

# NULIDAD O ILICITUD EN LA ENAJENACION DE LAS «RES SACRAE»

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—I. Los nuevos fenómenos políticos y sociales del bajo Imperio.—II. EL CONCEPTO DE LO INALIENABLE EN EL SIGLO IV Y V.—2. Las cosas divinas en la jurisprudencia y en las leyes.—3. Las normas religiosas y las normas jurídicas en las *res divini iuris*.—4. La ampliación del concepto de *res divini iuris* en el Derecho romano postclásico.—III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ENAJENACIÓN.—5. Situación jurídica del problema.—6. Configuración de un dominio *more humano*. Nulidad e ineficacia.—7. El acto jurídico ilegal, *pro infectis*.—8. Soluciones jurídicas del siglo V. La constitución C.1.2.17, del emperador Anastasio.—IV. LA EXTRACOMERCIALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO DE LA COMPILACIÓN. 9. Las distintas corrientes jurídicas del Derecho justiniano.—10. Las acciones *in factum* como instrumento procesal del Codex justiniano.—11. El Digesto. La nulidad radical de Paulo-Ulpiano (D.18.1.34.1 — D.18.1.22) y la *actio ex empto* de Modestino (D.18.1.62.1).—12. Las acciones *in factum* del comprador *deceptus*.—13. Esbozo de una hipótesis sobre la *actio in factum quasi ex empto* en el Derecho justiniano.—14. ¿Venta nula o venta prohibida?—V. LA VENTA DE COSA SAGRADA EN EL DERECHO POSTCOMPILATORIO.—15. Soluciones jurídicas de las Novelas 7 y 120.—VI. CONCLUSIÓN.—16. Armonía interna en la evolución histórica del problema.

## I. INTRODUCCION

1. Cualquiera de los problemas jurídicos del Derecho romano al ser estudiados en el marco político del bajo Imperio adquiere un nuevo valor que rara vez se pudo advertir antes cuando las figuras e institutos se ajustaban dentro de los moldes procesales de las acciones clásicas. Las exigencias políticas del Imperio postdiocleciano rompe necesariamente esos viejos esquemas y canalizadas las instituciones privadas por el procedimiento *extra ordinem* comienzan a evolucionar con absoluta libertad de movimiento todas las antiguas clasificaciones, divisiones, conceptos y naturalezas de instituciones, típicas hasta este momento.

Si el concepto de *res divini iuris* fue algo relativamente estático durante muchos siglos y si el comportamiento del Ordenamiento romano ante ellas fue más o menos el mismo, los grandes cambios postclásicos incidieron con las nuevas ideologías en el centro más medular de la cuestión: sobre el propio concepto de lo divino y sobre sus límites. Todo será sometido a mutaciones no lentas, como había venido sucediendo, sino rápidas, trayendo consigo multitud de problemas por exceso o por defecto de la nueva solución hasta que ésta logra de nuevo su acomodamiento en el Derecho justinianeo.

No sólo los conceptos e incluso las palabras van cambiando sino toda la mecánica procesal del Derecho encauzada durante los siglos IV y siguientes por vías litigiosas distintas. Así, con un problema tan complejo y en donde juegan unas variantes diversas y una múltiple combinatoria, las soluciones encontradas por la jurisprudencia vulgar y por la cancillería imperial tienen el mérito de haber preparado el camino al Derecho moderno.

El fenómeno social cristiano aparecido casi inesperadamente plantea una fenomenología jurídica nueva, tan peculiar, que muy difícilmente puede cubrirse con los viejos textos jurisprudenciales, no obstante los apresurados retoques que éstos manifiestan desde las más tempranas versiones postclásicas. Al multiplicarse hasta el infinito los negocios piadosos *sub praetextu religionis*, según la expresión legal del emperador Marciano en su novela 5, lógicamente también tuvieron que multiplicarse los bienes patrimoniales en manos eclesiásticas. Esta acumulación de riqueza tuvo como inmediata consecuencia la necesidad de buscar un marco protector y una muralla defensiva en evitación del gravísimo peligro de disgregación y pulverización de unos patrimonios que ni siquiera muchas veces eran propiedad directa de la Iglesia.

La doctrina patristica<sup>1</sup> jugó, sin duda, un papel rector en la dirección del pensamiento religioso y político de esta época y nada tiene de extraño que en los escritos de los más brillantes pensadores cristianos encontremos las ideas madres con las que se alimentarán no sólo la cultura y el derecho, sino el diario vivir

---

1. MURGA, *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho romano tardío*, Pamplona, 1968, p. 25 ss.

de los hombres, de aquellos testadores y donantes cuyos epitafios conservamos y cuyas vidas ejemplares llegan a nosotros en historias eclesiásticas y en laudaciones fúnebres escritas, las más de las veces, para edificación de la sociedad cristiana de aquel tiempo.

Por todo esto, a partir de la segunda mitad del siglo IV, el mismo crecimiento social y económico de la vida hace que los patrimonios dejados por piadosos e inquietos testadores no tengan que ir ya necesariamente a la Iglesia de modo directo. La piedad de los fieles se ha vuelto cada día más compleja, y el capricho, la vanidad, la emulación o la moda provocan múltiples formas de asignación a los capitales privados por medio de cláusulas modales o fideicomisos universales que convierten muchas veces a los titulares jurídicos, gravados con el piadoso encargo del difunto o del donante, en unos puros *nudi ministri* de distribución de limosnas.

No era, pues, fácil, con este planteamiento, evitar el peligro de una disgregación patrimonial en unos bienes no exactamente eclesiásticos, ni resultaba demasiado claro que estas herencias y legados dejados *rationes pietatis* pudiesen quedar protegidos con la inalienabilidad sacral propia de las cosas divinas. Sólo su propio destino piadoso, la *causa pietatis* que se manifiesta en todas las transmisiones en las que una persona deja sus bienes para un fin espiritual —atención al culto, sostenimiento de monasterios, realización de cualquier obra benéfica, etc.— como una levísima sombra divinal, era lo máximo que se podía conceder a estos patrimonios para la piedad.

## II. EL CONCEPTO DE LO INALIENABLE EN EL SIGLO IV Y V

2. Muy probablemente este matiz, no obstante su vaguedad, alentado y fomentado por escritores eclesiásticos, exaltado y puesto de relieve en concilios ecuménicos y sínodos provinciales<sup>2</sup>, influyó decisivamente en la jurisprudencia vulgar hasta el punto de provocar en el Epítome (2.1.1.) una dilatación interpre-

2. En la segunda mitad del siglo IV parece una doctrina ya admitida de modo general la inalienabilidad de estos patrimonios cuasi eclesiásticos (Con-

tativa en las *res divini iuris* de la *summa divisio* gayana<sup>3</sup>. En efecto, en el texto postclásico, no sólo ya las cosas directamente consagradas son divinas y por consiguiente inalienables, sino también todos esos patrimonios y riquezas que la piedad privada ha venido amontonando en manos, muchas veces, de clérigos elegidos por su incorruptibilidad:

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

Estamos asistiendo a una época difícil. Época, como decíamos antes, de desintegración, pero como es bien sabido son precisamente en esas etapas cuando las sociedades en peligro generan dentro de sí una como especie de fuerza palingenésica para conservar e incluso renovar en esa hora undécima sus antiguos valores aún no desaparecidos. En nuestro caso, esta empresa esforzada le va a corresponder muy especialmente a la jurisprudencia postclásica, tal vez llevada de la mano por los propios escritores eclesiásticos. Sin embargo, el camino no va a ser fácil. Es verdad que la titularidad patrimonial de la Iglesia aparecía clara tras la brevísima norma de Constantino<sup>4</sup>, pero al insertarse esta titularidad dentro del orden jurídico positivo, habrá de sufrir inmediatamente las consecuencias de las propias limitaciones de éste.

La diversificación propia de toda cultura en sus siglos de esplendor afectó también al patrimonio de la Iglesia. Las aportaciones piadosas de los fieles son ahora ricas y variadas. Pasaron ya los años de las sencillas ofrendas eucarísticas de la *ecclesia pauperum*. Ahora, las donaciones son abundantes, caprichosas, prolijas, modales y lo que es peor, ni siquiera podemos estar totalmente seguros, como ya dijimos, de que sea en último término la Iglesia la titular visible de este cuantioso patrimonio que se viene acumulando año tras año.

---

cilio de Cartago del 411, *Codex eccl. afr.* c.26 y 33) en los concilios. También los escritores eclesiásticos muestran claramente esta tendencia: León Magno, *epist.* 17; Hilario de Poitiers, *epist.* 1, 27; Gelasio, *epist.* 16.

3. Gai.2.2.

4. *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicae venerabilique concilio decedens bonorum quod optarit relinquere...* C.1.2.21, Constantino, año 321.

Durante mucho tiempo, el estatuto inseguro de estos bienes hizo que muchos de ellos —no claramente calificables de *res divini iuris*— no gozaran de más protección que el puro deber extralegal y de conciencia, recordado siempre por los textos literarios y por la diaria predicación de los pastores<sup>5</sup>. Claramente se ve, por tanto, que estos dispersos patrimonios podrían ser fácil presa para la avidez de sus propios administradores, sobre todo si tenemos en cuenta la fragilidad de su íntima estructura jurídica dentro del Derecho privado.

Es muy posible, con todo, que, al menos en este siglo IV no fuesen muy frecuentes las defraudaciones<sup>6</sup> sobre estos bienes dejados para limosnas y obras piadosas; bienes relictos en herencias y legados con el fin de sostener el culto en capillas o *martyria*<sup>7</sup>; rentas para sostener a eremitas o ascetas, grupos de personas, verdaderos *coetus* sin gozar aún de personalidad jurídica dentro del Derecho.

La situación poco clara de estas masas de bienes, núcleo embrionario muchas veces de las futuras *venerabiles domus* no quedaba ni con mucho suficientemente protegida. Aún quedan muchos años para llegar al Epítome de Gayo<sup>8</sup> en donde se hará

5. Fossidius: *Vita Augustini*, c.24 «PL.v2.53».

6. Sin embargo, no obstante la religiosidad reinante en estos siglos, se dieron casos de malversación de fondos píos. En las actas del Concilio de Calcedonia aparece la acusación contra un eclesiástico, Ibas de Edesa, autor de una defraudación de este tipo. Las irregularidades debieron posiblemente aparecer sobre todo a partir del s. V. Puede verse THOMASSIN, *Ancienne et nouvelle discipline de l'Eglise*, VII, Bar-le-Duc, 1870, pp. 68 ss.

7. Se entiende por *martyrium* o *martyria* las reliquias de un mártir venerado. Sin embargo, más tarde, fue la propia semántica conduciendo el sentido del vocablo hacia la idea de lugar o lugares —capillas, ermitas, etc.— en donde recibían culto estas reliquias. Tal es el significado con el que normalmente aparecen estas palabras en el *Codex*, por ej., C.1.2.16; Zenón, año 477.

8. El Epítome de Gayo, conocido por nosotros gracias al Breviario, presenta algunas dificultades de datación. Según Conrat fue una obra de los propios visigodos tratando de adaptar la *instituta* gayana al Derecho de su época. Archi estima, por el contrario, que la obra utilizada por los redactores de la *lex romana visigothorum* era previa a la invasión y tal vez hecha en las Galias y antes del 428, porque parece ignorar la *dotis dictio* (C.Th 3.13.4). De todos modos y no siendo esto último un argumento decisivo, se puede calcular la fecha de su edición alrededor de la segunda mitad del siglo V.

ese supremo esfuerzo para lograr para estos bienes una apresurada inalienabilidad. Mientras tanto quedaban realmente expuestos a la venalidad y al peligro de pulverización. Por otra parte, las figuras modales que suelen tomar los legados y las donaciones de los fieles no fueron suficiente protección con lo que el ordenamiento jurídico quedaba obligado a buscar soluciones más expeditas y rigurosas.

Un camino podría ser el puramente delictivo obtenido mediante el oportuno trasvase del viejo deber de conciencia a una flamante obligación de tipo penal. Resulta curioso observar que estos primeros pasos por la vida jurídica del nuevo Derecho romano cristiano en formación no sean muy diferentes a los que el Derecho romano pagano y antiguo debió recorrer en sus primeros tiempos. Las cosas sagradas y las cosas públicas, precisamente por estar situadas fuera de la órbita jurídica, estaban necesitadas más que nadie de una tutela adecuada. No es, pues, extraño que en el *Codex* de Justiniano encontremos leyes de tipo penal que aún no han podido superar totalmente las motivaciones religiosas extrajurídicas. Se diría que está tratando tan sólo de reforzar con su virtualidad humana y política la situación contemplada, recordando constantemente a los ciudadanos sus deberes religiosos:

Si qua usquam loca ad sacrum dominium pertinentia cuiuslibet temeritas occupavit, secundum veteris census fidem in sua iura retrahentur. Rescripta igitur obreptionibus impetrata cum praescriptione longi temporis et novi census praeiudicio submovebit auctoritas tua, atque ita omnia suo corpori quaesunt avulsa restituet, neque enim incubatio diuturna aut novella professio proprietatis nostrae privilegium abolere poterit<sup>9</sup>.

Con veneración y respeto —*venerabiliter*— deben ser tratados estos bienes y protegidos como si de la propia y sacrosanta Iglesia se tratara:

Ea enim, quae ad beatissimae ecclesiae iura pertinent vel posthac forte pervenerint, tamquam ipsam sacrosanctam et religiosam ecclesiam intacta convenit venerabiliter custodiri, ut, sicut

---

CONRAT, *Die Entstehung der westgotischen Gaius*, Amsterdam, 1905.  
ARCHI, *L'Épitome Gai*, Milán, 1937.

9. C.7.38.3 pr.; Arcadio y Honorio. año 396.

ipsa religionis et fidei mater perpetua est, ita eius patrimonium iugiter servetur illaesum <sup>10</sup>.

Algo de sacrilegio hay sin duda en la malversación de estos bienes dejados por los piadosos donantes y testadores:

Sane, si haec nostrae perennitatis statuta audaci spiritu et mente sacrilega quisquam oeconomorum vel hominum temeranda crediderit, ipse quidem, qui protervo ausu ecclesiastica praedia donationis vel emptionis seu commutationis aut cuiuscumque contractus alterius nomine nisi eo quo nunc statuimus adquirere vel habere temptaverit, omnem huiusmodi fructum propriae temeritatis amittat... <sup>11</sup>.

Una y otra vez la ley recuerda a todos el castigo divino y el juicio de Dios como si el legislador estuviera consciente de pisar terreno deslizante o de haber entrado en campo ajeno. Incluso en pleno Derecho justiniano, las constituciones seguirán insistiendo en alusiones religiosas intentando con ello atemorizar a los más audaces administradores de estos peligrosos patrimonios:

Quae a nobis sancita sunt, exsequi et ad effectum perduci cum dei benignitate iubemus: qui ea violare conati fuerint, primum ex domini dei iudicio periculum, deinde poenas huic legi insertas expectent <sup>12</sup>.

...sed eorum administrationem inspiciant et, si recte se habet, collaudent, si quid praetermittitur, emendent, si vero pessime geritur, illos expellant aliosque instituunt, qui magni dei timorem in mente habeant et terribilem magni aeternique iudicii diem, cuius respectu omnia eos intento in deum animo facere oportet <sup>13</sup>.

En definitiva, aunque el ordenamiento jurídico pueda castigar a los culpables defraudadores de estas masas de bienes, el castigo divino siempre permanece en pie. La ira divina —*caelestes iracundiae*— amenaza siempre a los culpables:

In omnibus autem huiusmodi casibus caelestes iracundiae sacrosanctarum rerum administratores expectent, si qualecumque lucrum ex huiusmodi gubernationibus sibi adquisierint vel si hoc

10. C.1.2.14.2; León y Antemio, año 470.

11. *cod.*3.

12. C.1.2.41(42).29, año 528. Trad. latina de Krüger del texto original griego.

13. C.1.3.45(46).3, año 530. Trad. latina de Krüger del texto original griego.

committi ab alio senserint et non gravissima poena et interminatione quod perperam factum est studeant corrigere<sup>14</sup>.

No abandonó, pues, nunca el Derecho romano su modesto papel de guardián de lo divino, de protector de las *res sanctae*. No faltaron, sin embargo, intentos —siempre dentro de este ángulo delictivo— de secularizar y tipificar este curioso delito. Así, en la constitución C.1.3.45(46) del año 530, según tuve ocasión de estudiar en otro momento<sup>15</sup>, el Justiniano clasicista trató de acercar este delito de diversión de fondos económicos destinados a la piedad, a viejas figuras penales tan típicas como el *peculatus* e incluso al delito previsto en la *lex Iulia de residuis*.

3. El siglo v postcalcedoniano supuso para la sociedad y para el Derecho romano tardío un relajamiento gradual del primitivo fervor y una consiguiente necesidad de reforzar jurídicamente el respeto para con las cristianas *res divini iuris*. También mucho antes —quizá hacia los siglos II y I a. C.— ocurrieron fenómenos semejantes con la vieja religión pagana. Un duro momento de prueba debió sufrir la dócil creencia en los dioses de la ciudad con el racionalismo y aquel vago deísmo tan claro ya en tiempos de Cicerón<sup>16</sup>. Es entonces, al enfriarse el temor

14. C.1.3.48(49).8, año 531.

15. MURGA, *La actio condicticia ex lege: una acción popular justiniana*, en *RIDA* 15 (1968), pp. 353 ss.

16. No es tarea fácil el precisar el momento histórico concreto en el que pudo generarse la crisis religiosa de Roma. Normalmente, cuando logramos descubrir las señales típicas del racionalismo filosófico, por ej., en la época ciceroniana, ya hace mucho tiempo que el fenómeno se ha iniciado. Voci entiende que el momento iniciador de la secularización radicaría nada menos que en la aparición del Estado. Según eso, el paso de la organización gentilicia a la organización ciudadana arrastraría ya los gérmenes de la descomposición religiosa con una doble vertiente de consecuencias. Unas normas religiosas se perderán para siempre, conservándose sólo de ellas el viejo rudimento ritual o folklórico de unas antiguas fiestas arcanas, mientras que otras, más importantes, serán trasvasadas para siempre en una norma laica protectora.

DÜLL, *Zur Bedeutung der poena cullei*, en *Acti Roma* (1933), 2, pp. 361 ss.; LÉVI-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, París, 1934; ID., *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, París, 1947; LEIFER, *Altrömische Studien IV*, en *ZS* 56 (1936), pp. 136 ss.; *Altrömische Studien V*, en *BIDR* 44 (1937), pp. 160 ss.; BLECK, *Zur Frage der relig. Bestimmtheit*, en



a lo divino, cuando la norma religiosa ha de comenzar a recibir su nuevo apoyo en el ordenamiento positivo. No hay propiamente una sustitución de normas sino una superposición. La norma religiosa precívica, autosuficiente y poderosa, entreverada de misterio y de aspecto sacral recibió ya, al organizarse la ciudad, un reforzamiento entonces aparentemente innecesario. Pero ese reforzamiento se convertirá luego, pasados los siglos, en la norma laica imprescindible.

Durante mucho tiempo la norma jurídica positiva se confundirá con la religiosa, ya que la *civitas* no ha hecho más que adaptar su propia normatividad a la otra norma subyacente<sup>17</sup>. Entiende el Estado, que con la observancia de aquel deber espiritual coincide también un importante interés colectivo que proteger. Por ello, cuando la secularización ya iniciada sea una realidad histórica no será necesario improvisar ninguna reglamentación ni buscar ningún nuevo remedio jurídico. La norma positiva, hasta este momento pasiva, entra en juego dando eficacia penal al primitivo quebrantamiento religioso. La antigua venganza de los dioses, tan temida por todos, se ha sustituido ya por la pena personal de un delito claramente público: el *crimen laesae Romanae religionis* o el *sacrilegium*<sup>18</sup>.

En lo que se refiere a las *res religiosae*, sepulturas y monumentos funerarios, aunque el fenómeno fue muy similar<sup>19</sup>, tal

---

*Festschr. Koschaker* 1, pp. 2 ss.; BUCKLAND, *Ritual acts and words in rom. law*, en *Festschr. Koschaker* 1, pp. 16 ss. Especialmente tienen interés las obras de WISSOWA, *Religion und Kultur der Römer*, Munich, 1912 y VAN DER LINDEN, *Phenomenologie de la Religion*, París, 1948.

17. También en el más antiguo Derecho griego debió sentirse la necesidad de una protección legal en todos aquellos casos en los que la infracción quedaba en cierto modo relegada a la conciencia religiosa. Eurípides, en una de sus tragedias nos muestra a la ex reina troyana solicitando aflictivamente la intervención de Agamenón para un caso de este tipo: «Si no son castigados los que matan a los huéspedes y los que se atreven a robar las cosas sagradas es que no hay justicia entre los hombres». Eurípides: *Hécuba*, 803-805.

18. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, pp. 567 ss.

19. FERRINI, *De iure sepulchrorum apud Romanos*, en *Opere* 4, pp. 33 ss.; MOMMSEN, *Zum römischen Grabrecht*, en *ZS* 16 (1895), pp. 213 ss.; GLUCK, *Le res religiosae nel diritto romano*, en *Studi e questioni di diritto* 1, Nápoles, 1910, pp. 147 ss.; ALBERTARIO, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, en *Studi* 2, Milán, 1941, pp. 1 ss.; MOREL, *Le sepulchrum*, París, 1928;

vez la secularización se retrasara algo más debido posiblemente al fuerte elemento supersticioso que todo enterramiento implica. Por otro lado, lo religioso de las tumbas no proviene realmente de ningún tipo de ceremonias ni de ritos especiales sino más bien de un acto muy material y concreto: la *illatio defuncti*. En efecto, la inhumación, si bien va normalmente acompañada de unas ciertas ceremonias, éstas, más que actos formales, tienden sobre todo a la evitación de una *inmissio* injusta en sepulcro ajeno, es decir, a impedir una sepultura abusiva<sup>20</sup>. No son nunca esos ritos la auténtica fundamentación del carácter religioso del monumento, sino, todo lo más, su prueba externa.

Durante muchos siglos, pues, el terror natural a la muerte o a los muertos fue el único medio adecuado para la protección y respeto de los sepulcros. Sin embargo, también llegó para ellos el resquebrajamiento del mito de ultratumba haciéndose igualmente necesaria una protección laica y positiva.

El nuevo enfoque delictivo aparece pronto, pero antes de que el ordenamiento jurídico y el *imperium* del pretor hayan intervenido<sup>21</sup> ya lo ha hecho por su cuenta la iniciativa particular —*lex privata*— tratando de evitar que con la enajenación de sepulturas, algo tan familiar como el enterramiento, vaya a parar a manos extrañas: *ne de nomine exeat familiae suae*<sup>22</sup>.

