo, surgió, sin duda, un amplio trato favorable a todo este tipo de disposiciones con fines de caridad o de culto y muy posiblemente, con los años, surgiese una cierta praxis que de algún modo repercutió en la legislación imperial, sobre todo, ya comenzado el siglo v. Esta práctica, piensa Biondi²⁴, pudo ser un conjunto amalgamado de normas jurídicas y morales, leyes seculares y cánones de la Iglesia, junto con orientaciones generales deducidas de la producción literaria de los Padres y todo ello, como envuelto en una masa de reglas, nacidas de usos y costumbres locales, más o menos generalizados.

Los elementos que pudieron pasar, pues, a las constituciones imperiales, procedentes de este *usus iudicandi* eclesiástico quizá no fuesen demasiado concretos²⁵ y pudieran reducirse a un espíritu

23. C.1.4.7, año 398.

24. BIONDI: *Diritto romano cristiano I*, cit. p. 456.

25. Esta es la opinión de BECK en su estudio *Christentum und nachklassische Rechtsentwicklung*, en *Atti Congresso Roma 1933 II*, p. 109 ss.

general de criterio favorable a todos aquellos litigios en los que se dirimiese un interés de la Iglesia, de los pobres, cautivos, etc. Tal vez se tratase tan sólo de la *equitas*, esa alusión genérica a la *lex Christiana* que hace el emperador Constantino al hablar del *iudicium episcopale*²⁶ y las sentencias de estos tribunales no se acomodasen, según cree Busek²⁷, a los principios jurídicos romanos, sino a normas puramente morales o de Derecho natural, de acuerdo con el estadio cultural del pensamiento cristiano de estos siglos.

No obstante, esta opinión, lo más probable es que siendo la *episcopalis audientia* un producto histórico concreto nacido dentro de este imperio romano tardío, aportase algo más que esa genérica equidad de la *lex Christiana* de la constitución constantiniana. No podemos olvidar que estos venerables y piadosos jueces²⁸ son fundamentalmente hombres cultos romanos y que tal vez formaron parte de la más alta aristocracia palatina, tanto por su inteligencia como por su linaje, por lo cual indefectiblemente arbitraron y resolvieron los asuntos de acuerdo con su elevada formación cristiana y social, con el enfoque preciso y propio de unas mentes preparadas culturalmente²⁹. Si se tiene en cuenta, además que toda la época preteodosiana son unos años oscuros y de una cierta mediocridad profesional en los jueces laicos, tanto por la falta de cultura jurídica como por la escasez de preparación humana, sobre todo en occidente³⁰, se puede entender mucho mejor que una praxis judicial eclesiástica, como la de la *episcopalis audientia*, pudiese brillar lo suficiente en la corte imperial para poder llegar a influir eficazmente en el órgano legislativo³¹.

26. *Si quis ad legem Christianam negotium transferre voluerit.* (C. Th. 1.27.1.) Esta constitución no tiene fecha segura.

27. BUSEK: *Episcopalis audientia, sine Fricdens- und Schiedsgerichtsbarkeit.* en *Z.S. kan Abt.* 28 (1939), p. 473.

28. C.1.4.29, 10-11, año 530.

29. Muchos de estos personajes, cuyas vidas transcurrieron junto al solio imperial, según nos atestiguan las *Historias eclesiásticas*, pudieron ser algunos de aquellos *florantissimi nostri palatii procures*, de los cuales tan encendidos elogios hace Justiniano en su Novela 62, c.1 del año 537.

30. GAUDEMET: *Le droit vulgaire occidental.* en *LABEO* 3 (1957), p. 372 ss.

31. Un índice de este desequilibrio en la pericia juzgadora, entre los tribunales eclesiásticos y los civiles, cree descubrirlo JAEGER (*ob. cit.*, p. 226

Tenemos, pues, que la influencia episcopal no fue pequeña, aunque si se quiere, a la hora de determinar los casos en los que se pueda manifestar esta influencia, no resulta demasiado fácil concretarlo³². Sin embargo, en algún supuesto podemos avanzar algo más en esta conexión entre el órgano judicial de los obispos y las constituciones de Bajo imperio. Así, en todos aquellos momentos en los que el legislador imperial trata de regular cuestiones propias de la disciplina del clero o de los monjes es lógico entender que se pueda ver más inspirado por los criterios eclesiásticos que por los suyos propios. Tal vez fue este el caso, por ejemplo, de una constitución de Valentiniano II, Teodosio y Arcadio, de cortísima vigencia, contenida en el *Codex* teodosiano (16.2.27)³³. En ella se considera nulo el testamento hecho por mujeres, en favor de la Iglesia o con cualquier otro destino piadoso, *nullam ecclesiam, nullum clericum, nullum pauperem scribat heredes*. Si tan sólo dos meses después, en agosto del 390, los mismos emperadores (C. Th. 16.2.28) derogan la norma anterior, autorizando a las diaconisas y a las viudas a testar en favor de eclesiásticos, y dado lo específico de la materia legislada, es fácil conjeturar que esta versatilidad imperial responda más bien a cambios de criterios en las más

y n. 35) en la continua exhortación imperial a los jueces laicos, para que antes de la sentencia judicial, procuren por todos los medios una *diligens investigatio*, para poner a salvo la *aequitatis ratio et iuris praescripta* (C. Th. 11.31.5, constitución de Valentiniano, Valente y Graciano, año 370).

32. BIONDI (*Diritto romano cristiano I, cit.*, p. 456) trata de relacionar la posible influencia de la *episcopalis audientia* sobre las leyes imperiales, por medio de una vieja ley de Constantino, en la que se dice: *Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem* (año 314). Sin embargo, la fecha es quizá demasiado temprana, para que pueda pensarse que esa equidad, a la que alude el emperador, sea aquella visión cristiana propia de los jueces de la Iglesia.

33. Dadas las circunstancias jurídicas vigentes, el único camino posible para las disposiciones *mortis causa* en favor de los pobres, sería el utilizar una vía fiduciaria a través de un clérigo. La prudencia de los testadores se encaminaría o bien en la elección de una persona idónea y de confianza o bien fijar un sistema caucional, por medio de un gravamen modal. Tal vez las mujeres puedan ser menos prudentes y verse más expuestas a estas defraudaciones en el destino piadoso de sus bienes.

altas esferas religiosas, a donde siempre acudieron los emperadores: a la hora de reglamentar una materia tan delicada.

Se piensa, en efecto, que los testamentos en los que una mujer instituya como heredero a un clérigo o deje parte de sus bienes para un piadoso destino, dado lo impresionable del ánimo femenino, podría ser un campo peligroso y donde podrían abundar determinados abusos, fácilmente evitables con la disposición legislativa³⁴. El hecho de que esta sabia medida —no obstante su escasa vigencia legal— la dispusieron precisamente los emperadores, legislando en una tal materia, es un argumento muy expresivo de que su actuación estuvo respaldada por orientaciones generales de tipo eclesiástico. Por otra parte, nos consta que la norma no fue mal acogida en los ambientes propios del alto clero, por el testimonio favorable que nos llega a través de algunos grandes pensadores de la Iglesia³⁵.

Finalmente, un último arsenal, en donde la legislación imperial del siglo IV y V pudo alimentarse, sobre todo al introducirse en estos campos intermedios de los negocios *in bonum animae*, en donde el interés jurídico corre paralelo con el religioso, pudieron ser las propias normas, vividas al menos de hecho, por la sociedad cristiana de entonces, según el común sentir de los fieles. Por fuerza, se tratará siempre de elementos muy generales, pero también estos usos piadosos y esta práctica negocial en boga, favorable a

34. También nos da noticias de esta situación y de la norma imperial, Sozomeno en su *Historia eclesiástica* (7,16).

35. San Jerónimo mira esta ley en su *epistola ad Nepotianum* (52,6) como un remedio saludable para la Iglesia y no como un ultraje hecho a sus privilegios: *Nec de lege conqueror, sed doleo cur meruerimus hanc legem. Cauterium bonum est, sed quo mihi vulnus, ut indigeam cauterio?*

San Ambrosio mantiene los mismos sentimientos que San Jerónimo, se queja de la ley, pero cree que no debe ser revocada: *Soli ex omnibus clerico commune ius clauditur, nulla legata vel etiam gravium viduarum, nulla donatio, etc. Quod sacerdotibus fani legaverit Christiana vidua, valet: quod ministris Dei, non valet*. Se queja San Ambrosio de que la medida haya tenido que ser general, por culpa de unos pocos, pero como de todo ello redundarán bienes de general pobreza para el clero, la cree providencial (*Epíst.* 50).

Para mayor extensión puede verse THOMASSIN: *Ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise VI, cit.*, p. 103. Bar-le-duc 1866.

la limosna y a la fundación de centros de culto y de beneficencia, harán su entrada en la ley imperial.

Que la tendencia imperial, no obstante los principios políticos autoritarios imperantes en el orden legislativo, no rehuía la aceptación de la costumbre cristiana, es algo que se desprende con toda claridad de las disposiciones imperiales con relación a los privilegios nacidos *ex consuetudine* y a los que el emperador Zenon³⁶ no tuvo dificultad en equiparar con aquellas otras situaciones singulares derivadas del Derecho imperial o de disposiciones judiciales.

Todo el complejo conjunto de normas nacidas del uso cristiano del Bajo imperio y que viene a ser una parte y muy importante del llamado Derecho vulgar, se convierte también igualmente en fuente material, en donde el poder legislativo imperial pudo beber e inspirarse al tratar de encauzar la desbordada actividad comercial de los piadosos cristianos de estos años³⁷. Esta nueva legislación reglamentadora de la vida jurídico-cristiana y que supone una innovación y una transformación tan grande en las concepciones clásicas, presenta una dirección ideológica muy concreta —y esta será siempre la dificultad con la que nos tropezaremos— producida por infinidad de presiones y por influencias muy variadas. Sin embargo, a pesar de haber tratado de aislar sus posibles componentes, ya se entiende que esto será absolutamente imposible en la realidad viva, donde todos ellos se dan perfectamente unidos.

Al tratar precisamente de ordenar y dar ropaje jurídico a aquellos negocios tan extendidos en los siglos postclásicos, como lo están todos los encaminados a alcanzar un fin piadoso, esta motivación espiritual, aunque no sea directamente eclesiástica, como pueda serlo la disciplina del clero o la organización monarcal, entra en un campo lo suficientemente cercano a las creencias religiosas, para que la Iglesia procurase siempre dar su opinión, reser-

36. C.1.3.34 pr. año 472. Vid. MURGA: *Las prácticas consuetudinarias en torno al "Bonum animae" en el Derecho Romano tardío*, en *SDHI* (en prensa).

37. Es interesante esta proximidad que, para LEVY, tiene el Derecho vulgar y la costumbre, en sus relaciones con el Derecho imperial. *Römischs Vulgarrecht und Kaiserrecht*, en *Gesammelte Schriften I*, p. 293.

vándose también la alta orientación legislativa, al menos por medio del consejo que el alto clero y los obispos de Constantinopla proporcionaron a los emperadores.

La enorme frecuencia material de miles de casos repetidos y con peculiaridades muy semejantes, hubo de provocar un casuismo legislativo receptor de esta abundante vida jurídica, haciendo, a través de las normas imperiales, aquel papel de desarrollo y evolución de las instituciones romanas, que en otros siglos había desempeñado la jurisprudencia clásica. La ley ahora, ha de iluminar y guiar, dar criterios analógicos e interpretar las formas negociales nuevas, sin salirse —al menos en lo esencial— de unas líneas generales muy amplias que la tradición jurídica impone, aun en estos siglos creadores de vulgarismo.

Principios patristicos, legislación conciliar, puntos de vista cristiano-romanos de los tribunales episcopales, influencia doctrinal de un clero palatino bien preparado y que atempera criterios eclesiásticos y laicales, y este resurgir en la vida diaria de formas nuevas, aunque irregulares y poco encuadradas en los esquemas dogmáticos del *ius civile*, fueron los elementos materiales con los que fue construida esta joven legislación imperial cuando trató de regular aquellos testamentos, legados, fideicomisos y donaciones, pensados tan sólo como un medio jurídico para lograr la paz del alma. Todos esos elementos, no sólo se dan a la vez, sino que además se mantienen fundidos y compenetrados entre sí influyéndose recíprocamente, estando todos sometidos a unos mismos principios ideológicos que de ninguna manera son estáticos³⁸.

4. No es difícil encontrar en el estudio de la legislación imperial cristiana, sobre toda esta materia de negocios píos, dos épocas bastantes diferenciadas una de la otra y como respondiendo a principios ordenadores distintos. Un primer período comprendería todo el siglo IV y gran parte del siguiente, hasta los años próximos a la caída de Roma, siendo el *Codex* teodosiano su momento legis-

38. "Vulgarrecht und Kaisergeretze, Vulgarrecht und hellenistisches Volksrecht, vulgare und klassizistische Doktrinen, vulgare und organische Entwicklungen, vulgare und christliche Anschauungen standen nebeneinander" LEVY: *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht*, cit., p. 294.

lativo más significativo. La segunda época, muy diferente de la anterior, culminaría en la compilación justiniana y llegaría hasta los últimos años de la creación normativa de la Novela 131 que viene a representar como la fase final, resumen y desarrollo de todas las normas vigentes sobre negocios hechos *ratione pietatis*.

El primer período, pues, desde Constantino al 476, es un momento intermedio y a veces lleno de contradicciones. Las constituciones imperiales aparecidas en estos años, participan un poco de las características generales de toda la época vulgar. Se observa la ausencia de una jurisprudencia preparada científicamente, sobre todo en occidente, que pudiese evitar en las obras jurídicas post-clásicas las fáciles deformaciones conceptuales. Por ello, algunas instituciones —tal vez las de más uso— entraron sin duda en una fase peligrosa de cierto desdibujamiento general. Algo de esto sucedió con la *lex Falcidia de legatis*, sobre la que la labor jurisprudencial del siglo v —*interpretationes* a las *Pauli sententiae* y al *Codex Gregorianus*— realizó una lenta transformación, incluso en el concepto radical de *Falcidia*, confundiéndola con otras instituciones hereditarias. Este fenómeno puede observarse igualmente en las leyes imperiales contemporáneas³⁹.

Toda la legislación que cuaja y se forma en el Bajo imperio bajo influencias helénicas y cristianas adquiere, en principio, un sentido innovador, no sólo por estar sometida a principios políticos y sociológicos de este carácter, sino porque al recaer sobre una materia que roza de alguna manera a los intereses espirituales de la Iglesia, la iniciativa imperial se hace aún más clara⁴⁰ y en cierto modo hostil a aquellos principios jurídicos vigentes que pudieran

39. No cabe duda de que a partir de Diocleciano, todo el centro de gravedad ideológico del imperio se ha ido desplazando hacia Constantinopla, con lo cual los fenómenos vulgarizadores detectan la orientalización e incluso se desdoblán, adquiriendo un matiz propio y peculiar en cada una de las dos zonas geográficas del mundo romano. Esta es la tesis de LEVY expuesta en dos de sus trabajos: *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung*, en *Gesammelte Schriften I*, p. 163 ss. y *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en *Gesam. Schrift I*, p. 264 ss.

40. BRASIELLO: *Premesse relative allo studio dell'influenza del cristianesimo sul Diritto romano*, en *Scritti Ferrini in occasione della sua Beatificazione II*, p. 13 ss.

representar algún obstáculo para la fácil realización de unos negocios hechos en bien de la Iglesia, del culto cristiano o de la caridad ⁴¹.

Tras la caída del imperio romano occidental, toda la orientación política imperial, incluida, como es lógico, la legislativa, había de cambiar de signo. El emperador Zenón, que reina en Bizancio por segunda vez desde agosto del 476, va a presenciar un mayor aislamiento oriental y con él, todo el ordenamiento jurídico romano quedará mucho más sujeto al helenismo e irá perdiendo paulatinamente —tras el corto periodo compilador de Justiniano— clacisismo y occidentalidad. Una segunda nota característica va a tener, sin embargo, el Derecho imperial de esta época —por lo que se verá libre de algunos fenómenos vulgarizadores— y es la proximidad de las grandes Escuelas orientales, bajo cuyo valor científico la legislación y el Derecho romano de oriente adquieren caracteres muy peculiares ⁴². Esta influencia, indudable y comprobada en los tiempos compiladores —y el plan sistemático del *Code*x y del Digesto es buena prueba de ello— es, con todo, mucho menos segura al referirnos a los emperadores anteriores a Justiniano, porque aunque las Escuelas tienen ya en el siglo v una perfecta madurez ⁴³ y es lógico que la formación científica de sus juristas haya

41. Tal vez fue ese espíritu innovador de la política legislativa constantiniana lo que, pasados los años y ya en época de Juliano emperador, impulsará a Ammiano Marcelino a escribir refiriéndose a Constantino: *priscarum legum et moris antiquitus recepti* (*Rer. gest.*, 21. 18,8).

42. Para LEVY es también vulgarismo, aunque un vulgarismo peculiar y que él llama oriental, considerándolo distinto del que pueda darse en occidente (*Cfr.*: *West-östliche Vulgarrecht und Justinian*, cit., p. 280 y *Oströmischeres Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches*, en *Gesam. Schrift. I*, p. 296 ss. Existe también, sin embargo, la tesis de D'ORS, expuesta en la encuesta dirigida por LABEO 6 (1960), p. 231 ss., para quien no puede hablarse propiamente de vulgarismo cuando la evolución jurídica va acompañada de una labor jurisprudencial bien dirigida. Por ello, piensa el romanista español, no debería hablarse de Derecho vulgar en un ordenamiento jurídico a la sombra oriental de las Escuelas de Berito y Constantinopla.

43. COLLINET: *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, en *Etudes historiques sur le Droit de Justinien II*, Paris, 1925, especialmente p. 120 ss. GARCÍA GARRIDO: *Clacisismo y vulgarismo en la Historia del Derecho romano*, en *Revista de Derecho notarial* 21-22 (1949), p. 13 ss.

llegado ya al consistorio palatino, las huellas que hayan podido dejar en la legislación imperial no son lo suficientemente concretas para que podamos seguir su pista con facilidad. Sin embargo, las constituciones del último tercio de este siglo v son ya algo más perfectas que las anteriores, con un mayor tecnicismo y acabamiento y adornadas de un sentido acometedor favorable a las modernas concepciones civiles que presagian ya de alguna manera el Derecho romano justiniano⁴⁴.

Si quisiéramos seguir la línea evolutiva de esta segunda época, más culta y cada vez más alejada de occidente, podríamos notar un ritmo ascendente en el helenismo cristiano desde Zenón hasta el año 533, fecha de promulgación del Digesto. El Derecho romano que se había ido separando insensiblemente de los viejos modelos da en ese año un rápido viraje en la política legislativa que, sin duda, gana en occidentalidad y en clasicismo. Hay como una mirada fervorosa hacia toda la tradición jurídica romana de gloriosos juristas y en general hacia toda la antigüedad clásica: *Quod antiquitas bene statuit, novitas autem neglexit... novitas autem hoc dereliquit*⁴⁵. Sin embargo, poco tiempo después, el propio Justiniano que tan devoto se mostró de lo occidental —escribe en latín y es el nuevo emperador de Italia— se va hundiendo cada vez más en aquel mar del helenismo, en donde el Derecho romano bizantino configurará todas las instituciones y figuras jurídicas y de donde ya nunca más saldrá. Tras ese brevísimo paréntesis, rápido como una mirada al mundo romano, que va ya a pesar muy poco en Bizancio, la actividad legislativa de Justiniano en las Novelas se va a ir encuadrando en unos caracteres propios, cada vez más separados del vulgarismo occidental germanizado: un acentuado helenis-

44. Según WIEACKER esta renovación científica de las constituciones imperiales del siglo v puede ya notarse claramente en las de León I, Zenón, Justiniano y Anastasio. *Cfr. Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, p. 56. Son también interesantes a este respecto las obras de PRINGSHEIM: *Die Entstehungszeit des Digestenplanes und die Rechtsschulen*, en *Atti Congresso Roma 1933 I*, p. 451 ss. (especialmente p. 474), y de BISCARDI: *Studi sulla legislazione del Basso Impero I y II*, en *Studi Senesi* 54 (1940), p. 276 ss., y 56 (1942), p. 275 ss.

45. Nov. 23. c. 3, año 536.

mo oriental ⁴⁶, de tipo científico o doctrinal por la proximidad de los maestros de Derecho. En cambio, en otras características, el Derecho justinianeo no se mostrará radicalmente opuesto al Derecho occidental, sino que manifestará una evolución distinta pero paralela al ordenamiento jurídico romano del oeste de Europa; una mayor acentuación en la voluntad interna negocial ⁴⁷ y una legislación cristiana inspirándose continuamente en la ortodoxia católica ⁴⁸.

La regulación justiniana de los negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, en los que el causante haya pretendido una finali-

46. Como sucede con toda cuestión de hecho, resulta difícil determinar qué elemento pudiera predominar en la compilación justiniana, de tal manera que pudiera caracterizarlo. Por ello es una cuestión discutida si el Derecho justinianeo es más romano que oriental o si más bien sucede al revés. Partidario de la primero parece ser RICCOBONO: *Fasi e fattori dell'evoluzione del Diritto romano*, en *Mélanges Cornil II*, p. 235 ss. Defensores de la tesis contraria son, entre otros, ALBERTARIO: *I fattori della evoluzione del Diritto romano postclassico e la formazione del Diritto romano giustiniano*, en *Studi V*, p. 163 ss.; CARUSI: *I rapporti tra Diritto romano e Diritti greco-orientali*, en *Studi Salandra*, Milán, 1928, p. 157 ss.; LEVY: *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung*, cit., p. 163 ss.; VOLTERRA: *Diritto romano e Diritti orientali*, Bolonia, 1937; CHIAZZESE: *Confronti testuali*, en *Annali Palermo* 17 (1943), p. 544 ss.

47. Igualmente difícil y discutida es la cuestión de esta mayor preponderancia del *animus* de los actos jurídicos. Para BETTI: *Tecoria generale del negozio giuridico*, 2.^a ed., 1952, p. 50 ss., este elemento sólo comienza a ser esencial con Justiniano. Para KOSCHAKER: *L'alienazione della cosa legata*, en *Conferenze romanistiche*, 1940, p. 29 ss., el *animus* ya tiene una significación precisa entre los clásicos, aunque en el Derecho posterior adquiera un nuevo matiz. KUNKEL: *Römisches Privatrecht*, Berlín, 1935, p. 83; finalmente, creo que el predominio del elemento espiritual sobre el formal es solamente propio del Derecho postclásico.

48. Pude verse la obra ya citada de BIONDI: *Religione e Diritto canonico nella legislazione de Giustiniano*, en *Scritti Giuridici I*, p. 541 ss., y algunos otros artículos del mismo autor, igualmente contenidos en el primer volumen de sus *Scritti*: *La concezione cristiana del Diritto naturale nella codificazione giustiniana* (p. 567 ss.) y *Humanitas nelle leggi degli imperatori romano-cristiani* (p. 593 ss.). Tiene también interés en este punto la obra de COLLINET: *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, en *Études historiques sur le Droit de Justinien III*, Paris, 1952, p. 42 ss.

dad espiritual y cristiana, habrán de verse, por fuerza, presididos por estas cuatro notas de todo el Derecho romano justiniano. Negocios con formas claramente helénicas y alejadas del antiguo clasicismo, regulación legislativa, que trata de ser científica y doctrinal, un interés cada vez más destacado por el *animus* negocial y por los motivos psicológicos que movieron al testador o al donante y, todo ello, puesto al servicio de los altos bienes celestiales, que con este tipo de figuras jurídicas se pretende alcanzar, bien para fomentar la ingente beneficencia que la sociedad bizantina ha puesto en manos de los obispos o bien en favor del culto divino, en cualquiera de sus formas, como, por ejemplo, la fundación de monasterios, iglesias, asceterios, oratorios, etc. Con todo ello, las Novelas justinianas⁴⁹ logran hacer posible, en un prodigioso alarde de coordinación, los nuevos horizontes que la evolución de la propia sociedad ha hecho necesarios y el rigor romano de algunas formas típicas, que a pesar de la helenización, siempre tratan de mantenerse.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS "RATIONE PIETATIS", POR EL
DERECHO IMPERIAL.

5. La intervención legislativa imperial, en los negocios jurídicos *mortis causa* y en las donaciones por motivos piadosos, aunque muchas veces, incluso explícitamente, en la exposición de motivos en la que el legislador trata de justificar la reforma concreta, se anula a la *pietas* o a la εὐσέβεια, como causa propulsora de la norma⁵⁰, lo cierto es que, aun cuando el legislador no sea

49. LEVY: *West roman vulgar Law. The Law of property*. Philadelphia, 1951, p. 12 ss.; *Id.*: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationrecht*, Weimar, 1956; VAN DER WAL: *La codification de Justinien et la pratique contemporaine*, en *LABEO* 10 (1964), p. 220 ss.

50. C.Th.15.1.37, Constitución de Arcadio y Honorio, año 398; C.Th.14.16.2, Honorio y Teodosio, año 416; Nov. Valentiniano 7.2, año 440; Nov. Valentiniano 10.1, año 441; Nov. Valentiniano 13.2, año 445; Nov. Marciano 1.pr., año 450; C.1.2.19, año 529; 1.2.22.pr., año 529; etc. Las constituciones justinianas en las que alude a la *pietas* son innumerables. *Vid.* MAYR: *Vocabularium codicis iustiniani I (s. v. pietas) y II (s. v. εὐσέβεια)*.

consciente de ello, el *pius animus* o la *ratio pietatis* no han sido más que los últimos determinantes, en un arco evolutivo, iniciado muchas veces siglos antes. Por otro lado, muchas de las pretendidas reformas imperiales sólo lo son aparentemente, ya que la norma legislativa es, en algunos casos, el colofón final de una larga génesis de *desuetudo*.