Ese fue el actuar de aquellos romanos, ciudadanos ya de una comunidad incrédula y racionalista, para dar fuerza a un viejo precepto arcaico a punto de volatizarse ya por falta de juridicidad. La fe se pierde y es sustituida por una vaga veneración a lo tradicional y a todo cuanto de entrañable pueda aún haber en la

DE VISSCHER, *Le caractère religieux des tombeaux romains*, en *RIDA* 1 (1948), pp. 199 ss.; ID. *Locus religiosus*, en *Atti Verona* 3, pp. 179 ss.; LONGO, *Sul diritto sepolcrale romano*, en *IVRA* 15 (1964), pp. 137 ss.; STEIN, *Some reflections on the ius sepulchri*, en *Studi Biondi* 2, pp. 111 ss.

20. Ulpiano 25 *ad ed.*; D.11.7.8; C.3.44.14; Diocleciano, año 386.

21. Para Mommsen esta *lex* a la que aluden a veces las inscripciones sepulcrales podría ser un plebiscito o un senadoconsulto. Sin embargo, es sin duda siempre una *lex privata*, una «ley» del propio sepulcro. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 816; DE VISSCHER, *Les peines sépulchrales*, en *Festschrift Lewald*, Basilea, 1953, p. 176.

22. Numerosísimas son las inscripciones funerarias con tales cláusulas. *Vid.*, por ej., *CIL VI*, 10026; 10243; 11781; 13195, etc.

creencia *apud maiores nostros*. Tal vez se cree en la fe de los antiguos pero no en el objeto mismo de esta fe. Es entonces cuando ha de hacer su aparición la pena privada<sup>23</sup> que antes decíamos y con ella y siguiéndole los pasos, el delito tipificado creado por la ley. Ese es, finalmente, también el sentido prohibitivo que recogerá tanto la jurisprudencia clásica<sup>24</sup> como las constituciones imperiales<sup>25</sup>.

4. Ya hemos visto cómo los enfoques penales fáciles de entender, rápidos y expeditivos, fueron, tanto en la antigua sociedad pagana como en el Derecho romano postclásico, un instrumento útil y a veces único para la tutela de las cosas santas. Con todo, se hacía necesario más que nunca buscar otras soluciones más normales. Era preciso objetivizar la protección del patrimonio sacro prescindiendo del elemento subjetivo del delito.

Fue la jurisprudencia tardía la encargada de buscar la manera de ir encajando estos patrimonios —fincas, bienes muebles, incluso siervos y colonos— dentro del amplio concepto englobante de *res divini iuris* y luego, lograda ya tan beneficiosa calificación,

---

23. Tal es el sentido que parecen tener las cláusulas sepulcrales. Frente a Mommsen y a los más antiguos estudiosos del tema, que veían en esas cláusulas de inalienabilidad una redundante prohibición de vender lo que no era vendible, y frente a otros, como Arangio-Ruiz, que entendían la inalienabilidad referida no al sepulcro, ya que éste naturalmente era inalienable, sino a sus accesorios absolutamente profanos, De Visscher nos da su interpretación personal de la *lex privata* de inalienabilidad, entendida ésta como prohibición concreta de enajenar a personas no pertenecientes a la familia: *qui eiusdem nominis non sinet* (CIL. I.14).

HUSCHKE, *Multa und sacramentum*, Leipzig, 1874, pp. 315 ss.; MOMMSEN, *Zum römischen Grabrecht*, cit., pp. 203 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Negotia*, en *FIRA III*, pp. 252 ss.; DE VISSCHER, *Les défenses d'aliéner en droit funéraire romain*, en *SDHI* 13-14 (1948), pp. 284 ss.

24. *Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit*. Gayo *ad ed. prov.*, D.11.7.5. En un sentido parecido se expresa también Ulpiano *25 ad ed.*, D.11.7.6. pr.

25. *Si sepulchrum monumenti appellatione significas, scire debes iure domini id nullum vindicare posse, sed et, si familiare fuit, ius eius ad omnes heredes pertinere nec divisione ad unum heredem redigi potuisse*. C.3.44.4. Alejandro año 223. En el mismo sentido C.3.44.8, Filipo año 240 v C.3.44.13, Diocleciano año 294.

fundamentar en ella la inalienabilidad objetiva y jurídica, defensa eficaz y único medio para conservar ileso el patrimonio aún más allá de la enajenación dolosa y fraudulenta.

Los caminos jurídicos para esta «ampliación» de lo divino son interesantes y curiosos. Fueron obra de unos juristas oscuros y pragmáticos pero que tienen el mérito de no haber roto nunca con la línea del pensamiento de los juristas anteriores. Los hombres que escribieron las Sentencias de Paulo, el Epítome de Gayo o las *Interpretaciones* postclásicas llegaron siempre a unas soluciones que, siglos antes, habían sido también aplicadas para casos semejantes por los juristas de la edad de oro.

No fue, ni mucho menos, fácil esta dilatación de las *res divini iuris* y en ese esfuerzo la jurisprudencia postclásica parece nadar contra corriente. En efecto, desde la época de Gayo o tal vez antes, la tendencia es más bien la contraria: Las *res sanctae* que, en su más remoto y oscuro origen, pudieron ser divinas han perdido ya ese carácter<sup>26</sup>. Una corriente racionalista y laicizante, incorporada casi violentamente al ordenamiento jurídico romano hizo que éste fuera absorbiendo rápidamente, entre los bienes públicos, todas las cosas que en un principio giraban en la sombría órbita del *ius sacrum*<sup>27</sup>. No era, por tanto, un momento

26. Solazzi entiende que las *res sanctae* ya en época gayana habían escapado del conjunto global de las *res divini iuris*. Es verdad que la *institututa* 2.8 aún parece aproximarnos a la esfera de lo sacral con aquel impreciso adverbio *quodam modo*. Sin embargo, para el autor esto sería un glosema posterior, tal vez de principios del siglo IV, que no alteraría el sentido del texto. En contra, una estudiosa, la Fantetti, se muestra partidaria de la genuinidad del pasaje y como consecuencia lógica, del carácter divino de las *res sanctae*. Cfr. SOLAZZI, *Quodam modo nelle istituzioni de gaio*, en *SDHI* 19 (1953), pp. 104 ss.; ID., *Ritorni su Gaio*, en *IVRA* 8 (1957), pp. 1. ss.; FANTETTI, *L'inquadramento classico delle res sanctae*, en *Labeo* 2 (1956), pp. 94 ss.

27. La antigua protección divina ha sido sustituida limpiamente por modernos y seculares criterios públicos. Así, en Paulo (5 *sent.*, D.43.6.3; 15 *ad Sab.*, D.8.1.14.2) se omite ya intencionadamente la categoría de las *res sanctae*. También Justiniano en su *Institututa* parece radicar la *sanctitas* en ideas no precisamente sacrales: *ideo autem muros sanctos dicimus, quia poena capitibus constituta sit in eos qui aliquid in muros deliquerint* (I.2.1.10). En algunos textos literarios, como en los *Saturnalia* de Macrobio ha desaparecido igualmente toda alusión a las cosas santas. *Profanum: quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietamque conversum est* (3.3.2).

muy oportuno para lograr una ampliación de las *res divini iuris* esta época de crisis religiosa, pero en ello radicará precisamente el mérito de la jurisprudencia postclásica.

En otra ocasión pude analizar más despacio <sup>28</sup> estos caminos concretos que el jurista de la época vulgar descubrió y trató de seguir en busca de la protectora congelación patrimonial para unos bienes indefensos. Caminos todos ellos muy relacionados con el problema general de la personalidad jurídica, ya que en definitiva fueron ellos el puente histórico que cubrió con su arco todo un largo siglo de génesis y de formación de la capacidad patrimonial de adquirir y disponer propia de los entes supraindividuales. Las obras asistenciales, núcleo productor de verdaderos servicios públicos, no eran realmente ningún sujeto jurídico dentro del Derecho romano. Nacidas al calor de la Iglesia constantiniana y bajo la mirada protectora de los emperadores, no eran, sin embargo, personas propiamente dichas y por ello solicitaban urgente protección.

Con diversos expedientes, de raíz oriental y exótica unos, más occidentales y normalizados otros, pero siempre basándose en unos precedentes clásicos, los juristas teodosianos y los autores de las pequeñas obritas jurídicas de estos siglos nos ofrecieron unas soluciones para lograr la deseada inalienabilidad. Al final y ya en la segunda mitad de la quinta centuria parece que todos —constituciones imperiales, Epítome gayano, *sententiae receptae*, *collatio*, e incluso fuentes literarias y sínodos eclesiásticos— están de acuerdo en una solución óptima: lograr una divina cohesión amalgamada con todo el patrimonio de la Iglesia, tanto el que directamente llegue a ella para el divino culto, como el que los fieles dediquen a cualquiera de las piadosas obras-servicios que normalmente vigilan los obispos <sup>29</sup>. Estas sacras

---

28. Vid. MURGA, *Los bienes afectados a un destino colectivo en el bajo Imperio romano*, en *RIDA* 18 (1971), en prensa.

29. En la constitución C.1.4.26 del año 530 nos proporciona el legislador una verdadera lista de estos servicios que una sociedad tan desarrollada ya, como la bizantina, requiere de modo ineludible: suministro de trigo, levantar acueductos, mantener la calefacción de las termas y edificios ciudadanos, construir puertos, edificar torres y murallas para la defensa, reparar y conservar los caminos, y, en general, el mantenimiento de todas las obras públicas. Este amplísimo programa de gobierno, que apenas cuenta con presupuesto,

masas de bienes son las que forman los tan traídos y llevados *iura ecclesiae* o *iura templorum* de las fuentes jurídicas y literarias. Una vinculación corporativa y unos bienes unidos por su común destino y que gracias a ello disfrutaban de un benéfico estatuto patrimonial privilegiado: el estatuto de la santa Iglesia Constantinopolitana, soporte hábilmente logrado que da unidad a todo el conjunto.

El legislador del año 470 va a concretar cuáles son precisamente estos bienes que forman el *ius ecclesiae*, yendo aún más allá que el autor del Epítome de Gayo con sus famosos *patrimonia ac substantiae*. Así, León I en C.1.2.14, nos dice que gozan del mismo estatuto que la sacrosanta Iglesia no sólo los inmuebles sino incluso los siervos y colonos vinculados a esas fincas. También las propias *annonae civiles* están incluidas en la lista del texto legislativo. En efecto, la Iglesia postconstantiniana, como si fuera un verdadero organismo estatal, tuvo sus propios abastecimientos de cereales, sus silos —*horrea ecclesiae*—, e incluso su propia flota cerealista para el transporte del trigo <sup>30</sup>.

Muy grande debió ser el prestigio de la Iglesia o muy mala la fama de los prefectos de la organización imperial <sup>31</sup>, ya que

---

ha de ser sostenido muchas veces *ex privatis pecuniis*, es decir, con donaciones, legados o herencias que los fieles, unas veces por caridad y otras muchas por pura vanidad y deseo de ostentación, entregan a los obispos, verdaderos *defensores civitatis* de las urbes en estos calamitosos tiempos.

30. Gregorio Magno (*Ep.* 9.115) y el autor del *Liber Pont.* 1.315 D, nos hablan de esta curiosa misión económica de la Iglesia, con sus depósitos de cereales, su propio abastecimiento, su flota triguera para el transporte del grano de Sicilia a Roma, en occidente, y de Egipto a Constantinopla, en oriente. Bajo la iglesia de Santa María de Cosmedino existió un almacén de cereales que cumplió la función de *annona* cívica. Puede verse STEVENSON, *Scoperte a S. Maria in Cosmedin*, en *Römische Quartalschrift* 7 (1893), páginas 11 ss.

31. Lógico es comprender que, al menos en Roma, estos últimos momentos realmente caóticos que precedieron a la primera llegada de los bárbaros del año 410 no debieron caracterizarse precisamente por el buen funcionamiento de la *annona*. Algo de esto podemos deducir, aunque el testimonio sea tardío, de Boecio: *De consolacione*, 3.4: *si quis populi quondam curasset annonam, magnus habeatur, nunc ea praefectura quid abiectius?*

A través del *Codex* comprobamos cómo la propia sociedad acude a resañar las heridas causadas por la corrupción y por las deficiencias del poder político cumpliendo, por medio de legados y donaciones, a las ciudades la

muchas de las misiones cívicas que propiamente deberían corresponder al Estado las encontramos cedidas o dejadas a las fuerzas vivas de la sociedad o de la Iglesia, como estas *annonae devolutae*<sup>32</sup> del texto legal que también van a parar a aquel conjunto de bienes *quae ad beatissimae ecclesiae iura pervenint*.

Todos estos bienes en conjunción forman, pues, los *iura* de la Iglesia, unas veces enumerados de modo ejemplificativo como en la ley de León I, y otras veces englobados de modo más general, como en el Epítome de Gayo, bajo la común denominación de *patrimonia ac substantiae*<sup>33</sup> en el sentido de medios económicos legados para cualquiera de los píos usos tan en boga en el siglo v. De un modo u otro, resulta clara la intención del legislador de vincular como sea todos los patrimonios, tanto actuales como futuros, para mantenerlos así inmunes e ilesos.

### III. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA ENAJENACION

5. Ya vimos cómo el poder político, tal como adivinamos tras las normas muchas veces angustiadas del *Codex Theodosianus*, dejó a la iniciativa privada hacer y deshacer en la organización de unos servicios realmente apremiantes e imprescin-

---

misión de un verdadero servicio público. Así, en la constitución C.1.4.26, el emperador Justiniano llama al obispo como fiscalizador y vigilante de estas liberalidades en favor de la propia sociedad.

32. *Devolvere* adquiere, en la terminología jurídica, un sentido figurado que implica una cierta renuncia, al menos de hecho. Esa renuncia da lugar o abre paso a una situación jurídica en favor de otra persona. Así sucede, por ejemplo, con la *hereditas* cuyo abandono implica que sea *devuelta* al pariente de grado inmediato (Ulpiano 1 *fc.*, D.32.1.9). Puede también tener un sentido de deferir, como algo que opera *ex lege*, vg. la tutela, cuando pasa del tutor testamentario al tutor legítimo (Ulpiano 37 *ad Sab.*, D.26.2.11.1). Muy bien pudo ser éste el sentido de estas *annonae devolutae*, como una dejación del poder político con respecto a ciertos servicios de intendencia y que a partir de ese momento recaerán en la Iglesia.

33. La expresión de *iura ecclesiae* que tanto se repite en las *leges* y en las obras postclásicas, no es sólo propia de las fuentes jurídicas. También las fuentes literarias —escritores sagrados, historiadores, etc.— aluden a esas cohesiones sagradas. Así, por ej., Eusebio de Cesarea: *Historia ecclesiastica* 10.5.11 (PG 20.884); Lactancio: *de mortibus persecutorum*, 47.7.9.

dibles. Puesta en marcha la «fuga de capitales» hacia la beneficencia cristiana, el ordenamiento jurídico trató como pudo de proteger al menos esos bienes haciéndolos inalienables por el intrincado y arriesgado camino de la sacralización. Ahora bien, esta solución de la jurisprudencia tardía pecaba, sin duda, de demasiado eficaz. Los patrimonios de origen privado destinados a esos fines colectivos se lograban salvar, pero, al hacerlos sagrados se congelaban de tal modo que ni siquiera la propia Iglesia podía ya —al menos teóricamente— venderlos o permutarlos por otros más eficaces o rentables. La enajenación era absolutamente impensable e imposible, ya que las *res divini iuris*, según la más pura concepción jurídica, están «separadas» de los hombres *remotae ac sepositae*<sup>34</sup>. La venta sería nula y el negocio inoperante.

¿Qué ha sucedido, pues, con todo este complicado asunto? A nuestro juicio, la evolución jurídica y cultural de la civilización romana se ha visto interrumpida en el siglo IV por la incidencia de algunas fuerzas en cierto modo extrañas a la cultura occidental. La religión romana había iniciado aquella secularización tal como pudimos deducir de la literatura republicana, fundamentalmente en Cicerón<sup>35</sup>. Era ya tan sólo un puro recuerdo emocional, un rudimento casi fosilizado de lo que en tiempos fue. Las viejas cosas sagradas, aunque no pierdan esta denominación, irán tomando cada vez un matiz menos misterioso al ser tuteladas por la ley, senadoconsultos o decretos imperiales. La rápida carrera hacia la humanización no quedará detenida ni siquiera en los años augusteos, no obstante la regresión que en el orden nacionalista-religioso supone, al menos durante su primera época, el nuevo régimen imperial.

Se diría que todo vestigio del antiguo temor a los dioses va desapareciendo poco a poco del ordenamiento clásico, sustituido

34. Macrobio: *Saturnalia*, 3,3,8. Vid. n. 27.

35. Todas las obras ciceronianas podrían ser citadas aquí, ya que en todas ellas late un deísmo culto, residuo ideológico de la antigua religión romana. Con todo, las más expresivas en este orden son, sin duda, la *Oratio de domo sua* y los tratados *de natura deorum* y el *de Legibus*. Sobre la decadencia de la religión romana en su aspecto jurídico tiene especial interés el estudio de BRUCK, *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, Berlín, Göttingen, Heidelberg, 1954, pp. 46 ss.



por ideas filosóficas racionalistas de tipo estoico. Son ellas, ahora, las que proporcionan al Derecho civil su último fundamento ideológico en estas materias no estrictamente jurídicas. Seguramente por ello, todas las instituciones empezarán a secularizarse y también, lógicamente, la clasificación de las cosas perderá su viejo sabor arcano. Ya vimos cómo en época de Gayo (2.8), las *res sanctae* estaban como pugnando por salirse del vetusto marco de las *res divini iuris*<sup>36</sup>. También Marciano, cuya opinión aparece recogida en el Digesto 1.8.9, nos da ya una definición de las *res sanctae* absolutamente modernizada: *Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est.*

La jurisprudencia postgayana seguirá por los mismos derroteros acentuando la humanización del viejo Derecho pontifical en todos sus órdenes. Esta era la situación del Derecho romano al llegar al siglo III, en pleno esplendor de la jurisprudencia adrianea. La sistematización jurídica y sus clasificaciones, los comentarios al Edicto y las obras todas de los juristas estaban, al menos en occidente, a salvo de las influencias disgregadoras de otras culturas. Estas influencias, si se dieron, afectaron a otros órdenes: la vida política, las formas estatales, la religión, la oratoria, los conceptos filosóficos, etc. Sin embargo, al producirse el fenómeno constantiniano fue tan violento el cambio, que todo parece ya acusar el golpe. El propio Derecho civil, tras la desaparición del procedimiento formulario y privado así de su antigua fundamentación iusprivatística, se hace víctima fácil de esas influencias extrañas.

Estamos, como puede verse, ante un fenómeno nuevo. La liberalización de lo sacral, tan lentamente lograda a través de tantos siglos, parece dar marcha atrás a causa tal vez de la influencia cristiana. Los elementos arcaicos de este culto con los materiales importados de la religión judía<sup>37</sup>, encauzados por la

36. *Vid.* n. 26.

37. La religión judía, de antiquísimo origen, legó a las formas más primarias del cristianismo, y para aquellos supuestos en donde el nuevo credo no abolía la ley, una clara tendencia arcaizante. Estas concepciones, muchas de ellas objeto de vivísimas controversias entre las primeras iglesias cristianas, perduraron siempre y afloraron con gran fuerza en los tiempos postconstantinianos. Es interesante a este respecto la obra de COHEN, *Jewish and Roman Law*. Nueva York, 1966, pp. 219 ss. y 727 ss.

vida oficial del Imperio, introducidos sobre todo en las constituciones de materia eclesiástica, vuelven a traer a primera línea lo esencial de la ceremonia consacratoria, lo inalcanzable de lo divino y por ende, la imposibilidad *ex natura rei* de las cosas sacras y religiosas como objetos de negocios humanos.

6. Toda esta época postclásica tan interesante y tan llena de contradicciones se va a reflejar, de algún modo, en la concepción de las *res divini iuris*. Hay en ellas algo que viene de lejos, de la época clásica, y cuya literatura jurídica —no obstante los numerosísimos retoques que sufrió de modo incesante a partir de Diocleciano— aún se manifiesta en los *iura* del siglo IV en adelante. Esta capa conceptual inferior, por así llamarla, arrastrada como material de aluvión a esta época tardía, está todavía curiosamente presidida por la idea de secularización iniciada ya hace tanto tiempo.

Con todo, si nos fijamos, esta secularización viene integrada a su vez por dos elementos en cierto modo antitéticos. Hay, en primer lugar, un elemento negativo de no apropiabilidad de las cosas divinas. Estas, como ungidas por una especie de atmósfera ultramontana son realmente, como decía Macrobio, *remotae ac sepositae a nobis*. De ahí la nulidad radical de cualquier humano negocio sobre ellas<sup>38</sup>. Sin embargo, junto a este aspecto negativo hay igualmente otro matiz que, aunque tenue, tiene ya, sin duda, un enfoque jurídico positivo. Las cosas divinas —aún respetando su propia autonomía— están también dentro del ordenamiento jurídico. El Estado (o la Iglesia en la época más moderna) ostenta sobre ellas una especie de extraña titularidad. Nadie se preocupa, sin embargo, de explicarnos en qué consiste exactamente esa titularidad. Tal vez se trate de una pura apa-

---

38. Tanto influyó sobre los juristas clásicos la vieja idea de cosa separada y alejada de los hombres que, incluso para alguno, como Marciano —nada sospechoso de arcaizante y cuyo concepto de las *res sanctae* corrió siempre paralelo al de las cosas públicas— las *res divini iuris* constituía una categoría patrimonial no muy distante de las *res nullius*: *Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt*. Marciano 3 *inst.*, D.1.8.6.2.

riencia, una exteriorización fenoménica, pero indudablemente lo que sea es ya «algo» positivo. Esa titularidad a la que no podemos aún llamar *dominium* es, sin embargo, una relación que se le parece o nos la recuerda.

Esta especie de Derecho de propiedad inexplicable estuvo presente en la mente del jurista clásico en aquella versión antropomorfizante de los dioses herederos y titulares de bienes. Así nos consta que, para explicar la «propiedad» o al menos su apariencia, el Derecho clásico trató nada menos que de hacer descender a nivel humano a sus divinidades y que fueran ellas las titulares de sus propios patrimonios. Es Dion Casio, 55.2, el primero que nos habla de este curioso invento de los dioses y diosas propietarios. Desde el punto de vista histórico, el momento cultural en que tan extraña idea tomó cuerpo debió coincidir con el alto Imperio postaugusteo. En un tiempo así, de plena formación imperial, entraron en el panteón romano muchas divinidades extranjeras a la vez que entraban todos los días centenares de peregrinos en la ciudad. Una dificultad tenían, sin embargo, estos celestes personajes y ella era fundamentalmente su pobreza económica. Eran, en efecto, dioses pobres, ya que por no ser romanos no podían quedar vinculados a los jugosos capítulos del erario público. Aún con sus nombres tradicionales, aquellos Júpiter Tarpeyo, Apolo Didimeo, Minerva Troyana, Hércules de Cádiz o Diana Efesina, eran extranjeros. No digamos nada de la divina madre de Esmirna o de la celestial diosa de las Salinas de Cartago, cuyo atuendo y atributos eran ya casi bárbaros y poco decorosos para el conservador hombre romano. Sin embargo, aún así, tenían sus templos y sus bienes, recibían ofrendas y se arrendaban o cedían sus tierras para mantener mejor su culto diario. ¿De quiénes serían esos bienes y qué titularidad real era la que se escondía tras el sacerdote o el hierofilaco guardián de las ofrendas? Ante la urgente necesidad de cohesionar unos bienes que ni eran del fisco, ni de la ciudad, ni de los sacerdotes, ni por supuesto *nullius*, no hubo al parecer otra solución que el cómodo expediente de convertir en dueños a estos olímpicos seres a fin de que su culto, tan devoto y llamativo, no se extinguiera por falta de recursos. Era, pues, una propiedad privada pero concebida *more humano*. Un sistema

ideado en el Imperio aunque no nos llega a nosotros hasta una época bien tardía gracias al Epítome de Ulpiano 22.4<sup>39</sup>.