No resulta, pues, fácil, el poder separar los casos en los que el emperador llevó la iniciativa y aquellos otros, en los que más bien se ha visto arrastrado por la propia evolución de todos los factores integrantes del Derecho romano postclásico. Viejas instituciones civiles, cuyas horas estaban ya contadas, aparecen en el Derecho imperial cristiano más tardío derogadas alegando una piadosa razón legislativa. Tal vez, incluso, el legislador se expresa con sinceridad y lo creyera firmemente. Sin embargo, en muchas ocasiones el instituto jurídico estaba ya prácticamente en desuso o al menos muy transformado. Por ello, sin pretender, agotar el tema de las intervenciones imperiales y limitándonos a los supuestos más significativos, trataremos de examinar los distintos casos en los que la iniciativa imperial pudo ser más clara.

a) *Requisitos formales en el negocio jurídico*.—Ya sabemos que es este uno de los campos, en donde la evolución de lo formal a lo substancial fue más progresiva y en donde pudieron jugar las influencias más variadas⁵¹. No podemos, pues, atribuir la paternidad de esta desaparición de las exigencias formales en la vida negocial, de modo exclusivo, a la orientación cristiana de las leyes imperiales. Sin embargo, no cabe duda que, en un principio, tal vez fuesen los viejos requisitos civiles, sobre todo en el Derecho hereditario romano, los principales escollos donde tropezarían los piadosos testadores en sus caprichosas disposiciones *mortis causa* y en donde encontrarían las dificultades más insalvables. Grandes escollos y graves dificultades y siempre la amenaza de nulidad, por los defectos de forma tal vez frecuentes en una época en la

51. Tiene interés en orden al negocio jurídico la obra de ALVAREZ SUÁREZ: *El negocio jurídico en Derecho romano*. Madrid, 1954. Para consultar bibliografía puede servir la reseñada por BETTI: *Istituzioni di Diritto romano I*, Padua, 1947, p. 11, n. 3, y por KASER: *Das Römische Privatrecht II*, p. 47 ss., y notas correspondientes.

que la preparación y la formación jurídica, incluso en las clases sociales más elevadas, dejaba mucho que desear en comparación con los siglos que pasaron ⁵².

A los cristianos del imperio constantiniano, tras los cambios psicológicos operados por el triunfo religioso de la fe, debía parecer, poco menos que un desacato el hecho de que una piadosa disposición de los propios bienes hecha por una persona ya fallecida, pudiera quedar sin efecto porque unos herederos legítimos, interesados en la sucesión *ab intestato*, pretendieran la nulidad por una simple deficiencia de la forma testamentaria. Tal vez latiese aquí, en esta mente un tanto iusnaturalista de los años trescientos, la consideración de estar ante una verdadera incongruencia, una especie de conflicto entre intereses divinos y humanos, entre los altos intereses de Dios y de su Iglesia y un pequeño residuo formalista y pagano, verdaderamente sin sentido y que la ley humana parece exigir. Indudablemente esa ley no sería "justa", es decir, no encarnaría el ideal de la Justicia, que es facilitar el camino de Dios. Por ello, es lógico concluir que una ley deja de serlo, cuando en lugar de ayudar a esa alta Justicia, contribuye a crear dificultades: *nam mihi lex esse non videtur* —dice San Ambrosio— *quae iusta non fuerit* ⁵³.

Muy posiblemente y como lógica consecuencia de todo esto, la conciencia cristiana se fuera haciendo cada día más hostil a estos mortificantes requisitos de forma que pudieran hacer estériles los generosos impulsos de donantes y testadores, frente a las pretensiones ambiciosas de unos parientes más o menos interesados en la nulidad. Proporcionaba, entonces, la ideología cristiana unos principios orientadores que, como siempre, habían luego de traducirse en una clara inspiración para todo el ordenamiento jurídico. Sobre todo el Derecho hereditario, por su especial naturaleza tan vinculada al pensamiento religioso, es una de las cajas receptoras de mayor sensibilidad para recibir este tipo de influencias ideológicas ⁵⁴.

52. Vid. supra n. 4.

53. San Ambrosio: *De obitu*, 37 (PL. 16, 1431).

54. VISMARA: *La norma e lo spirito nella storia del Diritto successorio*, en *SDHI* 31 (1965), p. 80 ss.

¿Fueron estas ideas las que pudieron mover al emperador Constantino o a sus prudentes consejeros el año 321, para liberar del requisito de forma a todas aquellas disposiciones *mortis causa*, en las que de alguna manera resultase beneficiada la Iglesia? La es-cueta y discutida norma es lo bastante imprecisa —*habeat unus-quisque licentiam sanctissimo catholicae veneratione concilio de-cedens honorum quod optavit relinquere*— para que no podamos tener una certeza absoluta de su significado. Sin embargo, parece quedar claro que no se deberá declarar la nulidad, *non sint cassa iudicia*, por razones puramente formales. Tradicionalmente, todos los comentadores de esta ley de Constantino, han visto en las pa-labras *liber sit stilus*, referidas a esa *suprema voluntas, post quam iam aliud velle non possunt* y ese *licitum arbitrium quod iterum non redit*⁵⁵, la primera relajación de aquellos viejos principios for-males vinculantes de los testamentos romanos.

Queda, pues, suprimida la necesidad de una forma concreta, en todos aquellos piadosos testamentos en los que el culto, la devo-ción o la caridad hayan sido los factores psicológicos determi-nantes del *animus* del *de cuius*⁵⁶, pensando, sin duda, en la *mens le-gislatoris*, este cristiano deseoso de favorecer a la Iglesia, destina-taria de estos bienes y receptora de esa *suprema voluntas*, que dice el texto legal.

Se ha tratado también de investigar si bajo esa fórmula cons-tantiniana, tan vaga y tan inconcreta, se dispensaba igualmente a los testamentos en favor de la Iglesia de la sujeción a toda norma, que aún estuviera en vigor en el siglo IV para las disposiciones *mortis causa*. Así, por ejemplo, entre los comentaristas Bartolo y Baldo, se discutió este problema con relación a la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*⁵⁷ y en un re-

55. La ley de Constantino de C.1.2.1. está también en el *Codex* teodosia-no (16.2.4), con una redacción idéntica. Solamente la expresión *licens* ha sido cambiada en la compilación justiniana y sustituida por *licitum*.

56. Gothofredus, *Codex Theodosianus, ad h.l.*, considera que la ley de Constantino sólo atribuyó la capacidad de adquirir hereditariamente a la Igle-sia sin introducir ningún tipo de dispensa en los requisitos formales. Sin em-bargo, entre todos los comentaristas se ha mantenido siempre la opinión contraria.

57. Bartolo cree que la ley de Constantino deroga, incluso, la vieja regla.

ciente trabajo⁵⁸ se ha planteado lo mismo con respecto a la legítima, es decir, si el testamento en favor de la Iglesia podría impunemente afectar los sagrados deberes familiares para con los parientes más inmediatos. Aunque no deje de ser conjetural, dada la brevedad del precepto normativo, lo más probable es que este *liber sit stilus* se refiera tan sólo a la forma y que no afecte a ningún otro principio básico del Derecho hereditario.

En realidad, no sólo toda la norma es lo suficientemente confusa, para no poder deducir con facilidad la intención del legislador, sino que además está relacionada con otro problema previo y que en cierto modo la condiciona: su relación con otra constitución de fecha incierta, ya que atribuida igualmente a Constantino, aparece, sin embargo, fechada el año 399, es decir, dos años después de morir el emperador⁵⁹. En esa constitución⁶⁰ se fija ya un nuevo régimen de libertad en las formas testamentarias de un modo absolutamente general y sin aludir para nada al carácter piadoso de la disposición. Con un criterio, pues, de amplia flexibilidad y en un cierto tono polémico, esta ley dada *ad populum* considera indigno que pueda anularse un testamento por el único pretexto de una formalidad no cumplida: *Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum*.

El problema es, pues, el siguiente: Si esta constitución, incluida en el *Codex* justiniano (6.23.15), fuese verdaderamente del año 339, como parece admitir Mommsen-Krüger, es decir, si no fuese propiamente una ley de Constantino sino de sus hijos, tendríamos

civil. Baldo, en cambio, mantiene la opinión contraria. *Vid.* notas de Gothofredus en *Codex iustinianus, ad h.l.*

58. DUPONT: *Les successions dans les constitutions de Constantin*, en *IURA* 15 (1964), p. 68 s.

59. Constantino moría en mayo del año 337, y en el mes de septiembre del mismo año el Senado reconocía la sucesión en favor de sus hijos Constantino y Constante, bajo una especie de supremacía del hermano mayor, Constantino II (*Vid.* PARIBENI: *Da Diocleziano alla caduta dell'impero d'occidente*, cit., p. 115 ss.; STEIN: *Geschichte des spätromischen Reiches I*, cit., p. 203 ss.). Bien pudiera haber sucedido con esta constitución C.6.23.15 del año 339 y con la *inscriptio* de Constantino que se tratase precisamente de Constantino II y no de su padre.

60. C.6.23.15.

que, conforme con nuestra opinión, la otra ley de (C.1.2.1) del año 321, con su motivación religiosa —*religionis intuitu*— le habría precedido dieciocho años, abriendo el camino y rompiendo las ataduras de las formas rígidas, por otra parte ya en absoluta regresión, sobre todo desde que los principios inspiradores del Derecho pretorio⁶¹, la jurisprudencia romana clásica⁶² y las leyes imperiales⁶³ habían ido dejando anticuada aquellas normas del *ius civile* recordadas por Gayo en la *instituta*: *...ut iure, civili valeat testamentum... requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit...* (2.115-116).

Si fuese así, repetimos, primeramente se hubiera producido la norma especial (C.1.2.1) y luego la general (C.6.23.15) y durante esos dieciocho años intermedios, solamente la Iglesia hubiera gozado del privilegio favorable, preparando lógicamente el terreno a la reforma general ya, por fuerza, inminente. Una reforma, sin nin-

61. El pretor admitía la *Bonorum possessio secundum tabulas*, con tal que apareciese claramente la voluntad del testador en unas tablillas confeccionadas ante siete testigos. Con esto sólo ya caen los viejos requisitos mancipatorios. Más tarde, cuando en el edicto se promete la defensa, por medio de una *exceptio doli*, al heredero que aparezca en las tablillas aun en contra del heredero legal, interesado en la nulidad de este testamento pretorio, la *Bonorum possessio* se ha hecho *cum re*, y por ello la forme solemne del testamento ha sido condenada a muerte. LENEL: *Das Edictum perpetuum*, § 149.

62. A través de pequeñas excepciones vacilantes frente a las antiguas exigencias formales se puede descubrir cómo los juristas clásicos habían ido comprendiendo, poco a poco, que la razón de ser de todos estos requisitos formales tan rígidamente exigidos en el Derecho quirritario tuvieron tan sólo una justificación práctica, buscando la facilidad y clara identificación de la persona del heredero, por lo cual, si la voluntad del testador ya resultaba lo suficientemente clara, quizá ya no fuese necesario esta exigencia *ad sollemnitatem*. Posiblemente la jurisprudencia clásica, sobre todo la más tardía —aunque no falten precedentes en el siglo I—, haya ido intuyendo esta doctrina. Así, Ulpiano (1 *ad Sab.*: D.28.5.1), que al estudiar a Sabino nos trae a colación la opinión de otros juristas del siglo II, parece mantener, con relación a la forma de la institución de heredero, soluciones muy liberales y que, en cierta manera, parecen presagiar los tiempos nuevos.

63. *Divus autem pius, cum quidam portiones inter heredes distribusset ita: 'ille ex parte tota, ille ex tota' nec adieisset 'heres esto', rescripsit valere institutionem* (D.28.5.1.5). *Item divus Pius rescripsit 'illa uxor mea esto' institutionem valere, licet deesset 'heres'* (D.28.5.1.6). *Vid.* GUALANDI: *Legislazione imperiale e Giurisprudenza I*, Milán, 1963, p. 76.

gún carácter violento, perfectamente concorde con las nuevas corrientes helenizadoras contrarias al formalismo de los actos jurídicos, como ya empiezan a notarse en las constituciones imperiales de fines del siglo III⁶⁴ y que tanto habían de contribuir al desarrollo del dogma de la voluntad en el ordenamiento jurídico⁶⁵.

No faltan, sin embargo, detractores, con relación a la discutida constitución C.6.23.15, junto con otras de las mismas características y análogo contenido (C.6.9.9. y C.6.37.21), que pretenden para estas leyes una antigüedad mayor —año 320—, salvando así la paternidad atribuida a Constantino⁶⁶. No obstante, parece difícil que esto pueda ser posible, por un lado, porque iría en contra de la normal evolución legislativa, en la que debe ir primero la excep-

64. A través de las inscripciones y papiros puede notarse cómo los emperadores del siglo III c, incluso, ya a partir de Adriano, van permitiendo testar en otra lengua distinta del latín. Alejandro Severo lo concede para siempre a los *civēs romani* de Egipto (*Pap. Oxy.* 907 y 990). *Vid.* BRONDI: *Successione testamentaria. Donazioni*. Milán, 1943, p. 79. Más tarde, en una constitución de Diocleciano, del año 290 (C.6.23.7), parece ya formularse claramente la tesis del voluntarismo, triunfante frente a la del formalismo: *Errone scribentis testamentum iuris sollemnitatis mutuari nequaquam potest, quando minus scriptum, plus nuncupatum videtur, et ideo recte testamento facto, quamquam desit 'heres esto', consequens est existente herede legata sive fideicommissa iuxta voluntatem testatoris oportere dari*. Algunos autores, sin embargo, como ALBERTARIO: *Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino*, en *Studi V*, p. 263, opinan que esta ley de Diocleciano tuvo originariamente un sentido absolutamente contrario del que presenta en su redacción actual. Fue Justiniano quien, al tratar de incluirla en el *Codex*, tuvo que corregirla, para armonizar su significado con el contenido de las constituciones del año 339, principalmente con la C.6.23.15.

65. RICCOBONO: *Origine e sviluppo del dogma della volontà nel Diritto*, en *Atti Congresso I*, p. 189.

66. Esto, autores, antiguos y modernos, que atribuyen a Constantino la constitución C.6.23.15, así como las otras de contenido paralelo (C.6.9.9. y C.6.37.21), piensan que la fecha 339 con la que aparecen en el *Codex* pudo ser debida a la data de una versión posterior en donde pudieron ser refundidas. Puede verse, SEECK: *Die Zeitfolge der Gesetze Constantins*, en *ZS* 10 (1889), p. 225; DUPONT: *Les successions dans les constitutions de constantin*, *cit.*, p. 59 ss.; también parecen mantener esa misma opinión, ALBERTARIO: *Alcune osservazioni sulla legislazione di Costantino*, *cit.*, p. 75 ss., y GAUDEMET: *La Transmission des constitutions relatives au Droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares*, en *RIDA* 7 (1960), p. 433.

ción y luego la regla general. Además, porque si esto fuera así, la constitución C.1.2.1 para la Iglesia, no tendría mucho sentido, ya que quedaría reducida a una concreción inútil e innecesaria. Finalmente, el mismo tono un poco desenfadado del legislador, que llama a la forma *inanis observatio* y que considera la fórmula testamentaria romana como *imaginarius usus*, concuerda quizá mejor con unos años tardíos y más abiertos a la superación absoluta de la forma.

El régimen de liberalización insinuado ya en estas constituciones de Constantino y de sus hijos lo encontramos formulado, aún más ampliamente, en normas posteriores y siempre alrededor de algún negocio que por motivos piadosos ha causado la necesidad de la ley. Este es el caso de la Novela 5 del emperador Marciano, que en su § 2 trata de salvar a toda costa de una vez para siempre, sea cualquiera la forma, lo que se deje, *ecclesiae vel martyrio vel clerico vel monacho vel pauperibus*. Tal vez la viuda Hypatia que ha hecho necesaria la intervención legislativa de Marciano ha sido de nuevo la excusa de una reforma deseada y esperada: *id modis omnibus ratum firmiterque consistat*. Todas las dudas que puedan surgir, con relación a las situaciones producidas por estas figuras *mortis causa* no fácilmente encajables en los moldes romanos, habrán de considerarse superadas: *omni in posterum de huiusmodi negotio ambiguitate submota*⁶⁷.

Pocos años antes de la constitución de Marciano, ya ha triunfado en el Derecho imperial del siglo v una doctrina aún más favorable a la libertad testamentaria respecto a la forma⁶⁸. Puede

67. Esta Novela de Marciano del año 455, está recogida, aunque con una redacción mucho más breve, en el *Codex Justiniano* (C. 1.2.13). También del mismo emperador y con un mismo sentido protector de los negocios jurídicos de fines religiosos o benéficos es el pequeño resumen contenido en C.1.3.24, del mismo año 455.

68. Durante el siglo iv, no obstante las reformas introducidas, aún eran necesarios los testigos para la confección del testamento. Así lo podemos deducir de C.Th.4.4.3.2 (Arcadio y Honorio, año 396?), que alude a la época anterior. No es muy clara la razón por la que algunas leyes (C.Th.4.4.7.2, Teodosio, año 424) hablan de *septem aut quinque (testes)* y si esto responderá a dos tipos de testamentos (*Vid. BIONDI: Successione testamentaria, cit.*, p. 53). Lo que sí parece deducirse de esta última constitución teodosiana

decirse que ha nacido un nuevo Derecho hereditario, en el que el *animus* ha ocupado el lugar preferente y la forma es tan sólo un medio de expresión de ese querer interno del *de cuius*. Por ello, no es extraño no sólo que se admita la expresión oral en la última voluntad, sino que, incluso, se le dé el nombre de testamento⁶⁹, cosa hasta ahora escrupulosamente reservada para el acto escrito. Colocada, pues, la formalidad de los testamentos en un lugar secundario, la constitución de Marciano es perfectamente congruente con toda la evolución general del Bajo imperio. Sin embargo, una vez más, en el preámbulo de la ley, aduce el legislador motivos religiosos, que parece ser los que más pesaron en su mente, al presentar al senado la nueva norma⁷⁰.

6. Como ya decíamos, en la última parte del siglo v, el mismo tono legislativo imperial ha cambiado. Las normas, más perfectas, tienen ahora una redacción más lograda, aunque continúan dentro de la misma dirección que, en su día, marcara Constantino en su constitución del año 321, con su escueta frase, *liber sit stilus et licitum... arbitrium*.

Por ello, la ley de León y Antemio del año 470, dada en Constantinopla, supone ya una ruptura absoluta con toda exigencia de forma, si se trata de salvar una disposición en favor de la Santa

es que ya no es necesario que los testigos tengan que ser *rogati*, puesto que pueden hacer este papel aquellos *qui fortuito venerint*. La mayor novedad, sin embargo, que va a traer el siglo v es el testamento oral, por la Novela 16 de Teodosio del año 439. Aunque en la *inscriptio* de la ley aparece el nombre de Valentiniano III, esta constitución no fue aplicada inmediatamente en occidente. Nueve años más tarde, en junio de 448, la Novela 26 de Valentiniano, promulgada en Rávena, importa esta reforma legislativa para Italia. *Vid. Voc1: Diritto ereditario romano II*, Milán, 1963, p. 79.

69. *Si quis agere ex testamento quolibet modo sive scripto sive sine scriptura confecto de hereditate voluerit* (C.Th.4.4.7.pr).

70. La ambigüedad a la que hace referencia Marciano en su constitución tiene una razón muy concreta. La posibilidad de que el presbítero Anatolio, que ha sido instituido heredero por la rica viuda Hypatia, pueda serlo en realidad, ya que viejas normas imperiales derogadas parecen, sin embargo, dejar subsistir una situación dudosa. La norma de la Nov. 5, dada *ad casum*, sienta, no obstante, doctrina general, y el legislador trata de justificarla alegando razones piadosas, *pictas mca*.

Iglesia⁷¹: *Verum sive testamento quocumque iure facto seu codicilo vel sola nuncupatione, legato sive, fideicommisso, aut mortis causa aut alio quocumque ultimo arbitrio aut inter vivos habitantibus largitate sive contractu venditionis sive donationis aut alio quocumque titulo*. Propiamente, en estas constituciones de fines del siglo v, estamos asistiendo, más bien, al nacimiento de un auténtico *ius singulare*, paralelo al papel privilegiado que ha comenzado ya a desempeñar la Iglesia, en la vida política de Bizancio.

Aún podríamos hacer notar otra cosa interesante en la ley anteriormente citada de León I y de Antemio, y es que, de pasada y como sin dar demasiada importancia a la enumeración de los actos dispositivos patrimoniales en favor de la Iglesia, se ha incluido por vez primera⁷² a la donación dentro del elenco de las figuras jurídicas a elegir por el generoso cristiano bizantino. ¿Se podría aplicar también a esta el principio de libertad formal que parece deducirse de la expresión *quocumque iure facto*, que emplea el texto legal al referirse a los negocios *mortis causa*? Es verdad que la ley no lo dice expresamente. Sin embargo, el espíritu del precepto y su propia redacción es tal, que quizá sea suficiente para inclinarnos a una solución afirmativa. Un claro sentido de privilegio parece presidir la ley imperial, tratando de salvar de todos modos el contenido del negocio *mortis causa* hecho *ratione pietatis*. Por ello, no vemos la necesidad de excluir a la donación del favorable beneficio de este régimen singular, ya que, lo mismo que el testamento y el legado, no hace sino cumplir discretamente el necesario papel jurídico de medio negocial canalizador de limosnas o de ofrendas, que el causante hubiera preferido hacer en vida⁷³.

71. C.1.2.14.

72. Algunos autores piensan que no es esta la primera vez que el Derecho imperial se refiere a la *pia donatio*. Así, por ejemplo, KASER: *Das römische Privatrecht II*, cit., p. 345, n. 38, cree encontrar una alusión a los actos de liberalidad en el *modus omnibus* de la ley de Marciano C.1.3.24 (a. 455). Sin embargo, la frase es tan imprecisa que no nos proporciona ningún dato seguro.

73. Podemos observar en esta constitución C.1.2.14 del emperador León, que la donación aparece extrañamente equiparada a una figura contractual: *aut certe inter vivos habitantibus largitate sive contractu venditionis sive donationis aut alio quocumque titulo*.

Admitido esto, ¿podríamos llegar, incluso, a considerar caducado para la *pia donatio*, absolutamente, todo requisito formal, como, por ejemplo, la *traditio advocata vicinitate*, imprescindible elemento de forma-publicidad impuesto por Constantino en el liberal régimen postclásico? Tampoco ahora podemos disponer de ningún dato seguro. Es verdad que este requisito de la donación, del que nos hablan los *Fragmenta Vaticana* (249,6), fue posiblemente un requisito esencial⁷⁴, impuesto por el emperador con el sentido práctico de evitar los graves inconvenientes producidos por la incertidumbre del momento de la *perfectio donationis*. Sin embargo, también es cierto que un pequeño índice de relajación en esta obligatoriedad se descubre claramente en toda la legislación del Bajo imperio, desde el último tercio del siglo IV⁷⁵.

Esta equiparación no resulta, sin embargo, extraña en esta época de los siglos IV y V y es conforme con los criterios desdibujados del Derecho romano vulgar y que pasan al Derecho imperial. Así podemos notarlo en muchas constituciones imperiales: C.Th.4.5.1 (C.8.36(37).2), Constantino, a. 331; C.Th.16.5.40.4 (C.1.5.4.3), Arcadio, Honorio y Teodosio, a. 407; C.1.2.14.5, León, a. 470; C.4.21.17.pr., Justiniano, a. 528; C.8.36(37)5(4)pr., a. 532; etc. Tiene interés para el estudio de la donación en esta época el artículo de ARCHI: *La evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, en RIDA 5 (1958), p. 395 ss., y la obra de LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht*, cit., p. 238.

74. Esta parece ser la opinión general entre los autores, aunque no está absolutamente exenta de dudas, dado el carácter inseguro y lleno de lagunas del texto correspondiente. Puede verse, a este respecto, BIONDI: *Successione testamentaria*, cit., p. 685, n. 1.

Sobre los requisitos de forma de la donación posclásica, vid. LEVY: *West roman vulgar Law*, cit., p. 138 ss.; ARCHI: *La donazione. Corso di Diritto romano*. Milán, 1963, p. 79.

75. Durante el siglo IV, las normas imperiales han tratado de respetar la regulación constantiniana de la donación. Sin embargo, en algún caso —y aunque tratándose de supuestos muy concretos— parece ya admitirse la validez de alguna donación, aun en contra de los requisitos de forma exigidos en el esquema del año 323. Este es el supuesto de una constitución de Juliano del 363 (C.Th.3.5.8) sobre la *donatio ante nuptias* hecha a una menor de edad. También Honorio y Teodosio, el año 417 (C.Th.8.12.9 — C.8.53.28), parecen dispuestos a transigir en la no necesidad de la *traditio advocata vicinitate*, en una donación igualmente muy concreta y en la que el donante retiene el usufructo de la cosa donada. Finalmente, y ya con un carácter más general, Teodosio y Valentiniano III, en febrero del año 428 (C.Th.3.

Si, como debió suceder, el espíritu postclásico se manifestó hostil a la obligatoriedad de la *traditio*, no obstante su indiscutible necesidad para la publicidad de la transmisión, y si la legislación del *Codex* teodosiano nos da prueba de una cierta laxitud frente a la antigua norma constantiniana, ello fue, sin duda, obra de la labor jurisprudencial⁷⁶, que aun en esta época, no demasiado fácil para las grandes intuiciones, ha entendido que si la finalidad que supone la *traditio* pudiera alcanzarse de otra manera, ya no sería aquella tan necesaria⁷⁷.

Con estos precedentes, no resulta nada anormal que la constitución de León y Antemio del 472, a la que nos hemos referido, pueda estar ya muy cercana a admitir una donación piadosa *quocumque iure facta*, y que, una vez más, la *ratio pietatis* haya sido el ariete empleado para derribar los pequeños obstáculos que aún pudieran quedar de los antiguos requisitos de forma, esenciales para los actos de liberalidad.

Mucho más clara aún se nos presenta, a este respecto, una constitución del emperador Zenón (C.1.2.15) que aparece sin fecha en el *Codex* de Justiniano⁷⁸. Piensa el legislador que aquellas donaciones que, para fomentar el culto construyendo oratorios, se hicieron en favor de los mártires, apóstoles, profetas o de los santos ángeles, son válidas y exigibles, no sólo cuando se observaron todos los requisitos vigentes —*secundum sacras constitutiones*⁷⁹—, sino que incluso la pura promesa de la liberalidad puede ser ya suficiente para exigir el cumplimiento, quedando tanto el donante como sus familiares (herederos) sujetos a lo que piadosamente se declaró⁸⁰.

5.13), consideran siempre válida la donación *ante nuptias*, sin necesidad del requisito formal de la *traditio*.

76. DE DOMINICIS: *Riflessi di costituzioni imperiali del Basso Impero nelle opere della giurisprudenza postclassica*, 1955, p. 94 ss.

77. Algo de esto puede deducirse de las obras jurisprudenciales de los siglos IV y V. Preferentemente las *Pauli sententiae* (4.1.11; 5.11.2) y la *Interpretatio* a las sentencias (3.11.3; 5.2.4; 5.12.4; 5.12.5). Cfr. ARCHI: *La Donazione*, cit., p. 242 ss.

78. Por el lugar donde ha sido colocada esta ley dentro del *Codex*, podría considerarse fechada entre el año 474 y el 477.

79. Traducción latina de Krüger.

80. La expresión griega del texto original, ἡ ροστυμώμενος, corresponde

La evolución tenía que ser forzosamente así. Estamos en oriente y Roma ha caído ya o, estando a punto de ser invadida, prácticamente no cuenta para nada como contrapeso en esta progresiva helenización, siempre favorable al punto de vista sustancial de los negocios⁸¹. Por otra parte, vemos que en otra ley de Zenón (C.8.53(54).31) enviada a Sebastián, prefecto del pretorio el año 478, se mantiene ya este punto de vista absolutamente moderno con relación a los requisitos formales de la donación y a la *traditio advocata vicinitate*. Si la liberalidad puede ser probada por un documento público, resulta superfluo cualquier otra exigencia de la antigua forma, que no conserva otro sentido que el de un medio de prueba, *nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant*⁸².

Si la doctrina imperial de las constituciones que regulan la forma de los actos gratuitos lleva ya estos derroteros, ¿puede extrañarnos que Zenón, un emperador monofisita y preocupado, obsesionado por la religión estatal, admita la validez de las donaciones para construcción de iglesias o capillas donde venerar el recuerdo de los mártires o donde pueda radicar el culto de los santos ángeles, apóstoles o profetas, sin más sustantividad que la pura promesa? Es, pues, el campo de la donación un terreno sumamente abonado ya por las tendencias espiritualistas greco-orientales, en todo este final del siglo v y en los años justinianos anteriores a la compilación⁸³. También Justiniano sigue en sus constituciones la directriz legislativa de sus antecesores. Por ello, la *insinuatio*⁸⁴, requisito de forma-publicidad de la época constanti-

todavía a un concepto pagano-clásico de la figura del donante y en el que parece incluirse aun los móviles de vanidad que subyacen normalmente en todo *animus donandi*, como si el legislador cristiano admitiese con ello esta pequeña visión humana, incluso dentro de la *pia donatio*.

81. La constitución del emperador León, del año 459 (C.8.53(54)30), parece entenderse por los tratadistas como una clara alusión a la superación de la forma, en las donaciones. *Vid.* ARCHI: *La donazione, cit.*, p. 268 ss.

82. RICCOBONO: *Traditio ficta*, en ZS 33 (1912) y 34 (1913).

83. Las normas justinianas precompilatorias se hacen igualmente eco de estas ideas: C.8.53(54).33, a. 528, y C.8.53(54).34, a. 529.

84. PERNICÉ: *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen*, 1882.

niana que se conserva vigente en el *Code.v* (8.53(54).25)⁸⁵, deja de ser necesaria no sólo por razón de cuantía⁸⁶, sino también por motivos de política imperial⁸⁷ y, fundamentalmente, por consideraciones de índole religiosa, como, por ejemplo, las liberalidades en que se ven favorecidos establecimientos de beneficencia (C.1.13.41(42).13, año 528)⁸⁸; las donaciones hechas con un fin piadoso general, *quae in causas piissimas procedunt* (C.8.53(54).34.1a, año

85. La *insinuatio* es una exigencia requerida para la validez, que aún se conserva vigente en la codificación teodosiana, con la misma fuerza que en la época de Constantino: *nullo alio modo firmas posse detineri* (C.Th.8.12.3, a. 316 [?]). Sin embargo, no deja de ser dudoso hasta qué punto en la práctica ese requisito sería observado. Así, por ejemplo, tenemos un dato muy interesante, a ese respecto, en la donación que, a fines del siglo v, es hecha a un *collegium* de Preneste. La inscripción correspondiente, y que contiene muchos datos y particularidades de interés, guarda un absoluto silencio sobre el requisito de la insinuación. ¿Se trata tal vez que la finalidad de publicidad se considera suficientemente salvada por la misma inscripción, hecha en un monumento público? *Cfr.* CUG: *Une fondation en faveur des colleges municipaux de Préneste*, en *Nouv. rev. hist. D. français et étrang.* 28 (1904), p. 267 ss. Otro índice que nos muestra la ausencia de todo rigor en el requisito de la *insinuatio* lo descubrimos en una constitución del emperador Zenón del año 478 (C.8.53(54).31). En su frase final se nos dice: *donationibus, quae sine scriptis conficiuntur, suam firmitatem habentibus secundum constitutionem Teodosii et Valentianiani*. ARCHI: *La Donazione*, cit., p. 269 ss., cree que es una formulación lo suficientemente general para pensar que el legislador se refiera tan sólo a aquellas donaciones concretas que en esta fecha están exceptuadas de la necesidad del requisito formal.

86. Cuando la donación sea menor de trescientos sueldos queda dispensada de la *insinuatio*: *Sancimus omnem donationem... usque ad trescentos solidos cumulatam non indigere monumentis* (C.8.53(54).34.pr). Esta norma, dictada en el año 529, fue modificada dos años después, elevando la tasa a quinientos sueldos (C.8.53(54).36.3).

87. Así, por ejemplo: Las donaciones hechas por los *virii gloriossimi magistri militum* a sus soldados (C.8.53(54).36.1); las destinadas a la reconstrucción de edificios ruinosos (*cod.* 2); las hechas por el emperador o a los emperadores (*cod.* 34.1 a. y Nov. 52, c. 2, a. 537); las donaciones destinadas a construir una dote (C.5.12.31.pr).

88. *Manifestum enim est cum, qui xenodocho vel nosocomo vel ptochotropho vel orphanotropho quid relinquit vel donat sine in scriptis sine scriptura*. (Traducción latina de Krüger.) La misma doctrina mantiene Justiniano en la constitución C.1.2.19, del año 528.

529), y aquellas disposiciones gratuitas de bienes en favor de la obra de misericordia favorita del mundo greco-bizantino: la *redemptio captivorum* (C.8.53(54).36.pr, año 531).

Una vez más han roto el fuego las altas consideraciones espirituales para echar abajo los requisitos formales de la *insinuatio*. Todos los supuestos citados anteriormente no constituyen una enumeración exhaustiva de posibles donaciones piadosas. Ya se entiende que tienen tan sólo un valor ejemplificador⁸⁹; sin embargo, es para nosotros significativo que hayan sido ellas las que inauguraron el régimen excepcional. La más antigua de estas normas justinianas es la que se refiere a donaciones en favor de instituciones benéficas, hospitales y asilos para peregrinos, huérfanos y pobres (C.1.3.41(42).13). Fue promulgada en el mes de marzo del 528 por el emperador dentro aún del primer año de su reinado; en la ley se considera que la *pia donatio, sive in scriptis sive sine scriptura*, siempre será exigible. Indudablemente, la *ratio pietatis*, de la excepción al régimen general, debió pesar en el ánimo del legislador al publicar la constitución.

Todos los otros supuestos, no claramente religiosos, en los que Justiniano admite la donación liberalizada, sin necesidad de la *insinuatio*, son posteriores a esta fecha. Pero, además, algunos de los casos considerados por el emperador como dignos de un régimen peculiar, no andan demasiado lejos del campo de los intereses espirituales. Así, por ejemplo, las donaciones hechas a los emperadores o realizadas por éstos, que en cierta manera son más antiguas, ya que el privilegio de estas liberalidades imperiales es anterior a Justiniano⁹⁰, venían a tener, en la mayor parte de los casos, un piadoso final. En efecto, algunas de estas liberalidades hechas a la casa imperial eran inmediatamente destinadas al sostenimiento de instituciones benéfico-religiosas, asilos, hospitales y orfanatrofios, colocados muchas veces bajo el mecenazgo y protección del emperador o de alguna persona de su familia⁹¹, y en

89. ARCHI: *La Donazione, cit.*, p. 276.

90. En la Nov. 52, c. 2, del año 537, Justiniano, al referirse a este tipo de donaciones, recuerda los precedentes legislativos de la época de Zenón: *Haec autem inaequalitas facta est ex novitate quam Zenonis piae memoriae introduxit constitutio, ut imperiales donationes non egeant monumentis.*

91. Cuenta el historiador Sozomeno: *Historia ecclesiástica* 9, 1 (PG 67,

cuanto a las donaciones hechas por los propios emperadores, es un hecho perfectamente constatado por las fuentes literarias históricas⁹², deducido de las constituciones imperiales⁹³ y, en general, del mismo espíritu cristiano de la época⁹⁴, que los príncipes vivieron, igual que los nobles palatinos, con una honda preocupación religiosa y de caridad, disponiendo gratuitamente de sus bienes en donaciones piadosas.

De todos modos, y a pesar de estos supuestos de excepción, ya se ha operado la transformación necesaria para que, tanto en las figuras jurídicas *mortis causa* como en las donaciones, se haya ido desplazando idealmente el centro de gravedad de las mismas hacia una mayor importancia del *animus*, como verdadero eje y centro natural de toda la vida jurídica. Tal vez por ello, tras la compilación justiniana, quede abierta para la donación la vía del puro pacto como único requisito para su exigibilidad. Así parece desprenderse de la doctrina del consentimiento que mantiene la *Instituta* (2.7.2)⁹⁵ y del texto legal de una constitución justiniana

1596) que la propia Pulqueria, hermana mayor del emperador Teodosio, mujer de ardiente celo religioso, mantuvo y llevó adelante muchos establecimientos benéficos, a los que tan aficionados parecen los cristianos bizantinos. También en esa labor de caridad era Pulqueria ayudada por las aportaciones dadas de diversos miembros de la corte palatina.

92. Sozomeno: *Historia ecclesiastica* 5, 2 (PG 67, 1228).

93. La liberalidad imperial puede deducirse de la propia legislación. El año 369, los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano disponen que las multas judiciales sean entregadas —supuesto de un demandado eclesiástico— para los necesitados (C.Th.11.36.20 — C.1.4.2).

GAUDEMET: *L'Eglise dans l'Empire romain (IV-V siècles)*, Paris, 1958, p. 293 s.

94. En el arco de Constantino, inaugurado el año 315 y en el que se incluyeron esculturas, relieves y medallones más antiguos y traídos de otros viejos monumentos, aparece una bellísima composición escultórica en relieve, tal vez de la época de Marco Aurelio, y en la que puede verse a un emperador repartiendo o, al menos, presenciando una distribución de limosnas entre los pobres. No deja de ser significativo el que fuera elegida precisamente esta escena de piedad pagana como un ideal imperial para la nueva época que comienza. Cfr. PARETI: *Storia di Roma e del mondo romano VI*. Turín, 1961, p. 258 ss.

95. Puede verse, con relación a esta configuración justiniana de la

contenida en el *Codex* (8.53(54).35.5b) en la que la *traditio* se considera más como una obligación resultante del *consensus* que como un requisito esencial para la *perfectio donationis*.

Si fue esta doctrina verdaderamente justinianea, como piensan unos⁹⁶, o fue elaborada por los intérpretes, como opinan otros⁹⁷, es algo que tiene para nuestro trabajo un interés puramente secundario. Lo que sí lo tiene en esta intrincada selva de la forma negocial en el Bajo imperio, aun estando cometida a tantas influencias y tan complejas, es que hayan sido motivaciones piadosas, nacidas para el fomento y el desarrollo de negocios en torno al *bonum animae*, las que abrieron el camino y justificaron las intervenciones legislativas de los emperadores.

7. b) *El peculio quasi castrense*⁹⁸. Por supuesto que este instituto jurídico postclásico nada tuvo que ver en su origen con los negocios para el bien del alma. Sin embargo, la conexión sobrevino después, y la institución entera recibió, como por un efecto reflejo, la misma atención legislativa de los emperadores. Al incluirse dentro de este singular beneficio el patrimonio de los eclesiásticos hijos de familia⁹⁹, y siendo bastante normal, entre los

donación *ad exemplum venditionis*: PRINGSHEIM: *Animus donandi*, en *ZS* 42 (1921), p. 273 ss., y ARCHI: *La Donazione*, cit., p. 275 s.

96. GIRARD: *Manuel*, 6.^a ed., p. 619; FERRINI: *Pand.*, p. 847; PEROZZI: *Istituzioni II*, 2.^a ed., p. 731.

97. BIONDI: *Successione testamentaria*, cit., p. 688.

98. Entre la bibliografía más interesante para el estudio del peculio tenemos: FITTING: *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Halle, 1871; ALBERTARIO: *Libera administratio peculii*, en *Studi I*, p. 137 ss.; LONGO: *Il concetto classico e il concetto giustiniano di "administratio peculii"*, en *BIDR* 38 (1930), p. 29 ss.; *Id.*: *Appunti critici in tema di peculio*, en *SDHI* 1 (1935), p. 392 ss.; ARCHI: *In tema di peculio quasi castrense*, en *Studi Besta I*, p. 117 ss.; GUARINO: *L'oggetto del "castrense peculium"*, en *BIDR* 48 (1941), p. 41 ss.; DAUBE: *Actions between "paterfamilias" and "filiusfamilias" with "peculium castrense"*, en *Studi Albertario I*, p. 433 ss.; LA ROSA: *I peculii speciali in diritto romano*, Milán, 1953; *Id.*: *Ancora in tema di "peculium castrense"*, en *Studi De Francisci II*, p. 393 ss.; *Id.*: *Peculium*, en *Novissimo Digesto italiano*, s. v.

99. No pudo afectar el peculio quasi castrense inicialmente, al menos de un modo directo, sino a aquellos clérigos que ejercitasen además algún oficio palatino y que pudieran beneficiarse por ello del singular *status crea-*

obispos y el alto clero, un uso cristiano y piadoso de estos bienes, sobre todo a la hora de la muerte, nada tuvo de extraño que muchas de las normas favorables que hemos visto aparecer a lo largo del Bajo imperio, y que regulaban toda la inmensa variedad de actos dispositivos con causa pía, afectasen y beneficiasen igualmente al *peculio quasi castrense*.

Este *peculio* no gozó, en un principio, de una sustantividad propia e independiente. El único *peculio* existente fue solamente el militar, y este otro aparecido con los cambios políticos y sociales del imperio cristiano, ni fue inicialmente regulado de un modo separado ni tuvo siquiera nombre y terminología adecuados durante los siglos IV y V¹⁰⁰, ya que la expresión de *peculium quasi castrense* es, sin duda, justiniana¹⁰¹. Creado por Constantino para altas jerarquías palatinas (C.12.30), fue extendido más tarde, alrededor del año 444, por Teodosio —todavía seguía hablándose de *ius castrensis peculii*— a todo el personal subalterno de la cancellería imperial —*scriniarios*— y en favor de los escribientes de palacio o *exceptores*¹⁰².

Sin embargo, una institución como esta, configurada por notas tan especiales como la plena disponibilidad, *inter vivos* y *mortis causa*, por parte de los hijos de familia titulares del *peculio*¹⁰³, y

do por Constantino el año 326 (C.12.30), de *castrensi omnium palatinorum peculio*.

100. El Epítome de Gayo (2.1.7) ya parece indicarnos en la época post-clásica, la existencia de un *peculio* distinto del militar. Sin embargo, la terminología empleada está aún sin formar, ya que solamente se emplean expresiones de tipo general: *...praeter eos filios, quibus per leges ut castrense peculium habere permissum est...* Cfr. ARCHI: *L'epítome Gai. Studio sul tardo Diritto romano in Occidente*, Milán, 1937, p. 86 ss.

101. Posiblemente es en el año 531, cuando por vez primera, Justiniano hace referencia al *peculio quasi castrense* en dos de sus leyes, incluidas en el *Codex* (1.3.49[56] y 3.28.37.1,a). Las alusiones que podemos encontrar en otras normas justinianas son seguramente fruto de interpolaciones compilatorias. Vid. ARCHI: *In tema de peculio quasi castrense, cit.*, p. 124.

102. En el imperio romano tardío, se les da este título a los secretarios redactores de documentos públicos, a los escribientes judiciales y a los secretarios de protocolo. HEUMANN-SECKEL: *Handlexikon. s. v.*

103. Ulp. 40 *ad ed.* D.37.6.1.22; Paul. 11 *quaest.* D.35.2.18. pr.; Pap. 27 *quaest.* D.45.3.18. pr.; Pap. 2 *def.* D.49.17. pr.; C.12.37.5, Diocleciano.

el no sometimiento a las reglas ordinarias de la *querella inofficiosi testamenti*¹⁰⁴, llegó a convertirse en salvaguarda exterior defensiva, bajo la que pudieron esconderse seguramente multitud de negocios con fines piadosos o espirituales, escapando así de los escollos legales que siempre podía presentar el Derecho común aplicable a los actos de disposición. Tal vez por eso, el año 472, los emperadores León y Antemio (C.1.3.33.(34)) ofrecieron este camino del *ius singulare* a los obispos y presbíteros y también a aquellos diáconos que fuesen merecedores de este privilegio, por su vida ordenada y piadosas costumbres: *diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire.*

La constitución imperial, en la que ni siquiera se nombra para nada al *peculio castrense* (la expresión, ya dijimos que es justiniana) ni a las equiparaciones legales producidas desde Constantino a Teodosio, es, sin embargo, lo suficientemente expresiva para que, aun sin nombrarlo, nos esté definiendo las ventajas extraordinarias que el *peculio* supone en sus titulares eclesiásticos: plena disponibilidad de los bienes, aunque se trate de personas *in potestate*, *etiamsi in patris avique aut proavi potestate, constituti sunt... tamquam bona propria vindicent: de his, si quando eis libitum fuerit, testandi vel donandi vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa*, y la eliminación de posibles derechos de los parientes del clérigo, *ut ea bona quoquo tempore numquam fratribus vel sororibus aut ex his genitis conferantur... nec a patribus avibus aut proavis... vindicentur.*

La ley viene, pues, casi indirectamente una especialísima misión: aparentemente parece fijar un privilegio más en un estatuto patrimonial¹⁰⁵ para los eclesiásticos, en una época en la que estos ocupan, por una curiosa trasposición de mentalidad, un lugar eminente en la sociedad cristiana. Pero, además, consciente o inconscientemente, la constitución logra unos efectos mucho más amplios y de más largo alcance: los beneficiados son precisamente unas

104. Ulp. 14 *ad ed.* D.5.2.8.4; Ulp. 6 *op.* D.5.2.27.2; Constitución de Diocleciano del año 294, C.3.28.24.

105. GAUDEMET: *L'Eglise dans l'Empire romain*, *cit.*, p. 172 ss., divide los privilegios del clero en tres clases: estatuto patrimonial, inmunidades fiscales y privilegios jurisdiccionales del fuero eclesiástico.

personas —obispos y presbíteros, y aquellos diáconos que por su ejemplaridad se hagan dignos de este trato favorable¹⁰⁶— que por su vida piadosa garantizan absolutamente el buen uso del privilegio e, incluso, aseguran, en la mayor parte de los casos, un piadoso destino, de culto religioso o caridad, para los bienes “peculiares”.

¿Sucedería con estos personajes de la Iglesia y con la constitución C.1.3.33.(34) algo parecido a lo que pasó con las leyes teodosianas y el testamento monacal?, o, en otras palabras, ¿sería la norma de León y Antemio la consagración, en forma de aparente privilegio clerical, de una situación de hecho piadosa y acostumbrada? Tal vez, al abrirse a los titulares, personas de religiosidad probada, una amplia facultad dispositiva, esté en realidad el legislador buscando una canalización legal y asegurada para esos negocios jurídicos cristianos que, según nos consta por la abrumadora prueba de las fuentes patrísticas e históricas, fueron tan usuales entre los obispos y presbíteros —sin duda alguna por la misma influencia ideológica monacal— y produjeron en esta sociedad de los siglos IV y V un porcentaje tan elevado de testamentos y donaciones en favor de la Iglesia y de la caridad¹⁰⁷.

Ha venido, pues, a resultar que este defender la libertad de donar y testar y este reconocimiento de la capacidad dispositiva es, en realidad, un asunto bifronte: privilegio por parte del sujeto —eclesiásticos sometidos a la patria potestad— y *ius singulare*, también, por parte de la materia sobre la que revierte, negocios jurídicos piadosos en bien del alma, ya que la constitución leoniana

106. Suponemos que, como cuestión puramente de hecho, tendría que ser concretado *ad casum*, que diáconos deberían gozar de este privilegio y cuales otros habrían de ser excluidos. Dadas las características delicadas de esta selección, seguramente tendría que decidir el propio obispo.

107. Posidio de Calama, obispo y autor de una *Vita Agustini* (PL. 32) al hablarnos de la vida del obispo africano, nos da a conocer, en páginas muy interesantes, la vida eclesiástica occidental y como el ejemplo y la predicación de San Agustín hizo que muchos obispos y clérigos de su época dejasen sus bienes a los pobres o dispusieran de ellos, en forma de legados piadosos. Puede verse la nueva edición del texto revisado por PELLEGRINO. Turín, 1956. También cundió el ejemplo entre el clero oriental, principalmente en la iglesia de Egipto. Vid. THOMASSIN: *Ancienne et nouvelle discipline*, cit., p. 93 ss.

del 472 logra de un solo golpe sustraer un patrimonio, que normalmente se destinaba a fines espirituales, de las posibles apetencias de los parientes, liberándolo también de la congelación que la vieja concepción de la *patria potestas* producía siempre en el orden económico.

La norma imperial abre, pues, una vía aprovechable para estas personas de la sacrosanta fe ortodoxa, según las mismas palabras del legislador. Aplicable tan sólo a la parte oriental del imperio, la constitución deja a salvo siempre los derechos de los propios hijos de estos eclesiásticos, si los hubiera¹⁰⁸. Un supuesto paralelo al del *ab intestato* previsto por la norma teodosiana vigente (C.Th.5.3.1) y de acuerdo también con el espíritu de la Iglesia, que, muy templadamente, considera desaconsejable el dañar los legítimos derechos de los hijos, bajo pretextos piadosos o de caridad¹⁰⁹.

Esta regulación queda, como hemos visto, clara, en el siglo v, pero ¿qué norma sería aplicable antes del año 472? ¿Interpretaría la jurisprudencia postclásica la posibilidad de una aplicación analógica del peculio, recientemente creado por Constantino, para cargos palatinos? Estamos en el terreno de la pura conjetura, ya que el único término *a quo*, de que podemos disponer, es la ley del emperador León, que hemos estudiado, y aun así dentro de su relativa concisión. Por ello, lo que pudo suceder antes del 472 no nos consta de ningún modo. Es posible, sin embargo, que dadas las características del ordenamiento jurídico romano del Bajo imperio, la constitución C.1.3.33.(34), de León y Antemio, hubiera puesto también el punto final a una situación de hecho, de extensión analógica, y los primeros cimientos para el estatuto patrimonial eclesiástico, mantenido hasta entonces, como una especie de peculio extralegal tan sólo.

Si ello fue así y si ya la propia vida, antes que la ley, hubiese iniciado este camino, desde los años constantinianos, tal vez pudiera entenderse mejor la curiosa afirmación del Libro siro-romano

108. *sed ad eorum filios... perveniant... ab ipsorum liberis tanquam praecipua vindicentur.* C.1.3.33(34).

109. *Cum misericordia a domestico progredi debeat pietatis officio. Da ergo prius parenti, da etiam pauperibus.* San Ambrosio: *ad. Luc.* 18.8 (*Enchiridion asceticum*, 422.36).

que, al hablar de los clérigos hijos de familia, atribuye con toda claridad a Constantino la liberalización de estos eclesiásticos con relación a la *potestas* del *paterfamilias*: *Beatus rex Constantinus... liberavit autem κληρικὸς etiam a potestate parentium suorum* (§ 117). Tal vez el pequeño manual jurídico siríaco tuviese alguna lejana razón en su afirmación extemporánea, ya que, pasados tantos años, no fuese cosa fácil, en verdad, precisar el momento histórico de aparición del privilegio, como ocurre con tanta frecuencia en estos procesos generativos de las normas romanas del Bajo imperio. Posiblemente distintos estadios precedieron a la configuración absoluta del instituto: una situación de hecho, en el siglo IV, una constitución poco expresiva del emperador León, en el V, y en donde ni siquiera se alude directamente al peculio, y una institución jurídica justiniana, finalmente, con una regulación perfilada, como veremos a continuación.

8. El año 531, en efecto, Justiniano promulga una nueva constitución, C.1.3.49(50), en donde de una manera directa y auténtica interpreta la vieja norma leoniana, dictada sesenta años antes. Aquella situación privilegiada del 472, en la que se comenzaba a dibujar para los obispos, presbíteros y diáconos de vida honesta la situación patrimonial de un peculio singular, viene ya calificada, técnicamente y sin rodeos, en la nueva ley justiniana: *Cum lege leoniana viris reverentissimis episcopis et presbyteris et diaconis peculium habere quasi castrense concessum est...*

Justiniano va a llevar las cosas hasta el final, con una equiparación absoluta del peculio *quasi castrense* de los eclesiásticos y aquel otro patrimonio clásico de los hijos de familia militares. Sin embargo, dadas las características históricas tan especiales que contribuyeron al nacimiento y formación del peculio *castrense*, el intento justiniano no será posible sino a costa de muchas dificultades. Por ello, las dudas provocadas por esa deseada equiparación no debieron ser pequeñas, sobre todo dentro del campo institucional de los pretendidos derechos de los parientes y la aplicación de la *querella inofficiosi testamenti*¹¹⁰. Es fácil comprender que estos

110. *dubitabatur, si huiusmodi testamenta debent de inofficiosi querella expugnari, cum de omnibus personis, quae huiusmodi peculia meruerunt, eadem fuerat quaestio exorta. C.1.3.49(50).*

bienes eclesiásticos tienen unas notas tan especiales, al menos en su configuración como patrimonio peculiar, que aparecían como muy distintos no sólo del peculio *castrense*, del que le separaban grandes diferencias históricas¹¹¹, sino incluso también del patrimonio de los hijos de familia con oficios palatinos¹¹². No obstante estas circunstancias, Justiniano se decide por la equiparación con los privilegios militares, y con ello, la no ejercibilidad de la *querella* por parte de los parientes legitimarios¹¹³. Así, en una constitución

111. Una gran parte de las singularidades del peculio militar, no son más que las consecuencias del propio carácter excepcional del Derecho hereditario militar, planteado de un modo extraordinario, no sólo por las causas que las fuentes legales suelen aducir: *imperitia* (I.2.11.pr.), *simpli-citas* (D.29.1.1.1; C.6.21.3; C.6.30.22.15), *ignorantia* (C.6.30.22; D.22.6.9.1), etcétera, sino por otras razones sociológicas e históricas como por ejemplo, la influencia de algunas instituciones hereditarias helénicas, la afluencia de elementos provinciales al ejército romano, que hacen del testamento militar una especie de avanzadilla del Derecho hereditario del futuro, estructurándolo ya conforme a un Derecho de gentes, universal y flexible. Esto explica que en la compilación justiniana, las metas alcanzadas por el Derecho común, en este último estadio del Derecho romano, no se diferencian ya demasiado de las características que, en pleno Derecho clásico, tuvo el testamento militar. Entre la mucha bibliografía puede verse, sobre todo: ARANGIO-RUIZ: *L'origine del testamentum militis e la sua posizione nel Diritto romano classico*, en *BIDR* 18 (1906), p. 157 ss., especialmente p. 187; *Id.*: *Istituzioni*, Nápoles, 1952, p. 528; TAMASSIA: *Testamentum militis*, en *Atti Ist. Veneto* 86 (1927); GUARINO: *Sull'origine del testamento dei militari in Diritto romano*, en *Rendiconti dell'Istituto Lombardo de Scienze e Lettere* 72 (1938-1939); HERNÁNDEZ GIL: *El testamento militar*. Madrid, 1946, especialmente p. 119 ss.; BOLLA: *Zum römischem Militärtestament*, en *Studi Arangio-Ruiz I*, p. 273 ss.; CHEVALLER: *Notes sur le testament militaire dans la législation impériale*, en *Études de Droit romain*, París, 1956.