El autor del Epítome de Gayo sigue también esta línea de *positivación* en la titularidad de las cosas divinas. Entiende igualmente que las cosas y patrimonios sacros no son propiamente *nullius* sino, como repetirá Justiniano en la *Instituta*, algo cuya titularidad no puede ser nuestra pero cuya «propiedad» se puede configurar según esquemas humanos de un modo análogo a como se hace con las cosas públicas.

Según parece desprenderse del Epítome, ha cedido ya la importancia de la *summa divisio* —cosas divinas y cosas humanas— de la *Instituta*, siendo ahora enfocada la distinción con un nuevo matiz: propiedad normal a nuestro alcance, por un lado, y cosas públicas y divinas, por otro<sup>40</sup>. El anónimo autor de la obra postclásica parece tratar de presentarnos a estas últimas como realidades individuales y que por el hecho de no ser *res nostri iuris* no dejan de estar protegidas o atribuidas de algún modo. Las cosas públicas son del Estado y las divinas *ad ecclesiastica iura pertinent*.

A este punto ha llegado la jurisprudencia postclásica en una línea directriz iniciada por los juristas antiguos. Sin embargo, junto con estos elementos que integran aún hoy la normalización y secularidad de las *res divini iuris*, otro enfoque anómalo y arcaizante se superpone al anterior. Se trata, como ya apuntamos, de una secuela de la nueva religión cristiana hecha ya credo oficial y vehículo de propagación de elementos culturales procedentes de Asia Menor. Lógicamente, aunque esta influencia llegue a las fuentes jurídicas algo más debilmente, puede descubrirse también en las constituciones del siglo V, pero es sobre todo en las fuentes literarias en donde de un modo clarísimo se acusa la nueva realidad ideológica. Los textos patrísticos —epístolas, homilías, obras doctrinales, etc.— y conciliares nos hacen descubrir esa fortísima marcha atrás en la idea de lo sacral. Nada más expresivo en este sentido que la divina intolerancia de

39. Vid. MURGA, *Donaciones y testamentos*, cit. p. 334.

40. Vid. ARCHI, *La summa divisio rerum in Gaio e Giustiniano*, en *SDHI* 3 (1937), pp. 14 ss. El autor muestra una opinión en algunos puntos contraria a ALBERTARIO, *Sulla Epitome Gai*, en *Studi* 5, pp. 502 ss.

Ambrosio de Milán frente a la orden de Valentiniano II de entregarle una basílica de la ciudad <sup>41</sup>. El templo es cosa sagrada y ni puede ser entregada por el obispo ni recibida por el emperador. La *traditio* es nula y absolutamente imposible: *templum Dei a sacerdote tradi non posse*.

Vemos, pues, como aparece en este pensamiento cristiano del siglo IV tan a flor de piel, en sus escritores, la arcana idea de lo imposible *ex natura rei*. Otra vez el viejo *fas* con toda su inexplicable y lejana naturaleza prohíbe el tráfico humano sobre cosas divinas que sería, desde el punto de vista delictivo, sacrílego, y desde el punto de vista comercial, nulo e imposible: *nec mihi fas est tradere nec tibi accipere, imperator*.

Bien se ve, por ello, que una protección tan tremenda iba a resultar perjudicial incluso para aquellos a quienes pretendía defender, puesto que la creación de patrimonios muertos es siempre una solución económicamente poco clara. No iba a ser fácil salir de este callejón sin salida. La extracomercialidad resultante era tan excesiva que dejaba a los administradores y *curatores* con un patrimonio divinamente petrificado, sin poder liquidarlo ni casi utilizarlo en muchos casos. Fueron, por ello, los propios pastores de la iglesia oficial quienes tomaron la iniciativa enajenando regalos costosos y ricos para dedicar su importe a necesidades más urgentes y graves, como la *redemptio ab hostibus*. La *redemptio* <sup>42</sup> fue la primera grieta en la monolítica prohibición de vender, ya que esa redención y rescate de los prisioneros de guerra se hacía en ocasiones tan apremiante que

41. Toda la doctrina ambrosiana sobre la naturaleza jurídica de las iglesias como *res divini iuris* está contenida en sus *Epistolae* 20 y 21. Vid. FERRINI, *Postille giuridiche all'epistola XX di S. Ambrogio diretta alla sorella Marcellina*, en *Opere* 2, pp. 487 ss.

42. El rescate de prisioneros, tarea una de las más predilectas de la cristiandad, es de nuevo un auténtico servicio estatal que ha surgido hecho espontáneamente por la propia sociedad, espoleada por los obispos y por el continuo ejemplo de cientos de legados y fideicomisos con esta pía finalidad. Fácil es comprender que esta tarea de recobrar los prisioneros propios en poder de los persas o de los bárbaros tuvo que ser no sólo bien vista sino protegida y fomentada por la legislación imperial. Puede consultarse el estudio de AMIRANTI, *Appunti per la redemptio ab hostibus*, en *Labeo* 3 (1957), pp. 214 ss., o en su resumen aparecido en el *NNDI*, *Redemptio ab hostibus*, hecho por el mismo autor.

obligó a Ambrosio de Milán a vender unos vasos sagrados con el fin de destinar lo obtenido con la enajenación a la recuperación de los cautivos en poder de los bárbaros <sup>43</sup>. Esa liberal actuación del obispo milanés provocará al ordenamiento jurídico una verdadera problemática que nunca llegará a resolver ni clara ni definitivamente.

Realmente, ¿puede una motivación, todo lo espiritual y caritativa que se quiera, convertir en válida una venta nula e imposible? ¿El puro hecho de vender es suficiente para que, sin la desafectación previa, se conviertan en *humani iuris* unos bienes que hasta este momento han sido divinos y sagrados? ¿Es la necesidad del momento —tal como parece desprenderse del discurso del obispo— lo que hace desaparecer la imposibilidad de vender? Y si ello fuera así, ¿quién determinaría ese «estado de necesidad»? ¿Será la pura intención de enajenar deducida del acto traslativo? Estas y otras muchas cuestiones se plantearon entonces y se han planteado después, y aún hoy día se discuten entre los romanistas sin que por el momento haya sido posible llegar a soluciones convincentes.

Es indudable que el hecho social es el causante de la norma. La necesidad de afectar a los patrimonios llevó a los juristas a la rápida pero peligrosa solución de la sacralización. Las consecuencias fueron duras y tajantes y el negocio o venta, si lo hubo, era necesariamente nulo. Al iniciar ahora los propios obispos, como intérpretes del querer divino, una nueva aplicación de la ley vendiendo objetos sagrados considerados hasta aquí como mercancía imposible, resultó penosa y amarga la postura legislativa ya que se obligó al legislador a reglamentar casuísticamente una serie de excepciones a la regla general de nulidad de la venta <sup>44</sup>.

---

43. Los arrianos, cuyo concepto oriental de la inviolabilidad de lo sacro era aún mucho más duro e intransigente que el de los católicos, acusaron duramente al obispo milanés vendedor de cálices y ornamentos de la iglesia para el rescate de cautivos. El obispo se defiende con unas puras razones ascéticas: *melius fuerat ut vasa viventium servare quam metallorum* (Ep. 18. 16; PL 16.1018).

44. Toda la legislación justiniana no es más que un debatirse continuamente entre la regla general y la excepción. Desde la Novela 7, del año 535,

No obstante podemos deducir, tras el estudio detenido de la legislación, que ya en las constituciones del último tercio del siglo v comienza a dibujarse el verdadero estatuto patrimonial de estos bienes y su inalienabilidad resultante. En estos últimos años del bajo Imperio, sobre todo en oriente, una mayor formación y afinamiento jurídico han sustituido a la pobreza vulgar de antes. Las escuelas de Derecho de Berito, Alejandría y Constantinopla producían cada año generaciones de juristas preparados científicamente. Es, por tanto, natural que la labor de estas primeras universidades se deje notar en la redacción de los textos legales contemporáneos <sup>45</sup>.

Puede decirse que la legislación imperial —al menos las constituciones orientales posteodosianas— ha vuelto a tomar las riendas del ordenamiento jurídico. No obstante la imprecisión de los textos legales, el tema de la sacralidad sigue en la línea de la última jurisprudencia romana y el concepto de separación o lejanía que pudo acentuar el cristianismo no logró triunfar totalmente en las normas imperiales de la quinta centuria.

De un modo u otro, la relación jurídica que se ve sobre las cosas *divini iuris* y sobre los *iura ecclesiae* o *iura templorum*, como decían las primeras leyes, es algo que no es extraño al Derecho. Aquella «propiedad» sobre un patrimonio que se debe mantener ileso tiene una similitud jurídica con las instituciones más conocidas del Derecho. Claramente se desprende así de la constitución leoniana del C.1.2.14 del año 470. La Iglesia —en esto la ley sigue la doctrina del Epítome, incluso con su propia terminología— es la propietaria de las cosas que de un modo u otro han llegado a ella por cualquiera de los accidentados caminos del bajo Imperio cristiano. Por la misma razón, se trata de bienes que pueden ser «reivindicados» en cualquier momento. La propia ley en varias ocasiones emplea una expresión, *vindicari*,

---

a la Novela 120, del 544, el legislador no parece decidirse por una fundamentación jurídica unitaria.

45. Según Wieacker, esta renovación científica de las constituciones imperiales del siglo v puede ya notarse claramente en las de León I, Zenón, Justino y Anastasio. *Crf.* WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, p. 56.

llena de contenido jurídico, para indicarnos el acto procesal de perseguir judicialmente esos bienes <sup>46</sup>.

Muchas son las consecuencias que supone esta visión positiva de lo sacro en la jurisprudencia y en la leyes postclásicas. El ordenamiento jurídico ha hecho suya la reglamentación vieja sobre las *res divini iuris*. El negocio jurídico, en primer lugar, no es ya estrictamente nulo *ex natura rei* por imposibilidad de la prestación <sup>47</sup>, como cuando en el Derecho, en su fase más arcana, entendía que las cosas divinas debían ser dejadas a aquella *vindicta deorum* implícita en la *sacratio*. Durante un cierto tiempo la ley se adaptó a esa imposibilidad negociable de tal modo que la transmisión o enajenación de las cosas sagradas será durante muchos años doblemente imposible, por así decirlo. La vieja imposibilidad derivada de la naturaleza misma de las cosas no comerciables —*possibilis, quae per rerum naturam admitti potest, impossibilis, quae non potest...* <sup>48</sup>— va a ser al mismo tiempo imposibilidad legal, desde el mismo momento en que la norma jurídica trata de seguir los pasos del antiguo ordenamiento religioso. La imposibilidad física y la imposibilidad jurídica actuarán a la par no siendo fácil a veces el distinguirlas. No es, sin embargo, inútil esa diferenciación. Se trata, por supuesto, de conceptos diferentes y con diversa fundamentación. La imposibilidad *ex lege* es más amplia que la otra, ya que puede referirse no sólo a los objetos sino, incluso, a los sujetos y a los presupuestos lógico-jurídicos de la propia ley.

Todo esto tiene además una importante consecuencia en el orden práctico. Un negocio, una transmisión que resulte imposible jurídicamente no es ya, sin embargo, propiamente algo impensable. Ni siquiera puede decirse que no produzca efectos, sino simplemente que la ley misma se los ha retirado, se ha interpuesto entre el acto jurídico y sus normales consecuencias al

46. C.1.2,14.4.

47. Vid. RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie*, en *Festschrift Bekker* (1907), pp. 171 ss.; PARTSCH, *Die Lehre vom Schingeschäft im römischen Rechte, en Nachg. Schriften*, Berlín, 1931, pp. 131 ss.; ALBERTARIO, *Corso* I, Roma, 1936, pp. 207 ss.; RICCOBONO, *Corso*, Roma, 1934, pp. 288 ss.; VOCI, *L'errore nel Diritto romano*, Milán, 1937, pp. 146 ss.; ID., *Le obbligazioni romane* I, Milán 1960, pp. 125 ss.

48. *Pauli sententiae* 3.4.B.1.



detectar que aquel supuesto concreto, no obstante su apariencia de normalidad, va en contra de las líneas jurídicas básicas del Derecho.

Volviendo a nuestro estudio, si por las razones que fuesen, el negocio efectuado sobre patrimonios sacros fuese imposible por las dos razones apuntadas, por sacro y por estar en contradicción con la ley, en el mismo instante en que sobrevenga la secularización el Derecho comenzará a suplir los viejos efectos extrajurídicos del *fas* sin que externamente se deje notar el cambio. Esto es, a mi juicio, lo que ocurrió en la época post-clásica. El Derecho romano tardío entiende que una enajenación de bienes patrimoniales que cumplen un fin social, como sucede siempre con los bienes de la Iglesia, no debe ser objeto de relaciones jurídicas privadas y por ende resuelve privarle automáticamente de todo efecto.

La constitución leoniana está precisamente colocada en ese momento clave de la evolución jurídica. Por un lado, no olvida el emperador el viejo carácter sacro de esos bienes, como claramente y en multitud de ocasiones lo manifiesta a lo largo del texto legal. Por otra parte, el patrimonio en manos de la Iglesia cumple una misión tan principal y tan cercana a nuestros servicios públicos actuales que, lógicamente, debe ser custodiado y protegido con eficacia. El fenómeno es, pues, absolutamente moderno y laical aún cuando el legislador no sea consciente de ello y siga dándonos razones religiosas, diciéndonos que esos bienes deberán ser defendidos como si de la propia santa y venerable iglesia constantinopolitana se tratase <sup>49</sup>.

El acto negocial es nulo y sin valor, y en esto no habrá mucha diferencia con la antigua nulidad *ex natura rerum*.

Ni los términos empleados por el legislador ni el concepto aludido permiten una distinción tajante, ya que poca diferencia puede haber realmente entre nulidad y nulidad. Sin embargo, la no producción de efectos de las ventas, según la constitución del C.1.2.14, dista muchísimo del sentido de *traditio nulla* que las fuentes patrísticas trataron de reincorporar al Derecho romano del bajo Imperio, según veíamos en el discurso ambrosiano contra el emperador.

49. C.1 2.14.3.

En efecto, la nueva nulidad no es extrajurídica ni tiene ya su base en la prestación imposible por sagrada sino en una imposibilidad normal y legislativa, típica de todo actuar *contra legem*. Claramente se desprende así de la constitución de León en su párrafo 4, al decirnos que la transmisión de los predios y de los restantes bienes que quedaron afectados y cohesionados en aquellos *iura* será nula, como todo lo que se hace contra la ley:

Praedia autem et in his omnia constituta ab ipsis clericis et temporalibus oeconomicis cum fructibus seu pensionibus et accessionibus totius mediis temperis vindicentur, ut tamquam penitus a nullo empta vel vendita teneantur, quia ea, quae contra leges fiunt, pro infectis habenda sunt.

7. Un nuevo concepto está apareciendo en los textos legales para designar la carencia de efectos jurídicos de todas estas transmisiones: *pro infectis*. La transmisión es nula como siempre lo fue. Sin embargo, bajo la privación de los efectos normales de la *traditio*, existe ahora una radicación legal y no sacral como hasta aquí. Las antiguas cosas *divini iuris* convertidas en tales por la ceremonia de la *dicatio* o por el puro destino, son en el bajo Imperio tantas y tan diversas que su área de movilización está alcanzando claramente la esfera de lo público: servicios, hospitales, asilos, suministros, e incluso transportes y mercados. Queda, pues, sobradamente justificado el cambio de criterio. La proximidad de lo público y lo divino no es solamente comodidad clasificatoria del Epítome de Gayo<sup>50</sup>. Es verdaderamente una realidad imperial, política y social. No se trata tan sólo de puras consecuencias de la secularización sino más bien resultados de la divinización progresiva de todo lo estatal.

La enajenación y el gravamen de cosas públicas o sagradas es algo contra ley y por ello tales actos: *pro infectis habenda sunt*. ¿Cuándo apareció tal concepto y cuál es realmente su significado? Nos consta que los términos *infectus*, *pro infecto*, *pro infectis*, ya se usaron entre los clásicos con un sentido equivalente a «no hecho»<sup>51</sup>. Con esa acepción jurídica lo encontramos

50. *Ep. Gai* 2.1.

51. ... *et id, quod iudicatum non sit, pro infecto haberi oportere*. Cicerón: *de inventione*, 2.27.80. La expresión *pro infectis* y otras semejantes se en-

varias veces en el Digesto. Así, Pomponio, en sus comentarios a Sabino <sup>52</sup>, hablando de la rescisión de la venta, emplea dos veces esta expresión con el mismo sentido:

Sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus <sup>53</sup>.

Análogamente, Ulpiano, al comentar las *leges Iulia y Papia* <sup>54</sup>, entiende que por estar la liberta que contrajo matrimonio con su patrono privada por la ley de la potestad de divorciarse, si a pesar de todo intentara hacerlo, dicho divorcio sería inútil e *infectum*. Se tendría por no hecho ya que se trata de un actuar en contra de las propias disposiciones legales.

Estamos, pues, en un terreno que aunque pueda ser clásico es de relativa modernidad, ya que el problema de los negocios jurídicos existentes pero privados de efectos por ley nos llevaría nada menos que al complicado tema de las *leges perfectae* <sup>55</sup>. Es la ley la que prohíbe y de su *sanctio* deriva precisamente esa

cuentran igualmente en multitud de obras literarias clásicas: Plauto, Terencio, Catón, Livio, etc.

52. Pomponio 24 *ad Sab.*, D.18.5.2.

53. Algunos autores creen que la frase entera sea una interpolación añadida al texto genuino de Pomponio. *Vid.* GUARNERI CITATI en *Annale Messina* 1 (1927), p. 63; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2, Tübingen, 1911, p. 86.

54. Ulpiano 3 *ad legem Iuliam et Papiam*, D.24.2.11 pr.. Puede verse la reciente obra de ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, Padua, 1970, pp. 195 ss.

55. La distinción que el pasaje incompleto del Epítome de Ulpiano nos plantea es uno de los problemas jurídicos, políticos y constitucionales más debatidos de todo el Derecho romano clásico: el valor del *ius novum civile* —plebiscitos, SSCC y constituciones— frente al viejo ordenamiento quirritario. El desarrollo de la sociedad romana, tan llena de complejidades e implicaciones, tiene esta muestra exterior de los dos ordenamientos jurídicos que en ocasiones pueden ir el uno en contra del otro. Frente a la idea de inexistente, propia de lo que se hace contra el *ius civile vetus*, esta otra tardía nulidad de lo hecho contra leyes plebiscitarias es por fuerza muy distinta. Es la ley quien prohíbe y es efecto de su *sanctio* el suprimir toda consecuencia jurídica del negocio hecho contra ella. *Vid.* BAVIERA: *Leges imperfectae, minus quam perfectae e perfectae*, en *Studi Fadda* 2, pp. 203 ss.; TIBILETTI, *Sulle leges romanae*, en *Studi De Francisci* 4, pp. 505 ss.

ausencia de efectos. Lo tardío de este concepto que en el Derecho romano se explica por unas razones históricas muy concretas, nos lleva fácilmente a distinguir ya el negocio nulo por nulidad radical o inexistencia <sup>56</sup> de estos otros negocios, transmisiones, enajenaciones o divorcios que son simplemente ineficaces porque la sanción legal, como un verdadero obstáculo, se ha interpuesto en su camino.

No es fácil precisar el momento exacto en que el ordenamiento jurídico romano tomó conciencia de que la ineficacia de ciertos actos radicaba precisamente en haber sido hechos violando lo dispuesto en una ley. La clasificación tripartita de las normas según su sanción en leyes perfectas, menos que perfectas e imperfectas, debió ser usual entre los juristas del alto Imperio. Con todo, la referencia que de ella tenemos procede de una obra tardía —el Epítome de Ulpiano <sup>57</sup>— que gozó, sin duda, de una enorme difusión a partir de Diocleciano.

Las leyes perfectas, siempre poco numerosas, determinaban la nulidad oficial como si fuese una especie de pena al actuar ilegal. El acto jurídico negocial, el pacto o la transmisión pro-

---

56. La nulidad provendría en el Derecho clásico casi siempre de algún defecto de forma en los actos civiles de transmisión o en los trámites procesales de las acciones de la Ley. También de los actos jurídicos realizados por sujetos sin capacidad o sin consentimiento y de los negocios sin causa cuando ésta fuera exigible. En definitiva, la nulidad es un peligro que procede, la mayoría de las veces, del propio Derecho civil, único capaz de provocar ese tipo de nulidad. Sin embargo, también en ocasiones se puede producir en las figuras pretorias una nulidad muy parecida a la civil al fallar los presupuestos esenciales del instituto jurídico concreto. Así, las acciones de buena fe traen implícita una *denegatio actionis* en la que la nulidad opera radicalmente sin necesidad de insertar ningún tipo de excepción. A causa de la especial naturaleza de estas figuras procesales se da una privación de efectos que guarda una gran similitud con la situación resultante de la nulidad civil. La propia concurrencia de acciones se tramita en los *bonae fidei iudicia* sin necesidad de la *exceptio de re iudicata*. Gayo 18 *ad ed. prov.*, D.50.17.57.

57. Epítome Ulpiano 1.1. También Macrobio: *In somnium Scipionis*, 2.17.3, nos habla, de pasada, de la sanción jurídica de las leyes imperfectas. Aunque el autor es postclásico, sin embargo, como gramático y anticuario manejó fuentes literarias y jurídicas de la antigüedad que nunca han llegado hasta nosotros. La mera utilización de esa terminología clasificatoria de las leyes por su parte, nos da pie para suponer que debió ser algo usual, al menos, entre los juristas de la época clásica más tardía.

hibidas tienen una especie de nulidad implícita, nacida en el mismo instante de la realización de aquéllos. Cuestión difícil y muy discutida entre los estudiosos ha sido la de precisar esa aparición en el Derecho romano, de leyes con eficacia anulatoria. Posiblemente debe ser un fenómeno jurídico nunca anterior a los plebiscitos augusteos de manumisión: las leyes Fufia Caninia y Aelia Sentia, publicadas entre los años 1 y 4 de nuestra era <sup>58</sup>.

Con todo, y aunque parezca a primera vista incomprensible, las leyes del bajo Imperio tardarán bastante en hacerse eco de esta eficacia anulatoria. Decimos que es difícil de entender porque lo lógico sería lo contrario ya que la rápida socialización de orden político, las grandes transformaciones jurídicas y la desaparición del procedimiento *per formulas* son, todos ellos, elementos que contribuyen a dar a la norma positiva un valor y una eficacia absoluta, con la consiguiente nulidad fulminante a todo cuanto a ella se oponga.