112. Son varios los autores que piensan que el peculio *quasi castrense* no debe concebirse como una unidad institucional, sino como un conjunto de situaciones patrimoniales diversas. Así, por ejemplo: BONFANTE: *Corso di Diritto romano I*, p. 105 ss. y ARCHI: *In tema de peculio quasi castrense*, *cit.*, p. 129. Opinan, por el contrario, en favor de la unidad absoluta entre los diversos supuestos de peculio *quasi castrense*, FITTING: *Das castrense peculium*, *cit.*, p. 477 ss. LA ROSA: *I peculii speciali in Diritto romano*, *cit.*, p. 208 ss.

113. *Si quis in militia fecerit testamentum et intra annum post militiam decesserit, dubito an, querella inofficiosi cesset: et potest dici querellam inofficiosi cessare.* Ulpiano, 14 *ad ed.*, D.5.2.8.4.

simultánea a la que hemos visto e incluida por los compiladores en el libro tercero de *Codex* (C.3.28.37), el emperador, aunque de nuevo se hace eco de la inquieta situación de perplejidad normativa ¹¹⁴, rompe lanzas igualmente en favor de la no aplicación del Derecho común en lo relativo a la *querella inofficiosi testamenti: hoc nihilo minus cis addito privilegio, ut neque eorum testamenta de inofficioso querella expugnentur* (§ 1, f).

Posiblemente con la equiparación justiniana hasta sus últimas consecuencias han ido las cosas demasiado lejos, sobre todo tratándose de supuestos eclesiásticos. Quizá el encasillamiento dentro del peculio *quasi castrense* con los otros casos de patrimonios formados en el ejercicio de la vida política palatina, hizo que estos bienes de obispos y clérigos, cuya razón de ser fue siempre muy distinta, gozasen de un privilegio un poco irregular. También pudiera ser —dentro de la línea de rigidez ideológica cristiana del siglo v y vi y que parece traslucirse especialmente en los primeros años justinianos— que por tratarse de un destino piadoso, de limosnas a los pobres, mantenimiento de iglesias o redención de cautivos, etc., se diese por buena, sin más, esta no aplicación de la *querella* ¹¹⁵.

Bien pronto, sin embargo, se nota un cierto cambio de dirección normativa con arreglo a criterios más de acuerdo con la ley

114. *In his itaque omnibus quasi castrensibus pecuniis dubitabatur, si contra huiusmodi testamenta de inofficioso querellam extendi oportet.* C.3.28.37.1d.

115. Aunque a base mucho más antigua, incluso precristiana, la postura de un rigorismo religioso, constituyó en occidente, y sobre todo en Bizancio, una peligrosa posición cultural cristiana, con innumerables implicaciones, tanto en el terreno dogmático —monofisismo—, como en el puramente ascético —maniqueísmo— muy especialmente a partir del siglo v. Es muy interesante por su amplitud el estudio de Beck: *Kirche und Theologische Literatur in Byzantinischen Recht*, Munich, 1959, p. 279 ss. Por fuerza, que este rigorismo tuvo que traslucirse en la propia normatividad legislativa de las constituciones imperiales, dando lugar a posturas un poco duras, sobre todo a partir del emperador Zenón, bajo cuyo reinado triunfaron más claramente estas ideas de cuño orientalista, con una visión cristiana deshumanizada y rígida. La supresión de los derechos legítimos de los parientes o, al menos su desdibujamiento, al entrar en colisión con otros intereses de índole espiritual o religiosa, tendría que ser, al fin y al cabo, una consecuencia lógica de esta manera singular de entender el cristianismo.

natural e incluso con la moral cristiana, que consideró siempre estos deberes familiares como algo sagrado¹¹⁶. Por otra parte, la equiparación absoluta con el peculio *castrense* era evidentemente inadecuado desde el punto de vista substancial, ya que la mayor parte de los privilegios militares eran más bien consecuencia del testamento militar y este fue siempre tan extraordinario, que se había configurado, aún dentro de la época clásica, como no sometido a ninguna norma típica, flexible y acomodable a todas las mentalidades¹¹⁷.

El cambio de criterio parece como adivinarse en la propia técnica interpoladora de los redactores del Digesto, puesto que las correcciones y retoques hechos sobre los viejos pasajes jurisprudenciales, con la finalidad de incluir en ellos el recién creado peculio *quasi castrense*¹¹⁸, han sido hechos precisamente en aquellos aspectos doctrinales de singularidades menos llamativas, como son por ejemplo el reconocimiento de la *testamenti factio* (D.39.5.7.6), el carácter no colacionable de los bienes peculiares (D.37.6.1.15), etcétera¹¹⁹.

Por otra parte, en este posible conflicto de intereses religiosos e intereses de la sangre, que es lo que, en último término, podría plantearse en el supuesto de un patrimonio eclesiástico, destinado por el testamento del *de cuius* a fines de devoción o a limosnas, se puede notar también este cambio de criterio, sobre todo en los últimos años justinianos y concretamente en el c. 19 de la Novela 123 (año 546). Que no estamos ante una rectificación aislada, sino frente a la mitigación general de una inicial dureza, es fácilmente comprobable en el hecho de que un cambio parecido se ha operado en un terreno paralelo a este que nos ocupa. Así, por ejemplo, en el supuesto de la sucesión intestada de los obispos, la norma legislativa ha pasado de la primitiva rigidez que, en el año 528,

116. BIONDI: *Diritto romano cristiano III, cit.*, p. 343 ss.

117. HERNÁNDEZ GIL: *El testamento militar, cit.*, p. 155 ss.

118. Como ejemplo de estas interpolaciones tenemos:

aliove quo officio praecrat (D.36.1.17.12); *nec quasi castrense peculium* (D.37.6.1.15); *vel quasi castrense* (D.39.5.7.6).

119. También en la *Instituta* (2.11.6) donde aparece reconocido el peculio *quasi castrense*, se puede entender un poco la no absoluta asimilación de este instituto con el excepcional patrimonio de los militares.

suponía la constitución C.1.3.41.(42), 5-7, y en donde se disponía una sucesión absoluta en favor de la Iglesia episcopal, a una regulación mucho más humanizada el año 535 (Novela 5, c. 5), en donde se reconoce el derecho de los hijos a la cuarta legítima, y a la tajante disposición de la Novela 123, c. 38¹²⁰, en la que el respeto a los sagrados derechos de los hijos aparece de modo contundente: *ut nulli filiorum suorum minuat legitimam partem*.

Las nuevas corrientes del ordenamiento bizantino, tan favorables a los derechos legítimos y que se manifiestan en la política legislativa justiniana¹²¹, habían de tener también su correspondiente expresión en estos casos eclesiásticos. Por ello, en esta misma Novela 123, en donde, para la sucesión *ab intestato* de los monjes, se tienen en cuenta los derechos legítimos de los descendientes del *de cuius*, se pone también el punto final a esta situación subitativa tan prolongada del *peculio quasi castrense* y la *querella*. En el c. 19, mantiene Justiniano la antigua analogía, como años antes hiciera en la constitución C.1.3.49(50): el patrimonio eclesiástico puede configurarse jurídicamente a semejanza del *peculio militar*, *ad similitudinem castrensiun peculiorum*, y sus titulares tendrán amplísimas facultades para todo tipo de donaciones y testamentos. Por otra parte, se nota también, y ello parece lógico, una cierta expansión del privilegio peculiar a otros eclesiásticos de segunda fila. No sólo los altos personajes de la norma leoniana se beneficiarán de este *ius singulare*, sino que también se extenderá a los diáconos —sin hacer ya ninguna alusión a la integridad de la vida como condición *sine qua non*— y a otros: *diaconos et subdiaconos et lectores et cantores, quos omnes clericos appellamus*.

Sin embargo, junto con esta extensión a nuevos titulares del *peculio quasi castrense*, se pone fin a la vieja y confusa cuestión de los derechos legitimarios. Nunca podrán los causantes perjudicar la legítima expectativa de los hijos ni, en ausencia de estos,

120. La Nov. 5 se refiere tan sólo a la sucesión *ab intestato* de los monjes, mientras que la Nov. 123, c. 38, al ser redactada de una manera más amplia —*in quocumque ecclesiastico officio*— nos da pie a pensar en su posible aplicación, no sólo a los monjes, sino también a los obispos.

121. Nov. 115, año 542.

—otra novedad justinianea— los derechos legítimos que correspondían a los ascendientes del testador. La única diferencia que queda ya con el Derecho común se da tan sólo en el supuesto de hermanos y hermanas del testador que, al ser silenciados por la Novella 123, pueden considerarse definitivamente excluidos en la legitimación de la *querella* y, por ende, sin ningún derecho sobre los bienes de la herencia. Salvo esta excepción, en todos los demás casos se aplicará la regulación de la *querella* o, en su caso, de la *actio ad implendam legitimam*, sin que importe el carácter peculiar de los bienes o el piadoso destino de los mismos¹²².

En resumen, nuestra opinión es que bajo esta institución post-clásica se escondió algo más que un puro *ius singulare* personal de los clérigos como ligeramente puede pensarse. En efecto, como hemos visto, bajo el ropaje externo del peculio *quasi castrense* se ha buscado en realidad un modo de escapar al Derecho común aplicable a donaciones y testamentos. Siendo el siglo v fundamentalmente un momento espiritual de gran rigidez monofisita, no nos puede extrañar que se haya tratado incluso de burlar con el peculio, las esperanzas más legítimas de los parientes cuando los derechos de estos se enfrentarán a los altos intereses de la Iglesia. Resulta significativo que esta plena disponibilidad de los bienes tanto *inter vivos* como *mortis causa* fuera precisamente concedida a aquellas personas —alto clero y diáconos de vida honesta, según la constitución del emperador León— que son precisamente quienes en estos años llevan la iniciativa y marcan la pauta en los negocios *religionis intuitu*. Por ello, cuando vueltas las aguas de esta rígida visión cristiana del siglo v a los cauces más humanizados del siglo siguiente y normalizada por Justiniano la posible fricción entre legitimarios y herederos de pios testamentos, el peculio *quasi castrense*, consagrado definitivamente en el Derecho romano tardío, aparece tan sólo como un instituto que concede a sus titulares una plenisima disponibilidad. Sin embargo, bajo toda su tuteante reglamentación y a pesar de las dudas que tanto atormentaron a Justiniano, el peculio de los eclesiásticos no ha sido sino el reflejo exterior de toda una polémica de intereses que la bene-

122. Tras la Nov. 18, del año 536, la *portio legitima* correspondiente a los parientes es elevada a un tercio del patrimonio hereditario.

ficencia privada tuvo que provocar. Como auténtica fortaleza amurallada, el peculio con su indudable singularidad pudo proteger y dar vía libre a toda una serie de actos piadosos en favor de la Iglesia, aún en contra de las normas firmes del ordenamiento jurídico vigente.

9. c) *Inmediatividad en la ejecución de la liberalidad testamentaria "ratione pietatis". La "mora ex re"*. El fenómeno social cristiano, multiplicando de modo creciente los actos dispositivos de carácter benéfico en las formas más variadas, tal como hemos visto, proporcionó al Estado romano postclásico y al poder político bizantino la solución generosa y fácil de un grave problema, que la beneficencia con sus cargas públicas, cada día más elevadas, suponían en un Estado ya de corte moderno, como el Imperio romano postdiocleciano. Este hecho social hizo que testadores y donantes, buscando altísimas metas espirituales de paz y descanso del alma —*pro peccatis, pro anima mea*— y también otros fines menos elevados pero humanamente lógicos, como el ancestral deseo de permanecer para siempre por la fama y el recuerdo¹²³ y la propia vanidad y deseo de emular a otros generosos testadores, resolvieran de un solo golpe el enojoso gravamen de una asistencia social urgente y obligatoria a pobres, peregrinos, enfermos abandonados, ancianos y huérfanos, asumieran la comprometida carga de redimir a los prisioneros de guerra en poder de los bárbaros y de los persas, y se enfrentaran con los gastos, cada día más cuantiosos, de construcción y conservación de iglesias y monasterios abiertos al culto en el extensísimo territorio bizantino¹²⁴. Esta ingente beneficencia, creada y mantenida por la caridad particular no tenía, sin embargo, en el Derecho romano postclásico y justiniano, otro camino abierto que las viejas figuras jurídicas clásicas, más o menos vulgarizadas por el uso y la interpretación de la jurisprudencia tar-

123. Justiniano en una de sus novelas (Nov. 67) muestra su preocupación por el estado ruinoso de algunas iglesias, fundadas en otras épocas con gran esplendor. Trata de encauzar, por ello, la iniciativa de posibles fundadores, para que en lugar de obras nuevas, apliquen sus bienes a las ya existentes. También así se puede ser "fundador".

124. DUFF: *The charitable Foundations of Byzantium, Cambridge legal essays*, 1926, p. 83 ss.

día. Tanto en la limosna hecha en vida del donante, como en las liberalidades aplazadas *post mortem*, la única vía posible era la que podían ofrecer, dentro del Derecho privado, las donaciones, testamentos, legados y fideicomisos.

Un grave obstáculo podía presentarse, con todo, en estos negocios jurídicos hechos *ratione pietatis*, tanto por la ausencia de capacidad de adquirir de estos establecimientos de caridad privada —futuras *piae causae*— como la auténtica incertidumbre de unos beneficiarios poco concretos o demasiado genéricos, como sucedía, por ejemplo, cuando el caprichoso donante o testador, sin añadir ningún dato especificador, dejaba sus bienes a los cautivos, a los pobres o a los huérfanos. No había, entonces, otra solución que la de utilizar una vía indirecta, a través de una donación con gravamen modal o de una disposición *mortis causa* de carácter fiduciario, intentando el negocio por medio de una persona capaz, fuera esta colectiva¹²⁵ o individual. Fue este segundo supuesto el camino más usual y una persona física, por razón de su cargo (el obispo, el abad de un monasterio, o el administrador de alguno de estos establecimientos benéficos recién estrenados) fue normalmente la elegida para llevar a cabo la piadosa voluntad del causante, tal como podemos descubrirlo a través de la documentación conservada en las colecciones papirológicas¹²⁶ y por las frecuentes referencias

125. Las personas colectivas tendrían además la ventaja de ofrecer resuelto el problema de la permanencia y continuidad, cuando el legado consistiese, por ejemplo, en una renta periódica, supuesto nada raro en las liberalidades en favor de los pobres y el culto. El nombrar heredera o legataria a la Iglesia, además de posible, a partir de su reconocimiento como persona capaz por Constantino en C.1.2.1 contaba con la ventaja de una absoluta garantía moral, que podría hacer, incluso innecesario el gravamen modal. No habría tampoco inconveniente en utilizar instrumentalmente a otros entes morales, como municipios o colegios, como se había venido haciendo con los legados *ad colendam memoriam* a los que tan aficionados fueron los romanos de los siglos II y III. Vid. MURGA: *El testamento en favor de Jesucristo, cit.*, p. 371 ss.

126. Tal es el caso del testamento de Apa Abraham, obispo de Hermonthis (siglo VI) que nombra heredero a Víctor, monje y presbítero, discípulo suyo (*P. Lond I*, 77, p. 241. *Grunzüge und Chretomathie der Papyruskunde II-2.ª*, p. 370). Otras veces puede actuar el ecónomo (*P. Grenf.* 2.95; *P. Flor.* 3.289, etc.) o el administrador privado (*P. Maspero* 151,252;

que nos hacen las fuentes literarias de la época ¹²⁷. La propia legislación imperial no hizo otra cosa posiblemente, sino reconocer esta situación llamando siempre a estas personas, principalmente al obispo ¹²⁸ para cumplir el papel de titular o al menos de administrador de los patrimonios acumulados precisamente para atender a estos fines espirituales en memoria del causante.

Es lógico, por otra parte, que así sucediera, ya que por tratarse de bienes vinculados al culto y a la caridad y coincidiendo uno y otra con los propios fines fundacionales de la Iglesia, se reservó esta para sí, desde los primeros años del imperio cristiano, la realización y reglamentación exclusiva de estas tareas piadosas ¹²⁹. Las constituciones imperiales venían una vez más a reforzar la naciente de hecho provocada por tantas donaciones y testamentos.

P. Oxy. 71, II, 10). Son interesantes los estudios de STEINWENTER: *Die Rechtsstellung der Kirchen und Klöster*, en *ZS.* (kan. abt.) 19 (1930), p. 12 ss. y de HAGEMANN: *Die Stellung der Piaae Causae nach justinianischen Recht*, en *Studien zur Rechtswissenschaft* 37 (1953) p. 76 ss. Puede verse igualmente una recensión de esta obra hecha por STEINWENTER en *ZS* 71 (1954), p. 493 ss.

127. San Basilio: *Epist.* 94 (PG. 32, 488). Edición crítica de COURTONNE. París, 1917; San Gregorio Nacienceno: *Oratio* 43 (PG. 36, 577); San Gregorio de Nisa: *Oratio in laudem fratris Basilii* (PG. 46, 809).

128. Las constituciones imperiales parecen recoger la doctrina sentada por el Concilio de Antioquía (332-341) en donde se reconoce al obispo el poder (*ἐξουσία*) sobre los bienes dejados a la Iglesia. Por ello, a partir de la constitución C.1.3.28 1-2, del emperador León (a. 468), en donde abiertamente se concede al obispo la *facultas exigendi* para la litigación en todos estos supuestos de pías disposiciones testamentarias sin realizar, las normas imperiales van manteniendo siempre la misma postura: C.1.2.14, León (a. 470); C.1.2.15, Zenón (a. 477); C.1.2.21, Justiniano (a. 529); C.1.2.25(26) y C.1.3.45(46) pr. (a. 530); C.1.3.48(49).2 (a. 531) Nov. 120 c. 5-7 (a. 544); Nov. 131, c. 11 (a. 545).

129. Ya en el siglo IV, parece indiscutible la competencia general del obispo en todas estas materias más o menos relacionadas con la vida espiritual de los fieles. Tanto en las obras de los Padres (San Ambrosio: *Epist.*, 17.1, PL. 16, 1002) como en los concilios (Roma, año 378) se ha venido manifestando esta tendencia y también formulado de modo general, lo escriben Arcadio y Honorio a Apolodoro, procónsul de Africa, en agosto del año 399: *Quotiens de religione agitur, episcopos convenit agitare; ceteras vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici iuris pertinent, legibus oportet audiri.* (C.Th.16.11.1).

La situación del obispo o del administrador, legitimado activamente frente a los gravados con el legado o el fideicomiso piadoso, la hemos de enfocar siempre en íntima vinculación con el fenómeno jurídico de la evolución de la capacidad de adquirir de esos entes colectivos, ya como algo separado de la propia personalidad de la Iglesia. Por ello, desde que inicialmente los encontramos como titulares destinatarios y todo lo más, con un gravamen modal desdibujado, hasta que se perfilan como puros ejecutores, *ratione officii*, y administradores de patrimonios autónomos, todo un arco de más de dos siglos se extiende y en el que, paso a paso, se va concretando la auténtica realidad jurídica de estos establecimientos bizantinos, fundados para la consecución de una finalidad concreta de asistencia caritativa.

De todos modos, la persona designada por el testador para velar por el cumplimiento de aquel negocio *in bonum animae* o el obispo, en su caso, se ven auxiliadas en tan peculiar y religioso deber por las constituciones imperiales, a fin de evitar, en lo posible, la lenta ejecución que una enojosa situación litigiosa pudiera provocar. Así, el emperador León el año 468, además de designar al obispo del difunto, como posible actor frente a los poseedores de los bienes hereditarios y supliendo la ausencia de un ejecutor designado en testamento, establece por vez primera la necesidad de que el cumplimiento del *pium arbitrium defuncti* se haga sin ninguna vacilación ni demora: *vir reverentissimus episcopus illius civitatis, ex qua testador oritur, habeat facultatem exigendi, quod huius rei gratia fuerit derelictum, pium defuncti propositum sine ulla cunctatione ut convenit impleturus* (C.1.3.28.1).

La necesidad de someterse al único camino abierto, a través de los legados, fideicomisos o sustituciones, supondría muchas veces que aquel *pium propositum* habría de demorarse, con gran perjuicio para los altos fines perseguidos. Tal vez de ahí, ese *sine ulla cunctatione*¹³⁰ del texto legal, para apremiar al gravado y posible moroso, y donde muy posiblemente comienza a barruntarse, en

130. *Cunctatio* tiene unas veces un significado subjetivizado, como de tardanza-vacilación (Quint.: 11.3.157) y otras veces, en cambio, parece tomar entre los clásicos un sentido más objetivo, como de puro retraso (Cicerón: *Oratio pro Sestio*, 47.100; *de off.* 1.21.71; *Oratio in Vatinius*, 6.15).

pleno siglo v, un enfoque nuevo de este tipo de obligaciones hereditarias, encarnadas en el Derecho privado por puras exigencias históricas, pero en las que empiezan a apuntar los primeros vestigios de su naturaleza pública ¹³¹.

Durante la época clásica, la *mora* de la persona gravada por legados o fideicomisos, quedaba sometida a unas reglas muy elaboradas por la jurisprudencia, según la naturaleza de la prestación que se debiese cumplir ¹³². Fuera de esto, y dentro de la *bona fides* y armonía humana que caracteriza al Derecho romano clásico, si se trataba de un legado pecuniario, era concedido normalmente al heredero un *modicus tempus*, para que pudiera procurarse el efectivo necesario con que pagar esta obligación hereditaria ¹³³. Por el contrario, en la época postclásica, no sólo tiende a vulgarizarse el propio concepto de la *mora* ¹³⁴, identificándose familiarmente, tanto

131. Cuando en el *Codex* se emplea el término de *cunctatio*, exigiendo el rápido cumplimiento de una obligación, parece referirse siempre a un especial tipo de prestación, que por su especial naturaleza y relación con la pública utilidad, no debe admitirse la dilación: Así, por ejemplo: C.5.73.4., Diocleciano y Maximiano (a. 303); C.2.7.26.4, Justino (a. 524); etc. En cuanto al empleo de la frase *sine ulla cunctatione* en la constitución de Constantino del año 326 (C.8.5.1) parece una adición justiniana, ya que no existe en el precepto correspondiente del *Codex* de Teodosio (4.22.1).

132. Así, por ejemplo: Para el legado vindicatorio, Ulp. 2 *resp.* D.30.120.2; para el legado damnatorio, Paulo 3 *ad Sab.* D.30.23; para la sustitución fideicomisaria, Ulp. 15 *ad Sab.* D.36.1.19 pr.; para los fideicomisos, Gai. 2.280; Pap. 7 *resp.* D.22.1.8; *Id.* 20 *quaest.* D.(22.1.)3 pr. y 4; Paulo 14 *resp.* D.22.1.14; *Id.* 21 *quaest.* D.31.84; *Id.* 14 *resp.* D.31.87.1., etcétera. Sobre la *mora* en Derecho clásico puede verse: SIBER: *Interpellatio und mora*, en *ZS* 29 (1908), p. 52 ss.; BETTI: *La "litis aestimatio" in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*. Camerino, 1909, p. 30 ss. GENZMER: *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzug im klassischen römischen Recht*, en *ZS* 44 (1924), p. 86 ss.; MONTEL: *La mora del debitore*, 1930; VOCI: *I limiti della responsabilità nell'adempimento del legati per damnationem e dei fedecommissi*, en *SDHI* 1 (1935), p. 48 ss.; NIEDERMEYERS: *Studien zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der "mora" seit Sabinus*, en *Festschrift Schulz I* (1951), p. 339 ss.; MAYER-MALY: "*Perpetuatio obligationis*": D.45.1.91, en *IURA* 7 (1956), p. 6 ss.; ELEFANTE: *Interpellatio e mora*, en *LABEO* 6 (1960), p. 397 ss.; MONTEL: *Mora en Novissimo Digesto italiano* (1964), s. v.

133. Ulpiano, 51 *ad ed.* D.30.71.2.

134. En el Derecho romano vulgar, se dice que algo es prestado *sine*

en la jurisprudencia tardía¹³⁵, como en las leyes imperiales¹³⁶, con cualquier tipo de tardanza, sino que además la práctica occidental ha establecido ya un régimen común para el retraso en el cumplimiento de legados y fideicomisos por parte del heredero. Esa es, en efecto, la doctrina que nos llega a través de las *Pauli sententiae* (3.8.4):

Ex mora praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt: mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur.

Vemos en el texto que, junto con la equiparación de legados y fideicomisos sin cumplir, natural consecuencia de la *exaequatio postclásica*¹³⁷, y la posibilidad consecuente de reclamar frutos e intereses, la *mora* a partir del siglo IV, se configura de tal modo, que el viejo requisito de la *interpellatio* procesal, tiende, en cierto modo, a desvanecerse¹³⁸. Finalmente, otra novedad postclásica parece vis-

mora, cuando en el mutuo no se fijó ningún plazo para la restitución. Un nuevo sentido popularizado equivalente a *tarditas* parece surgir en esta época (LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, cit., p. 111 ss.; KASER: *Das Römische Privatrecht II*, cit., p. 260 ss.

135. *Epit. Gai.* 2.7.8; *Interprt. Pauli Sententiae* 2.25.4.

136. C.Th.4.19.1, Graciano, Valentiniano y Teodosio (a. 380); C.Th. 11.1.18, los mismos emperadores (a. 381).

137. El texto original que pudo servir de base al postclásico de las Sentencias de Paulo, parece ser *Gai.* 2.280, aunque ésta no se refería más que a los legados. Los textos fueron después retocados y transformados por la jurisprudencia postclásica. La diferencia entre legados y fideicomisos, cada día más atenuada, tras las disposiciones del S. C. Neroniano, llega prácticamente a desaparecer tanto desde el punto de vista substancial, al equipararse en la constitución C.6.23.15, ambas figuras *mortis causa*, como desde el punto de vista procesal, con el procedimiento *extra ordinem*, que iguala también ambos institutos. GROSSO: *I Legati nel Diritto romano*, Turin, 1962, p. 127 ss.

138. El precepto de las *Pauli sententiae* resulta demasiado conciso, para poder deducir de él una doctrina clara sobre la *mora*. Por otra parte nos falta la *interpretatio* correspondiente del texto. En el pasaje se nos dice que la *mora* se produce, *cum postulanti non datur*, pero, ¿a qué se refiere el jurista postclásico, en esa alusión a la *postulatio*? ¿Hay que entenderlo en un sentido procesal y clásico como en el procedimiento formulario? Muy posiblemente no, ya que todas las instituciones procesales han sido transformadas con el procedimiento *extra ordinem*. Tal vez puede entenderse la *postulatio* con un sentido vulgar de reclamación. Si ello es así, la *mora*

lumbarse en el *duplum* de la condena, derivándolo, no de la antigua *infinitio* de la *actio ex testamento* —vinculada por su antiguo origen de la *manus iniectio* a la condena duplicada— sino de un concepto nuevo y punitivo del mero retraso ¹³⁹.

La idea, pues, de un *duplum*, sanción va haciéndose cada vez más clara en el Derecho romano vulgar, a la vez que en las constituciones imperiales —tal vez por consecuencia de la ancestral idea de la duplicación del *furtum*— el *duplum* va repitiendo como pena típica de multitud de delitos de carácter económicos: usurpaciones, defraudaciones, malversaciones de bienes públicos, etc. ¹⁴⁰.

En este ambiente jurídico crecieron y se desarrollaron los legados y fideicomisos, dejados por píos testadores creyentes que buscaban la paz del alma y la quietud de sus conciencias. Es el momento de la constitución leoniana en donde se exige que estas mandas piadosas sean cumplidas sin demora, *sine ulla cunctatione*. Ya hemos visto como estamos asistiendo a un fenómeno histórico

podría comenzar con cualquier indicio de esa reclamación del legatario, con tal de que fuese conocido por el heredero. *Vid. SIBER: Interpellatio und mora, cit., p. 60; LEVY: Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, cit., p. 113.*

139. Del concepto clásico y gayano (2.282) de la *mora* al postclásico sentido que toma el retraso culpable en el *Epitome* (2.7.8), existe ya una gran diferencia, como podemos ver a continuación:

Gai. 2.282

Item si legatum per damnationem relictum heres infictur, in duplum cum eo agitur; fideicommissi vero nomine semper in simplex persecutio est.

Epit. 2.7.8

Praeterea in hoc alia fideicommissorum et legatorum condicio est, quia fideicommissa, si tardius, quam scriptum sit, soluta fuerint, usurae et fructus debentur; legatorum vero usurae non debentur, sed ex mora solutionis, si per damnationem relicta fuerint, duplicantur.

140. C.3.35.5, Diocleciano y Maximiano (a. 293); C.Th.7.4.24 (C.12.37.9), Arcadio y Honorio (a. 398); C.Th. 14.15.5 (C.11.23.3, *idem* (a. 399); C.1.51.3.1, *idem* (a. 399); C.Th.11.8.2 (C.10.20.1) *idem* (a. 400); C.Th.11.7.16 (C.10.19.7.3) *idem* (a. 401); C.Th.16.10.24 (C.1.11.6) Honorio y Teodosio (a. 423); C.Th.14.16.3 (C.11.24.2.1), Teodosio y Valentiniano (a. 434); C.6.30.22.10, Justiniano (a. 531); C.1.17.2.22 (a. 533).

muy importante en la evolución privado-pública del ordenamiento jurídico. Un fenómeno de tipo general, pero que se reproduce y se manifiesta en muchas ocasiones concretas. Tal vez sea por ello, por lo que en la constitución C.1.3.28 del año 468 esté ya, en cierto modo, implícito el hecho de que esta sagrada obligación del heredero o de la persona gravada, medio privada y medio religiosa, montada sobre la mecánica iusprivatística de la *actio ex testamento*, pero cumpliendo una misión mucho más alta que la del puro interés individual del actor, se vaya acercando más cada día a aquellas otras obligaciones, nacidas *de publicis contractibus*, y en las cuales el cumplimiento debe ser inmediato y sin plazos, según la norma de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio ¹⁴¹.

10. La ley del emperador León ha sido como el primer paso para la configuración de una figura jurídica que va a dar su juego a partir de este momento hasta la época compilatoria y su texto legal pueda ser el precedente de la *mora ex re* que va a afectar a las obligaciones derivadas de todas las disposiciones *mortis causa* de carácter religioso, según expresamente lo establece Justiniano en el § 4 de su constitución C.1.3.45(46), del año 530. Ya hemos visto, como toda la jurisprudencia y la legislación anteriores, en los años vulgarizadores, ha dejado el terreno muy abonado para la formación definitiva de la *mora* objetiva de Justiniano, y así, unos meses antes de la constitución *Deo auctore*, el emperador llega de nuevo al concepto de *mora* delictiva, en una amplísima ley de aplicación general por la que se regirán todas las pías disposiciones que puedan hacerse al morir.

Un nuevo medio procesal establece también Justiniano en el § 6, una acción nueva —*condicticium ex lege actionem*— alejada cada vez más de la *actio ex testamento* tradicional, para que el devoto deseo, manifestado por el difunto por medio del legado o el fideicomiso, no quede sin cumplir. Se entiende en la ley, que esa sagrada obligación debe ser cumplida sin tardanza ni vacilación y

141. *Universi, quos in publicis contractibus manifestissimos debitores cognitio inquisitione convixerit, statim ut sententia fuerit promulgata, obnoxii redhibitioni teneantur nec illis aliquid ad excogitandas fraudes et versutias exercendas morae ac temporis relaxetur* (C.Th.11.36.27).

que, incluso, el mero retraso es ya algo delictivo que merece el castigo *in duplum*. No abandona el legislador la idea de este elemento penal y de su castigo correspondiente, aunque pretenda a veces, en un típico intento clasicista justiniano, vincularlo en viejos fundamentos tradicionales¹⁴². Por ello, y no obstante, ese sabor tradicional que manifiesta toda la constitución¹⁴³, la pura de-

142. En el § 7 de la constitución justiniana se nos dice que esta duplicación nace del no cumplimiento espontáneo, del mismo modo que entre los antiguos era normal cuando *ex infitiatione lis in duplum crescebat*. Hemos de advertir, sin embargo, que esta litiscrescencia o lo que de ella pueda quedar en estos tiempos justinianos es ya algo muy distinto de lo que fue el instituto clásico. En efecto, la *actio iudicati* perdió la litiscrescencia, y aunque conservó su antigua terminología, se ha matizado con un tono público de acuerdo con el procedimiento por libelo de esta época. (Puede verse: BIONDI: *Appunti in torno alla sentenza nel procedimento civile romano*, en *Scritti giuridici II*, p. 503; WENGER: *Actio iudicati*. Trad. de Goldschmidt y Pinter. Buenos Aires, 1954; LIEBMAN: *L'actio iudicati nel processo giustiniano*, en *Studi Bonfante III*, p. 399 ss.; LEVY: *Westen und Oesten in der nachklassischen Entwicklung*, cit., p. 242 ss.; LA ROSA, Franca: *L'actio iudicati nel Diritto romano classico*, Milán, 1963). También perdió la litiscrescencia la *actio ex testamento*, y la *actio depensi* y la *de modo agri* fueron transformadas. Conservaron el *duplum* aunque de un modo peculiar, la *actio legis Aquiliae* y la nacida del depósito necesario (puede verse ROTONDI: *Scritti giuridici II*. Milán, 1922; ALBANESE: *Studi sulla lex Aquilia II*. 1950, en *Annali Palermo* 21 (1954), p. 70 ss.

143. Toda la constitución C.1.3.45(46) trata de seguir una línea conservadora y clasicista, como resultante de una clara influencia escolástica por parte de los maestros de Berito y Constantinopla, principalmente. Por ello, al tratar de la *exsecutio* universal que ya es característica de los *publica iudicia* (I.4.18.2) y que también se da en esta reclamación de los pios legados sin pagar, en un supremo esfuerzo, trata de justificar esta intervención *quasi publica* (I.1.26.3) de todos los ciudadanos, relacionándola con la legitimación *cui voluerit civium*, propia de las acciones populares clásicas, en donde el *unus ex populo* actuaba, en cierto modo, por todos, *suum ius populi tuetur* (D.47.23.1).

El cumplimiento de los legados cristianos interesa también a todos, por una común razón religiosa —*pictatis ratio communis*—, con lo cual la posición del actor legitimado se nos manifiesta, como en la *actio de sepulchro violato* y en las otras acciones populares, a través de un interés privado-popular, como en los viejos tiempos edictales.

Vid. MURGA: *Ex lege condictio, una acción popular cristiana*. Comunicación en el Congreso de la Société internationale des Droits de l'antiquité, en Perusa, septiembre de 1967.

mora es ya "castigable" ¹⁴⁴, por el hecho de dejar pasar el tiempo, a pesar de la reclamación episcopal. Parece como adivinarse que esta morosidad en el pago de los legados benéficos, pueda ser algo más que una ofensa al común y vago sentido religioso, *cum enim pietatis ratio communis sit*. Determinadas obligaciones públicas han quedado igualmente sin cumplir y unos bienes destinados a la beneficencia han quedado detenidos o malversados. Por ello, tal vez, sea esta *mora* peculiar uno más entre los supuestos antiguos de la *mora ex re* que, en cierto modo, y sin formar nunca categoría propia, se dieron también siglos atrás ¹⁴⁵. Aquellos casos aislados, más o menos lógicos, punitivos unos, como la tradicional situación del ladrón, perpetuamente en *mora*, —*semper enim moram fur facere videtur* ¹⁴⁶— y privilegiados otros, como el beneficio singular que disfrutaron los menores de edad, merced a un decreto de Septimio Severo ¹⁴⁷ —que los convertía automáticamente en acreedores de intereses en todos los créditos en los que fuesen titulares, *non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium* ¹⁴⁸— vienen a ser ahora todos ellos, gracias a esta labor escolástica de

144. Aunque *ἡμπεροῖσι* no tenga un sentido rígido de castigar, sí adquiere un significado punitivo o, al menos, de corrección, muy adecuado para una tarea legislativa, y así es utilizado normalmente entre los clásicos griegos.

145. La doctrina moderna, siguiendo la opinión de SIBER, *ob. cit.*, p. 52 ss., y de MONTEL: *La mora del deudor*, *cit.*, p. 25 ss., considera que los juristas clásicos nunca conocieron el concepto de la *mora ex re*. Casos diversos y de ninguna manera homogéneos fueron agrupados en una categoría unitaria en tiempos justinianos, dando lugar a oportunos retoques en las fuentes (D.22.1.32.pr.; C.4.7.7, Diocleciano (a. 294), en donde aparece un curioso acusativo, sin sentido de *mora in rem*, obra de la glosa del texto. *Vid.* SEGRE: *Miscellanea csegetica*, en *Studi Brugi*, Palermo, 1910, p. 394 ss.

146. Ulpiano 27 *ad ed.* D.13.1.8.1.

147. *nam qua ratione decretum et a divo Severo constitutum est in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt.* (Ulpiano, 5 *fidic.* D.40.5.26.1.)

La misma idea del *minoris aetatis favor* se deduce del pasaje de Paulo 14 *resp.* D.31.87.1 y de las constituciones de Diocleciano (a. 290) C.2.40(41).3 y C. 4.49.5.

148. Paulo *liber sing. de usuris.* D.22.1.17.3.

los maestros de Berito y Constantinopla, un grupo único dentro de la figura de la *mora*, como retraso en la prestación¹⁴⁹.

El no cumplimiento de los legados píos y la *mora* específica en la que incurren las personas gravadas por ellos, según el § 4 de la constitución justiniana C.1.3.45(46), con su secuela de frutos, rentas y accesiones, sin que sea necesaria la *litis contestatio* y sin mediar previa *interpellatio*, están, sin embargo, más cerca de los supuestos delictivos, que de los casos de privilegios. Hemos de vencer, no obstante, para ello, la natural inercia que nos hace ver siempre en todas las innovaciones justinianas que, de alguna manera, pueden afectar a la Iglesia o a las *piae causae*, situaciones singulares de privilegio eclesiástico¹⁵⁰, sobre todo, en aquellas ocasiones, como esta que estudiamos, en la que, al retener el heredero gravado unos fondos destinados a la beneficencia, se produce una situación jurídica que es posible explicarla, sin salirse demasiado de las líneas generales de ordenamiento jurídico vigente. Por otra parte, dadas las expresivas palabras del propio legislador, mucho más cuadra, en nuestro caso, el concepto de *mora*-sanción —*dupli exactione castigari convenit*¹⁵¹— que el aparente de puro privilegio, como incluso pudiera deducirse de algún pasaje justiniano posterior¹⁵².

149. Al grupo de casos en los que el deudor incurría en *mora*, sin necesidad de previa *interpellatio*, fueron añadidos los supuestos de ausencia del *debitor* (D.22.1.23.1 y D.22.2.2), siendo para SIBER (*ob. cit.*, p. 71 ss.) y para MONTEL (*ob. cit.*, p. 146 ss.) obra de los compiladores este agrupamiento. KASER: *Das römische Privatrecht II, cit.*, p. 261, n. 8, cree que la elaboración sobre la doctrina de la *mora ex re* es muy anterior a Justiniano, remontándola a la primera época postclásica y muy en relación con la labor escolástica.

150. Como mero privilegio lo interpreta ELEFANTE, *ob. cit.*, p. 431, e incluso opina que su consideración como *mora ex re* fue obra de los peritos del Derecho romano medieval.

151. Trad. de Krüger.

152. Sin duda que un cierto sentido de privilegio parece que va adquiriendo con el tiempo, tanto en la Instituta, 3.27.7, como, sobre todo, años después, en la Nov. 131, c. 11, 3. Sin embargo, esto más bien reforzaría nuestra opinión, ya que el Derecho justiniano, a medida que se va alejando de los modelos clásicos que las escuelas bizantinas pudieron ofrecerle un día, configura las instituciones con arreglo a modelos cada vez más excepcionales.

Solamente nos quedaría determinar qué tipo de delito estará en la *mens legislatoris*, al menos como modelo analógico, cuando quiso reglamentar este curioso incumplimiento. Que se trata de una injusta retención parece evidente. Tal vez, el pensamiento de Justiniano se mueva entre el concepto del *furtum*, ya tan amplio por la labor jurisprudencial, y algún otro delito público, más cualificado, como el *peculatus* o, quizá mejor, la situación delictiva prevista por la *lex Iulia de residuis*. También es posible que opere en este tipo de legados y fideicomisos en favor de la Iglesia, de las *piac causae*, del culto de los santos o, en general, en beneficio de pobres y cautivos, una influencia ideológica cristiana que nunca deberemos olvidar. Durante docenas de años, en sermones y homilías, la predicación de la Iglesia ha venido insistiendo en la limosna y fomentando las generosas dádivas de los fieles, con un enfoque ascético que nos aleja cada vez más de las características de la donación y de la liberalidad.

Por distintas vías, llegaron los Padres al mismo final: lo que se da a los pobres o se emplea en exigencias de la caridad, en cualquiera de sus formas, no es más que una devolución de lo que ya a Dios era debido¹⁵³. Al faltar, pues, dentro de estos legados y disposiciones *mortis causa* el elemento típico de liberalidad, que parece exigir la jurisprudencia romana y sobre todo, el Derecho justinianeo¹⁵⁴, obtenemos una gran luz para comprender, aún dentro de su anomalía privilegiada, estas curiosas figuras *mortis causa* que tienden a escapar, de la vieja norma limitativa de los legados, contenida en la *lex Falcidia*, al plantear estas mandas piadosas como radicalmente fuera del campo de los legados o, todo lo más, como supuestos encajables dentro de la categoría extraordinaria del *legatum debiti*.

153. Sobre todo, a través de las homilías de San Juan Crisóstomo se va llegando a una idea más o menos común de una limosna-*debitum*, cada día más alejada del concepto de la gratuidad. Vid. MURGA: *Las prácticas consuetudinarias*, cit.

154. Aunque no muy perfecta la técnica definitoria de los juristas romanos, parece deducirse, dentro de los legados, la existencia de un elemento común de liberalidad. Así Modestino, en su *libro tertio pandectarum*, dice *legatum est donatio testamento relicta* (D.31.36), repitiendo luego la *Instituta* una idea parecida: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta* (I.2.20.1).

Si la influencia cristiana de la predicación fue verdaderamente tan poderosa, como parece deducirse de toda la producción cultural y literaria de la edad de oro de los Padres griegos, se entendería mejor toda esta fase final del Derecho romano justinianeo y, con ella, el carácter en cierto modo lógico de muchas figuras jurídicas, aparentemente privilegiadas y que constituyen el núcleo central del *ius singulare ecclesiasticum* de estos años.

Si ello es así, la idea de un *furtum*, especialmente agravado, por el destino religioso-benéfico de los bienes, aproximaría algo la injusta retención del heredero y su tardanza en cumplir la pía voluntad —*pium propositum*, según la expresión del emperador León— del difunto, con aquella inmoral conducta tipificada en la *lex Iulia de residuis*¹⁵⁵. En efecto, todos los casos previstos por la ley podrían ser aplicables, si consideramos los bienes destinados a la beneficencia, como *pecunia publica*:

Lege Iulia de residuis tenentur, qui publicam pecuniam delegatam in usum aliquem retinuit neque in eum consumpsit. (Paulo, 11 *ad Sab.* D.48.13.2.)

*Lege Iulia de residuis tenentur is, apud quem ex locatione, emptione, alimentaria ratione, ex pecunia quam accepit*¹⁵⁶ *aliave qua causa pecunia publica resedit. Sed et qui publicam pecuniam in usu aliquo acceptam retinuerit nec erogaverit, hac lege tenentur.* (Marciano, 14 *inst.* D.48.13.5 pr. 1.)

Eum, qui pecuniam publicam acceptam in usus aliquos retinue-

155. En el Derecho justinianeo queda vigente el antiguo delito, tanto en el Digesto (48.13.2 y 48.13.5.pr) como en la *Instituta* (4.18.11). También es posible, sin embargo, que el delito de la *lex Iulia de residuis* no fuese absolutamente distinto del *peculatus*, sino más bien supuestos derivados de esta misma figura delictiva. También pudiera ser que la propia *lex Iulia* que, a través de la *Instituta*, se nos aparece como una ley autónoma, no fuese en realidad sino un capítulo de la *lex Iulia de peculatus*. Puede verse: MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, p. 760 ss.; REIN: *Kriminalrecht der Römer*, Leipzig, 1844, n. ed. fotogr., 1962, p. 762 ss.; CUQ: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, s. v.* MAYER-MALY: *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *RIDA* 12 (1965), p. 446 ss.

156. El orden de la frase del texto correspondiente sería más bien el siguiente:

apud quem ex pecunia quam accepit ex locatione emptione alimentaria ratione aliave qua causa pecunia publica resedit. (MommSEN, *ad h. t.*)

rit nec erogaverit hac lege teneri Labeo libro trigensimo octavo posteriorum scripsit. (Paulo, *sing. de iudiciis publicis*, D.48.13.11.6.)

Como es lógico, la equiparación no pudo ser absoluta, ya que en nuestro caso se trata tan sólo de una situación contigua a lo penal y próxima al delito. El moroso que tarda en pagar el legado o retrasa el momento de poner los bienes a disposición del obispo o del administrador de la *veneribilis domus* designada en el testamento, no ha entregado aun propiamente en la situación prevista por la *lex Iulia*, no obstante, toda la amplitud que posiblemente alcanzó esta figura delictiva¹⁵⁷. Sin embargo, la distancia no es demasiado grande, sobre todo en esta época, y ello, no sólo porque el delito clásico de la *lex Iulia de residuis* abarcó fundamentalmente toda una extensa gama de delitos de omisión¹⁵⁸, sino también porque existe una tendencia muy típica dentro de la mentalidad post-clásica, con su fuerte sentido de represión criminal, a configurar nuevos delitos en las situaciones de proximidad a ellos¹⁵⁹. Por ello, si los bienes donados o legados fueron destinados a atender a necesitados, a redimir cautivos o a socorrer huérfanos —convertidos ya esos bienes en *pecunia publica*, por su destino— al ser malversados o simplemente retrasada su entrega, la situación resultante se acerca al *peculatus* y a las figuras previstas por la *lex Iulia*. Pero también, si el destino que el piadoso testador impusiera a sus bienes fuese religioso o directamente afectado al culto de los Santos, a la reconstrucción de iglesias o monasterios, etc., ocurre una cosa parecida con la postura y situación del moroso gravado. Tal vez, se haya alejado un poco más de la *lex Iulia* y de sus malversaciones de fondos públicos, pero se ha acercado en este caso al

157. El delito de la *lex Iulia de residuis*, aunque naciese del *peculatus*, corresponde a una época de una mayor riqueza de figuras y en donde el mal uso de los bienes públicos da lugar a una más variada gama de posibilidades delictivas. MAREZOLL: *Observationes ad legem Iuliam de residuis*. Leipzig, 1843.

158. Este es el sentido que puede deducirse de la *Oratio pro Sulla*, de Cicerón, y como delito de omisión lo configura también REIN: "Daher ist dieses Vergehen mit Recht mehr als ein Unterlassen, denn als ein positives Verbrechen bezeichnet worden", *ob. cit.*, p. 696.

159. LAURIA: *Calumnia*, en *Studi Ratti*, Milán, 1934, p. 97 ss.

delito económico de *sacrilegium*, al adquirir los bienes hereditarios al sello de *pecunia sacra* ¹⁶⁰.

La fuerte conciencia cívica que ayudó a los paganos de la República y del Alto imperio a imponer una utilización limpia e incorruptible de los bienes públicos o religiosos, fuera de toda molesta sospecha, y que sirvió, a lo largo de muchos procesos famosos ¹⁶¹, para perfilar las antiguas figuras delictivas, es trasladada, con el advenimiento de los nuevos principios ideológicos del Bajo imperio y del ordenamiento político bizantino, a la concepción romano-cristiana sobre el empleo de los bienes afectados a una finalidad sagrada o pública. Por ello, esta situación predilectiva de no cumplimiento del legado piadoso o de la simple *mora* que aparece en el párrafo 4 de la constitución justiniana están basados en la idea de una presunción de *animus* delictivo y que provoca inmediatamente el *duplum* de la condena y el incurrir en la responsabilidad de la *mora*, sin necesidad de *litis-contestatio* ni *interpellatio*.

No debió ser ajena, en este encuadramiento clásico y científico, la culta práctica, jurídica y escolástica, de Bizancio, ya que en todo el oriente prejustiniano parece notarse esta misma tendencia en el enfoque de la *mora*-sanción ¹⁶² e incluso, en el propio Dere-

160. Incluso etimológicamente *sacrilegium* (de *sacra* y *legere* = *furari*), nos indica una figura delictiva muy próxima al *peculatus*. *Sublegere furari est, unde et sacrilegus dicitur, qui sacra legit, id est furatur* (Servius Honoratus ad *Virg. Ecl.* IX, 21). Vid. MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*, cit., p. 762 ss.; REIN: *Kriminalrecht*, cit., p. 691 ss.; BRASIELLO: *La repressione penale in Diritto romano*, Nápoles, 1937, p. 76 ss.; PFAFF en *Realenziklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, Pauly Wissowa, s. v. Como es lógico, en la edad postclásica el delito sufrió las naturales alteraciones, ante las nuevas concepciones cristianas y políticas. Vid. BIONDI: *Diritto romano cristiano III*, cit., p. 464 s.; LEVY: *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, en *BIDR* 45 (1938), p. 144 ss. (*Gesammelte Schriften II*, p. 493 ss.); SECKEL-HEUMANN: *Handlexikon*, s. v.; DE RUGIERO, en *Studi Cagliari* 1, p. 140.

161. Muchas son las referencias que nos llegan de la antigüedad clásica con relación a famosos procesos de este tipo. Así, por ejemplo, el seguido contra los dos Scipiones (Cicerón: *Verr.* 1, 21), contra Cn. Pompeyo Magno, hijo y heredero de Q. Pompeyo Strabo, con relación al botín recogido en la batalla de Ausculum (Cicerón: *Brut.* 64; Val. Max.: 5.3.5, y muchos otros.

162. En oriente y quizá con más precisión se fue llegando a soluciones parecidas, dentro de la misma práctica negocial, a través de multas como

cho justiniano, existe; igualmente casos de *mora* objetiva, que no están exentos tampoco de un cierto matiz de presunta culpabilidad¹⁶³.

Cabe finalmente pensar, al examinar todo este estado de cosas, si tal vez la constitución justiniana C.1.3.45(46) y su peculiar manera de enfocar los piadosos legados sin cumplir, no fuera sino el resultado final de un efecto reflejo operado por el cambio de mentalidad en la marcha ascendente y expansiva del poder público. En efecto, todo el ordenamiento justiniano, sobre todo a partir del año 530 —fruto científico de la compilación—, está orientado, al menos idealmente, por una especial tendencia legislativa a unir el Derecho romano clásico y tradicional del edicto y de los juristas de la edad de oro con las innovaciones más recientes e incluso revolucionarias impuestas por el desbordamiento apresurado de las nuevas formas de vida¹⁶⁴. Los juristas formados en las escuelas famosas y cuya proximidad al órgano legislativo se hace patente a partir de estos años, tratan de dar entrada a las antiguas acciones, dentro del nuevo orden jurídico justiniano. Esta especie de injerto procesal de la época clásica, dentro de los moldes nuevos, esta armonía de lo científico y lo práctico, parece también adivinarse en nuestra constitución. Un supremo esfuerzo para poder colocar

sanciones al retardado cumplimiento. Estas multas solían alcanzar el 50 % del capital prestado o debido (Ἐμολίον), MITTEIS-WILCKEN: *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde II-1.^a*, p. 119; TAUBENSCHLAG: *Geschichte der Reception des römischen Privatrechts in Aegypten*, en *Studi Bonfante I*, p. 417; *Id.*: *Der Einfluss der Provinzialrecht*, en *Atti Congresso, Roma I*, p. 281 ss.

163. C.4.66.2 (a. 529), para el enfiteuta que retrasó un trienio el pago o la entrega de las *apochae tributorum*; C.5.12.31.5 (a. 530), para el supuesto de dote prometida y no entregada, tras dos años de espera; C.5.13.1.7b (a. 530), para un caso de restitución de dote.