Tal nulidad no encuentra su formulación, como decimos, sino en un momento tardío del imperio oriental: el año 439 y en una constitución de Teodosio contenida en el *Codex* de Justiniano (C.1.14.5.1) <sup>59</sup>. Esta constitución teodosiana, verdadera carta magna de la eficacia sancional de la norma jurídica positiva, da a entender que todo lo hecho contra la ley será siempre nulo, incluso aunque no conste expresamente así en el texto legal:

Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legis latori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat cetera quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quae lege fieri

---

58. No faltan quienes creen que también la *lex Falcidia de legatis* (alrededor del 40-38 a. C.) imponía la nulidad *ipso iure* de los legados en la cuantía precisa para respetar la cuarta legal del heredero. Si ello fue así, la *lex Falcidia* sería la primera *lex perfecta* de la que tenemos noticia. A este respecto puede verse BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis*, Nápoles, 1948; SCHWARZ, *War die lex Falcidia eine lex perfecta?*, en *SDHI* 17 (1951), pp. 225 ss.

59. La constitución C.1.14.5.1 no es sino un resumen de una larga Novela teodosiana, la Novela 9, cuyo contenido realmente prolijo dio base a la redacción de otro texto del *Codex*: C.4.65.30. Vid ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, en *Studi* 5, pp. 214 ss.

prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis. etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ab id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.

Aparece, pues, también en esta ley la ineficacia con un sentido que permanecerá ya siempre en el bajo Imperio y con la expresión —*pro infectis*— que se hará absolutamente típica. Algún autor ha distinguido modernamente <sup>60</sup> cierta diferencia de matiz entre los términos *inutilis* y *pro infectis*, conceptos muy cercanos pero naturalmente diferentes, como podemos deducir de los propios legisladores del siglo V quienes literalmente nos dicen que lo hecho contra la ley será *non solum inutilia sed pro infectis*.

«Inútil» sería oponerse a la ley, cualquiera que sea la eficacia de ésta, y *pro infectis* posiblemente se referirá a algo aún más grave y que quizá podría concretarse fundamentalmente en esa nulidad-sanción, reacción violenta de la norma contra cualquiera que intente violarla. Aparece, pues, un concepto de nulidad que va a presidir, a partir de ahora, toda enajenación prohibida por la ley. Esa prohibición puede tener su fundamento en criterios muy diversos: políticos, orden social o simples motivos espirituales o religiosos. En todo caso, la nulidad vendrá derivada claramente del ordenamiento jurídico y de la fuerza legal. El Derecho ha reabsorbido entre sus propios tejidos a la antigua imposibilidad de comprar y vender cosas divinas. Lógicamente, un negocio prohibido será nulo y no existirá, lo mismo que aquellos otros que no tienen objeto o que éste es imposible. La nueva nulidad *ex lege* será aparentemente muy parecida. Sólo en algún caso podríamos comprobar que esa privación de efectos es distinta a la que hasta aquí conocíamos. Ese será, por ejemplo, el caso de aquellos negocios que siendo válidos un tiempo, fueron luego prohibidos, o al revés. Se trata, sin duda,

---

60. Vid. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi* I, en *Ann. Perugia* 33 (1921), pp. 630 s.; MASTI, *Il negozio utile o inutile in diritto romano*, en *RISG* 10 (1962), pp. 63 ss.; BONINI, *Appunti sull'applicazione del Codice Teodosiano*, en *AG* 162 (1962), pp. 121 ss.; DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milán, 1966, pp. 69 ss.

de extraños fenómenos legislativos que tendremos ocasión de ver en el Derecho justiniano y en los cuales la nulidad del Derecho civil aparece como algo que, aunque radical, es en cierto modo sobreañadido.

A partir del año 439, con la norma teodosiana<sup>61</sup> todo lo hecho *contra legem* —entendida ésta, ahora, como manto protector de todo el Derecho romano postclásico<sup>62</sup> y sea cual fuere la causa que motivara la intervención legislativa— será tenido *pro infectis*.

Poco tiempo después volvemos a encontrar igualmente otra constitución de Teodosio, del año 440, con un sentido parecido. Se trata de la norma del C.3.4.1.1, para un supuesto de jurisdicción delegada. La ley determina claramente como ha de hacerse la delegación y toda actuación contraria *pro infectis haberi praecipimus*. La nulidad es clara, como se demuestra por el hecho de que en la misma ley se considera viciosa la actuación del juez con delegación abusiva, hasta el punto de que la sentencia no necesitará ni siquiera de apelación: *nec appellandi quidem necitas victis adversus eas sententias imponatur*.

Volviendo a nuestro supuesto concreto de negocios jurídicos indebidos con enajenación *pro infectis*, la cosa se reputará no vendida y siempre será posible su reclamación vindicatoria, *vindicari*. No sólo se aplicará esa doctrina a la directa enajenación de los patrimonios más o menos sagrados de la constitución C.1.2.14<sup>63</sup>. El mismo efecto espera también a los pactos y con-

61. Según Partsch, la nueva concepción teodosiana de la nulidad debió ser una elaboración postclásica de las escuelas orientales de Derecho. *Cfr.* PARTSCH, *ob. cit.*, p. 131.

62. En este momento tardío se entiende por ley cualquier norma jurídica. Las Sentencias de Paulo es quizá, entre las fuentes postclásicas, la que con más claridad alude a este actuar *contra leges*, en ese amplio sentido de actuación contra el Derecho. P. S. 1.1.2; 1.1.4.A; 3.7.10. De un modo parecido se expresa también el autor de la *Consultatio* 7.2.

63. Existe en el *Codex* justiniano (1.5.10) una constitución del emperador León, de fecha incierta —para Mommsen, podría oscilar entre 466 y el 472— en donde se contempla un supuesto parecido pero mucho más concreto, de alineación de inmuebles eclesiásticos, dando igualmente la solución de nulidad. Dado que el supuesto a 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

tratos que se intenten de modo simulado y en fraude legal. También en estos casos actuará la ineficacia normativa y la carencia de acción será su más segura señal:

*Conductor itaque locatori vel contra locator conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videre volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente*<sup>64</sup>.

Siguiendo este mismo criterio, por razones económicas de monopolio fiscal —y aparte de las responsabilidades delictivas que haya lugar— será nula la venta de las preciadas substancias de tintorería hecha por particulares. De nuevo aparece la privación de efectos en toda enajenación de la *blatta vel oxiblatta atque hyacinthina*, según disposición de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio<sup>65</sup>. Por motivos parecidos queda también prohibido el comprar a los persas la seda que, tras su largo camino continental por rutas caravaneras, llega a la China<sup>66</sup>, así como el comerciar con el trigo público de la *annona*<sup>67</sup>. Razones de política militar hicieron nula igualmente, aparte siempre de las penas correspondientes, la venta del vino, aceites o armas de cualquier tipo a los bárbaros y a los enemigos del Imperio<sup>68</sup>.

8. Acabamos de ver que el concepto nuevo de *pro infectis* da unidad, normaliza y facilita la comprensión de la moderna nulidad derivada de cualquier *agere contra legem*. Nuevas ven-

---

que esta norma, más particular, fuera anterior a 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 *metrocomía* quisiera vender sus tierras, sólo podrá hacerlo a un comprador vecino de su misma circunscripción territorial: *non licere ei, nisi ad habitatorem adscriptum eidem metrocomiac*. 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.

64. Novela Teodos. 9.2, año 439.

65. C.4.40.1, Valentiniano, Teodosio y Arcadio, sin fecha.

66. C.4.40.2, Valentiniano, Teodosio y Arcadio, sin fecha.

67. C.4.40.3, Arcadio y Honorio, año 397.

68. C.4.41.1, Valentiniano, Valente y Graciano, años 370-375; C.4.41.2, Marciano, años 455-457.



tajas se nos ofrecen además y que ya empiezan a notarse en esta segunda mitad del siglo v, a partir de la propia constitución leoniana tantas veces citada. Si toda la dificultad radica ahora en la ley, que se interpone a la eficacia del negocio, no hay necesidad de plantear como excepciones los casos en los que se permite la venta o la transmisión. En efecto, de sobra es conocido como la propia vida económica se manifiesta absolutamente contraria a los patrimonios muertos. Un patrimonio sacralizado es al fin y al cabo una masa congelada de bienes sin ninguna utilidad. Era, pues, lógico que los propios administradores eclesiásticos plantearan la necesidad de hacer rendir estos bienes mediante permutas, cesiones, ventas, usufructos o arrendamientos. Desgraciadamente ninguno de estos negocios era inicialmente factible. La vieja concepción de lo sacro-imposible, tan cuajada ya en el Derecho romano, era ahora el principal obstáculo a la liquidez.

Sin embargo, con la nueva idea de cuño más legal y que la jurisprudencia postclásica ha divulgado, incluso entre los juristas de la cancillería imperial, se consigue más flexibilidad y armonía a la hora de hacer excepciones a la regla general de inalienabilidad. Así en el párrafo 8 y siguientes de la constitución de León I podemos comprobar como se intenta mitigar lo que pueda tener de riguroso el régimen de prohibición. (Tal vez por ello el legislador permita negociar, siempre con las suficientes cautelas, sobre los santos bienes que pertenecen al *ius ecclesiae*.)

Tiempo después, en los últimos años del siglo v, una nueva ley aparece en la parte oriental del imperio. Es la constitución del emperador Anastasio recogida en versión griega en el *Codex justiniano*<sup>69</sup>. La ley sólo tiene valor para la santa Iglesia metropolitana de Constantinopla y de una manera tajante determina también la nulidad de toda venta o cesión. Esta prohibición afecta no sólo a los bienes raíces que propiamente puedan ser *divini*

69. La constitución C.1.2.17 —y sin poner en duda su genuinidad— no debe corresponder absolutamente en su actual redacción al texto original. Al utilizarse en el párrafo 2 la expresión Bizancio, en lugar de Constantinopla, nos lleva necesariamente a una época postjustiniana, en la que la moda y el lenguaje diplomático hizo frecuente esa nueva expresión. Vid. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen des Codex*, en *ZS* 8 (1887), pp. 50 ss.

*iuris*, sino también a todos aquellos otros más secundarios cuya vinculación con lo divino había sido lograda por el curioso sistema vulgar de la accesión calificativa. Llama la atención en la ley imperial el comprobar como estas primeras regulaciones sobre patrimonios no comerciales por su destino religioso-social tuvieron siempre un origen consuetudinario y privilegiado. Es clara la alusión que se hace en el texto legal a la permanencia de privilegios anteriores. Se trata indudablemente, de una situación imprecisa jurídicamente pero que de una manera u otra constituyó el primer estatuto patrimonial de aquellos bienes.

El emperador Anastasio trata, evidentemente, de confirmar con su ley —*firma sunt etiam omnia privilegia*— una situación peculiar nacida nadie sabe cómo ni cuándo<sup>70</sup>. Son, sin duda, beneficios nacidos a lo largo del siglo iv, en momentos nebulosos aún de formación del nuevo ordenamiento jurídico cristiano. Fue entonces, y aprovechando una confusa situación constituyente, cuando el carácter sacro de los bienes fue extendido a todos aquellos que de algún modo eran utilizados *ratione pietatis*. Ante este *status* tan poco claro, todos los fines propios de la sociedad cristiana eran realmente metas eclesiales y a la vez los fines eclesiásticos se hacían, sin más, fines políticos y estatales dentro del crisol del cesaro-papismo.

La constitución del C.1.2.17 estableció un régimen inmobiliario más atenuado que el de la norma leoniana. La nueva regla-

---

70. El privilegio tiene en estos años de tan grandes transformaciones públicas y privadas una gran difusión y penetración. Todo el ordenamiento jurídico se ve zarandeado y turbado por multitud de presiones políticas, sociales o ideológicas. Por otra parte, la insuficiencia legislativa para cubrir las nuevas necesidades de la vida, cada vez más compleja, lleva consigo la aparición de muchas situaciones de hecho, origen embrionario de los futuros privilegios, y que el Poder político normalmente acepta sin discusión por afectar a unas clases sociales cercanas al emperador —servicios palatinos— o por afectar a la Iglesia o a la ideología católica. *Vid.* ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in Diritto romano*, en *Ann. Macerata* 11 (1938), pp. 5 ss. y 12-13 (1939), pp. 5 ss.; GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singulare*, en *Ann. Diritto Compar.* 18 (1946), pp. 1 ss.; LOMBARDI, *Celso*, D.1.3.30, en *Studi Arangio-Ruiz* III, pp. 181 ss.; TAUBENSCHLAG, *Die Kaiserlichen Privilegien im Rechte der Papyri*, en *ZS* 70 (1953), pp. 277 ss.; WESEMBERG, *Privilegium*, en *Pauly-Wissowa, Real Encyclopädie* 23, 1, s. 71; MELILLO, *Privilegio (Diritto romano)*, en *NNDI* (1966).

mentación trataba de escapar, en lo posible, de una congelación excesiva, consecuencia ineludible de todo lo dicho hasta aquí. La ley facilita ahora, además, un cómodo sistema por medio del cual será posible la alienación cuando así lo pida la necesidad o la simple conveniencia de los propios entes colectivos ya casi formados en este tiempo. Estas *venerabiles domus*<sup>71</sup>, cuya personalidad comienza a insinuarse precisamente ahora, tienen su propio patrimonio. Hasta estos momentos, los bienes debían ser defendidos urgentemente de la rapiña y de la avidez de sus administradores, sobre todo, porque debido a la poca firmeza aún de la personalidad jurídica de los entes titulares, las posibilidades de malversación por parte de los *curatores* aún se hacía más escandalosa. Por muchas razones, ante el ordenamiento jurídico estos *curatores* actuaban en la práctica como verdaderos dueños ya que, en todo caso, eran realmente donatarios o legatarios *sub modo* o fideicomisarios de herencias, y estas desdibujadas figuras permitían todo tipo de amaños y fraudes sobre los bienes. La nulidad de estos negocios que el Derecho postclásico logró, fue la única arma eficaz para evitar las disgregaciones económicas y, gracias a ello, la reivindicación siempre posible traía de nuevo a la masa patrimonial los bienes enajenados.

Ahora parece que los legisladores han conseguido, además, un camino mejor. Una nulidad sin la rigidez de otros tiempos y haciendo posible las excepciones que hasta aquí podrían parecer anómalas o caprichosas. Curiosamente, el nuevo enfoque legal de la nulidad se ha conseguido a impulsos de la misma vida económica. Fueron, como ya vimos, los propios escritores eclesiásticos quienes obligaron a la ley a encontrar rápidamente la solución, y la aparente frivolidad de esta conducta frente al patrimonio sagrado fue precisamente la que incitó a las constituciones imperiales a incorporar cuanto antes la solución teodosiana del *pro infectis*.

Así, pues, la ley del emperador Anastasio permite ya vender,

---

71. Muy abundante es la literatura existente sobre las *venerabiles domus*, luego *piae causae*. Citamos tan sólo, por su relación con la constitución C.1.2.17, las obras de HAGEMANN, *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischen Rechte*, Basilea, 1953, p. 27; y, PHILLISBORN, *Der Begriff des juristischen Person in römischen Recht*, en *ZS* 71 (1954), p. 67.

permutar y constituir enfiteusis sobre bienes que no rinden económicamente, *quae nullum lucrum propter sterilitatem produnt*. Dice la ley, además muy expresamente, que dichos actos de disposición no son nulos, sencillamente porque no están prohibidos: *nec donationem vel alienationem isdem domibus interdici-mus* <sup>72</sup>. En estos casos de ventas permitidas es la propia norma, que antes se interponía entre el negocio y sus efectos, quien ahora parece retirarse. Como consecuencia, en ese mismo instante la enajenación se produce normalmente y con toda plenitud. Claramente el legislador entiende así que esas donaciones o enajenaciones ya «no están prohibidas» y precisamente por ello no son ya nulas.

#### IV. LA EXTRACOMERCIALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO DE LA COMPILACION

9. Son tantos y tan complejos los factores y elementos que convergen en la compilación justiniana que por fuerza han de producirnos la impresión de confusas contradicciones. Las nuevas corrientes introducidas en la jurisprudencia del bajo Imperio y en las constituciones más tardías que examinábamos en el párrafo anterior, están presentes también en la mente justiniana. En ese sentido puede afirmarse que la secularización de la extracomercialidad se hará notar necesariamente en toda la obra legislativa. De un modo más intenso, naturalmente, en el Digesto y en la *Instituta*, ya que los materiales utilizados en la elaboración de estos cuerpos legales estuvieron expuestos a continuas revisiones y manipulaciones ya desde la segunda mitad del siglo III. El antiguo sentido que tuvieron lo sacro y lo público, y que aún persistía en la época de Gayo, había quedado superado en la línea del pensamiento Ulpiano-Marciano <sup>73</sup>.

Tal vez por ello diga Archi <sup>74</sup>, que entre Gayo y Justiniano —aún siendo la *Instituta* del emperador casi un trasunto de la

72. C.1.2.17.1.

73. Ulpiano 68 *ad ed.*; D.1.8.9; Marciano 4 *reg.*, D.1.8.8 pr.

74. ARCHI, *La summa divisio*, cit., p. 13.

gayana— hay una gran diferencia de enfoque. La contraposición de cosas humanas y divinas —*summa divisio rerum*— ha desaparecido en el pasaje justiniano, y en su lugar aparece la clasificación mucho más secular de *res in nostro patrimonio* y *res extrapatrimonium*.

Toda la codificación justiniana es un mosaico completísimo e interesante de influencias, aportaciones, directrices culturales y jurídicas, a veces coincidentes y a veces contrarias. La tarea compilatoria puso en manos de sus artífices un arsenal jurídico, verdadero tesoro ya desempolvado desde la segunda mitad del siglo v por las escuelas de Oriente, principalmente por la de Berito. Se dice de Justiniano que fue un clásico, un romántico enamorado de la antigüedad, aunque siempre sea prudente matizar esta afirmación<sup>75</sup>. El propio manejo de los viejos textos hubo de provocar de un modo natural a toda su obra un tono clasicista, no necesariamente rígido pero sí proclive a la tradición espiritual de los juristas grandes.

El *Codex* es un verdadero barómetro receptor de esta clasicidad, ya que en las propias leyes justinianas se nota cómo aquellas normas aparecidas después del 530 ofrecen a nuestros ojos una redacción mucho más cuidada que las anteriores. Lógicamente, la cancillería imperial, que es al fin y al cabo quien realmente da a luz la norma escrita, se tenía que beneficiar forzosamente con el contacto de tantos ilustres juristas y clarísimos maestros de Derecho traídos al palacio de Constantinopla para iniciar la gran labor revisadora. Sin pretenderlo y como puro reflejo, la constitución *Deo auctore* del 15 de diciembre que pondría en marcha la elaboración de las Pandectas, iba a influir también en la segunda versión del *Codex*. Los redactores de textos mejoraron claramente a partir de ese momento no sólo de dicción y vocabulario jurídico sino sobre todo en la misma

---

75. Archi, en una reciente obra, precisa el exacto sentido con que ha de entenderse la «clasicidad» justiniana. Amante de la antigüedad romana, de la que tantas veces se confiesa continuador, Justiniano es ante todo un hombre de su tiempo que contempla al ordenamiento jurídico como algo vivo y con doble proyección, no sólo hacia el pasado sino también hacia el futuro. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bolonia, 1970, especialmente pp. 151 ss.

línea conceptual de sus dictámenes, en la claridad de sus enfoques y en la precisión de las clasificaciones <sup>76</sup>.

Tanto la clasicidad del Digesto y de la *Instituta* como aquel rigor jurídico de las constituciones redactadas o modificadas después del 530 será algo que dará entronque tradicional y clásico a nuestro problema de la venta de cosas extracomerciales. Aquella idea amplia, racionalista, intencional de la calificación de las *res sacrae*, la veremos igualmente en alguna constitución de Justiniano en donde expresamente se nos dirá que una afectación o simple destino de los patrimonios es más que suficiente para hacerlos divinos e inalienables sin necesidad de más requisito <sup>77</sup>. Pero como antes decía, el emperador y sus cuerpos legales tienen para nosotros la belleza y la diversidad del arte iconográfico de su época, y al igual que los dibujos de Rávena, cada constitución tiene su color y su autonomía que han de contemplarse en su conjunto más que en sí mismas.

Así, junto al Justiniano inspirador del Digesto y admirador de los juristas viejos, encontramos también al moderno autor de constituciones muy en línea con las de otros emperadores del siglo v. Serán leyes que recogen su experiencia personal de hombre político y religioso y que en este campo de la nulidad-ineficacia parece no ignorar el progreso logrado, sobre todo des-

---

76. El período de influencia vulgarizadora, no obstante aparecer ya muy atenuado en el siglo v, alcanzará al propio Justiniano. Sin embargo, hay un momento en el reinado de este emperador en el que se diría que algo ha pasado y que los términos, conceptos y expresiones antes mal empleados y confusos —nota típica del fenómeno vulgar—, parecen recobrar, como por arte de magia, su sentido verdadero y puro. Vid. MURGA, *Donaciones y testamentos*, pp. 123 s.

77. Tal sucede en la constitución justiniana C.1.2.22, del año 529, en la misma línea protectora de los bienes de la Iglesia y del patrimonio a ella asimilado. El legislador entiende que toda transmisión que a título lucrativo se haga a las iglesias o a los santos asilos, hospederías o monasterios, habrá de ser especialmente protegida. El puro destino a un *pium consortium* es suficiente para que los bienes queden afectados de inalienabilidad: *quae piis consortiis deputatae sunt*. Al lado de una significación originaria y material utilizada en agricultura, *deputare* tiene en el latín clásico —Plauto y Terencio—, pero sobre todo en el posterior —Tertuliano y Macrobio— una significación amplia y espiritual en la que predomina la razón de fin. *A Latin Dictionary*, Oxford, 1955, s. v.

pués de la constitución teodosiana del C.1.14.5.1, al hacer descansar la inalienabilidad en la propia ley que prohíbe o anula la venta de lo divino.

Finalmente, una tercera línea cultural puede encontrarse en la compilación justiniana vieja y moderna a la vez. Una tercera tendencia nada despreciable y que supuso en la mente culta del siglo VI una cierta regresión al primitivismo religioso. Ya hemos tenido ocasión de decir que el cristianismo triunfal y arrebatador que corre por las páginas del libro I del *Codex* justiniano<sup>78</sup>, como casi cien años antes lo hiciera en el libro XVI del teodosiano, es lo suficientemente radical como para que se manifieste al lado de las otras líneas tendenciales ya apuntadas. Observamos, en efecto, que hay en la obra justiniana una nueva directriz provocada por el elemento arcaizante de una religión que trae en su haber unos materiales litúrgicos muy hechos y una fuerte base sacral tal vez originada por sus antecedentes judaicos. Son, por tanto, tres las capas superpuestas en la obra justiniana y que la hacen a la vez: clásica, moderna y cristiana.

Sólo de este modo, si sabemos descomponer la resultante de esas fuerzas, que incluso no son las únicas sino tan sólo las más importantes, podremos entender las contradicciones y no precisamente aparentes, de los textos de la época justiniana. Trasladando estos presupuestos a nuestro problema, vemos que el conflicto legislativo que pueda producirse no será más que el claro resultado de un choque de cualquiera de estos criterios dispares. Así, por ejemplo, mientras en alguna constitución del *Codex* el Justiniano clásico se siente inclinado a otorgar la calificación salvadora de *res sacrae* a los bienes, cualquiera que sea su tipo, por el mero hecho de su adscripción a un *pium consortium* (C.1.2.22), en otras leyes, un Justiniano muy de su época parece mostrar una querencia hacia aquellos *iura ecclesiae* y *iura templorum* preñados de vulgarismo del Epítome y del Código de Teodosio y en donde todas las cosas accesorias integradas dentro

---

78. De toda la inmensa bibliografía que sobre esta materia podría citarse, vale la pena no olvidar a RICCOBONO, *L'influenza del Cristianesimo nella Codificazione giustiniana*, en *Scientia* 5 (1909), pp. 122 ss.; y, *La Codificazione dell'Imperatore Giustiniano*, en *Commemorazione de XIV Centenario della pubblicazione del Digesto*, Milán, 1933.

de una principal venían a participar de la calificación de ésta. En efecto, el emperador bizantino, en una ley contemporánea de la anterior anda rondando esta idea. Se trata de la constitución contenida en el *Codex* 1.2.21:

Sancimus nemini licere sacratissima atque arcana vasa vel vestem ceteraque donaria, quae ad divinam religionem necessaria sunt (cum etiam veteres leges ea, quae iuris divini sunt, humanis nexibus non illigari sanxerunt) vel ad venditionem vel hypothecam vel pignus trahere...

Todo junto, por tanto, cosas sagradas y menos sagradas van englobadas en el concepto común de cosas *quae ad divinam religionem necessaria sunt*, sin que falte la discreta referencia al viejo ordenamiento civil que consideraba divinos estos bienes y por ello no sujetos a humanas relaciones jurídicas. En ese conglomerado de cosas no diferenciadas, todo es sacro. No sólo las cosas estrictamente tales, vasos y ornamentos, sino incluso las donaciones que manos piadosas confiaron a los obispos para fines más o menos religiosos. La expresión del texto, *ceteraque donaria*, supone cualquier donación votiva, pero no son cosas estrictamente *dicatae* sino, todo lo más, afectadas a un pío destino <sup>79</sup>.

También aquella otra tercera tendencia del Justiniano cristiano y piadoso que vuelve bruscamente al misterio y a lo inexplicable, dejará también su huella en el *Codex* e incluso en la *Instituta*. Los vasos consagrados son realmente *vasa arcana* según nos dice al principio de su ley. Bien elocuente es el propio calificativo que nos está indicando toda una nueva versión religiosa y en la que el hombre se encuentra supremamente alejado sin poder desafectar ni variar lo más mínimo una situación que es de por sí estática y sobrehumana <sup>80</sup>.

79. La expresión *donaria* es utilizada en algunas constituciones del *Codex theodosianus*, vg. en C. Th. 16.5.57.2, Honorio y Teodosio, año 415; y en C. Th. 16.8.25.1, los mismos emperadores, año 423. También, aunque más raramente, puede encontrarse alguna vez ese término entre los clásicos, en el sentido de dinero-ofrenda. Livio, 42.28 y Aulo Gelio: *Noctes att.* 2.10.3.

80. Arcano es un término empleado en la más remota edad pagana. Aparece predicado de Júpiter ... *amatores regionis macelli cultores Iovis arcani*, en alguna inscripción de Freneste (*CIL* XIV 2937) y también alguna vez referido a la Fortuna o a Apolo (*CIL* XIV 2852). Siempre hace referencia



A esa situación, en la que la radicación divina vuelve indudablemente a ser tan fuerte como en las más remotas épocas paganas, hay que llegar necesariamente a través de una ceremonia consacratoria. De nuevo aparece el elemento contradictorio que tiende a hacer crujir todo el montaje humano y jurídico. Si casi habíamos llegado por la vía racional a entender las cosas divinas sólo por su destino, este otro misterio de los *vasa arcana* exigirá lógicamente el rito, la consagración o la vistosa ceremonia litúrgica. En efecto, el propio Justiniano, cristiano y consecuente, al redactar la *Instituta* y al utilizar los antiguos y entrañable textos de Gayo y Marciano <sup>81</sup> no puede menos de aludir a la fórmula necesaria de consagración, raíz y fundamento de la inalienabilidad: *Sacra sunt, quae rite et per pontifices deo consecrata sunt, veluti aedes sacrae et dona, quae rite ad ministerium dei dedicata sunt...* <sup>82</sup>.

Según el texto será necesaria la ceremonia *rite et per pontifices*, heredera de la antigua *dicatio*, ya casi superada. Ni Gayo

---

a designios sagrados inmutables y divinos, esencialmente sacros y por ello alejados absolutamente de toda humana influencia. Tal vez fueran las religiones misteriosóficas quienes divulgaron este concepto y las grandes corrientes culturales, primero orientales, luego griegas y más tarde helenísticas, fueran colocando sobre la civilización romana los cimientos de una nueva religión hecha de grandes abismos y profundidades divinas, muy lejos de la vieja piedad doméstica, agrícola y vegetal de los tiempos latinos. Una actitud de anonadamiento y reverencia preside el culto en esas sus arcanas ceremonias. Intocabilidad, separación, etc., es el signo de estas creencias como deducimos tras la lectura, por ej., de Homero (*Himno a Ceres*, 478). Más tarde, el cristianismo incorporó lógicamente a su propia intimidad el sentido del Misterio incomprensible y adorado. Con elementos judaicos y helenísticos, los Padres lograron aportar a la Iglesia toda la santa teoría del Misterio en donde el hombre queda obligado a la *silentii integritas*. La liturgia, las ceremonias, los objetos sacros del altar, las vestes, luminarias, etc., todo está fuera del uso humano, constituyendo una realidad divina e incomprensible. Todos los escritores sagrados de los siglos III en adelante podrían darnos multitud de testimonios de esta nueva idea del Misterio. Recordemos principalmente a Tertuliano: *ad uxorem*, 2.5; Cipriano: *de lapsis*, 26; Ambrosio: *exc. fr. Satyr.*, 1.43; Juan Crisóstomo: *Homilia in Mt.*, 23.3; Clemente Alejandrino: *Protrepticus*, 2.22.1; Cirilo de Jerusalén: *Procat.*, 15; Gregorio Nacianceno: *Oratio*, 39,4; Atanasio: *Apología*, 11.2; etc.

81. Gai. 2.4; Marciano 3 *inst.*, D.1.8.6.3.

82. I.2.1.8.

ni Marciano ni mucho menos Papiniano, tan discretamente citado al final de la norma, *ut et Papinianus scripsit*<sup>83</sup>, hablaron nunca de la estricta exigencia de un rito sacral. No obstante la clara paganía de la expresión, esos pontífices del texto son ya los obispos cristianos<sup>84</sup> con un claro poder divino para separar del comercio de los hombres a las cosas que van a ser afectadas de sacralidad.

Vista esta compleja concepción de las *res divini iuris* en la legislación justiniana nos explicamos mejor aquellas contradicciones y en definitiva las inconsecuencias y los equilibrios de interpretación que serán necesarios para dar juridicidad a esta materia. Para el emperador Anastasio, en la constitución C.1.2.17 la nulidad del divino patrimonio era, por así decirlo, una ineficacia legal, una privación de efectos como consecuencia de un actuar *contra ius* por parte de compradores, vendedores o especuladores en general. La nulidad se deslizaba fluidamente de este modo, sin estridencias y sin anomalías, como un normal efecto de la prohibición legal en un mundo en que ya todo es posible y no existen realmente cosas separadas de modo fatal ni prestaciones impensables por la mente humana. Así debía seguir siendo ahora y no falta, como dijimos, en alguna norma justiniana, la alusión a esta directriz del siglo v. Incluso, para mayor desconcierto, en el propio texto que acabamos de examinar de la *Instituta* y en donde tan vivamente se nos recuerda el antiguo enfoque sacral, encontramos junto a él el moderno sentido de la prohibición y de la ineficacia-sanción. El emperador «prohíbe» la cesión lucrativa u onerosa de vasos, vestes y *dona*<sup>85</sup>, aludiendo además a inciertas y antiguas leyes aún vigentes: *quae etiam*

83. Sobre esta referencia *ut et Papinianus scripsit* es interesante el estudio de FERRINI, *Sulla palingenesi delle Istituzioni di Marciano*, en *Opere* 2, pp. 277 ss.

84. Con esta denominación de *pontifices* se incluyen, sin distinción, a todos los obispos de la santa Iglesia, en la constitución del emperador Constantino, del año 349, recogida en C. Th. 9.17.2.1. Lógicamente el concepto fue trasvasado a la nueva religión como un caso más, entre los muchos ya existentes, de adaptación.

85. En el texto de I.2.1.8, Justiniano nos habla de *dona* en lugar de aquellos *donaria* que utilizaba la constitución C.1.2.21. La *Instituta* ofrece así una expresión de menos carga sacral que la que se empleaba el año 529.

*per nostram constitutionem*<sup>86</sup> *alienari et obligari prohibuimos, excepta causa redemptionis captivorum.*

10. Con todo, si esta matización añadida a la *Instituta* es comprensible, al menos por la clasicidad de esta obra justiniana, las constituciones de los años 529 y 530 no lo son tanto y en ellas la nulidad de las enajenaciones sigue una línea bastante más confusa. En efecto, según las leyes de esos años, la nulidad será en todo caso radical, siempre en conformidad con el fuerte arcaísmo del contexto legal —vasos arcanos y, por si fuera poco, aquella alusión tan directa a las *veteres leges*— y por ello puede deducirse que la enajenación de estos bienes provoca una situación tan monstruosa que la norma sólo puede intervenir en el secundario plano del castigo y desde luego ignorando del modo más absoluto la transmisión.

En aquella pura apariencia negociable —donación, venta, hipoteca o *pignus*— no hubo absolutamente nada y por ende, tanto el obispo como el ecónomo e incluso los propios guardianes del tesoro divino pueden recuperar en cualquier momento los objetos enajenados sin que pueda hablarse tan siquiera de una válida prescripción por el transcurso del tiempo. Es interesante esta constitución del C.1.2.21 desde muchos puntos de vista, ya que para un estudio de las acciones revocatorias es realmente preciosa. Supuesta la nulidad de la enajenación, parece lógico que pueda ser recuperada la posesión de aquello que sin deber se transmitió. Sin embargo, ¿por qué usa el legislador la expresión *vindicari*<sup>87</sup>, si sobre esos bienes tan excelsos no puede hablarse de propiedad ni de reivindicación? Tal vez trate la ley de referirse a aquella mera apariencia de la «propiedad» sobre cosas divinas o quizá estemos ante una inconsecuente expresión legislativa. Sin embargo, la realidad es que quedan aún multitud de problemas sin dilucidar: ¿Porqué están legitimados precisamente los obispos? ¿De quién es esa «propiedad»? ¿Será del

86. Según Mommsen, esa constitución a la que tan expresamente se alude es la C.1.2.21, que pasó así a formar parte del texto legal de las Instituciones. MOMMSEN, *ad.h.t.*

87. *Vindicari* es una expresión tal vez no muy exacta para una reclamación de este orden. Sin embargo, hay algún antecedente epigráfico para un supuesto parecido. *CIL* X, 3334.

Estado, como en la vieja religión romana, de la Iglesia... de Dios? Todo queda oscuro y si hay algo que no ofrezca dudas es tan sólo la nulidad del acto transmisivo:

nullam eis actionem relinquendam vel super recipiendo pretio vel fenore exigendo, pro quo res pignorate sunt, sed omnibus huiusmodi actionibus respuendis ad restitutionem earum modis omnibus coartari.

No hay, dice la ley, ninguna acción. Sin embargo, podríamos modestamente preguntar al legislador... ¿es que acaso, la blasfemia o el incierto sacrilegio cometido no permite ni la mera posibilidad de contemplar el supuesto de la buena fe en el adquirente? ¿Qué sucedería si el culpable de la venta o la hipoteca fuese precisamente el obispo, el ecónomo o el guardián de las cosas afectadas? Se diría que este caso ni siquiera interesa al legislador obsesionado por la radical nulidad transmisiva. Por lo demás, todo el párrafo 1 de la constitución es típicamente justiniano:

Sin autem vel conflata sunt vel fuerint vel alio modo inmutata vel dispersa, nihilo minus vel ad ipsa corpora vel al pretia eorum exactionem competere sive per in rem sive per conditionem sive per in factum actionem, cuius tenor in multis et variis iuris articulis saepe est admissus.

Encontramos en el texto toda una curiosa mezcla de acciones, lógica consecuencia del desdibujamiento procesal justiniano. No falta incluso, una aberrante acción real para reclamar el precio de la cosa si ésta ha sido ya destruida, especificada o hubiera desaparecido. Esta acción debe ser sin duda la *actio in rem utilis*, alumbrada como hija póstuma de los viejos Derechos reales por las escuelas orientales<sup>88</sup>. Muchas fueron, al

88. La propia estructura del proceso postclásico y del justiniano hace difícil todo intento de investigar en la naturaleza de esta acción. Según Kaser, es obra de las escuelas orientales prejustinianas, mientras que para Mancaloni, se trataría más bien de una formación procesal de la época justiniana. Vid ERMAN, *Beiträge zur Publiciana*, en *ZS* 13 (1893), pp. 207 ss.; MANCALONI, *Contributo alla storia ed alla teoria della rei vindicatio utilis*, en *Studi Sassaresi* I, 1 (1901), pp. 1 ss.; VON MAYR, *Vindicatio utilis*, en *ZS* 26 (1905), pp. 83 ss.; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, en *BIDR* 22 (1910), pp. 64 ss.; COLLINET, *Études*

parecer, las aplicaciones de esta extraña acción, signo de contradicción y escollo difícil para los romanistas. Sabemos que hizo las veces de acción publiciana, de acción rescisoria<sup>89</sup> y de *actio translata* para los casos de representación frente a la acción directa del *dominus*<sup>90</sup>. De todos modos, no se trata más que de un supuesto entre tantos, en los que al proporcionar al actor una nueva vía procesal se deforma insensible pero necesariamente la propia naturaleza del derecho en litigio.

Como en el caso de la dote<sup>91</sup> y como en tantos otros, estamos verdaderamente ante un problema procesal de elección entre distintos caminos litigiosos: *in rem* o *in personam*, que en estos momentos finales del Derecho procesal romano se ofrecen indistintamente a los demandantes sin que sus notas diferenciadoras conserven ya casi nada de la antigua separación clásica de Derechos reales y Derechos de obligación<sup>92</sup>.

Justiniano, nos ofrece así en su constitución, la acción reivindicatoria (útil) para la recuperación de las cosas sagradas transformadas por especificación o por accesión y, además, la *condictio* y la acción *in factum*<sup>93</sup>, tan empleada ya en el Derecho jus-

---

*historiques sur le droit de Justinien I*, París, 1912, pp. 184, ss.; GROSSO, *I problemi dei Diritti reali*, Turín, 1944, pp. 275 ss.; LEVY, *West roman vulgar Law, The Law of property*, Filadelfia, 1951, p. 239; KASER, *Das Römischen Privatrecht II*, Munich, 1959, pp. 214 ss.

89. En la *Instituta* 4.6.6 encontramos precisamente esta misión revocatoria llevada a cabo por una acción real —*eam rem petere*— que hace las veces de acción pauliana.

90. C.7.32.8, Diocleciano, año 294; *Pauli Sent.* 5.2.2; D.41.2.42,1, etc.

91. C.5.13.5 a, año 530.

92. Se reserva en el Derecho justiniano el nombre de *actio in personam* exclusivamente para las reclamaciones estrictas de sumas de dinero. Por el contrario, se entiende real toda acción reclamatoria que no sea pecuniaria.

93. Los supuestos de concurrencia de acciones no fueron raros en el Derecho clásico. Una misma situación podía generar fácilmente acciones diversas. Ahora, en la época justiniana, las acciones son más bien vías procesales —*postulationes*— y prácticamente siempre puede haber acciones personales, desde el momento en que todos los supuestos litigiosos pueden ser planteados desde el punto de vista del injusto enriquecimiento, dando así pie a la *condictio* en cualquiera de sus múltiples supuestos. Igualmente, en cualquier caso puede aparecer una *actio in factum* nacida de la ampliación desbordante de los contratos innominados, en las crecientes y numerosas situaciones crediticias *ex lege* o en cualquiera de las múltiples formas subsidiarias de reivindicación.

tiniano, *cuius tenor in multis et variis iuris articulis saepe est admissus*. La *condictio*, como acción personal, podría sustituir, si así se prefiere, a la reivindicación y obtener, por ejemplo, el precio de la cosa sagrada destruida, consumida o transformada. En realidad, la *condictio* justiniana no es más —igual sucedió con su antecedente clásico— que un modo de *petere certum: pecunia* o *res*. Las dos *condictionis certi* están ahora, sin embargo, absolutamente fusionadas ya que al no presentar entre sí ninguna diferencia de procedimiento, última causa de diferenciación de las acciones, ambas vías procesales son en realidad una misma.

Veíamos que el texto nos hablaba, además, de una acción *in factum* en manos de los obispos o encargados, como medio para hacer eficaz la fulminante nulidad que lleva implícita la enajenación. Este tipo de acción constituía en realidad un extenso grupo de medios procesales que, aunque en su origen tuvieron una gran homogeneidad por su fundamento en el Derecho pretorio y su base casi siempre delictual, en el Derecho justiniano, sin embargo, desaparecida ya aquella caracterización común, pasan todas ellas a formar una especie de agrupamiento de las llamadas *postulationes*<sup>94</sup> en donde se encajan las formas procesales más diversas: tanto las viejas acciones pretorias como toda una serie de acciones *in factum* «civiles» nuevas cuyo núcleo principal se ha ido generando alrededor de los contratos inno-

---

Vid. BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, Verona-Padua, 1897, pp. 273 ss.; COLLINET, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, en *Études historiques* V, París, 1947, pp. 253 ss. LEVY, *West-östliches Vulgarrecht und Justinian*, en *ZS* 76 (1959), pp. 6 ss.

94. No es fácil la determinación de la verdadera naturaleza de las acciones *in factum* en el Derecho justiniano. Ni siquiera hay unanimidad entre los estudiosos. Así, para algún viejo especialista, como Brugi, lo fundamental de estas defensas judiciales radica en su carácter de subsidiariedad, como parece deducirse de la *lex Aquilia* en la *Instituta* 4.3.16 y de las acciones contra los magistrados que autorizaron el nombramiento del tutor (Paráfrasis de Teófilo 1.24.2). Para otros, como Rotondi, lo verdaderamente especificador es la condena *in duplum* que se deriva siempre de estas acciones. Vid. BRUGI, *Dell'azione sussidiaria in Teofilo* 1.24.2, en *Melanges Girard* 1, pp. 143 ss.; ROTONDI, *Teorie postclassiche nell'actio legis Aquiliae*, en *Scritti* 2, pp. 411 ss.

minados<sup>95</sup>. De su viejo carácter apenas si queda nada. No se distinguen ya por su origen, que fue su nota más típica en la época edictal. Es ahora la *actio in factum* una *postulatio simplex*, un procedimiento práctico y cómodo para reclamar una indemnización en todos aquellos casos que no tuvieran una fácil calificación jurídica.

Nada, por tanto, más prolijo que la constitución C.1.2.21 del 529 a la hora de anunciarnos las vías procesales para la recuperación de los objetos mal vendidos. Sin embargo, lo que ya no nos aclara tanto el texto legal es la naturaleza de una nulidad que deja en pie, al parecer de modo inconsecuente, todas aquellas transmisiones en las que una razón de piedad —la *redemptio ab hostibus*— justifique la venta o la negociación hecha sobre las expresadas cosas. Si la nulidad procede de la consagración, se nos plantean inmediatamente muchas cuestiones: ¿dejaron de ser divinas las cosas en el momento de ser vendidas?, ¿en qué instante impreciso ocurriría la «descalificación»? Si la *res divini iuris* llegó a categoría tan alta gracias a ser consagrada *rite et per pontifices*, ¿cómo se ha producido ahora una desconsagración, sin rito alguno y que automáticamente la ha convertido en *res humani iuris* y alienable?

Estas y otras muchísimas preguntas forzosamente quedarían sin respuesta para los juristas científicos de aquellos primeros años justinianeos tan llenos, como veíamos, de contradicciones. La ley del 529, con su vuelta atrás en la difícil materia de la inalienabilidad, se ha hecho un verdadero avispero de problemas sin solución. El legislador —asesorado tal vez por temerosos o intransigentes eclesiásticos— fundamentó la inalienabilidad en unos principios demasiado altos. Ello trajo consigo la nulidad-imposibilidad y luego, a la hora de permitir la venta para los piadosos supuestos de rescate de prisioneros, tan tradicional en la Iglesia de estos siglos, surge la contradicción.

Aún más difícil se nos manifiesta otra ley de Justiniano promulgada un año después. Se trata de la constitución C.1.2.24. La *ratio legis* sigue siendo la misma. Es necesario proteger los

---

95. Vid. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati II*, Pavia 1916, pp. 225 ss.; LOMBARDI, *L'actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, en *BIDR* 63 (1960), pp. 129 ss.

bienes de la *sacrosancta ecclesia huius felicis urbis nostrae caput reliquarum omnium* y para ello se reitera, una vez más, la nulidad absoluta. Ninguna enajenación tendrá validez ni efecto de ningún tipo, dice el texto de modo tajante: *Quod gestum est, irritum est*<sup>96</sup>. Sin embargo, la contradicción no sólo sigue en pie sino que aún, se diría, es más escandalosa que en la anterior ley justiniana. Al fin y al cabo, si caprichosa era la supresión de la nulidad en el caso de la *redemptio*, tenía al menos en su favor la larga tradición patrística y la piadosa motivación que la justificaba. Ahora, en cambio, la excepción a la inalienabilidad se nos antoja mucho más extraña y difícil. Se permite solamente —dice el texto legal en su párrafo 5— constituir enfiteusis válidas sobre las *res ecclesiasticae* cuando los adquirentes de ese derecho tan parecido a la propiedad sean personas ricas!<sup>97</sup>: *locupletibus solis res ecclesiasticae in emphiteusin dandae sunt*.

96. La constitución está redactada en griego en su versión original. En la ley se expresa la carencia de efectos del negocio con el vocablo *αυροον* que ha sido traducido por Krüger como *irritum*. Esa misma expresión griega es empleada con el mismo sentido de carencia total de efectos jurídicos en otras constituciones griegas: C.I.3.45(46).II, año 530; C.I.3.55(57).2, año 534; y, C.I.4.26.4, año 530. Todas ellas se refieren a la malversación de bienes no alienables. Las dos primeras afectan a bienes de la Iglesia y patrimonios píos, y la última a rentas propias de las ciudades y de los servicios municipales. Ni que decir tiene que la proximidad de los tres supuestos es mayor de la que pudiera parecer a simple vista.