164. Ya este modo de actuar había sido, durante muchos años, el criterio propio de las Escuelas orientales, de lo cual es un ejemplo el catálogo griego sobre las acciones, como un cierto deseo de armonizar, en lo posible, las acciones clásicas en el molde nuevo de la *cognitio extra ordinem*. *Vid.* COLLINET: *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, en *Etudes historiques sur le Droit de Justinien*, París, 1947, p. 82 ss.; FERRINI: *Sull'opuscolo greco intitolato 'de actionibus'*, en *Rendiconti del Istituto Lombardo II*, 26 (1893), p. 717 ss. (*Opere I*, p. 365 ss.).

el incumplimiento y el retraso dentro del marco de las figuras clásicas conocidas, más o menos deformadas ya por los años transcurridos y por los cambios ideológicos, políticos y sociales. Sin embargo, el montaje, quizá algo artificial, de estos legados, fideicomisos, donaciones *mortis causa*, etc., que cumplen una finalidad pública y estatal de beneficencia y que, no obstante, van encajonados en el vehículo de las figuras jurídicas del Derecho hereditario clásico, no puede resistir demasiado tiempo, y quince años más tarde, en la Novela 131 (c. 10, 11 y 12), casi se ha consumado ya ese desplazamiento hacia la esfera de lo público, adquiriendo la norma imperial un tono distinto de aquel que presidió la política legislativa de los primeros años justinianos. Como consecuencia de todo ello ha resultado que las personas gravadas por legados y fideicomisos píos van teniendo un trato cada día más parecido al que pueden tener los deudores del fisco.

11. d) *Régimen excepcional de los patrimonios originados por los negocios "in bonum animae"*.—Un fenómeno paralelo y semejante al que acabamos de estudiar es el que va a producirse en toda la compleja normatividad imperial, reglamentadora de esas masas de bienes que, con el paso de los años, los negocios *pro animae salute* han ido almacenando en manos, casi siempre, de la Iglesia ¹⁶⁵.

También aquí se produce una lenta y silenciosa transformación privado-pública en estos patrimonios que, siendo originariamente de carácter particular, tenderán a cumplir, sin embargo, una misión estatal y administrativa. Pero aún, si cabe, el problema es ahora más complejo porque, además de las notas de inalienabilidad e inembargabilidad —en cierta manera lógicas— que vinculan y dan cohesión a estos conjuntos patrimoniales de bienes afectados por su pío destino religioso o benéfico, otros fenómenos, no menos interesantes, se esconden y subyacen en estas prohibiciones imperiales de alineación y que, *ratione pietatis*, se van repitiendo incesantemente, sobre todo, en la segunda mitad del siglo v y en el Derecho justiniano. Nos referimos especialmente al papel, tal vez no consciente, que la inalienabilidad va a desempeñar en la protección de estos

165. GAUDEMET: *L'Eglise dans l'Empire romain*, cit., p. 288 ss.

patrimonios. No deja de ser significativo la coincidencia cronológica que presentan las leyes imperiales que consagran la inalienabilidad de la *res ecclesiasticae* y aquellas otras que ponen los cimientos de la personalidad jurídica de los entes colectivos: establecimientos benéficos, *venerabiles domus* e, incluso, las propias masas de bienes destinadas por el fundador a un fin concreto de carácter espiritual. En efecto, es en la segunda mitad del siglo v cuando comienzan estos entes morales a tener una cierta autonomía jurídica, como algo independiente de la personalidad de la Iglesia, bajo cuya sombra anduvieron muchos años protegidos. Es entonces cuando la ley imperial se ve forzada por las circunstancias a explicar *ex novo* toda una reglamentación detallada para estos bienes, en cierta manera, indefensos, frente a las apetencias y la codicia de los propios clérigos administradores¹⁶⁶.

También, en este aspecto, los primeros pasos del nuevo régimen jurídico fueron muy prudentes, apoyándose exclusivamente en los viejos textos romanos, a través, naturalmente, de las reelaboraciones postclásicas. Probablemente no hubo otra base inicial para construir una muralla defensiva alrededor de estos bienes, aportados por la piedad de los fieles y llamados a cumplir tan alta misión, que aproximarlos lo más posible —dándoles así una mayor estabilidad— a las *res divini iuris*, según la *summa divisio gayana* (2, 2)¹⁶⁷, conservada y modernizada por el autor del Epítome (2.1.1.) en esta época cristiana.

166. El régimen fiduciario o la misma carga modal impropia, con los que casi siempre estos bienes eran transmitidos, facilitaba muchas veces una impune malversación. Este hecho no debió ser raro, porque son frecuentes los ejemplos que nos proporcionan las fuentes históricas y los mismos cánones consiliares condenatorios de estos excesos. Este fue el caso de aquel clérigo ambicioso, Ibas de Edesa, condenado en el concilio de Calcedonia, THOMASSIN: *Ancienne et nouvelle discipline, cit.*, VII, p. 88 ss.

167. PERNICE: *Labec I*, p. 255 ss.; LENEL: *Das Edictum perpetuum*, p. 456 ce.; GALANTE: *La condizione giuridica delle cose sacre*. Turín, 1903; BONFANTE: *Corso II-I.ª*, p. 17 ss.; SCIALOJA: *Teoria della proprietà nel Diritto romano I*, 1933, p. 141 ss.; SEGRE: *Corso. Le cose, la proprietà e gli altri diritti reali*, 1926, p. 19 ss.; GROSSO: *Appunti sulle distinzioni delle 'res' nelle istituzioni di Gaio*, en *Studi Besta I*, p. 33 ss.; SCHERILLO: *Lezioni di Diritto romano. Le cose*, Milán, 1945, p. 40 ss.; KASER: *Das römische Privatrecht I*, p. 320 ss.

Grande fue, sin embargo, en un espacio de tiempo tan largo, entre un texto y otro, la evolución producida, y largo fue también el camino recorrido para poder incluir, entre las cosas divinas, estos patrimonios cuasi eclesiásticos. Ya en el lejano siglo II de Gayo, las estructuras sociológicas habían cambiado tanto que las antiguas cosas *sanctae*, no obstante su inclusión en el elenco del jurista clásico, ya habían, en la práctica, desaparecido, al menos con tal calificación, absorbidas en un rápido proceso de secularización¹⁶⁸. Por otra parte también, la propia esfera de lo público había ido ensanchándose cada vez más, abarcando incluso en cierto modo a todas las cosas divinas, ya que, por lo menos, para poder gozar de tal calificación no sólo era necesaria la ceremonia sacral¹⁶⁹, sino un requisito estatal previo de autorización, a través de una *lex*, senadoconsulto o permiso imperial¹⁷⁰.

168. Parece lo más probable que en la época de Gayo las *res sanctae* habrían ya desaparecido como tales, no obstante su inclusión en el texto de la *instituta*. En las clasificaciones de otros juristas ya no suelen aparecer, siendo absorbidas en la moderna categoría de las *res publicae* (Paulo 63 *ad ed.*, D.43.1.2.1; Ulp. 52 *ad ed.*, D.39.1.1.1). Es posible, por tanto, que Gayo, al confeccionar la clasificación en su obra, hubiese tenido en cuenta algún viejo modelo jurisprudencial, en cierto modo superado. *Vid.* ARCHI: *La summa divisio rerum in Gaio e in Giustiniano*, en *SDHI* 3 (1937), p. 11 ss.; SOLAZZI: *Quodam modo nelle Istituzioni di Gaio*, en *SDHI* 19 (1953); *Id.*: *Ritorni su Gaio*, en *IURA* 8 (1957), p. 1 ss.

169. Nada o muy poco sabemos del rito concreto de la consagración o *dedicatio*. Sólo nos consta su existencia, habiendo llegado hasta nosotros algunas fórmulas sacrales a través del *Corpus inscriptionum* (*CIL* III, 1, 1933). En la época clásica, se basaba en un acto unilateral verificado por el magistrado y asistido por el pontífice que le sugería las palabras adecuadas. A partir del momento de la *dedicatio*, la cosa dejaba de ser de Derecho humano, y desde entonces sólo el Derecho público podía proporcionar la necesaria tutela jurídica a los bienes sagrados: *Videamus, de quibus rebus interdicta competunt: et sciendum est interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere: divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis...* (Ulp. 67 *ad ed.*, D.43.1.1.pr), SCHERILLO: *Lezioni*, *cit.*, p. 40.

170. El hecho de que el *populus* tuviese la última palabra, a través de la autorización previa de la *dedicatio*, hacía pensar a MOMMSEN: *Römisches Staatsrecht II*, Leipzig, 1887, p. 59 ss., que ya bajo el substractum de la *res sacrae* apareciera el *populus*, como auténtico titular de las mismas, si- quiera fuese de un modo inconsciente. Esa autorización previa seguiría los avatares de la política romana, pasando de los comicios al Senado, de la

Dentro de la línea general evolutiva del Derecho civil romano, es muy posible también que con las ceremonias religiosas y con los ritos sucediera algo parecido a lo que ocurrió con las formas contractuales. Una cierta tendencia hacia la liberalización y la mitigación de los requisitos formales¹⁷¹ hacía entrever, sobre todo en la época clásica más tardía¹⁷², que lo verdaderamente esencial —más que la consagración y que el acto administrativo paralelo— era el destino que esas cosas pudieran tener. Ese destino sagrado hace a las cosas divinas sin otros requisitos, como el propio Ulpiano parece querer decirnos en algún texto, en el cual vemos cómo

lex al senatusconsultum, para llegar, por fin, en la época imperial más tardía, a quedar sometida al arbitrio del príncipe. Tal vez por ello en un texto de Valente (Krüger lo cree de Venuleyo), en el que se habla de esta consagración, aparece una glosa explicativa que concreta históricamente la misión del emperador: *aut quid publice consecraverit permissu scilicet imperatoris...* (7 act., D.36.4.15), que ha sustituido ya, con su autorización, el antiguo papel del *populus* en la república.

171. Seguramente afectó también a los ritos sacrales y a las ceremonias religiosas el proceso de simplificación general que puede observarse en los requisitos formales de la negociación romana. Es lógico, sin embargo, que esta mitigación fuese mucho menor y que operase de un modo más lento que en la esfera de lo secular, ya que los fenómenos religiosos son siempre mucho más retardados en su evolución. Algo de esto parece desprenderse del testimonio de Cicerón: *de domo sua ad pontifices oratio*, 53, 136, y *Epistulae ad Atticum*, 4, 2, 33.

172. Existen testimonios de algunas mentes más elevadas que, incluso, desde épocas más antiguas habían intuido que lo sagrado le venía a las cosas por alguna razón más honda que el puro rito de la consagración. Así, Aulo Gelio (*Noct. att.* 4, 9), al estudiar, con curiosidad de erudito, el origen etimológico del término "religiosus", trae a colación la opinión de M. Sabino, *in commentariis, quos de indigenis composuit*: Es suficiente para que una cosa sea religiosa —en el sentido amplio de cosa divina— que *propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis sit*. Es por ello —concluye Gelio— por lo que *religiosus* viene simplemente de *reliuendo*. También Macrobio, ya en el Bajo imperio, pero gran investigador de la antigüedad romana, comenta un viejo texto de Trebatius en donde parece quedar claro que verdaderamente lo que hace sagradas a las cosas es su destino: *Sacrum est, ut Trebatius libro primo de religionibus refert, quicquid est, quod decorum habetur. Eo accedit, quod Trebatius profanum id proprie dici ait, quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietatemque conversum est. Saturnalia*, 3, 3.2-4.

ciertas cosas no consagradas, pero destinadas de hecho al servicio de lo divino, participan igualmente de la disciplina general de las *res sacrae* ¹⁷³.

Esto era lo máximo con lo que se podía contar en el siglo IV y en gran parte del siglo V para poder proteger estos patrimonios donados, legados o dejados en herencia para fines píos: aprovechar esta tendencia general ya iniciada a sustraer del comercio de los hombres, al igual que las cosas divinas o sagradas, aquellos otros bienes que en cierta manera cumplen un fin religioso y cercano a lo sacral. Ya podemos entender que, muchas veces, no era suficiente esta interpretación extensiva del texto gayano, porque, frecuentemente, ni siquiera eran estos patrimonios estrictamente cosas eclesiásticas, ya que la mecánica fiduciaria o modal empleada en el negocio jurídico dispositivo no facilitaba la base suficiente para poder considerar a la Iglesia como auténtica titular de los mismos.

Tampoco en la doctrina de los Santos Padres —fundamento último de las soluciones jurídicas cristianas— está del todo clara la distinción entre las cosas que son sagradas en virtud de la consagración pontifical y aquellas otras que lo son tan sólo por el destino piadoso, más o menos amplio, que pueden tener ¹⁷⁴. Falto, pues, el ordenamiento jurídico postclásico de una reglamentación legal apropiada para estos patrimonios dejados en herencia y en legados piadosos, no hubo más remedio que acudir a los viejos procedimientos cautelares de las prohibiciones de alienar y de las multas testamentarias, que tan frecuentes fueron en las fundaciones

173. *Illud notandum est aliud esse sacrum locum, aliud sacrarium, sacer locus est locus consecratus, sacrarium est locus, in quo sacra reponuntur quod etiam in aedificio privato esse potest, et solunt, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde evocare.* (Ulp. 68 *ad ed.*, D.1.8.9.2.)

También el jurista Paulo, con relación al delito de sacrilegio, nos dice en su *liber singularis de iudiciis publicis* (D.48.13.11[9].1), que incurren también en el delito los que se apoderan de las cosas sagradas de los particulares. Esta figura delictiva tiende en el texto a cobrar autonomía, separándose del *furtum* común y aproximándose al *sacrilegium*, a pesar de no existir la correspondiente *dedicatio*: *amplius quam fures minus quam sacrilegi merentur.*

174. FERRINI: *Postille giuridiche all'epistola XX di S. Ambrogio diretta alla sorella Marcelina*, en *Opere II*, p. 487 ss.

sepulcrales romanas¹⁷⁵. Muchas veces no quedaba al precavido causante, que quisiera evitar el peligro de dilapidación de la herencia o el legado dejados *in bonum animae*, otro camino que este antiguo sistema de las fundaciones funerarias, única solución posible, sobre todo en aquellos supuestos como son los legados periódicos dejados para limosnas o para el culto, en los cuales la conservación de los bienes raíces constituye el único soporte estable para poder cumplir la voluntad testamentaria.

Aún se abría otra pequeña puerta a estas masas de bienes tan necesitadas de protección en unos modestos tanteos ofrecidos por un ordenamiento jurídico distinto del imperial. En efecto, antes de que los emperadores hubieran intervenido en esta espionosa materia, reglamentando el estatuto patrimonial de estas peculiares *res ecclesiasticae*, la naciente legislación de la Iglesia trataba de poner las primeras piedras en la doctrina jurídica de la inalienabilidad, con las prohibiciones de enajenar, emanadas de algunas disposiciones.

175. En plena época clásica fueron frecuentes estas prohibiciones dentro del ámbito del Derecho sepulcral. Era frecuente en las tumbas lujosas la existencia de multitud de accesorios: huertos, depósitos de aperos, viviendas para jardineros o guardiacas, etc. Este conjunto de bienes no era estrictamente una *res religiosa*, ya que sólo podía gozar de este carácter —y de la inalienabilidad consiguiente— el *monumentum* o sepulcro. Tanto la jurisprudencia como la legislación imperial clásicas, habrán visto ya claramente la distinción, como podemos deducir de Ulpiano (25 *ad ed.*, D.11.7.6.1) que cita un rescripto de los *dixi fratres*, en donde se sienta esta doctrina. También en una constitución del año 245, recogida en el *Codex* justinianeo (3.44.9), se dice que sólo es *res religiosa* la sepultura propiamente dicha. El resto, el campo sepulcral y los accesorios, pueden ser vendidos. Es por eso por lo que, si el testador quería evitar la disolución de este conjunto funerario, tenía que prever prudentemente una serie de cláusulas testamentarias de inalienabilidad.

Existe una abundantísima bibliografía sobre esta materia, por lo que nos reducimos a la más significativa: FERRINI: *De iure sepulcrorum apud romanos*, en *Opere IV*, p. 12 ss.; D'ORS: *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, p. 410 ss.; *Id.*: *Epigrafía jurídica greca e romana*, en *SDHI* 20 (1954), p. 481 ss.; DE VISSCHER: *Le Droit des tombeaux romains*, Milán, 1963, p. 196 ss.; *Id.*: *Les fondations privées en Droit classique*, en *RIDA* 2 (1955), p. 197 ss.; LUZZATTO: *Epigrafía jurídica greca e romana*, en *SHDI* 17 supl. (1951), p. 307 ss.; también, sobre este tema de las *prohibitiones alienandi*, puede verse *FIRA III*, p. 252 ss.

sinodales que van saliendo a la luz, en la segunda mitad del siglo iv, a través de los concilios provinciales¹⁷⁶.

Es bastante probable que fuera precisamente como consecuencia de esta doctrina eclesiástica, extendida más tarde a toda la Iglesia universal¹⁷⁷, por lo que la propia jurisprudencia postclásica se pudo sentir inclinada, mediada ya esta centuria, a considerar como cosas divinas estos patrimonios —*patrimonia ac substantiae*— afectados a un destino religioso. Los principios vulgarizadores supusieron para el Derecho romano de estos años, por una parte, un incremento de la secularización, ya iniciada desde mucho tiempo atrás, de la esfera de lo público —antiguas *res sanctae*— y, por otra, la aparición de nuevas cosas sagradas o, al menos, una revisión de lo sacro, en concordancia con las nuevas orientaciones eclesiásticas imperantes. Así, la clásica extracomercialidad gayana de las cosas divinas aparece ya en una interpretación mucho más amplia en el Épitome¹⁷⁸, de tal modo, que según el texto postclásico (2.1.1) no sólo las cosas estrictamente consagradas¹⁷⁹, sino también las que, de alguna manera, pueden asimilarse a ellas quedarán fuera del comercio humano, inalienables *ex natura rei*:

176. Son muy frecuentes las disposiciones de los concilios de la Iglesia africana, en orden a la inalienabilidad de estos patrimonios cuasi eclesiásticos. Ya en la segunda mitad del siglo iv parece una doctrina admitida de modo general, y en el Concilio de Cartago del año 411 (*Codex eccl. afric.* c. 26 y 33) la doctrina queda expuesta con toda claridad. No sería extraño —piensa GAUDEMET: *L'Eglise dans l'Empire romain, cit.*, p. 310 s.— que esta primera protección de los bienes dejados a la Iglesia coincida con el papel de administrador, y no titular, que va teniendo el obispo.

177. Son importantes en este aspecto, sobre todo, las epístolas de San León Magno, a. 440-461 (*Epist.* 17, *PL.* 54, 703); San Hilario, a. 461-468 (*Epist. acc. merov.* 1, 27-28) y San Gelasio, a. 492-496 (*Epist.* 16, *PL.* 56, 770). En todas estas obras se hace un continuo llamamiento a la doctrina de la inalienabilidad, sin más limitación que la autorización episcopal.

178. HIRTIG: *Beiträge zur Kenntniss und Würdigung des sogen. westgothischen Gaius*, en *ZS* 14 (1893), p. 202 ss.; CONRAT: *Die Entstehung des westgothischen Gaius*, 1905; ALBERTARIO: *Sull'Épitome Gai*, en *Atti Congresso, Roma I*, p. 502 ss.; ARCHI: *L'Épitome Gai, cit.*, p. 225 ss.; *Id.*: *La summa divisio rerum, cit.*, p. 15 ss.

179. También sobre la ceremonia de la consagración o *dicatio* influyeron necesariamente las nuevas directrices religiosas para dar paso a las formas litúrgicas episcopales correspondientes. Años más tarde, aparecerá

Divini iuris sunt ecclesiae, id est, templa Dei, vel ea patrimonia ac substantiae, quae ad ecclesiastica iura pertinent.

No deja de ser significativa esta alusión a los *patrimonia ac substantiae*, en el texto. Supone para nosotros un dato precioso, dada la posible fecha del Epítome, para precisar el momento aproximado de esta aparición legal de los conjuntos patrimoniales y fondos piadosos, inicialmente sometidos a las vicisitudes del Derecho privado, y tratados ya aquí con la consideración propia de la *res divini iuris*. El autor del Epítome ha sabido abstraer a estos fondos, aportados un día por la piedad privada, de la peligrosa situación en la que podrían encontrarse, dada su misma inestabilidad ante el ordenamiento jurídico, colocándolos bajo la denominación protectora y común de *res divini iuris*. Con ello, la fuente postclásica ha abierto la brecha definitiva en un concepto de lo sacro, ya por otra parte bastante desdibujado, como tuvimos ocasión de ver, facilitando con ello el camino de las abundantes constituciones imperiales que, a partir de este momento, comenzaran a reglamentar el estatuto privilegiado de estos patrimonios especiales.

12. ¿Cuál fue exactamente la postura legislativa imperial en esta complicada materia? Los primeros pasos de las constituciones imperiales fueron forzosamente bastante tímidos. Por otra parte, ya hemos visto cómo la propia legislación no se vio libre de las tendencias vulgarizadoras¹⁸⁰, mostrando unos síntomas parecidos a los manifestados por la jurisprudencia postclásica. Si esto fue así, no nos puede extrañar que en esta materia la directriz imperial haya caminado por los mismos derroteros y haya tendido, lo mismo que la jurisprudencia de su época, a aplicar extensivamente el aspecto inalienable de lo sacro a aquellos otros bienes que de una manera amplia venían cumpliendo una misión espiritual o religiosa.

No es, por otra parte, muy forzada esta interpretación del De-

ya claramente en la *Instituta* (2.1.8): *Sacra sunt, quae rite et per pontifices deo consecrata sunt*. Sobre la posible influencia eclesíastica en estos aspectos del Derecho justinianeo, *vid.*: CONRAT: *Römisches Recht im frühesten Mittelalter*, en *ZS* 34 (1913), p. 29, n. 1.

180. LEVY: *Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht*, *cit.*, p. 289 ss.

recho romano vulgar, porque, no sólo contaba en su favor los precedentes históricos del Derecho sepulcral, con su tendencia a cohesionar la tumba —única cosa *divini iuris*— y las pertenencias, sino que en general, en todo el Bajo imperio, parece notarse un intento parecido de agrupación de bienes, a la sombra de algún ente moral, cuya personalidad sea indiscutida¹⁸¹. Muy posiblemente este fenómeno, no sea sino la otra cara de la moneda en el problema difícil de la aparición de la personalidad jurídica colectiva. Al existir, de hecho, patrimonios afectados a un fin, abriéndose camino a través de fórmulas más o menos arbitrarias, estos bienes —al menos los inmuebles— comienzan una maniobra de aproximación hacia aquellas estructuras reconocidas y de cuya disciplina especial pueden beneficiarse. Es por esto, por lo que en algunas constituciones, ya desde finales del siglo IV —junto con las masas patrimoniales perfectamente admitidas, como las formadas por los bienes del Estado y del fisco¹⁸² y de la *domus divina*¹⁸³ y utilizándolas posiblemente como modelo ejemplar— comienzan a insinuarse estas *res* eclesiásticas, formadas por bienes no directamente sagrados, sino simplemente destinados a cumplir una misión piadosa. Misión o destino que, por otro lado, no anda muy lejos, en su infinita variedad de formas, de los fines propios de un Estado universalizado y cristiano¹⁸⁴.

181. LEVY: *Oströmischer Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches*, cit., p. 296 s.; STEINWENTER: *Über einige Bedeutungen von "ius" in den nachklassischen Quellen*, en *IURA* 4 (1953), p. 135 ss.

182. *Fundus iuris publici* o *iuris rei publicae*: C.Th.10.3.4, Graciano, Valentiniano y Teodosio (a. 383); C.7.38.2, Valentiniano, Teodosio y Arcadio (a.387); C.Th.15.1.32, Arcadio y Honorio (a.395); Nov. Valentiniano, 35.7 (a.452).

Fundus iuris fisci: C.Th.10.1.15, Arcadio y Honorio (a. 396); C.3.1.13.1, Justiniano (a. 530)

183. *Fundus iuris domus divinae*: Nov. Valentiniano, 10.1 (a. 441); Nov. Valentiniano, 34.3 (a. 451).

184. Algo de esto parece desprenderse de la propia redacción de algunas normas imperiales. Así, por ejemplo, en una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (C.Th.10.3.4 = C.11.59.6) del año 383 se va perfilando una cierta equiparación en el trato jurídico de la Iglesia y el Estado, al menos, en lo que se refiere a la situación paralela en que se encuentran sus propios patrimonios, como reza la rúbrica del título 3, del libro.

¿Fueron estos verdaderamente los primeros pasos de la legislación imperial sobre los patrimonios eclesiásticos? No hay ninguna dificultad en considerarlo así y, por ello, si examinamos la redacción vulgarizada del pasaje del Epítome de Gayo y sus *patrimonia ac substantiae quae ad ecclesiastica iura pertinent*, vemos que ese mismo concepto ya aparece en algunas constituciones de la segunda mitad del siglo IV, que nos hablan de *loca et praedia, quae nunc in iure templorum sunt* (C.Th.10.1.8, a. 364) y de *aedificia... quae de iure templorum fuerint congregata* (C.Th.10.3.5, a. 400). Ha sido, pues, en el Derecho imperial donde verdaderamente se ha iniciado, quizá por influencia eclesiástica¹⁸⁵, esta interpretación ampliativa que coloca estos patrimonios bajo la disciplina especial de las cosas sagradas, años antes que lo formularan las obras jurisprudenciales postclásicas. Forzosamente estas constituciones no podían hacer más. Sin embargo, aún con tan poca cosa, ya puede leerse algo entre líneas en algunas leyes, en las que se adivina como el futuro estatuto patrimonial de los predios, fincas y edificios que, de alguna manera, tienen relación con la Iglesia. Así, por ejemplo, en una norma de Honorio y Teodosio del año 412¹⁸⁶ y que se refiere tan sólo a la inmunidad que han de tener estos bienes, con relación a los *munera sordida*, ya parece darse a entender que la franquicia concedida, procede de su dedicación a tan altos fines: *ne praedia usibus caelestium secretorum dicata sordidum munerum fasce vexentur*¹⁸⁷.

10 del *Codex* teodosiano: *De locatione fundorum iuris enphyteutici et rei publicae et templorum*.

185. Es frecuente encontrar entre los escritores eclesiásticos el empleo de esta misma terminología que debió ser común con la usada por la cancellería imperial en la redacción de los textos legales. Así, por ejemplo: Lactancio: *De mortibus persecutorum*, 48,2 (Edición de MAZZONI, Siena, 1930); Eusebio de Cesarea: *Historia ecclesiastica* 10.5.15 (PG. 20.884); San Gregorio Magno: *De obitu Valentini* (PL. 16,1410 ss.). Es opinión general entre los que se han ocupado del tema, que esta concepción unitaria de los bienes eclesiásticos, tal como se desprende de los escritos patrísticos, está muy relacionada con el nacimiento de la personalidad de las *piae causae*. SCHNORR v. CAROLSFELD: *Geschichte der juristischen Person I*, Munich 1933; EHRHARDT: *Das Corpus Christi und die Korporationen im Spät-römischen Recht*, en *SZ* 70 (1953), p. 299 ss. y 71 (1954), p. 25 ss.