97. El concepto de *εὐποροι* que aparece en el texto griego es mucho más expresivo que la traducción que hace Krüger de *locupletes*. En efecto, el vocablo original indica bastante más que una pura idea general de hombre rico. La palabra griega añade una indudable matización económica y política. En primer lugar, *πόρος*, término usual en el Egipto ptolemaico, se refiere no tanto al capital como a la renta. Es, pues, un concepto de liquidez económica y baremo para la capitación impositiva. El gobierno real egipcio clasificó las clases sociales según estos criterios como se descubre fácilmente en los papiros (*Oxy. VII 1040.9*; *Oxy. II 252 y 253*). Este sistema de tanta tradición siguió igualmente en vigor bajo la dominación imperial romana. Más tarde, en el bajo Imperio el *εὐπορος* adquiere además un claro sentido político debido a que sobre este tipo de personas afortunadas suele radicar el peso de las Liturgias, servicios de abastecimientos y mercados, organización de fiestas y espectáculos, perfección de impuestos, etc. Por otra parte, bajo esta función municipal se oculta el antiguo evergetismo de las ciudades libres orientales, por lo que este tipo de personas *εὐποροι* no son simplemente ricos, sino hombres de influencia de la elite burguesa, gente con *δύναμις*, especialmente cuali-



En el fondo ya se ve el porqué de todo esto y los fines buscados por la política legislativa. La sacralización imprudente ha provocado, con el sincero deseo de proteger, una congelación patrimonial antieconómica. La situación ha devenido, pues, realmente absurda al producir en la vida social unos bienes absolutamente improductivos y precisamente en una época como esta del primer tercio del siglo VI, en absoluta expansión bizantina, con tantas necesidades y con tanto apremio de servicios asistenciales. No es, por ello, del todo ilógico, que el legislador autorice, sobre todo tratándose de fincas rústicas, a constituir enfiteusis. La ley estima con todo, prudentemente, que no debe ser perpetua la transmisión enfiteútica. Durará la enfiteusis, como máximo, el tiempo de la vida de su titular y dos herederos, siendo necesaria la reversión a la sacrosanta iglesia pasado este tiempo.

Es comprensible, pues, el intento de evitar los perniciosos efectos de las «manos muertas». Sin embargo, si desde el punto de vista económico o financiero la cosa podría admitirse, desde el punto de vista jurídico-dogmático la inconsecuencia sigue en pie e incluso queda más patente que en la ley del año anterior. Esta enfiteusis de ahora, válida *locupletibus*, nos deja confusos y perplejos. Si el planteamiento de la inalienabilidad sigue manteniéndose en la *sacratio*, habría que concluir que las cosas dejan de ser divinas según la opulencia y el bienestar económico de los adquirentes.

Bien se ve que por este camino no llegaríamos a ningún lado. Lo que ha ocurrido es algo mucho más fácil y a la vez lógico y humano. Pasados los primeros efectos de aquella influencia de un cristianismo tan contagiado, por aquellos años, del monofisismo eutiquiano<sup>98</sup>, las aguas van volviendo a su cauce. Ya

---

ficados frente al resto de la población; en una palabra, hombres políticos. Vid. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* I.I.<sup>a</sup>, n. ed 1963, pp. 339 ss.; ÜRTEL, *Die liturgien. Studien zur Ptolemäischen und Kaiserlichen Verwaltung Aegyptens*, Leipzig 1917, pp. 405 ss.; GANGHOFER, *L'evolution des institutions municipales*, cit., pp. 141 ss.

98. Muchas fueron las repercusiones culturales, artísticas, jurídicas, etc. de este cristianismo bizantino medio herético, deshumanizado y violento. En otra ocasión traté este tema y su decisiva influencia sobre la regulación del peculio quasi castrense. Vid. MURGA: *Sobre la anómala peculiaridad de la constitución C.I.3-33 (34) del emperador León*, en *IVRA* 19 (1968), pp. 33 ss

dije antes que Justiniano es también hombre de su tiempo y por tanto continuador de la concepción teodosiana de la nulidad-sanción. En efecto, conscientemente o no, el redactor de la norma justiniana al expresar esa carencia de efectos jurídicos, ha empleado un término *ἀνόρον* muy expresivo y que se repetirá en otras normas posteriores, en C.1.3.45(46).11 y C.1.3.55(57).2 de los años 530 y 534 respectivamente, dictadas también con el deseo de proteger los bienes raíces de una Iglesia como la bizantina, de contornos tan poco nítidos, y cuya área parece coincidir con los del Estado o, al menos, con los de la sociedad del imperio oriental <sup>99</sup>.

Tenemos por tanto que el Justiniano del *Codex*, menos riguroso quizá que el de la *Instituta*, no se atrevió a declarar expresamente la nulidad legal. Sin embargo, si no lo dijo, los hechos demostraron, en cambio, que al menos la idea estaba latente en su pensamiento al permitir que aquellos arcanos vasos, ornamentos y sacras ofrendas puedan ser vendidos en algún piadoso caso y que las fincas puedan ser dadas en enfiteusis en los supuestos en los que la estabilidad económica de los titulares no ponga en peligro el pago del correspondiente canon.

De todo ello podemos deducir que en este siglo VI no cabe ya hablar de prestaciones imposibles, nefastas o sacrílegas, sino, sencillamente, de actos contrarios a la ley, en la misma línea que cien años antes lo afirmarían la jurisprudencia y las leyes imperiales. El acto contrario a la ley o el hecho en fraude de ella <sup>100</sup> no tiene valor y de ahí todo aquel elenco de acciones

---

99. Los autores sagrados, a partir de la época constantiniana, participan todos, en mayor o menor medida, de ésta idea. Para Eusebio de Cesarea es absolutamente clara la identificación. El Imperio es un instrumento divino para la *pax* cristiana y el sincronismo Cristo-emperador-pax es algo indeleble en todas sus obras. Puede comprobarse sobre todo en la *Historia ecclesiastica* 16.4 y en la *Vita Constantini* 4.24, por elegir sólo dos textos entre otros muchos igualmente significativos. Muy interesante a este respecto es la obra de PASCHOU, *Roma aeterna. Études sur le patriotisme romain dans l'occident latin a l'époque des grandes invasions*, Inst. Suisse de Rome, 1967.

100. Tal vez se entienda que el actuar en fraude de la ley es realmente ir contra su espíritu y no sea sino una variante del acto normal violador de una prohibición. Epítome de Gayo 1.2.3; *Interpr. Pauli Sent.* 3.7-10. Vid. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, Turín, 1911.

para recuperar la posesión de unos bienes que nunca fueron realmente transmitidos. Dentro de la moderna concepción justiniana, flexible y secular, no hay ya ninguna cuestión grave y es fácil responder a los interrogantes que anteriormente nos atormentaban. Si la privación de efectos jurídicos es meramente la interposición de un obstáculo legal, no existe ningún problema en admitir que la propia ley, que antes privaba de efectos, se retire en los casos que ella quiera. Si vale la venta cuando el precio de los cálices o de los objetos sacros se destine a la *redemptio*, o si la enfiteusis de los ricos tiene efectividad normal, es porque la ley misma que antes se oponía ahora lo permite, y nada más.

No hay, por tanto, una «revocación» en sentido estricto, sino simplemente una recuperación *ad restitutionem*<sup>101</sup> de los bienes que en ningún momento dejaron de pertenecer a la iglesia o al establecimiento benéfico al cual estaban adscritos. Por ello, no podría hablarse de una *restitutio in integrum*, concepto que en el Derecho justiniano ha venido desplazando a la antigua anulabilidad pretoria<sup>102</sup>. No tiene el legitimado activo —misterioso *procurator* de un no menos misterioso titular de la propiedad— un *ius rescindens* o derecho a revocar sino un puro derecho procesal —*ius dicendi nullum*—, implícito en las propias accio-

---

101. El *restituere* procesal tiene en el procedimiento extraordinario y en el procedimiento por libelo un sentido diferente del que tuvo en la época clásica. Una presunción de mala fe recae ya sobre el *evictus* y, equiparado al deudor moroso, deberá pagar el doble de los frutos devengados por la cosa litigiosa (C. Th. 4.18.1, Valentiniano y Valente, año 369). Vid MESSINA VITRANO, *La mala fede con l'inizio della lite nella hereditatis petitio*, en *BIDR* 20 (1908), pp. 230 ss.; KASER, *Quanti ea res est*, Munich, 1935: *Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio*, en *ZS* 72 (1955), pp. 90 ss.; ID., *Das römische Privatrecht II*, Munich, 1959, p. 262; ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1966, p. 484.

102. La antigua distinción entre *ius civile* y *ius honorarium* parece haberse desplazado, al menos entre los intérpretes medievales de las fuentes justinianas, a la distinción entre acciones y *restitutiones*. La *restitutio* sustituye, por tanto, a la antigua anulabilidad de los medios litigiosos del pretor. Por limitarnos a la más reciente bibliografía, vid CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milán 1965, y RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milán, 1965.

nes concedidas en la ley <sup>103</sup>. Con ellas se recuperan los bienes transmitidos ilegalmente en un negocio que nunca existió. La nulidad es también inicial, como inicial era la antiquísima invalidez de los negocios con prestación imposible, pero no es ahora algo arcano o monstruoso sino, sencillamente, un acto jurídico *inutilis y pro infectis*.

Finalmente, en una constitución más tardía del emperador, C.1.3.55(57).2, encontramos todavía alguna dificultad de interpretación en un problema semejante de revocación. La norma se conserva en el *Codex* con su texto original en griego, y el verbo utilizado *ἀνακαλείν* aún se presta a mayores dudas a la hora de precisar su sentido. De todos modos, según la opinión más probable, aquella anulación ha de entenderse como una petición judicial de naturaleza meramente declarativa de la nulidad.

11. El Digesto justiniano será para nosotros un campo aún más difícil a la hora de querer descubrir cuál pudo ser el criterio sobre la nulidad y la enajenación de cosa no comerciable. Mucho más difícil pero sin duda más apasionante, ya que aquellas mutaciones y criterios culturales que influyeron en el *Codex* se dieron igualmente en el Digesto. Por otra parte, el problema aún se complica mucho más ya que no sólo hay que contar con las transformaciones justinianas sino con aquellas otras sufridas

103. Si bien la distinción entre actos nulos *ab initio* —*nullius momenti*— y anulables siempre fue conocida entre los juristas, la terminología, en cambio, se fue fijando poco a poco, por lo que la expresión *rescindere* es empleada muchas veces sin una gran precisión. Tal sucede, por ejemplo, con la *instituta* de Gayo al referirse a lo hecho fraudulentamente contra la *lex Fufia Caninia*, *quia lex Fufia Caninia quae in fraudem eius facta sunt rescindit* (1.46). Expresión análoga a la empleada por Gayo es la de Juliano al referirse a la *lex Aelia Sentia* (Juliano 64 *dig.* D.40.9.5.2). Se emplea, pues, el verbo rescindir para claros supuestos de nulidad *contra legem*. No es esto argumento decisivo sin embargo, ya que esa misma imprecisión provoca un elenco múltiple de expresiones usadas sinónimamente. Si los clásicos no emplearon con exactitud los términos de la invalidez, mucho menos lo hará la jurisprudencia vulgar. En efecto, en las obras de los siglos IV y V, y en las constituciones imperiales de ese tiempo, el concepto de *rescissio* se aplica con frecuencia en el sentido de una *postulatio* de sentencias con efectos puramente declarativos de una nulidad. C. Th. 4.17.1. (C.7.44.3). Valentiniano, Valente y Graciano, año 374. *Vid.* HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechts-*

por los textos que, sometidos a su propia evolución, recibieron el impacto correspondiente al ir atravesando unos tiempos tan atormentados por tantos cambios políticos y económicos como son las centurias III y IV de nuestra era.

Lógicamente, pues, el escollo que para tantos estudiosos ha supuesto el régimen jurídico de la inalienabilidad en los textos de los juristas<sup>104</sup>, lo hemos de contemplar no como problema dogmático sino como una cuestión de enfoque histórico. No han sido pocos los autores que desde el principio descubrieron como dos criterios seguidos en el trato de la nulidad en la enajenación de las *res divini iuris* al observar que los textos del Digesto ofrecían una aparente contradicción en la materia. Así, mientras que algunos pasajes parecen inclinarse decididamente por la nulidad radical basándose en que la enajenación es imposible, y reconociendo, todo lo más, al comprador *deceptus* que pagó, el derecho a recuperar el precio —*condicere pretium*—, en otros textos, en cambio, la tal enajenación no aparece como nula sino que, por el contrario, se le admite una cierta eficacia desde el momento que de ella nacen algunas acciones más o menos confusas y discutibles.

Algún autor<sup>105</sup> creyó ver en estas divergencias nada menos que una discusión entre juristas. Puntos de vista distintos seguidos por las diversas escuelas jurisprudenciales. Cosa realmente poco probable sobre todo si se tiene en cuenta que la contradic-

---

quellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen, en *ZS* 24 (1903), p. 107; DI FAOLA, *Leges perfectae*, en *Synteleia Arangio-Ruiz* 2, pp. 1078 ss.

104. *Vid.* MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung*, Berlín, 1853; RABEL, *Unmöglichkeit der Leistung*, *cit.*; ALBERTARIO, *In tema di responsabilità in contrahendo*, en *Studi* 3, pp. 367 ss.; *Id.*, *Corso*, *cit.*; RICCOBONO, *Corso*, *cit.*; BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio*, en *Studi Riccobono* 4, pp. 3 ss.; VOCI, *L'errore cit.*, pp. 146 ss.; *Id.*, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico*, en *Scritti Ferrini* 2, pp. 361 ss.; *Id.* *Le obbligazioni romane*, *cit.*, pp. 125 ss.; SARGENTI, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, en *Studi Arangio-Ruiz* 2, pp. 233 ss.; LONGO, *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*, en *Studi Bonfante* 3, pp. 363 ss.; GROSSO, *Obbligazioni*, Turín, 1966, pp. 37 ss.

105. FADDA, *Appendice al Commentario alle Pandette de Glück*, II, p. 843.

ción se da nada menos que entre Paulo-Ulpiano<sup>106</sup> y Modestino<sup>107</sup>. Poco probable porque siendo este último discípulo de Ulpiano y aunque lícitamente podría haber opinado en contra de su maestro, la redacción del texto, por lo menos, nos daría alguna pista de esa disparidad doctrinal como tantas otras veces ocurre en el Digesto, cosa que no sucede en el presente caso.

Otros autores la enfocan como una pura evolución ideológica. Así, siendo inicialmente el criterio jurisprudencial favorable a la nulidad, se pasaría más tarde a admitir, por pura exigencia de la vida práctica, algunas acciones como vía procesal más apta que los restantes recursos extraordinarios. ¿Influiría en esta solución de las acciones en un negocio nulo la venta del *homo bona fide serviens* —situación tan próxima, jurídicamente, a la venta de las *res extracommercium*— y que daba lugar a un nacimiento normal de acciones?<sup>108</sup>. ¿Fue más bien el puro

106. *Ceterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem.* Ulpiano 28 *ad Sab.*, D.18.1.22 (*res*) ...*quas natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.* Paulo 33 *ad ed.*, D.18.1.34.1.

107. Modestino da su opinión sobre el tema en un difícil texto del Digesto 18.1.62.1, en donde se muestra inclinado a admitir efectos procesales a la venta nula: *Licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur...*

Alguna relación guarda este pasaje de las *regulae* de Modestino con el de la *Instituta* 3.23.5: *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse.*

108. Esa fue la opinión de uno de los primeros estudiosos del tema, HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* I, Berlín, 1912, pp. 154 ss.; y también la de ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Nápoles 1952, p. 132. Según esta hipótesis, tanto el texto de Florentino que sirvió de base al de la *Instituta* 3.23.5 (*vid.* n. 107), como algunos otros de Pomponio que fueron recogidos en el Digesto, hubieron de ser alterados por los redactores de los cuerpos legales lo suficiente para poder compaginar una y otra solución. Los pasajes interpolados de Pomponio serían sobre todo dos.

*Et liberi hominis (et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest) emptio intelligitur, si ab ignorante emitur.* Pomponio 9 *ad Sab.*, D.18.1.4.

*Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse (nec cuiuscunque rei si scias alienationem esse): ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in*

vínculo de la buena fe lo que hizo nacer esas acciones entre comprador y vendedor, aún en los casos de prestación imposible por inalienabilidad de la cosa? No falta quien cree ver<sup>109</sup> en algunos textos indicios suficientes para deducir esta conclusión. Se trata siempre de casos que presentan una cierta analogía con el de la cosa imposible. Ese es el supuesto, por ejemplo, de la venta de cosa destruida<sup>110</sup>, o cuando la *merx* no existe ni existirá jamás<sup>111</sup>, o bien el caso de ventas de créditos<sup>112</sup>, o de herencias ficticias<sup>113</sup>.

Otros autores<sup>114</sup>, aunque admiten que ese cambio de criterio hubiera podido darse, sobre todo en el Derecho justiniano, no tienen inconveniente en admitir que la venta de cosa divina, no obstante su peculiar anomalía, producía algún efecto —acciones— en plena época edictal. La *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*, la *actio doli* derivada de la *scientia* del vendedor, las acciones nacidas del error sobre la sustancia o incluso la vía procesal extraordinaria de tramitación pontifical tan típica y genuina desde la más remota antigüedad romana podrían haber sido efectos más o menos normales de estas compraventas defectuosas<sup>115</sup>.

---

*publico usu habeantur, ut est campus Martius.* Pomponio *ibd.*, D.18.1.6 pr.

¿Pudo influir este cambio de criterio en las interpolaciones de algunas leyes imperiales recogidas en el *Codex*? Tal pudo suceder, por ejemplo, con la constitución del emperador Gordiano del 240, C.9.19.1.

109. Así, por ejemplo, SARGENTI, *ob. cit.*, p. 241. También, aunque con puntos de vista propios, esa es la opinión de VOCI en su última obra *Le obbligazioni*, *cit.* pp. 125 ss., en donde modifica un tanto sus hipótesis anteriores.

110. D.18.1.57, Paulo 5 *ad Plaut.*; D.18.1.58, Papiniano 10 *quaest.*

111. D.19.1.21 pr., Paulo 33 *ad ed.*

112. D.8.4.4, Ulpiano 32 *ad ed.*; D.8.4.5, Paulo 33 *ad ed.*; D.21.2.74.3, Hermogeniano 2 *iur. epit.*

113. D.18.4.1, Pomponio 9 *ad Sab.*; D.18.4.7, Paulo 14 *ad Plaut.*; D.18.4.8, Javoleno 2 *ex Plaut.*; D.18.4.12, Gayo 10 *ad ed. prov.*; D.18.4.13, Paulo 14 *ad Plaut.*

114. *Vid.*, por ejemplo, RICCOBONO, *Cors*, *cit.*, pp. 288 s.; LONGO, *Le res extra commercium*, *cit.*, p. 384; ALBERTARIO, *In tema di responsabilità*; *cit.*, pp. 370 s.; VOCI, *L'errore*, *cit.*, pp. 152 s.; ID. *L'estensione dell'obbligo di risarcire*, *cit.*, pp. 366 ss.

115. La competencia de los pontífices —*pontificalis auctoritas*— con relación a las *res religiosae* fue siempre indiscutida según el testimonio de

Queda claro que esta materia, tal como aparece tratada en el Digesto, es realmente un laberinto de Creta y en donde es realmente difícil encontrar el hilo salvador de Ariadna. Ya dijimos antes que si las líneas evolutivas del *Codex* son varias y complejas, mucho más lo son, sin duda, las que operan sobre los textos de las Pandectas, cuyo largo navegar hasta alcanzar las costas justinianas dejó sobre ellos las huellas de múltiples cambios sociales. Las obras de los clásicos, previamente manipuladas por los juristas occidentales o preparadas científicamente por las escuelas orientales, fueron cotejadas, corregidas y transformadas también por la comisión compilatoria, dando así pie a la tarea verdaderamente difícil de precisar el momento exacto en que se produjo la corrección del texto o a la mucho más complicada de dictaminar la orientación jurídico-religiosa que causó la alteración de los pasajes.

Creo, con la mayor parte de los autores, que el criterio cambió a la par que otros muchos cambios se iban produciendo en el Imperio, ya en absoluta transformación a partir de la segunda mitad del siglo III. La mutación ideológica en todos los órdenes no es ajena a estos cambios en la calificación jurídica de la enajenación de cosa sagrada y en esa mutación hay que buscar la raíz de todas las glosas e interpolaciones. Esos cambios culturales y sobre todo las vertiginosas transformaciones iniciadas en el más tardío Derecho clásico, causaron la diferenciación de criterio que se manifiesta en la jurisprudencia de la época al estudiar la cuestión. Ni siquiera puede decirse que fuese una única causa. Distintos factores intervinieron a la vez provocando una simultánea transformación.

Lo más probable, como ya vimos al tratar del *Codex*, fue que se partiera inicialmente de la nulidad. Lo absurdo de una venta sacrílega llevaría a los juristas a la solución más radical y tajante. La enajenación es imposible *ex natura rei* y así el incontrovertido pasaje de Celso, en donde de modo tan directo se nos habla de nulidad, es lo suficientemente claro como para que no se pueda en estos casos ni siquiera hablar de compraventa: *impossibilium*

---

Fapiniano 6 *quaest.*, D.5.3.50.1. También en un fragmento de Modestino 10 *resp.*, D.40.4.44, se mencionaba probablemente a los pontífices en lugar del *iudex* tal como aparece en la redacción justiniana.



*nulla obligatio est* <sup>116</sup>. No puede hablarse de compraventa porque el acto humano no puede nada contra el muro de una imposibilidad superior a la propia esfera de la disponibilidad y libertad del hombre. El negocio, la enajenación, la estipulación es algo inútil, efímero e inane. Las fuentes todas muestran esta dirección y el criterio de Pomponio, de Paulo y de Ulpiano, fue consecuente con esa idea cuyo primer eslabón debió ser, sin duda, el de la imposibilidad de aquellas estipulaciones cuyo contenido fuera precisamente el *dari* de una *res* inalienable.

La idea de imposibilidad-nulidad estuvo, pues, clara, tanto en la enajenación de cosas divinas como, posiblemente también, en las ventas del *liber homo serviens* <sup>117</sup>. Dejando al margen esta hipótesis, lo que sí parece probable es que la solución más antigua fuese la de la nulidad y, tanto desde el punto de vista religioso, como sociológico y cultural, el ordenamiento jurídico entendió que este tipo de prestación sacrílega escapaba de sus posibilidades. La transmisión no producía ningún efecto, ni traslativo ni obligacional, dando lugar, todo lo más, a una intervención penal-religiosa reservada sin duda a la jurisdicción extraordinaria de los pontífices.

Esta idea pristina y antigua, indiscutible durante los primeros siglos, cuando la vinculación personal fluía principalmente por los negocios civiles estipulativos, debió entrar en crisis cuando las figuras contractuales empezaron a descansar más bien en relaciones de buena fe, como la *emptio venditio* <sup>118</sup>. A pesar de todo, los textos de Paulo y Ulpiano <sup>119</sup>, aún refiriéndose a la

116. Celso 8 *dig.*, D.50.17.85. Solución análoga aparece en otro texto del mismo jurista: *quae rerum natura prohibentur nulla lege confirmata sunt*. Celso 17 *dig.*, D.50.17.188.

117. Esta es la tesis de Haymann, *ob. cit.*, que no ve razones para que los clásicos diesen un trato diferente al *homo liber* y a las *res divini iuris*. Entiende este autor que la nulidad en el caso del *homo liber* queda claramente manifestada en un pasaje del Digesto correspondiente al jurista Paulo (12 *quaest.*, D.40.13.4).

118. Un reciente estudio de Medicus ha planteado el problema desde el punto de vista procesal. Es en el litigio y gracias al mecanismo propio de la *litis contestatio* y de la sentencia cómo logra el transformar la prestación que se hizo imposible en otra de contenido pecuniario. *Vid.* MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsmöglichkeit*, en *ZS* 86 (1969), pp. 67 ss.

119. Además de los ya comentados en la nota 106, en otros muchos

compraventa, son lo suficientemente radicales en la no admisión de efectos en cualquier transmisión venal de cosas que no estén al alcance de los hombres: *quae vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt*.

Esta solución jurisprudencial, proclive a la nulidad, habría de dejar huella perpetua: pasó a la jurisprudencia postclásica<sup>120</sup>, influyó en las constituciones imperiales<sup>121</sup> e incluso, cuando —por las razones que fueran— la compraventa de cosa sagrada o religiosa comenzó a producir algunos efectos procesales, no desapareció del todo aquella solución primera de la nulidad radical. En efecto, en aquellos textos que por más tardíos ya admiten en esas compraventas «nulas» una acción *in factum* al comprador, e incluso una chocante *actio ex empto*, se nota la vieja impronta de la nulidad provocando bruscas contradicciones y anomalías muy difíciles de interpretar.

Tal sucede, por ejemplo, con un pasaje de Modestino (5 *reg.* : D.18.1.62.1) objeto de serios conflictos de interpretación para los críticos<sup>122</sup> y que incluso alguno, como Biondi, califica de monstruoso<sup>123</sup> a causa de su incongruencia:

**Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus**

textos aparece, de una manera u otra, la vieja nulidad sacral. El propio Modestino parece hablarnos *a sensu contrario* de esa nulidad en D.11.7.6.1. La invalidez no da pie más que al *condicere quod eo nomine solverit* de Paulo (5 *ad Sab.*, D. 18.1.23). El comprador que no adquirió, tiene por lo menos derecho a la reintegración del precio aunque no fuera más que por la pura razón del *indebitum*. Qué duda cabe que entre este supuesto contemplado por Paulo y el estudiado por Javoleno (2 *ex Plaut.*, D.18.4.8) hay una gran relación. El primero se refiere a una venta por imposible, mientras que Javoleno estudia el supuesto de la compra de una herencia inexistente. En ambos casos no hay más que una quimera inane, pero en ambos también se hace necesario auxiliar al comprador por medio de la *condictio*.

120. Esa es la solución del Epítome de Ulpiano 24.9 y de las Sentencias de Paulo 1.21.7: *Vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt nec in his ius inferre mortuum habet*.

121. C.3.44.2, Antonino, año 216; C.9.19.1, Gordiano, año 240; C.3.44.9, Filipo, año 245.

122. *Vid.* HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, Leipzig, 1924, pp. 20 ss.; ALBERTARIO, *In tema di responsabilità, cit.*, p. 368; BESELER, *Miszellen*, en ZS 43 (1922), p. 542.

123. *Cfr.* BIONDI, *La vendita, cit.*, p. 46.

venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

Sea cual fuere la historia de este texto, es, sin embargo, para nosotros útil y significativa una idea que queda como fija en él: la compraventa no llegó a existir, *licet emptio non teneat*, principio del que se debió partir y que fue claro al menos inicialmente. En efecto, para cualquier jurista romano el *non tenere* equivale necesariamente a un negocio *nullius momenti*<sup>124</sup>, por lo que se puede deducir expresamente que esta compraventa ni existe ni existirá. Entiendo que esta contradicción del pasaje es bien significativa. Dos épocas han dejado su huella en estas líneas y así cuando en tiempos justinianeos la compraventa de cosa divina, originariamente nula, produce ya algún efecto, los compiladores añadieron la curiosa acción *ex empto*<sup>125</sup>, quedando para siempre en Modestino el propio cambio de mentalidad y por consiguiente de trato, que este problema tuvo en el bajo Derecho romano.

Si ello es realmente así, se compaginarían perfectamente el *Codex* y el Digesto. Realmente, tanto en este cuerpo legal como en aquél, el legislador se encuentra, como Ulises entre los escollos, ante una compraventa muy difícil de solucionar. Es posible que el texto de Modestino con sus desmedradas alteraciones no sea sino una versión paralela a la constitución del C.1.2.21 con su venta de *arcana vasa, vestes y cetera donaria*, nula según las *veteres leges* y admitida en cambio, sin que se sepa por qué, por las piadosas razones del rescate de prisioneros.

12. Es, sin embargo, el Digesto mucho más interesante que el *Codex* a la hora de precisar la transformación en el enfoque

124. Son muchos los textos que emplean las expresiones de *tenere* o *non tenere* como equivalentes a validez o nulidad. Así, por ejemplo: Ulpiano 79 *ad. ed.*, D.7.5.10.1; Papiniano I *def.*, D.12.1.37; Papiniano 27 *quaest.*, D.18.7.6. pr., Africano 6 *quaest.*, D.21.2.51.1; Papiniano II *resp.*, D.22.1.9 pr.; etc.

De modo claro y referido a la compraventa, la expresión de *non tenere* como equivalente a *nulla emptio* aparece en Juliano 15 *dig.*, D.18.1.39 pr.

125. Algunos, como Scialoja, tratan de levantar una difícil hipótesis en favor de la genuinidad del texto de Modestino armonizándolo con los pasajes de la nulidad de Paulo. Vid. SCIALOJA, *Compra-vendita*, Roma, 1907, páginas 316 ss.

del problema. Con más facilidad se puede determinar cuándo, cómo y porqué se pasó de la vieja idea de la nulidad de las *veteres leges* al moderno concepto de ineficacia, en donde la nulidad ha encontrado la base mucho más asequible y normal del acto *contra ius*. Ni que decir tiene que la clave de todo ello nos la va a dar esta anómala y extravagante *actio ex empto*. En efecto, ¿cuál pudo ser la génesis de esa misteriosa acción brotada precisamente de una venta que siempre fue entendida como un acto jurídico sin efectos procesales?

Hay algún autor <sup>126</sup> que piensa que esta acción de Modestino fue en su origen una acción delictiva —la *actio doli*—, pasando quizá luego a ser una *actio in factum* para hacerla así cómodamente transmisible a los herederos. En todo caso esa acción parece basarse exclusivamente en la «decepción» sufrida por el comprador, tal como en el mismo texto se nos dice: *ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*, y ese interés en no dañar al *deceptus* no requiere forzosamente el dolo. Bastaría, posiblemente, un daño provocado por la ignorancia <sup>127</sup>, sin que tenga que ser necesariamente intencionado, como tal vez pudiera deducirse de una interpretación demasiado literal del *deceptus a venditore* que encontramos en la *Instituta*, 3.23.5.

No deja de ser seria la objeción de los que creen ver una contradicción en una acción procesal nacida nada menos que de un contrato inexistente <sup>128</sup>. Sin embargo, el problema, como su-

126. Esa es la opinión de HELDRICH, *ob. cit.*

127. Gayo 3 *ad ed. prov.*, D.3.2.18; Ulpiano 26 *ad ed.*, D.12.4.3.7; Paulo 3 *resp.*, D.38.2.46; Gayo 2 *rer. cott.*, D.41.3. 36 pr.

128. Siempre fue grande el escollo que planteó a los romanistas estas contradicciones, ¿cómo produce efectos una causa inexistente?, ¿si el contrato no existe, cómo puede tener acciones? Estas preguntas así formuladas pueden, por lo menos desde el punto de vista dogmático, parecer incontestables. Sin embargo, no es así cómo debemos planteárnoslas. La figura jurídica de la compraventa romana presenta una base consensual tan elástica que admite incluso objetos sin existencia presente, como por ejemplo, la compraventa de cosa esperada, o bien mercancías tan sutiles como lo es la pura álea, supuesto nada raro como se desprende de los textos. Son bastantes los casos estudiados por los juristas en los que existe la acción procesal aún faltando por completo la cosa. Tal sucede en el problema jurídico estudiado por Paulo (33 *ad ed.*, D.19.1.21 pr.) en donde el comprador trató de adquirir el parto imposible de una esclava estéril o mayor de 40 años. Con

cede siempre en el Derecho clásico, hay que resolverlo desde el punto de vista procesal y no desde el enfoque puramente dogmático. Es verdad que esta compraventa es nula porque su objeto es imposible e inhábil<sup>129</sup>. Con todo, las acciones, y mucho más las acciones *in factum*, proceden del pretor y van buscando siempre un resarcimiento económico, sin que ello suponga necesariamente el prejuzgar la cuestión de fondo de la nulidad<sup>130</sup>.

No es clara la cuestión del origen histórico más remoto de estas acciones cuya existencia se manifiesta en los textos y nada sabemos de cuál pudo ser el precedente de esta tutela procesal. Aunque toda esta materia estuviera inicialmente *fuera* del *ius civile* —al menos en la más antigua concepción de lo divino— con toda seguridad que existió algún medio para defender el

---

todo, y en contra de lo que cabía esperar en esa venta sin esperanza, el contrato cuajó en una acción y el vendedor quedó obligado *ex empto tenetur venditor*. Lo mismo sucedería con la venta de créditos o herencias inexistentes con sus acciones normales en favor del comprador. Igualmente ocurre así en el especialísimo caso de una compraventa con condición resolutoria y en donde al extinguirse el propio contrato, automáticamente, por efecto de la *lex commissoria* no debería, lógicamente, originar ninguna acción contractual. Sin embargo, también aquí la solución fue positiva y aparecieron las acciones. Tal vez este último fue un caso límite que debió inquietar la conciencia clásica de más de un jurista, como parece descubrirse por un rescripto imperial que interviene zanjando un conflicto al parecer muy debatido entre los maestros: *iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur* (Ulpiano 30 *ad ed.*, D.18.3.4 pr.).

129. La imposibilidad surge no sólo en las estipulaciones, en donde el *dari*, con su implícita translación del dominio ya cierra en absoluto las puertas a todas las *res divini iuris*, sino también en la pura compraventa, aunque en ella la transmisión se reduzca tan sólo a la posesión, desde el momento en que en ningún caso sería realizable jurídicamente una verdadera posesión sobre cosas divinas o religiosas: *namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere* (Paulo 15 *ad Sab.*, D.41.2.30.1).

130. Las acciones pretorias pudieron ser inicialmente un medio de reforzar la nulidad desde el punto de vista penal. Así, por ejemplo, en un pequeño fragmento gayano —*fragmenta de iure fisci*, § 8— la nulidad de la compraventa de un fundo litigioso no es obstáculo para que, al mismo tiempo, se fije una pena de cincuenta sesteracios a todo comprador de la finca sometida a litigio. Lo mismo podría decirse del hecho, cada vez más divulgado a partir del siglo II, de fijar multas sepulcrales para impedir la alienación prohibida de los sepulcros.

*status* de estas cosas o al menos su normal utilización piadosa por muy «separados» de los hombres que estuviesen. Tal vez por ello, la solución más arcaica estuvo igualmente *fuera* del Derecho civil y muy posiblemente fue por medio de una tutela pontifical como se protegieron regladamente estos bienes.

En uno de los comentarios de Ulpiano al edicto <sup>131</sup>, se nos habla precisamente de un cierto procedimiento *extra ordinem* a través del cual se puede imponer al que quebrante el recto uso de los sepulcros una *modica coercitio* <sup>132</sup>. ¿Fue esta la primera defensa que tuvieron las cosas *divini iuris* en el Derecho romano de la república? ¿Cuántos problemas culturales y sociológicos tuvieron que darse en Roma para lograr el trasvase de la más antigua jurisdicción religiosa en esta otra *cognitio extra ordinem*? En efecto, este procedimiento extraordinario del que nos habla Ulpiano no es sin duda más que el último eslabón de una antiquísima tramitación y que —como un puro recuerdo de ayer— aún se seguía entablando ante los pontífices romanos del Imperio no obstante ser ya un procedimiento netamente civil.

Esta interesante cuestión nos apartaría tanto de nuestro estudio que necesariamente la debemos marginar remitiéndonos a las magistrales investigaciones ya existentes <sup>133</sup>. Llegado un momento histórico concreto de la antigüedad romana, violento o no (¿monarquía etrusca?, ¿aparición de la república?), se pusieron posiblemente las primeras bases de la secularización como un fenómeno político-social de una envergadura honda y de grandes repercusiones en todos los cuadros de la cultura. Tal

131. Ulpiano 25 *ad ed.*, D.II.7.8 pr. 2.

132. A través del texto tantas veces citado de Macrobio (*Saturnalia* 3.3.1) se puede comprobar la existencia de ciertos decretos pontificales que tuvieron eficacia jurídica hasta época bien tardía. Igualmente se deduce así de un texto papiniano (6 *quaest.*, D.5.3.50.1) en donde se nos habla de un *compellere (principali vel) pontificali auctoritate* con relación a unos ciertos herederos obligados *ad monumentum faciendum*.

Toda la epigrafía funeraria nos corrobora además la existencia de una prolongada *cognitio pontificalis* en todo lo relativo a las sepulturas. *CIL VI*, 1848; 2963; 2.10675; 2.12380; 3.20683; *VII*, 61; *IX*, 1729; *X*, 8259; *XIV*, 1135; etc.

133. Entre lo más reciente está la excelente obra, ya citada, de DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, y el largo y profundo artículo de VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, cit., pp. 38 ss.

vez, al irse recubriendo con un procedimiento extraordinario la forma de reclamar la multa o la indemnización —último residuo del primitivo *piaculum*— se formó el embrión procesal que luego, ya en época clásica, daría paso a la acción penal o reipersecuente de la que nos habla el Digesto <sup>134</sup>.

Esta primitiva acción de antiquísima raíz religiosa y revestida ya entre los clásicos con el ropaje de una acción penal, *in factum* o ficticia <sup>135</sup> no afectó en principio para nada a aquella primera calificación de nulidad radical que recaía en todo este tipo de enajenaciones: *nulla venditio, nullam esse emptionem, licet emptio non teneat, etc.* No parece que haya duda en admitir que la responsabilidad derivada de esta aparente y fallida transmisión radicaba naturalmente en el delito o tal vez en otra fuente obligacional, que intentaremos desentrañar más tarde, pero nunca en un contrato que no podía existir.

La innovación justiniana fue únicamente la de cubrir con la

---

134. El Derecho romano y toda la génesis de los textos clásicos están llenos de historias parecidas. La larga evolución de las instituciones deja sus huellas en las obras de los juristas. A veces, una palabra sueña nos da la pista para descubrir la naturaleza de la acción primitiva. A medida que una figura jurídica está más atormentada, los textos resultan cada vez más interesantes para estudiar el enigma de sus orígenes. Eso ocurre, por ejemplo, con los contratos innominados, categoría lograda muy tardíamente y que sin embargo se refieren a situaciones ya contempladas y discutidas por los clásicos. Aún mucho más ocurre esto con la *querela inofficiosi testamenti*, inicialmente un medio revocatorio en el viejo sistema centumviral —fósil viviente de las acciones de la ley en plena época clásica— y que al cristalizar en la época imperial en el sistema procesal cognitorio, va adquiriendo cada vez más claramente un sentido petitorio como parece entenderse a través de las palabras de Paulo *evicta hereditate* (3 resp., D.5.2.21.2) y *vindicare hereditatem* (2 quaest., D.5.2.17 y 19). Otro supuesto igualmente apasionante es el estudiado por D'ORS en su magistral trabajo *Observaciones sobre el Edictum de rebus creditis*, en *SDHI* 19 (1953), pp. 185 ss., sobre las acciones contrarias del comodato. En los textos aparecen mencionados los *iudicia contraria*. ¿Existieron antes de esta época? Dado que esta figura, al igual que la prenda, fue unilateral, ¿cuál pudo ser el precedente procesal que posteriormente fuera sustituido cuidadosamente en los textos? El autor cree ver, por puros detalles críticos, pruebas suficientes para suponer que la acción matriz fuera la *actio doli*, convertida luego en acción *in factum* y luego en *comodati contraria*.

135. Esa es la opinión, por ejemplo, de RUCOBONO, *Corso, cit.*, pp. 288 s.

propia acción contractual *ex empto* cualquier tipo de responsabilidad, dolosa o culposa, que tuviera lugar entre «comprador» y «vendedor» dando pie a normas ilógicas como la de D.18.1.62.1 de Modestino. ¿Por qué el compilador justiniano admitió la venta dejando para siempre la impronta de su manipulación textual con una contradicción —nulidad y acciones—, escollo de los modernos críticos? <sup>136</sup>. ¿Fue un pura evolución jurídico-procesal de las acciones la que arrastró consigo una aparente aptitud de los objetos anteriormente considerados no idóneos para el tráfico humano? ¿Se trató, más bien, de una evolución conceptual en la calificación de las cosas divinas, última secuela de la secularización tantos siglos antes comenzada? El problema así planteado presenta una multitud grande de facetas todas ellas muy sugestivas. Por otra parte, la solución nunca será fácil ya que todo el Derecho romano estuvo sometido a las mismas múltiples influencias y que ya en parte vimos al hablar de las distintas corrientes recogidas en el *Codex*.

13. Casi todos los autores que se han ocupado del tema lo han enfocado desde el punto de vista crítico manejando, todo lo más, una serie de hipótesis para explicar el origen de la misteriosa acción concedida al comprador *deceptus*. Entiendo, sin embargo, que el problema, aún teniendo diversos matices, es único, o, si se quiere, las cuestiones diversas que pueden contemplarse en él no son sino los aspectos parciales de un mismo fenómeno. Todo quedaría reducido a dilucidar cuál pudo ser la íntima transformación de la *actio in factum* que en época justiniana la vemos encajada en una *actio ex empto*. Parece que todos los autores ven en esta última una interpolación justiniana <sup>137</sup> y que esa acción *ex contractu* de los textos, imposible en el Derecho clásico, no sea sino la propia expresión final de

---

<sup>136</sup>. Desde el punto de vista crítico es interesante el trabajo de SCIALOJA, *Due interpretazioni in materia di servitù*, en *BIDR* 2 (1889), p. 178; y el de FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, en *BIDR* 13 (1901), p. 170.

<sup>137</sup>. Uno de los más acérrimos defensores de la clasicidad de esta contradictoria *actio ex empto* (ha sido SARGENTI), *ob. cit.*, pp. 240 s.) y antes de él, SCIALOJA (*Compra-vendita, cit.*, pp. 319 ss.).



la *actio in factum*. Así, esta acción iría generando dentro de sí la contractual, al modo de una almendra dentro de su fruto.

Curiosamente, esta explicación es la que nos ofrece el propio Ulpiano en un texto contenido en D.11.7.8.1:

Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

La última frase, *quae actio... contineat*, se suele considerar unánimemente como interpolada<sup>138</sup>. Si ello fue así realmente, el texto sería para nosotros una expresiva muestra de la propia opinión del compilador sobre esta acción *in factum* —despenalizada ya y ejercitable contra el heredero —nacida de la venta de un *locus religiosus*. El jurista del siglo VI, con un sistema procesal vigente absolutamente distinto al que se dio en la época clásica, no percibe la desarmonía existente entre el texto de Modestino y el de Ulpiano. Sin embargo, en uno y otro texto se contempla un mismo caso: la venta *pro privatis* o *pro puro* de una cosa no comerciable<sup>139</sup>.

¿Cuándo se convirtió la acción *in factum* del Edicto en la *actio ex empto* de Modestino? ¿Estaremos ante una de tantas largas evoluciones del Derecho romano? ¿Hasta qué punto pudo influir la concepción religiosa de lo divino sobre el ordenamiento jurídico imperial y sobre la nulidad de la venta? Contra la opinión generalizada de que la acción *ex empto* fue obra exclusiva de los compiladores entiendo que, posiblemente, debió ser más bien el fruto de una larga transformación, como en tantos otros casos. Eso mismo parece indicarnos la discreta explicación justiniana, de que ya la acción contractual de la compra «estaba contenida» en la clásica *actio in factum*.

138. Así, por ejemplo, BIONDI, *ob. cit.*, p. 36, n. 46.

139. Si los estudiamos detenidamente podemos comprobar que hay una pequeña diferencia entre ambos textos. En el D.18.1.62.1 se contempla el supuesto general de venta de cosa inalienable, *locus sacra, vel religiosa, vel publica*. En el pasaje de Ulpiano D.11.7.8.1 en cambio, sólo se nos habla de la enajenación de un sepulcro. Con todo, no parece que este detalle tenga mucho interés ya que Ulpiano, en este concreto comentario, más que fijar una doctrina de tipo general está tratando tan sólo de dictaminar sobre un caso controvertido.

Por otra parte, tenemos el precioso testimonio de la epigrafía funeraria. Es tan abundante y abrumadora la cantidad de inscripciones sepulcrales relacionadas con esta materia que casi sería imposible pretender enumerarlas<sup>140</sup>. Estas inscripciones, muchas de las cuales son de los primeros siglos imperiales, son para nosotros especialmente significativas. Por lo visto, no era ya para los interesados ninguna repugnancia el hablar —aunque sólo fuera para prohibirlas o castigarlas— de *venta* o *donación* de sepulturas. La terminología utilizada es bien clara y todo parece mostrarnos que el ordenamiento jurídico, al prestar sus expresiones acuñadas en el tráfico humano, está dando los primeros pasos para «ocupar» una materia hasta este momento abandonada a la incierta *ira manium* o a la *vindicta deorum*.

De la terminología vulgar de los cementerios puede deducirse que los interesados trataban realmente de *vender* o *donar* algo sobre lo que no cabía alienación alguna<sup>141</sup>. Posiblemente, estas expresiones implican el reconocimiento de un pequeño sustratum en aquella relación antes inconcebible. En este caso, si el ordenamiento prestaba su propia terminología jurídica, *veniri*, *donari*, *alienare*, *abalienare*, ¿no podría ser la *actio in factum* un anticipo clásico de la *actio ex empto*, tal como los compiladores la entendieron al incluir el comentario ulpiano en el Digesto? Todas estas cuestiones así contempladas y otras muchas parecidas quedan por delante al investigador. Ya se ve que no hay otro camino que el de la pura hipótesis para abrise paso hacia el interior del Derecho clásico, ni más medio que el examen

---

140. Podemos remitirnos simplemente a las inscripciones recogidas por Bruns bajo los títulos de *Prohibitiones alienandi* y *Multae alienationum et laesionum prohibitarum*. BRUNS, *Fontes* II, núm. 172, A y B.