186. C.Th.16.2.4 = Sirm.11 = C.1.2.5.

187. En el *Codex* Justiniano (1.2.5) se emplea en su lugar la expresión

No hemos de olvidar, sin embargo, que estamos asistiendo al nacimiento jurídico de los patrimonios autónomos y que estas formas iniciales han de ser necesariamente muy imprecisas. Por ello, también es bastante posible que esta situación que los bienes cuasi-ecclesiásticos van obteniendo y de la cual disfrutaron tan largo tiempo, hubiese tenido una previa etapa anterior privilegiada y consuetudinaria. Sin duda, que esos privilegios que los emperadores León y Antemio tratan de refrendar en su constitución C.1.3.34(35), tan variados por su origen, como por su contenido¹⁸⁸ y que afectaban de modo general a los orfanotrofios, asceterios, iglesias, asilos, hospitales y monasterios, fueron el lugar común de donde surgieron todas las normas imperiales posteriores que trataron de llevar al ordenamiento jurídico todas estas singulares situaciones *de facto*.

Es evidente que esta norma de León y Antemio, cuyo carácter general es indiscutible, se refiere a las anomalías que el Derecho romano postclásico no ha tenido más remedio que admitir, por el portillo abierto del privilegio. La misma expresión *sive in aliis quibuslibet rebus praestita*, nos está indicando la amplitud del precepto. Finalmente, la reglamentación que el legislador, *pietatis intuitu*, trata de fijar en la ley, es un sistema de aplicación analógica, para que estos entes cuasi-ecclesiásticos e incluso los mismos patrimonios —*aliasque res superius nominatas*— puedan gozar de la misma situación que la venerable Iglesia metropolitana de Constantinopla —*ad instar maioris venerabilis ecclesiae huius inclitae urbis*—. Situación de privilegio en donde van incluidos naturalmente algo del carácter sacral y, por supuesto, la nota de inalienabilidad correlativa.

Tanto, pues, las constituciones titubeantes de finales de la cuar-

adicata. Sobre esta voz puede verse: BATTIFOL: *De la dédicace des églises. Dédicace païenne et dédicace Chrétiënne*, en *Rev. Sc. Phil. et Theol* 28 (1939), p. 58 ss.; GÜDEMANN: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaine*, s. v.

188. La constitución C.1.3.34(35) de fecha imprecisa (para Hänel es del año 469 y para Mommsen del 472) supone, la confirmación de un estado de hecho muy anterior. La otra norma imperial de los mismos emperadores, C.1.2.14, en donde se fija el régimen de inalienabilidad, pudo ser simultánea o, incluso, anterior. Sin embargo, esto es de todos modos, indiferente para nosotros, porque la primera ley tiene carácter general, mientras que la segunda es particular.

ta centuria, como esta situación de hecho entroncada en el privilegio eclesiástico, han sido los precedentes de la norma imperial, en donde por vez primera, de modo claro y contundente, se va a fundamentar el carácter inalienable de estos bienes. La constitución a la que nos referimos está fechada el año 470 y recogida en el *Codex* justiniano 1.2.14. Su trascendencia fue tan grande que, aun pasados muchos años, perdura su recuerdo en los años justinianos¹⁸⁹ y, en cierta manera, también su vigencia.

En la ley se nos dice que los bienes dejados a la Iglesia por piadosos testadores o donantes, a través de cualquiera de los modos legítimos del Derecho civil: testamento o codicilo, legado o fideicomiso, *mortis causa aut inter vivos* (§ 1), habrán de conservarse intactos privando el legislador al obispo y al ecónomo de la facultad de alienar esos bienes. Una importante novedad de la ley es que esta masa patrimonial, no sólo aparece ya configurada de un modo coherente, sino que incluye también algunos bienes muebles, tratados conjuntamente de un modo unitario con los predios y edificios¹⁹⁰:

Iubemus nulli posthac archiepiscopo in hac urbe regia sacrosanctae ecclesiae praesidenti, nulli economo, cui res ecclesiastica gubernanda mandatur, esse facultatem fundos vel praedia urbana seu rustica, res postremo immobiles aut in praediis colonos vel mancipia aut annonas civiles cuiuscumque suprema vel superstitis voluntate ad religiosam ecclesiam devolutas sub cuiuscumque alienationis specie ad quamcumque transferre personam (pr.).

La norma imperial busca por todos los medios un fin: la ilesa conservación de los bienes patrimoniales, dándole, aunque no lo diga expresamente, la consideración de cosas sagradas, desde el mismo momento en que los coloca en pie de igualdad y en la misma línea que a la santa Iglesia, *tamquam ipsam sacrosanctam et religiosam ecclesiam intacta convenit venerabiliter custodiri* (§ 2). Re-

189. En la Novela 7, *praef.*, del año 535, reglamentando igualmente los patrimonios eclesiásticos y los bienes de las *venerabiles domus*, el legislador dedica un recuerdo a la *Leonis pia memoriae constitutioni*.

190. Se trata de una tendencia doctrinal justiniana de carácter general, este trato jurídico inmobiliario, por pura cohesión patrimonial, a los bienes muebles —*mancipia*— e incluso a los derechos —*annonae civiles*—. KÜBLER: *Res mobiles und immobiles*, en *Studi Bonfante II*, p. 350 ss.

sulta lógico y consecuente, pues, con esta vieja idea de la *res sacrae*, que a la hora de determinar los efectos jurídicos del negocio celebrado, llegue el legislador fácilmente a la idea de nulidad de la alienación —*tamquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur, quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt* (§ 4)— y por tanto, a la posibilidad de reivindicar la cosa alienada, considerando no perdido, ni el dominio, ni la posesión (§ 10)¹⁹¹.

Es muy probable que, al establecer este régimen de nulidad, de tan complicadas consecuencias prácticas, estuviera presente en la mente del emperador, la solución semejante que, para el supuesto de venta de cosas divinas, había estado vigente en el antiguo ordenamiento clásico, a tenor de los principios más venerados y tradicionales de Roma¹⁹². Sin embargo, es mucho más probable que el modelo legal de esta solución leoniana haya estado más cercano, deducido de otras constituciones suyas, en donde, para algún caso concreto, se habla ya de la no eficacia de estos negocios¹⁹³ o, in-

191. Los límites entre la posesión y el dominio vienen a quedar un poco desdibujados en todo el Derecho postclásico. Se trata de conceptos jurídicos, para cuya fijación se requiere una jurisprudencia muy preparada culturalmente y esto falta precisamente en la era vulgar. LEVY: *West roman vulgar Law*, cit., p. 19 ss.; KASER: *Das römische Privatrecht II*, p. 177 ss. El mismo concepto de *vindicatio* lo encontramos alterado en esta época tanto desde el punto de vista formal, como substancial. LEVY: *Oströmisches Vulgarrecht nach dem Zerfall des Westreiches*, cit., p. 297.

192. Sobre esta ordenación antigua, intervino más tarde el pretor, atrayendo a la órbita del edicto aquellos casos —quizá por más frecuente— de venta de *locus religiosus*, buscando la solución aquitativa de una *actio in factum*, para aliviar la situación injusta que pudiera producir la nulidad, (D.11.7.8.1; Ulp. 25 ad ed.). KASER: *Das römische Privatrecht I*, p. 458; SARGENTI: *Appunti sull'esperabilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, en *Studi Arangio-Ruiz*, p. 237 ss.; DE VISSCHER: *De la Prescription du ius sepulchri*, en *Studi Betti II*, p. 402 ss.

193. Existe en el *Codex* justiniano (1.5.10) una constitución del emperador León, de fecha incierta —para Mommsen, podría oscilar entre el 466 y el 472— en donde se contempla un supuesto parecido, pero mucho más concreto, de alienación de inmuebles eclesiásticos, dando igualmente la solución de nulidad. Dado que el supuesto al que se refiere, es la venta llevada a cabo por un vendedor católico —*si qui orthodoxae religionis*— a un comprador hereje —*in personam hereticae sectae et contraria orthodoxae fidei*— lo lógico sea pensar que esta norma más particular, fuera anterior a

cluso, de la propia jurisprudencia postclásica, a través de la *Pauli sententiae*¹⁹⁴ y, sobre todo, del Epítome de Gayo¹⁹⁵.

Pero lo más importante es que, tanto la constitución C.1.2.14 de León I como el Epítome, tan cercana una del otro, suponen los primeros pasos y tanteos, hacia un concepto más moderno y más secular. Aún está, desde luego, la nulidad íntimamente unida —y aún lo estará durante mucho tiempo— a la idea de lo sacro, sin embargo, ya parece despuntar, aunque débilmente, la concepción de una inalienabilidad derivada de la vinculación de la cosa a un conjunto patrimonial, usando para ello la expresión vulgar de *res*

la disposición general contenida en C.1.2.14. Otra ley de León I, con solución parecida, pero ya sin carácter religioso, es la constitución C.11.56.1 del año 468. En ella se dispone que si uno de los habitantes de una metrópoli quisiera vender sus tierras, sólo podrá hacerlo a un comprador convecino de su misma circunscripción territorial: *non licere ei, nisi ad habitatorem adscriptum eidem metropoli*. Si a pesar de la prohibición, se hiciera la transmisión y un extraño quisiera inmiscuirse en el dominio y en la posesión —de nuevo la consabida aproximación vulgarizadora de ambos conceptos— de esas fincas, el negocio celebrado no tendría ningún efecto.

194. En la más temprana edad postclásica, ofrecían las Sentencias de Paulo (1.1.4a) una breve solución. No consumada aún la aproximación de estos patrimonios cuasi eclesiásticos a las cosas divinas y no siendo, por tanto, posible la solución de nulidad *ex natura rei*, el autor de las Sentencias ofrecía la elemental posibilidad de considerar nula esta transmisión por nacer de un acuerdo *contra ius*: *Pactum contra ius... interpositum nihil momenti habet*. LEVY: *Pauli sententiae. A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Law*. Ithaca, N.Y. 1945, p. 54 ss. Esta idea del *pactum contra ius*, que se repetirá en la *Interpretatio* de las sentencias y en la *Consultatio* (7.5), aunque supone una terminología muy pobre y posiblemente referida a condiciones contractuales, es la única base que puede ofrecer el ordenamiento jurídico postclásico. Sobre este concepto de *pactum-condicio*, puede verse: LEVY: *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechtes*, en *Acti Congreso II*, p. 32 ss. (*Gesammelten Schriften I*, p. 186 ss.).

195. También el Epítome (2.9.5), en conformidad con la doctrina de equiparación de los *patrimonia ac substantiae* que nos ofrecía la misma obra postclásica (2.1.1), llega lógicamente a la nulidad de la transmisión:

Practerea inutilis est promissio, etiamsi stipulatione interviniente facta sit, si aliquid id daturum promiserit, quod sui iuris nos est; aut locum sacrum aut sanctum aut religiosum daturum se cuiusque promiserit.

HITZIG: *Beiträge zur Kenntniss des sogen. Westgothischen Gaius*, cit., p. 202 ss.

*quae nostri iuris non est*¹⁹⁶. Se trata, pues, de algo —bienes muebles o inmuebles— cuya proximidad con el patrimonio de la Iglesia, en estos momentos, es tal, que hace imposible su transmisión, por parte del obispo o del ecónomo, como si se tratase auténticamente de una *res aliena*¹⁹⁷.

Nada nos dice, sin embargo, la innovadora constitución del emperador León, sobre qué medidas habría que tomar en una donación, venta o permuta llevada a cabo sobre estos bienes, *quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent*, en caso de error o buena fe. La norma tiene fundamentalmente un enfoque penal y contempla tan sólo el supuesto de aquellas personas que, *audaci spiritu et mente sacrilega*, traten de contravenir los preceptos promulgados (§ 3). Por ello, se dice, sin más, que la compra-venta, la permuta o el contrato que sea, se tendrá por no hecho, perdiendo el fallido adquirente el precio, o la contraprestación en caso de permuta, en beneficio y lucro de la propia iglesia a la que estuviesen adscritos los bienes.

En estos años anteriores a la compilación justiniana, que traerá al Derecho romano y a los textos jurisprudenciales una corriente, a la vez clásica y equitativa, para tratar de resolver el problema de la buena fe en la venta de cosas *extra commercium*,¹⁹⁸, no queda otro camino ni otro cauce que el que pudo ofrecer la extraordinaria *restitutio in integrum*, a tenor del texto postclásico de las

196. Estos conceptos usados por la jurisprudencia y por la legislación imperial, ya en el siglo IV, suponen una idea de *ius* o de *iura*, no como ordenamiento objetivo, sino como derecho subjetivo —*nostrum ius*— o como algo, *quod ad ius alicuius pertinet* (Casiodoro: *Varia*, 446). Entendido así, da pie al concepto global de bienes que pertenecen a la Iglesia, tanto en el Epítome de Gayo (2.1.1): *res quae ad ecclesiastica iura pertinent*, como en la constitución C.1.2.14.2 de León I: *res quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent*. STEINWENTER: *Über einige Bedeutungen von "ius" in den nach klassischen Quellen*, cit., p. 126 ss.; ARCHI: *L'Epítome Gai*, cit., p. 226, n. 2.

197. LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, cit., p. 24.

198. BIONDI: *La vendita di cosa fuori di commercio*, en *Studi Riccobono IV*, p. 45 ss.

Pauli sententiae (1.7.2.)¹⁹⁹, para el supuesto del *iustus error*²⁰⁰. Hemos de advertir, sin embargo, que el concepto de este remedio procesal se han transformado totalmente, a partir de Diocleciano. Originariamente y dentro de los escasos supuestos previstos para la *restitutio maiorum*, no estaba incluido el error ni la ignorancia²⁰¹. Más tarde, no obstante, el pretor dio entrada a algunos casos de errores litigiosos, *causa cognita*, ya que la consunción provocada por la *litis contestatio* podía llegar a ser gravosa e insubsanable²⁰². Bien pudiera ser que esta pequeña base del Derecho honorario, hubiera servido al autor de las Sentencias para su elaboración textual de una *restitutio in integrum* en caso de *iustus error*. Concepción vulgarizada y absolutamente alejada de la realidad procesal, ya que la restitución por entero —si exceptuamos la concedida a los menores de veinticinco años— sufre un letargo bastante profundo, durante los años del procedimiento cognitorio, al menos en su sentido típico y autónomo²⁰³.

199. *Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum dolum et status permutationem et iustum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur. Pauli sententiae 1.7.2.*

200. Entre la inmensa bibliografía sobre el error, puede tener interés en su aspecto más general: DONATUTI: *Iustus error e iusta causa erroris*, en *AG* 86 (1921), p. 223 ss.; LAURIA: *L'errore nei negozi giuridici*, en *R. Dtto. civ.* 19 (1927), p. 313 ss.; RICCOBONO: *Note sulla dottrina dell'errore*, en *BIDR* 43 (1935), p. 1 ss.; EHRHARDT: *Betrachtungen über die Lehre vom error* en *Studi De Francisci II*, p. 161 ss.; BETTI en *Nox. Digesto italiano*, s. v. Aún de más importancia para nosotros por suministrarlos datos de la doctrina del error en sus últimos momentos postclásicos: EHRHARDT: *Errantis voluntas nulla est*, en *ZS* 58 (1938); KADEN: *Die Lehre vom Vertragsschluss im klassischen röm. Recht und die regel: Non videtur qui errant consentire*, en *Festschrift Koschaker I*, p. 334 ss.; *Id.*: *Voluntas errantis* (resumen de una conferencia en el Istituto di Diritto Romano), en *Labco* 2 (1956), p. 131 ss.; IMPALLOMENI: *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*, en *SDHI* 21 (1955), p. 157 ss.; LEVY: *West-römisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, cit.*, p. 26 ss.

201. En el Edicto, cuyo texto nos ha llegado a través de Ulpiano (12 *ad ed.* D.4.6 1.1), no aparecía el error como supuesto posible de restitución. Solamente la expresión edital *item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*, permitía pensar en un *numerus apertus*.

202. LENEL: *Das Edictum perpetuum*, § 45.

203. SCHULZ: *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht* en *ZS* 43 (1922), p. 228 ss.; SOLAZZI: *Glossemi e inter-*

Sin embargo, lo que más nos interesa de las *Pauli sententiae* es que su doctrina sobre el *iustus error*, viene a ser como un reflejo jurídico, dentro de las fuentes postclásicas occidentales, de una noción más espiritual y cristianizada del *animus*, a tenor de las directrices teológicas y iusnaturalísticas del momento²⁰⁴. Como consecuencia de esta nueva orientación, mediado ya el siglo v, mientras que la jurisprudencia oriental, cada vez más doctrinal y científica, estudia la naturaleza jurídica de la ineficacia negocial provocada por el error, en una labor precompilatoria²⁰⁵, la doctrina postclásica occidental de la *Interpretatio* de la Sentencia ha suprimido el adjetivo *iustus*²⁰⁶ en el comentario correspondiente (1.7.1-2) sobre el error, ampliando, por tanto, algo más de las posibilidades de anulación *propter errorem*.

En resumen: el ordenamiento jurídico contemporáneo a la constitución C.1.2.14 del emperador León, por enfocar el problema de la transmisión de los bienes, *quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent*, desde el ángulo sacral, no prevee otra solución que la nulidad. Por ello, la reclamación —si hubiera lugar a ella por *iustus error*— no vendría canalizada a través de la acción del contrato realizado, inexistente *nullius momenti*, sino a través de una impugnación extraordinaria, quedando también el recurso de la

polazioni nei Codice Teodosiano, en *SDHI* 10 (1944), p. 213 ss.; LEVY: *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, en *ZS* 68 (1951), p. 432 ss. (*Gesammelte Schriften I*, p. 491 ss.); KASER: *Das römische Privatrecht II*, p. 58 s.

204. *Illud sane rectissime dici non ambigo, non secundum verba iurantis, sed secundum expectationem illius cui iuratur*. San Agustín: *Epist.* 125, 4. *Obras de San Agustín XI. BAC*. Madrid, 1953, p. 8. Una doctrina parecida mantiene en su *Enchiridion*, 17 a 21. *Obras de San Agustín IV. BAC*. Madrid, 1947, p. 485 ss., y en su *Discurso contra académicos*, 1, 10 a 12. *Obras III*, Madrid, 1947, p. 90 ss.

205. Las escuelas orientales bizantinas dejaron su huella en la doctrina del error, con la formulación de algunas reglas, como, por ejemplo, *errantis nulla voluntas est*. KADEN: *Die Lehre vom Vertragsschluss und die Regel Non videtur qui errant consentire*, cit., p. 343; DÜLLKEIT: *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, en *Festschrift I*, p. 189 s.; KASER: *Das römische Privatrecht II*, p. 58.

206. *qui aut timorem potestatis alicuius compulsi sunt aut fraude vel errore decepti sunt. Interp. Pauli sent. 1.7.1-2.*

condictio por injusto enriquecimiento²⁰⁷, multiplicadas sus posibilidades postclásicas por obra de las escuelas de Berito y Constantinopla.

13. Una nueva ley, con un casuismo más detallado, aparece en los últimos años del siglo, bajo el emperador Anastasio. Se trata de una constitución sin fecha cierta, cuyo original griego aparece en el *Code.x* justiniano (1.2.17), con valor tan sólo para la santa iglesia metropolitana de Constantinopla. Llama la atención y sirve para confirmar, una vez más, el origen consuetudinario y privilegiado de estas primeras regulaciones existentes sobre los patrimonios afectados a un destino religioso, la alusión que se hace, en el propio texto legal, a la permanencia de privilegios anteriores. Por ello, aunque la norma se refiere tan sólo a la iglesia madre de la gran urbe imperial, tiene aplicación extendida a todos los bienes que de alguna manera le estén afectados. También aquí, el legislador trata de confirmar y dar su placet a esos privilegios en los que, en última instancia, parece descansar la singular cohesión patrimonial.

La razón de ser de la constitución anastasiana parece haber sido, el establecer un régimen inmobiliario algo más atenuado que el de la ley anterior de León I, a fin de evitar, en lo posible, una congelación patrimonial a ultranza sobre estos patrimonios de la Iglesia. La norma facilita, pues, un sistema a través del cual sea posible la alienación, cuando por alguna necesidad o simple conveniencia de los propios entes colectivos titulares, fuese aconsejable. Fija para ello, el emperador una serie de requisitos *ad cautelam* —presencia del *magister census* de Bizancio, juramento y consentimiento de los interesados— absolutamente necesarios para la validez de la enajenación. La omisión de estas condiciones supondría una transmisión nula, perdiendo el acreedor o el comprador, el débito o el precio correspondiente.

207. Esa solución parece darnos a entender una vieja constitución de Gordiano del año 238, conservada en el Código de Justiniano (6.50.9).

Sobre la aplicación de la *condictio* para los supuestos de error puede verse: VOCI: *L'errore nel Diritto romano*, Milán, 1937, p. 130 ss.; SOLAZZI: *L'errore nella condictio indebiti*, en *Annali Napoli* 59 (1939), p. 291 ss.; SCHWARZ: *Grundzüge der condictio*, 1954, p. 304 ss.

En cierto modo, la constitución C.1.2.17 está ya basculando hacia la nueva vertiente, insinuada tan tímidamente por el emperador León y cuya consagración definitiva no será un hecho hasta el Derecho justiniano postcompilatorio. Paso a paso, la reglamentación de los patrimonios afectados tiende a buscar otro acomodo más secularizado y más lógico, que la nacida del antiguo sistema de equiparación con las *res sacrae*. Desde el mismo momento que la ley considera posible en algún caso la transmisión, aunque sometida a determinados requisitos civiles y religiosos, nos va conduciendo ella misma de modo insensible hacia la nueva concepción de la inalienabilidad, como sistema protector *ex lege* y por tanto con una nulidad resultante, no derivada de la naturaleza extra comercial de las cosas, sino nacida de una prohibición legal.

14. Por fuerza, el Derecho justiniano había de suponer en su fase inicial y compilatoria, un movimiento neoclásico y hasta cierto punto tradicional. Si la influencia escolástica se hizo notar en la elaboración del Digesto y del *Codex* y en los retoques interpoladores, hechos con mentalidad de profesionales y maestros del Derecho, todos y cada uno de los institutos jurídicos había de verse sometidos a esa doble coyuntura que suponen los primeros años legislativos de Justiniano: Por un lado, proseguir en la línea evolutiva y modernizada que la sociedad y las nuevas directrices políticas y religiosas vienen imponiendo al Derecho y por otro, enraizarse en las instituciones más puras de la corriente clásica, en ese nobilísimo intento imperial de unir lo nuevo con lo antiguo en el ordenamiento jurídico.

También, por tanto, en estos patrimonios cuasi eclesiásticos que, con tanto esfuerzo y lentitud, comenzaban ya en la constitución anastasioana (C.1.2.17) a separarse un poco de la esfera de lo sacral, se notarán los efectos clasicistas, como una relativa marcha atrás en el camino emprendido. Así, por ejemplo, en una constitución del *Codex* (1.2.21) del año 529, parece como si renacieran con nuevos bríos el carácter divino de estos bienes y no sólo en los vasos y ornamentos sagrados, ya que en ellos, al fin y al cabo, habría menos dudas, sino en cualquier tipo de cosas eclesiásticas,

que piadosas manos regalaron a la Iglesia²⁰⁸. Todo junto, pues, cosas sagradas y menos sagradas, van englobadas en el concepto común de cosas *quae ad divinam religionem necessaria sunt*, sin que falte —de nuevo el Justiniano enamorado de la antigüedad clásica— la discreta referencia al viejo ordenamiento que consideraba divinas estas cosas: *cum etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerunt* (pr.).

Sentadas estas premisas, es lógico concluir que la nulidad de la venta donación o permuta de la cosa eclesiástica sea consecuencia natural nacida de la propia naturaleza del objeto. No resulta extraño, por tanto, que la vindicación²⁰⁹ permanezca abierta a los obispos, ecónomos o *custodes* de estos bienes, sin que el adquirente de hecho tenga acción alguna en su favor: *nullam eis actionem relinquendam*. Sin embargo, la contradicción está latente, en el párrafo 2 de la misma ley, al admitir una excepción, todo lo justificada que se quiera, permitiendo la venta de vasos sagrados para la redención de los cautivos. Es verdad, que el legislador aduce una pia y lógica razón de las *salus animarum, cum non absurdum est animas hominum quibuscumque causis vel vestimentis praeferrere*²¹⁰, pero al permitir esta enajenación se está ya diciendo que

208. La expresión del texto legal, *ceteraque donaria*, supone cualquier donación votiva y, por tanto, cosas pertenecientes a la Iglesia por razones espirituales, pero no estrictamente sagradas. Es empleada esa denominación en algunas constituciones del *Codex* Teodosiano: C.Th.16.5.57.2, Honorio y Teodosio (a. 415) y C.Th.16.8.25.1, *iid.* (a. 423). También, aunque más raro, puede encontrarse alguna vez entre los clásicos, en el sentido de ofrenda a los dioses. Livio: 42, 28, y Aulo Gelio: *Noctes att.* 2.10.3.

209. Esta vindicación *modis omnibus* en la que se reclama indiferentemente la cosa o su precio, si la devolución no fuera ya posible por destrucción o alteración, es algo típicamente justiniano. Se trata de uno de esos especialísimos supuestos de *vindicatio utilis*. ERMAN: *Beiträge zur Publiciana*, en *ZS* 13 (1893), p. 224 ss.; *Id.*: *Conceptio formularum, actio in factum und ipso-iure-Consumption*, en *ZS* 19 (1898), p. 306 ss.

210. Vemos aquí, como en tantas otras ocasiones, que la dirección del pensamiento normativo ha ido marcando la predicación de la Iglesia y las obras de los Padres. La idea de que las almas de los cautivos, en peligro por la situación de estas personas en poder de los bárbaros, sin religión y sin fe, tienen un valor superior al oro de los vasos sagrados, se puede encontrar en San Ambrosio —*melius fuerat ut vasa viventium servare quam metallorum* (*de off.*: 2, 28; *PL* 16.147)— y en el Papa San Gregorio Magno

las cosas han cambiado mucho desde aquellos siglos atrás en los que las *leges veteres* reconocían una divinidad en las *res sacrae diis dicatae*. ¿Cómo es posible, si se trata de cosas —aunque sea por extensión— *divini iuris*, que sin más, por un puro motivo religioso o humanitario, puedan comenzar ya a estar *in bonis humanis* y a ser factible su transmisión? ¿Es sólo la enajenación autorizada la que le hace perder su carácter de cosa separada del comercio de los hombres? No ha faltado alguno²¹¹ que ha tratado de explicarlo de este modo. Sin embargo, no parece que sea suficiente para comprender la génesis de un fenómeno tan complejo.

La aclaración de todos estos interrogantes hay que buscarla, como tan frecuentemente sucede en el Derecho romano, en razones históricas que al ejercer sus fuertes presiones sobre las instituciones jurídicas y sobre los conceptos básicos del Derecho, producen consecuencias en ocasiones contradictorias. Algo de esto sucede en nuestro caso: el cambio de mentalidad por una parte, y las orientaciones generales de la compilación, por otra, provocan una política legislativa oscilante en esta materia, tratando de buscar una solución viable, pero sin querer abandonar la tesis tan afanosamente mantenida de la inalienabilidad sacral, desmentida, sin embargo, muchas veces con los hechos.

Aun más contradictorio y extraño resulta que, un año después, el mismo Justiniano en una nueva constitución (C.1.2.24) promulgada para la *sacrosanctae ecclesiae huius felicitatis urbis nostrae, caput reliquarum omnium*, reitera la nulidad de toda actividad negocial dispositiva —*quod gestum est, irritum est*— y, sin embargo, permita la enfiteusis sobre estos bienes eclesiásticos en su sentido más amplio, con tal de que los futuros enfiteutas sean personas ricas (§ 5). Por supuesto, que las razones que mueven al legislador para esta acepción de personas son todas ellas lícitas y prudentes, pues tratan de garantizar, en todo caso, la posible restitución de las *res* eclesiásticas. No obstante, no deja de ser chocante

(*Epist.*, 3, 40; 4, 17; 9, 52). Sobre este tema puede verse BIONDI: *Diritto romano cristiano II*, p. 247; LEVY: *Captivus redemptus*, en *Gesammelte Schriften II*, p. 41 s.

211. SCHERILLO: *Corso di Diritto romano. Le cose*, cit., p. 46, n. 1.

esta postura dubitativa del legislador, con una mano tendida a la nulidad objetiva y con la otra a la nulidad legal²¹².

Más valientemente, pero dentro de la misma línea de pensamiento, la *Instituta* parece haber llegado al vértice de las dos vertientes, porque en el texto 2.1.8, obtenido por la fusión de pasajes clásicos de Gayo (2.4) y de Marciano (3 *inst.*; D.1.8.6.3), se afianza de nuevo en la idea sagrada, pero, tal vez inconscientemente, nos anuncia ya el enfoque que pronto habrá de triunfar. *Sacra sunt*, dice Justiniano con el mismo tono tradicional, *quae rite et per pontifices deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae* —y en seguida, como en la constitución C.1.2.21, añade una expresión englobante— *et dona*²¹³. No quiere, sin embargo, Justiniano olvidar la futura fuente de la inalienabilidad, en su ordenamiento secularizado y nuevo: la ley. Esas *res sacrae* y esos *dona* utilizados *ad ministerium dei*, descansan a su vez bajo una ley protectora, que será quien, años más tarde, recogerá el timón orientador de la reglamentación de esta materia en las Novelas justinianas²¹⁴.

212. La nulidad de lo hecho *contra legem* —si prescindimos del remoto precedente de las *leges perfectae* (*Epit.* Ulpiano 1, 1)— tiene un origen reciente en la época postclásica: *Pauli sententiae* 1.14 a y C.1.14.5, Teodosio (a. 439). BETTI: *Istituzioni I*, p. 178, n. 9; PARTSCH: *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schrift*, Berlín, 1931, p. 126 ss.; KASER: *Gaius und die Klassiker*, en *ZS* 70 (1953), p. 141 ss.; RABEL: *Grundzüge des römischen Privatrecht*, en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 1955, p. 409. Sobre las antiguas *leges perfectae*: SENN: *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae*, París, 1902 (tesis).

213. En la constitución C.1.2.21, Justiniano había escrito *donaria*, que aún tiene un significado más sacral que *dona*. Este término implica una liberalidad en sentido amplio y no necesariamente de carácter votivo.

214. Es la ley, pues, quien en definitiva prohíbe la alienación. El mismo texto de la *Instituta* lo dice claramente: *per nostram constitutionem* —se refiere Justiniano a la constitución C.1.2.21— *alienari et obligari prohibemus* (I.2.1.8). Tenemos, además, dentro del *Codex*, dos casos aún más significativos de inalienabilidad legal con finalidad protectora. Se trata de las constituciones C.1.3.45(46), del año 530, y la C.1.3.55, del año 534. En ambos textos legales (§ 1 y § 2, respectivamente) se procura proteger a los bienes raíces, sobre los que se apoyan determinados legados annuos, que *ratione pietatis* fijara un día el testador, a fin de evitar que con la enajenación de los mismos no caigan para siempre los legados. La ineficacia prevista por estas constituciones justinianas están ya, no obstante lo temprano de sus

Por fuerza habian de aparecer, por todas partes, pequeñas anomalías y contradicciones debidas al doble enfoque de la cuestión. Eso es precisamente lo que parece anotarse, cuando el legislador trata de aliviar las gravosas consecuencias de la nulidad de las enajenaciones de estos bienes patrimoniales llevada a cabo con buena fe —supuestos de error o de *ignorancia facti*— por medio de prudentes retoques en los viejos textos clásicos. Esto es lo que sucede con un fragmento de Modestino (5 *reg.*) recogido en el Digesto 18.1.62: Si alguno, ignorándolo, comprase cosas sagradas, aunque la venta no exista —y aqui aparece la situación contradictoria— *ex empto tamen adversus venditorem experietur*²¹⁵. La situación ha quedado bien confusa. Un negocio forzosamente nulo, en rigor con los principios más tradicionales, por tratarse de una cosa fuera del comercio y de las posibilidades humanas y del que, sin embargo, surge una acción contractual reclamatoria del precio en favor del comprador ignorante, *qui nesciens*²¹⁶.

fechas, basando el régimen de nulidad más en el acto contra la ley que en la posible naturaleza cuasi sacral, nacida del fin piadoso que el legado anual y sus bienes raíces pudieran cumplir. Sobre el concepto de *revocare* y su equivalente griego ἀνακατέιν del § 2 de la constitución C.1.3.55(57) es interesante el estudio de HELLMANN: *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, en *ZS* 24 (1903), p. 137.

215. Estudia BIONDI este texto y se extraña "che tanta monstruosità non sia stata percepita dal Bonfante". *La vendita di cosa fuori di commercio*, *cit.*, p. 46 ss.

216. Como es natural, en el Derecho clásico podía haber lugar —ya que la equidad pretoria así lo exigía— a una acción en estos casos. Sin embargo, esta, que sería siempre *in factum* y nunca *ex empto*, estaba reducida, además, a un supuesto mucho más concreto que el de la ignorancia. La *actio in factum* de origen delictivo contemplaba el caso fraudulento de un comprador engañado —*deceptus*— por el vendedor. Al menos con este medio procesal podía el comprador obtener lo suyo, *id quod interest*.

DE MEDIO: *La responsabilità del venditore per l'esistenza di scritti sul fondo alienato nel Diritto romano classico*, en *BIDR* 16 (1904), p. 70 ss.; HELDRICH: *Das Verschulden beim ertragsabschluss im klassischen römischen Recht und den spät. Rechtsentwicklung*, en *Leipziger rechtswiss. Studien* 7 (1924), p. 3 ss.; LONGO: *La compra-vendita. Lezioni 1927-1928*, p. 87 ss.; *Id.*: *La res extra commercium e Pazione di danni nei contratti di vendita nuli*, en *Studi Bonfante III*, p. 381 ss.; GROSSO: *L'oggetto dell'obbligazione*.

El texto justiniano interpolado y corregido muestra, incluso, con su equitativo intento de salvar al adquirente equivocado, que la antigua nulidad sacral es ya más teórica que real, puesto que el contrato de compra-venta tiene la vida jurídica suficiente para producir una *actio ex empto*, a fin de que el comprador *ne deciperetur*.

15. Pasados los años de la compilación, la doctrina justiniana va madurando y haciéndose cada vez más consecuente con la verdadera situación jurídica de estos patrimonios dejados a la Iglesia para el culto, o a los bizantinos establecimientos benéficos, para la consecución de su propio fin fundacional.

La primera regulación de la inalienabilidad y de sus consecuencias y, sin duda, la más importante fue promulgada en el mes de mayo del 535, tiene carácter general y aparece recogida en la Novela 7, con el título: *De non alienandis aut permutandis ecclesiasticis rebus immobilibus aut in specialem hypothecam dandis creditoribus, sed sufficere generales hypothecas*.

En el larguísimo prefacio de la Novela, explica el legislador la razón de ser de la nueva ley, que viene a derogar las disposiciones vigentes de los emperadores León y Anastasio. A ambos se les dedican recuerdos elogiosos, sobre todo a León I, del cual llega a decir Justiniano que, después de Constantino, no hubo nadie como él en el ansia de defender la fe cristiana y en dar honor y disciplina a las santas iglesias. Con todo, las normas anteriores —dice Justiniano— eran insuficientes. La constitución de León era demasiado particular, porque sólo se aplicaba a la iglesia mayor de Constantinopla y la de Anastasio, aunque algo más amplia puesto que afectaba igualmente a las localidades de fuera de la ciudad imperial, era aún muy imperfecta por referirse solamente a una sede episcopal, olvidando a otras.

Por ello, dentro de esta política peculiar religiosa del emperador, esta ley se nos muestra como un intento universal y como norma general aplicable a todos los territorios imperiales (c. 1). No sólo a la circunscripción de la sede de Constantinopla, sino a todo

Corso 1933-1934, p. 69 ss.; LONGO: *Casi di impossibilità della prestazione nel Diritto Giustiniano*, en *Ricerche romanistiche* (1966), p. 201 ss.

el oriente y a Iliria, Egipto, Licaonia, a la provincia de Africa, a todos nuestros territorios de occidente e incluso a la misma Roma y a las iglesias establecidas en el lejano océano²¹⁷. El legislador se preocupa así mismo de aclarar en lo posible el tipo de bienes que recibirán la protección legal derivada de la inalienabilidad. Sigue, en esto, la antigua dirección de las constituciones C.1.2.14 y C.1.2.17 ya examinadas y enumera las personas que, por razón de su cargo, están al frente de estas masas patrimoniales y a las cuales les va a afectar muy directamente la ley. Esas personas —eclesiásticos y rectores de las *venerabiles domus* o monasterios²¹⁸— no pueden tener licencia para desviar ninguno de esos patrimonios del destino piadoso que el culto o la caridad privada les marcó un día en el acto fundacional.

La antigua tendencia legislativa de englobar en un común trato inmobiliario a todos los bienes cohesionados es recogida también en la Novela 7. No solamente los inmuebles son inalienables sino todo tipo de bienes e incluso derechos: *neque... licentiam habere alie-*

217. Es notable, y por otra parte lógica, la diferencia entre oriente y occidente con relación a la política legislativa religiosa de Justiniano. En Bizancio, la tendencia cesaro-papista con su sentido protector sobre las instituciones eclesiásticas es fortísimo, siendo mucho menor en occidente, no obstante la presencia justiniana en Africa y en Italia. Tal vez sea porque Roma, mientras tanto, ha teorizado ya sobre su propia autonomía y aquella "protección" estatal se hace más inadecuada.

Puede verse DIEHL: *Justinien*, 1901, p. 316 ss.; DUCHESNE: *L'église au VI siècle*, París, 1925, p. 261 ss.; VOIGT: *Staat und Kirche von Konstantin dem Grossen bis zum Ende der Karolingenzeit*, 1936, p. 44 ss.; DE FRANCISCI: *Arcana imperii III-2*, Milán, 1948, p. 179 ss.; STEIN: *Histoire du Bas Empire*, cit., p. 369 ss.; RUBIN: *Das Zeitalter Justinians I*, Berlín, 1960, p. 245 ss.; ORESTANO: *Iustinianus*, en *Nov. Dig. ital.* (1961); BIONDI: *Gius-tiniano*, en *IURA* 16 (1965), p. 1 ss.

218. *episcopus et patriarcha, praeses xenodochium aut ptochotrophum aut nosocomun aut orphanotrophum aut gerontocomun aut brephotrophum aut monasterii virorum vel mulierum abbas vel abbatissa* (Nov. 7, c. 1). Parece seguir la ley el sistema del *numerus apertus*, ya que tras la enumeración antes citada añade un amplísimo *quilibet praeses collegium*. También en el c. 2 de la misma Novela se interpreta ampliamente el número de entes colectivos de beneficencia al decir *et omni absolute collegio quod actio pia constituit*.

nare²¹⁹ *rem immobilem aut in domibus aut in agris aut in hortis aut omnino in huiusmodi, neque rusticum mancipium neque civilem annonam*. Si a pesar de todo, la alienación se llevase a cabo, no produciría esta ningún efecto, ya que Justiniano se remite y confirma la doctrina tradicional de la primera constitución de León I, tanto en lo que se refiere a la nulidad, como a la reglamentación de las penas previstas para el delito, si lo hubiera.

Sin embargo, estos patrimonios religiosos o sagrados por su destino a los que desde finales del siglo IV, las constituciones imperiales y la jurisprudencia trataron de acercar lo más posible al baluarte inexpugnable de las *res divini iuris*, único medio de defensa posible en aquellos momentos, se nos aparecen hoy, en la Novela justiniana del año 535, perfilados ya de otro modo y, sin duda, más apropiadamente y de acuerdo con su auténtica naturaleza. La inalienabilidad descansa ahora en razones públicas o de necesidad y en todo caso en la ley quien la defiende y la crea. También a la hora de enfrentarnos con el problema de la nulidad y sus consecuencias, la solución ha cambiado de matiz. La enajenación es nula, pero dejará de serlo, cuando la ley entienda —por inspiración eclesiástica o por la misma *ratio legis*— que una razón suficiente autoriza la transmisión. Razones de piedad, como el rescate de prisioneros²²⁰, o simplemente de conveniencia, como cuando —tratándose de una permuta— haya sido cambiada la cosa, teóricamente no inalienable, por otra de igual o mayor valor y haya sido precisamente el emperador el otro permutante (c. 2). El problema, pues, ha ido trasladando su centro de gravedad de una manera insensible y la nulidad, alejada ya de la antigua concepción de falta de idoneidad en el objeto, se ha ido acercando a una ineficacia basada en la causa injusta, típica del negocio hecho *contra legem*²²¹. Puede seguir hablándose de nulidad, dentro del ampli-

219. El propio legislador define el concepto de *alienare*, interpretándolo en sentido amplio: *Alienationis autem nomen generalius ideo posuimus, ut prohibeamus et venditionem et donationem et commutationem et in perpetuum extensam emphyteosin, quae non procul ab alienatione consistit*. Nov. 7, c. 1.

220. C.1.2.21.2.

221. Dentro de la categoría de negocios *contra legem* no sólo están los que contravienen una prohibición legal, sino aquellos otros que, respetando

simo y vago concepto con que se nos manifiesta esta expresión en las fuentes ²²², e incluso de nulidad objetiva, porque la ley, al anular lo hecho contra ella, prescinde de la intención de las partes y no tiene por qué valorar el error ni la buena fe ²²³, sin embargo, la ineficacia aparece ya ante nosotros con un carácter de nulidad-sanción que es fácil sortear por dos caminos. Uno es la propia ley que exceptúa o mejor dicho, que determina su propio campo de aplicación, dejando fuera una serie de supuestos —*redemptio*, permuta imperial, etc.— que a partir de este momento son negocios perfectamente válidos y normales. La otra vía es que la ley quiera tener en cuenta la intención, el error o la ignorancia, suspendiendo entonces los efectos de la nulidad. Esto que no sería posible lograrlo en el Derecho romano clásico, por muchas razones formales y substanciales, es más fácilmente lográble en el Derecho justiniano ²²⁴.

Tras un examen detenido de la Novela 7 y las soluciones ofrecidas para la venta de las *res ecclesiasticae* en su c. 5, no cabe nin-

la letra, violan el espíritu de una norma (negocios *in fraudem legis*). LONGO: *Corso di Diritto romano. Fatti giuridici-Negozi giuridici*, p. 112 ss.; BETTI: *Istituzioni I*, p. 128 ss.

Sobre las prohibiciones de enajenar y los negocios *contra legem*, vid. VANDEROW: *Pandekten I*, p. 548 ss.; WINDSCHEID: *Pandekten I*, p. 899 ss.; MITTEIS: *Römisches Privatrecht I*, p. 253 ss.

222. HELLMANN: *Ob. cit.*, p. 50 ss.

223. Posiblemente la formación de esta doctrina sea obra de los postclásicos, siendo la constitución de Teodosio C.1.14.5, del año 439 (Nov. Teodosio, 8), la primera que formula la concepción jurídica del acto *contra legem*: *ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, ... quod interdicante lege factum est illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus* (§ 1). La jurisprudencia postclásica anterior (*Pauli sent.* 3.4b.2) y la contemporánea a la norma teodosiana (*Consultatio*, 4.8) nos ha dejado enunciaciones mucho más elementales. ALBERTARIO: *Da Diocleziano a Giustiniano*, en *Studi V*, p. 214 ss.; LEVY: *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, cit.*, p. 94 ss. Es bastante dudoso el carácter genuino del texto de Calistrato en su libro tercero *de iure fisci*, recogido en D.49.14.3.2, y que pudiera considerarse como un precedente clásico de la doctrina de la nulidad del acto *contra legem*. Muy posiblemente se trata de una interpolación (Momsen ad h. t.), ROTONDI: *Gli atti in frode alla legge*, Turin, 1911, p. 141 ss.

224. BETTI: *Istituzioni I*, p. 114 ss.; LONGO: *Corso, cit.*, p. 113 ss.

guna duda que el espíritu de la ley ha traído al Derecho justiniano una nueva visión del problema de la nulidad. Realizada la venta de estos bienes de la Iglesia o de los pobres, dicha venta es nula por ir en contra de lo preceptuado por la misma ley. Estas alienaciones prohibidas —*quae omnibus modis interdicta sunt*— provocan la nulidad y la carencia de acción contra el titular de los bienes vendidos: *contra sanctissimam quidem ecclesiam aut venerabilem donum nullam omnino habeat actionem*. Por esta misma razón, la iglesia concreta o la venerable casa de caridad en cuestión, en caso de tradición ya consumada, pueden, sin más requisito, reivindicar la cosa —*exigatur autem res*— ya que dicha alienación es inexistente.

Queda, pues, bien clara la ineficacia. Sin embargo, tal vez fuera posible la buena fe en el comprador, pero por ser esta nulidad-sanción menos rígida y más moldeable por la propia ley que, al fin y al cabo, le sirve de base, tal vez algo del contrato pudiera ser salvado, en este Derecho justiniano, que, entre otras novedades, es capaz de admitir la nulidad parcial, permitiendo litigar contra el ecónomo responsable de la venta —al cual Justiniano no le suprime tampoco en este caso el respetuoso (¿irónico?) tratamiento de "venerable"— y no con una acción de dolo o con una *condictio ob iniustam causam*, nacida del enriquecimiento indebido, sino *ex contractu*, es decir, con la misma acción del contrato "nulo": *contra venerabiles autem economos, aut qui omnino vendiderunt, in propriis eorum substantiis ex contractu habeat actionem*.

Bajo toda esta reglamentación y sus aparentes contradicciones, late ya la nueva disciplina de los *patrimonia ac substantiae* que el autor del Epítome de Gayo calificó de sagrados y cuya venta fue calificada de sacrilega en el párrafo 2 de la constitución C.1.2.14 de León I. Ahora estos bienes tienen un respaldo público y administrativo, aunque continúen muchos años a la sombra protectora de la Iglesia. Esta misma línea, estatal y política, de la Novela 7 será mantenida a lo largo de una variadísima y complejísima legislación en la que Justiniano lucha por encontrar el equilibrio justo entre una regulación excesivamente proteccionista, que trae como lógica consecuencia la congelación patrimonial de estos patrimonios, convirtiéndolos en auténticas manos muertas bizantinas,

y un régimen de prudente libertad que faculte las enajenaciones en los casos necesarios o simplemente convenientes ²²⁵.

Finalmente, la Novela 120, del año 544, fija, al parecer, un régimen jurídico definitivo, tratando de unificar toda la normatividad dispersa aparecida durante los nueve años intermedios. Se mantiene en esta nueva ley (c. 1) el principio general prohibitivo que, en su día, fijara la Novela 7 y en la misma línea que entonces, permitiendo el *usus* (usufructo) (c. 2), el arrendamiento (c. 3), la prenda y la anticresis (c. 4) y, finalmente, la enfiteusis (c. 6) a la santa iglesia mayor de Constantinopla sobre la clase de bienes propios, imponiendo tan sólo un sistema tradicional de prudente cautela. A partir del c. 6, la Novela se refiere ya indistintamente

225. Las numerosas normas justinianeas en esta materia son las siguientes:

a) Novela 40, de junio del 535, un mes tan sólo después de la Novela 7, a la que se alude como norma general aplicable en todo caso. El nuevo precepto trata de establecer un régimen especial para la santa Iglesia de Jerusalén. Son tantos los gastos que debe afrontar que se autoriza para ello un régimen excepcional, autorizándola a la venta de fincas urbanas.

b) Novela 46, de septiembre del 537. Otro nuevo régimen de excepción para permitir las ventas de bienes eclesiásticos, con el fin de satisfacer deudas antiguas y las recientes que sean necesarias. Además de la venta se autoriza a la *datio in solutum* (*Pract.*). Esta norma no se aplicará a la Iglesia constantinopolitana ni a los monasterios que de ella puedan depender (c. 3).

c) Novela 54, del mismo mes y año. En el c. 2 se alude a la Novela anterior, ya que la presente es tan sólo unos días después de la Novela 46. Se amplía el régimen de liberalización de los bienes de la Iglesia, permitiendo las permutas, que según la norma general de la Novela 7, sólo era posible efectuarla con el emperador. Ahora, con tal de seguir un sistema de prudente cautela, decreto autorizante del obispo, pueden llevarse a cabo las permutas de modo general. La Iglesia de Constantinopla sigue fuera de esta normatividad.

d) Novela 55, de noviembre del mismo año 537. Es una ley derogatoria de la Novela anterior y de su régimen de permutas permitidas. Tal vez posibles defraudaciones no bien previstas obligan al emperador a abrogar la Novela 54, volviendo de nuevo al régimen antiguo de la Novela 7.

e) Novela 65, de abril del 538. Se trata de una disposición legislativa muy particular, aplicable tan sólo a la Iglesia de Misia, en el Helesponto. Se recuerda la norma vigente (Nov. 7, c. 8) para la venta de vasos sagrados. Trata también de proteger los bienes raíces eclesiásticos, sobre todo cuando sirven de fundamento para las rentas anuales con que atender a los pobres y a la redención de cautivos.

a todas las iglesias y monasterios de modo general, *in aliis vero sanctissimis ecclesiis et monasteriis*. No supone tampoco novedad especial el c. 11 con su régimen de nulidad-sanción, ya que, en definitiva, parece remitirse a las leyes anteriores y conservar aquel carácter de acto *contra legem*: *omnia vero quae contra antiquas leges facta sunt revocari sancimus*.

Terminamos este estudio de las constituciones imperiales relativas al *bonum animae*, en cualquiera de sus múltiples aspectos, en este momento en que la legislación justiniana, pasados ya los años codificadores, se va alejando cada vez más de los viejos modelos, abriéndose paso hacia los nuevos enfoques del futuro. Todo el Derecho imperial del Bajo imperio y el justiniano ha estado dotado de una gran receptividad y de una especial virtualidad interna, como efecto reflejo de las grandes transformaciones políticas. Por ello, la captación de las directrices ideológicas imperantes se pudo llevar a cabo con una sorprendente celeridad y el negocio jurídico *ratione pietatis*, con su etapa inicial fiduciaria y consuetudinaria, logró acomodarse pronto dentro del marco protector del Derecho romano precisamente gracias a la ayuda prestada por las leyes imperiales que, hijas de su tiempo, fueron Derecho vulgar sobre todo hasta Teodosio, constituciones helenizadas y receptoras de influencias escolásticas ya desde la segunda mitad del siglo v y, finalmente, clasicistas con el Justiniano de la codificación, para volverse cada día más orientalizadas y peculiares en las Novelas y en el Derecho bizantino posterior.

No ha podido estar ausente en estos fenómenos legislativos la propia posición del poder político imperial indiscutible. Por otra parte, una gran aproximación se ha producido entre las corrientes de la última filosofía pagana, formada y universalizada a lo largo de los siglos II y III, y los nacientes principios políticos cristianos cuajados en el siglo v. Ambas ideologías han venido a coincidir y se han encontrado junto al solio imperial, reforzando la *suprema voluntas* del emperador y convirtiendo a la norma imperial en vehículo normal del ordenamiento jurídico y de la voluntad divina ²²⁶.

226. La filosofía de los cínicos y de los estoicos ha configurado un sistema político y social, según el cual la idea de una ley universal goberna-

Esa es precisamente la propia política legislativa a través de todas las normas que fueron apareciendo en torno al *bonum animae*: buscar un camino jurídico a la liberalidad privada —forzando a veces la búsqueda— o evitar los escollos del ordenamiento vigente, utilizando, incluso, sus propios elementos clásicos en toda esta tarea. No hay que desesperar —nos dirá Justiniano al publicar el Digesto²²⁷— si la vida trajera nuevos negocios no previstos. Si ello sucediere —*si quid igitur tale contigerit*—, el emperador será siempre el remedio puesto por Dios mismo: *Augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeponit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis regulis competentibus tradere.*

Ha sido, pues, el emperador, fidelísimo intérprete de la preocupación cristiana para facilitar y dar entrada dentro del Derecho a estos actos dispositivos *religionis intuitu* que tanto agradan a Dios. Con una gran expresividad lo dice Justiniano en una constitución latina a la iglesia africana²²⁸:

Sin quid praeterea sacrosanctae ecclesiae saepe dictae Carthagini Justinianae vel aliis venerabilibus ecclesiis Africanae dioceseos a quacumque persona pro suae, salute animae oblatum est vel fuerit quocumque modo legitimo seu in possessionibus seu in aliis quibus libet speciebus, et hoc apud easdem venerabiles ecclesias manere firme, nullius manibus abstrahendum, cum homines qui tan laudabiles tamque deo acceptabiles actus et piis facere oblationes deperant satis et nos laudamus et dei caelestis remuneratur clementia.

JOSÉ LUIS MURGA

dora rige al mundo, encarnándose a través de una ley humana universal (ley imperial). El imperio romano vendría a ser una especie de reflejo humano del poder omnipotente de los dioses que rigen igualmente el mundo (Diógenes Laercio, 7, 88). También la filosofía cristiana helenizada, durante los siglos iv y v, presenta, sobre todo como consecuencia de la escuela alejandrina, y de su genial representante Orígenes (*contra Celsum*, 5, 37-40), una doctrina muy parecida: La ley escrita no debe ser más que una pura explicación de la ley natural y esta es la ley divina. DE FRANCISCI: *Arcana imperii III-2*, p. 213 ss.

227. Constitución *Tanta*, § 18.

228. Novela 37, año 535.