141. En alguna otra inscripción, conocida con el nombre de *sententia de sepulchris* (BRUNS, *Fontes* II, núm. 187), hay huellas de un viejo litigio funerario que podía tener alguna relación con nuestro caso. Se trata también de una venta *pro puro* de finca en la cual se descubren posteriormente varios enterramientos. En el pleito, cuya *cognitio* extraordinaria correspondió nada menos que al subprefecto de la armada de Miseno, se discute si con la venta de la finca se transmitió o no el «derecho a usar» de las sepulturas. Muy posiblemente, las acciones propuestas en el litigio fueron ya las acciones contractuales.

crítico de los textos para encontrar la pista de nuestra *actio in factum, quasi ex empto*.

De sobra es conocido que las viejas acciones *in factum* se caracterizaban, desde el punto de vista formal, por su *intentio* <sup>142</sup>. Estos medios procesales, teniendo en cuenta su contenido y origen, podían agruparse en dos clases: las acciones que sancionaban actos reprobables pero que no encuadraban en los delitos típicos <sup>143</sup> y aquellas otras que sancionaban pactos pretorios y que por ende no contaban con tutela civil. Estas últimas acciones se fueron convirtiendo poco a poco en auténticas acciones contractuales a la vez que las figuras concretas a las que protegían iban alcanzando un último estadio evolutivo ya casi en los momentos finales del Derecho romano <sup>144</sup>.

Fue, pues, la acción *in factum*, un lugar común que en el Derecho justiniano podía querer decir muchas cosas y por lo cual su propia denominación es para nosotros absolutamente incolora. Es por ello misión nuestra el tratar de descubrir cual pudo ser la naturaleza de esta acción que los pasajes del Digesto señalan como medio normal para la venta *pro privatis* de un lugar sacro, público o religioso, y que casualmente aparece en la constitución C.1.2.21: *Actio in factum... cuius tenor in multis et variis iuris articulis saepe est admissum*.

Esta acción *por el hecho*, admitida con tanta profusión según la ley, pudo nacer del delito o, como los contratos innominados, provenir de una prestación que aunque con cierto parecido a la compraventa ni lo era ni lo podía ser ya que se trataba de un objeto *sepositum a nobis*. Nada tiene de extraño que esta acción *in factum* encerrara dentro de sí todas las posibilidades para tutelar una relación que empezaba a ser jurídica pero que todavía no era contractual, al menos según la concepción clásica de los

---

142. Gai. 4.46.

143. Las más representativas son seguramente las acciones *in factum* dadas por el pretor para supuestos de daños no fácilmente encajables en la *lex Aquilia*.

144. Ya dijimos que incluso acciones que luego fueron *in ius* y claramente contractuales, como son la *actio comodati* y la *actio pignoratitia* contrarias, pasaron mucho tiempo de vida latente larvadas bajo la forma de acciones *in factum*. Vid. D'Ors, *ob cit.*

contratos. Si esta hipótesis fuera cierta, el jurista clásico quizá entendió que aunque como tal compraventa no cabía más que la nulidad, al menos como relación humana de prestaciones mútuas había ya «algo». Una minúscula entidad, pero soporte suficiente para apoyar en ella la acción. Al igual que sucedía con las acciones *in factum* de los contratos innominados, se daba también una cierta atipicidad en la causa pero, de un modo semejante a como sucedía en aquellos casos, el *deceptus* —comprador, por designarle de algún modo— requeriría ser ayudado siquiera fuera por una sencilla acción *in factum*.

No es, por tanto, ni ante el más exigente de los juristas clásicos, contradictorio el mantener al lado de la acción *in factum* la nulidad del contrato y ello porque esa acción con su *intentio* fáctica no nace del contrato sino, todo lo más, de su apariencia <sup>145</sup>. Era ya algo absolutamente normal en la época clásica la posibilidad de comerciar o ceder el uso piadoso de los sepulcros. Además de todo lo que podemos deducir de las inscripciones funerarias hay textos que, aunque con un enfoque más bien negativo, confirman igualmente nuestra hipótesis. Tal sucede, por ejemplo, con las *Pauli Sententiae* <sup>146</sup>: el vendedor enajena un fundo religioso y se reserva el uso de la sepultura. Claramente se entiende así que el comprador de la finca no ha adquirido el derecho a emplear el enterramiento. ¿Quiere decir esto, que si el vendedor no hubiera exceptuado el sepulcro con una especial *lex venditionis*, el derecho a enterrar lo hubiera adquirido naturalmente el comprador como un accesorio más del fundo? Si la respuesta a esta cuestión fuera afirmativa, ello querría decir que el Derecho romano está dando paso a una peculiar enajenación, impropia llamada compraventa, en la que el vendedor transmite o se reserva, mediante la inserción de una cláusula específica, el derecho a usar según su destino la *res divini iuris*.

Esto es realmente lo que parece deducirse de todos los casos que encontramos en los textos sobre tráfico de fincas en donde

---

145. Entiende BIONDI (*La vendita, cit.*, pp. 37 ss.) que en esa aparente compraventa lo que se «compra» no es exactamente la cosa inalienable sino el derecho a usarla según su destino propio. En contra, SARGENTI, *ob. cit.*, pp. 238 ss.

146. *Pauli Sent.* 1.21.7. *Vid.* núm. 120.

radican monumentos funerarios <sup>147</sup>. ¿Qué sucedería —cabría preguntarse— si un vendedor no hiciera la *deductio sepulchri* en el momento de perfeccionar el contrato de compraventa? Lógicamente tendríamos que concluir que el vendedor no tendrá ya ningún derecho a la *illatio mortuum* y que, por tanto, es el comprador y no el vendedor quien, a partir de ese momento, tendrá la posibilidad de enterrar lícitamente en el sepulcro. Este derecho a la *illatio*, tutelado por la *actio in factum quasi ex empto*, constituye el contenido de esas relaciones obligacionales.

En este tipo de tráfico humano todo transcurre de un modo parecido a como se constituyen las obligaciones normales. Sin embargo aquello, aunque lo parezca, no puede ser, al menos en el Derecho clásico, una venta. Con todo, si la categoría de esta figura escapa al marco típico de la *emptio venditio*, no anda en realidad muy lejos. Ese derecho al enterramiento, adquirido por un precio convenido entre dos personas, no es, ni mucho menos, ya algo inconcebible. Además, aunque no lo sea, tiende cada vez más a aproximarse a la compraventa de un modo muy parecido a como la *actio in factum* va dando lugar a ese florecimiento tardío de la *actio ex empto*. Sólo nos queda concluir que también la titularidad sobre el sepulcro —*ius loci*— va lentamente convirtiéndose en un simulacro de relación dominical <sup>148</sup>.

Es comprensible que el Derecho clásico no quisiera colocar estas situaciones bajo la cubierta de las figuras típicas. Una repugnancia hay siempre entre los juristas de la edad de oro a desnaturalizar las instituciones y, no obstante el paralelismo o la proximidad, prefieren inclinarse mejor a encontrar la solución en las acciones *in factum* evitando así las acciones contractua-

147. La existencia de cláusulas en las compraventas por las que el vendedor se reserva un derecho al sepulcro son muy frecuentes en los textos. *Vid.*, por ejemplo, Papiniano 10 *quaest.*, D.18.1.72.1; Ulpiano 25 *ad ed.*, D.11.7.10; Labeo 1 *pit.*, D.19.1.53.1.

148. Ulpiano (71 *ad ed.*, D.43.24.13.5) con ocasión del comentario a una opinión de Labeón nos da a entender que aunque no puede hablarse estrictamente de dominio con relación a las *res religiosae*, hay sin embargo una sombra de él que permitiría al menos el ejercicio de los interdictos. Paulo (63 *ad ed.*, D.43.1.2.3), más explícito aún, cree que estos interdictos para defender lo divino son reipersecutorios al estilo de las acciones dominicales, *veluti proprietatis causam continent*.

les <sup>149</sup>. Ahora, si bien es verdad que este es el proceder de los juristas desde el siglo I al siglo III, resulta fácil comprender que, más tarde, perdido el purismo jurídico y con la visión pragmática de la jurisprudencia vulgar, ceda aquella repugnancia y los textos, ya debidamente glosados, nos hablen sin escrúpulos de acción de compra.

¿Fue exactamente esa la génesis de nuestra acción *in factum*? Hay indicios para pensarlo así y tenemos un supuesto muy parecido y en donde el fenómeno de mutación del medio procesal es exactamente el mismo. Se trata del caso de que nos habla Próculo en D.19.5.12:

Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.

Se trata como vemos, de una venta con un pacto resolutorio de retroemendo. El marido puede recuperar la cosa vendida pagando el mismo precio. Sin embargo, tal vez la naturaleza de la compraventa se haya enrarecido de tal modo que el jurista, fiel a sus esquemas clásicos, se abstuvo de atribuir la *actio ex vendito* al marido vendedor. Sólo una *actio in factum* es posible en este caso, y ello es así porque precisamente aquella compraventa se está empezando a salir de sus moldes típicos. Más tarde, sin embargo, cuando las instituciones no conserven ya su antigua pureza, la *actio in factum (praescriptis verbis)* se equiparará absolutamente a la acción de la venta. Así, el vendedor, favore-

---

149. De nuevo nos remitimos a los contratos innominados en los que sabinianos y proculeyanos discutían precisamente esa pureza de las figuras típicas. Aún siendo tan flexibles los contratos de buena fe y admitiendo todo tipo de cláusulas o pactos, no lo son hasta el punto de que pudiesen quedar desnaturalizados: un mandato sin gratuidad, la falta de precio en la compraventa, el *factum quod locari non solet*, el *dare puerum ad docendum* en una *locatio conductio*, etc., serían transformaciones más que suficientes para que el contrato no se produjera con normalidad y que, por tanto, el litigio tuviese que abrirse paso a través de una *actio in factum*. Vid. DE FRANCISCI, *Sinagma*, cit., pp. 167 ss.

cido con la cláusula resolutoria, podrá, si quiere, recuperar la cosa vendida utilizando cualquiera de las dos acciones <sup>150</sup>.

Fueron, sobre todo, los grandes cambios procesales propios de la *cognitio extraordinem* los que arrastraron consigo la desnaturalización de las figuras y así, a la vez que el ordenamiento jurídico no tendrá ya inconveniente en incluir a las instituciones atípicas dentro de los contratos matrices, la *actio emptio* o *venditi* vendrán a ocupar aquel lugar que antes tuvieron las edictales acciones *in factum*.

14. Sólo nos queda el tratar de descubrir si esa transformación procesal se habría producido ya en época clásica tardía entre los juristas del siglo III. En otras palabras, si el cambio procesal y jurídico no es más que una manifestación externa de otras transformaciones aún mayores de tipo cultural, y si estos cambios son indudables en el bajo Imperio como se demuestra por las interpolaciones, ¿cabría pensar que se había producido ya algún cambio de enfoque entre los juristas clásicos, al menos en Modestino? Importante es esta cuestión que nos llevaría nada menos a concluir que el texto de ese último jurista, interpolado o no desde el punto de vista formal, pudo genuina y materialmente contener una línea de pensamiento no muy distante de la que luego pasaría a ser la opinión dominante de los años posteodosianos.

Hemos visto, por la terminología empleada en el comerciar sobre sepulcros —lo mismo podría decirse, aunque fuera más raro, con el resto de cosas *extracommercium*— se nos habla de «comprar», «vender», e incluso en la mente del jurista podemos descubrir la alusión a una relación posesoria sobre ellos y a una especie de titularidad dominical exclusiva sobre estas cosas. Las expresiones utilizadas en el texto ulpiano para indicarnos las legitimaciones procesales son todas ellas representativas y típicas

---

150. *Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur...* C.4.54.2, Alejandro, año 222.

del más clásico vocabulario edictal: *competere actionem, dare actionem ei ad quem res pertinet*; etc.<sup>151</sup>.

En efecto, en estas palabras del Digesto 11.7.8.1<sup>152</sup>, se nos intenta dar a entender que bajo aquella aparente relación jurídica *inter vivos* hay alguna cosa. Tal vez le cueste aún cierta repugnancia interior al autor el llamarla compraventa, pero, basándose en su parecido, configuró a la *actio in factum* de un modo tan cercano a la acción contractual que dio pie más que suficiente a los compiladores para llegar a aquel *quasi ex empto* con que se la nombrará a partir de entonces.

Es lógico que si el Estado romano fue cubriendo con su sombra a todas las *res divini iuris*, a medida que aumentaba su propia fuerza expansiva y aunque no afectara para nada a la íntima naturaleza de esas cosas, éstas se irían pareciendo cada vez más a las cosas públicas, al menos en su reglamentación externa y por la tutela procesal de que disponían. Esta es la causa por la que algunos especialistas de Derecho público romano entendieron que las cosas divinas eran propiedad del Estado<sup>153</sup> ya que, efectivamente, esa debió ser históricamente la solución procesal más cómoda. Por otro lado, esa opinión cuenta en su haber con el apoyo de casi todo el común sentir de los propios autores latinos<sup>154</sup>, si bien es verdad que en ningún momento pretenden éstos otra cosa que el dar una solución acomodaticia a tan espinoso asunto.

En un principio, aún en los albores del Derecho romano, el ordenamiento jurídico respetó el viejo *fas* con esa veneración que supone la prioridad histórica. Más tarde, lo asumió dentro de su seno articulándolo como algo propio. En ese momento, el Derecho actúa sólo con carácter declarativo. Sólo determinadas cosas son comerciables y el resto no. Las *res divini iuris* son

151. Esta misma terminología, *ei ad quem ea res pertinet*, aparece en alguna inscripción funeraria del siglo II, *CIL IV*, 10562.

152. Es éste, sin embargo, un texto muy confusamente redactado y que ha dado lugar a muchas dudas en los intérpretes. Vid. SCIALOJA, *Compravendita*, cit., pp. 296 ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., pp. 132 s.; VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p. 154.

153. MOMMSEN, *Staatsrecht II*. Leipzig, 1887, pp. 59 s. También MARQUARDT, *Römisches Staatsverwaltung II*, Leipzig, 1881-1885, p. 91.

154. Frontinus: *de agrorum qualitate*; Tácito: *Annales*, 4.26.



imposibles con una imposibilidad que aún siendo *ex natura rei*, al ser englobadas dentro de lo jurídico se convierten automáticamente también en imposibles jurídicos. La compraventa, a partir de ese momento, se incluye dentro del *quod iure impleri non potest*<sup>155</sup>. Llegado el momento, cuya precisión histórica es difícil, esta compraventa se comienza a acercar cada vez más a lo ilícito<sup>156</sup>. Igual que antes surge ahora un negocio informe porque lo hecho *contra ius* es nulo también por la propia fuerza del Derecho, pero ahora esa nulidad opera tan sólo como consecuencia de una ineficacia penal: *Item quod leges fieri prohibent cessat obligatio*<sup>157</sup>.

Cuales fueran las razones de este desplazamiento del centro de gravedad del asunto es algo realmente difícil de concretar. Es posible, por otra parte —con lo cual las dificultades del problema acrecen aún más— que durante cierto tiempo lo imposible *ex natura* coincida con la prohibición de la ley, desde el momento

---

155. Lo imposible jurídico es el resultado del choque entre la voluntad humana y una norma ordenadora de carácter declarativo. Según Ferrara, esta imposibilidad sobreviene de diversos modos: a) El Derecho fija los presupuestos de un negocio de tal modo que se determina a sí mismo: capacidad de los sujetos, idoneidad de los objetos, etc. b) El Derecho determina la esencia de una relación jurídica que quedará para siempre como inalterable, así por ejemplo, el carácter personal del usufructo puede convertir en nulas todas las enajenaciones que se pretendan sobre él. FERRARA, *Teoría del negozio illecito*, Milán, 1902, pp. 13 ss.

A esto tal vez podría añadirse el caso peculiar de un ordenamiento jurídico que hace un «reenvío», es decir, que se doblega, como en nuestro caso, a una preordenación natural, religiosa, etc., adaptándose totalmente a ella. En todos estos supuestos, sin embargo, el ordenamiento jurídico se auto-limita también y siempre queda claro que al salirse de esos límites la enajenación, el acto traslativo, etc., serán forzosamente nulos.

156. Lo ilícito, que a veces puede confundirse con lo imposible, es —como en la imposibilidad jurídica— un choque entre la voluntad humana y la ley. No es, sin embargo ahora, una ley declarativa o dispositiva sino una norma prohibitiva la que entra en colisión con la voluntad de las partes provocando la invalidez. Las consecuencias jurídicas —o por mejor decir, la ausencia de ellas— son muy parecidas pero no es exactamente como antes, ya que ahora es por otro camino por donde llega la nulidad. *Vid.* FERRARA, *ob. cit.*, pp. 27 ss.; UDE, *Über die Bedeutung des Satzes: Impossibilium nulla obligatio*, en *Archiv. Civ. Praxis* 48 (1865), pp. 366 ss.

157. Paulo 12 *ad Sab.*, D.45.1.35.1

en que el Estado y el Derecho se alzan como protectores del orden público y dentro del *ius publicum* están ya también los intereses puramente religiosos.

La práctica jurisprudencial romana manifiesta una lógica jurídica muy semejante en otros casos parecidos. Según Paulo <sup>158</sup> —que sigue en esto una vieja opinión de Pomponio— el vendedor de cosas robadas se expone a realizar un acto nulo. Esta nulidad, derivada posiblemente de la vieja norma quiritaria de no usucapibilidad de las *res furtivae*, supone que ni el comprador ni el vendedor quedarán obligados y que la *traditio* de la cosa vendida no producirá ningún efecto <sup>159</sup>. El jurista entiende, sin embargo, que por encima de esta nulidad, diríamos legal, está la buena fe de los contratantes y por ello admite la validez del contrato si el comprador ignorase que la cosa había sido hurtada, naciendo así las obligaciones recíprocas de la compraventa: *Utrinque obligatio contrahitur*.

Esta solución pauliana no es distinta de la que Modestino proponía en D.18.1.62.1 porque también aquí aparece un comprador ignorante, *qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit*. Aquí, como allí, la norma general es la misma —*emptio non tenet*— y la misma es también la solución procesal utilitaria de dar por bueno un contrato teóricamente nulo en atención al comprador que nada sabía. Esta correspondencia y esta proximidad entre la venta prohibida y la venta de cosa sagrada, a la que podemos calificar de sospechosa, va siendo cada vez más manifiesta cuando comprobamos que el tan

158. Paulo 33 *ad ed.*, D.18.1.34.3.

159. No faltan detractores de la genuinidad de este texto. Entre ellos PARTSCH (*ob. cit.*, pp. 43 ss.). Con todo, en el Derecho romano clásico todo *agere contra ius* acarrea siempre la nulidad. Un mero senadoconsulto prohibitivo sería ya suficiente para que no surjan obligaciones de la venta, sin contar con la pena que podría siempre imponerse a los infractores. Claramente se desprende así del texto de Paulo (54 *ad ed.*, D.18.1.52) al comentar la contravención de un senadoconsulto que prohibía la venta de *domus* o *villae ad demoliendum*. A todo aquel que actúe contra este senadoconsulto se le impondrá una pena, siendo además nulos la transmisión y el contrato. Menos clara la nulidad pero igualmente prohibitivo es otro senadoconsulto, dado posiblemente a fines del siglo II, que vetaba la alienación del *servus fugitivus*. Ulpiano 9 de *off. proc.*, D.48.15.2.1 y 3.

comentado texto de Modestino, donde se estudia el caso del comprador que adquirió, ignorándolo, una cosa inalienable, formó parte en su día, según Lenel<sup>160</sup>, de los *libri regularum*. El texto en cuestión fue obtenido de un libro —el libro V— que llevaba nada menos que el título *de alienatione et quaestu prohibitu*. Tenemos, por tanto, que Modestino —discípulo de Ulpiano, y aún vivo y en plenas facultades forenses, por lo menos el año 239<sup>161</sup>— puede ser para nosotros un dato seguro *post quem* indicativo de los nuevos enfoques, sin que esto quiera decir *a sensu contrario* que la mutación no se hubiera producido ya muchos años antes.

Modestino, en esta obra suya, estudió y reunió sistemáticamente diversos supuestos parecidos incluyéndolos bajo el título tan lleno de significado para nosotros como éste, *de alienatione prohibita*. Son todos ellos casos en donde la eficacia del acto jurídico de enajenación o de transmisión gratuita tropieza con una dificultad puramente normativa: la prohibición legal. Entre los más representativos contemplados por el jurista en su obra están los siguientes:

1. Donaciones a gobernadores —incluyendo legados y prócsules— prohibidas por plebiscito (D.1.18.18).
2. Ventas intentadas por quienes desempeñan cargos civiles o militares en una provincia, dentro de su misma circunscripción territorial. (D.18.1.62 pr.).
3. La usurpación de bienes vacantes aún no declarados tales, adquisición prohibida, al parecer, por una ignota constitución imperial, *idque constitutum est* (D.41.3.18).
4. La compraventa de esclavos que hubieran sido adjudicados al fisco en una pública *venditio bonorum*, especialmente prohibida a los *procuratores* del emperador. Esta prohibición que debió proceder de un rescripto imperial —*rescriptum est*— es para nosotros igualmente desconocida, aunque

---

160. LENEL, *Palingenesia I*, p. 735.

161. Por la redacción de un rescripto de Gordiano, del año 239, recogido en el *Codex* 3.42.5, parece desprenderse que Modestino aún vivía en esa fecha.

hay algunos indicios que hacen pensar en los emperadores Severo y Antonino <sup>162</sup> (D.49.14.8).

Aquí, entre todos estos supuestos tan diversos, vino a encajar, en época de Modestino, nuestro caso concreto de la venta *pro puro*. ¿Era ya la venta de los *loca sacra vel religiosa*, para el jurista, un acto más ilícito que imposible? Si la sistemática de un jurista es suficiente muchas veces para deducir sus criterios y su línea de pensamiento, aquí estamos precisamente en uno de esos casos. Modestino colocó entre los supuestos de *alienationes prohibita*e la venta de sepulcros y monumentos porque sin duda, conceptualmente para él, aquellos actos —imposibles o no— eran sobre todo ilegales.

Se trata, tanto los templos como los sepulcros y las cosas públicas, de bienes que cumplen una función social o que están adscritos a un departamento cívico o estatal del cual no deben salir. Es el propio ordenamiento jurídico quien se las ingenia para provocar una congelación patrimonial salvadora. Si antes acudía a la idea de lo imposible, ahora se inclina mejor hacia la idea de lo prohibido. Es por esa razón —si la sistemática de Modestino no nos engaña— por lo que la enajenación de las *res divini iuris* no debió diferenciarse en el siglo III de tantas otras ventas prohibidas y que el régimen imperial, en una creciente política de intervencionismo, va haciendo cada día más numerosas <sup>163</sup>.

162. Modestino no nos dice quién pudo ser el autor del dictamen imperial. Sin embargo, Marciano, en un pasaje del libro 3 de sus Instituciones (D.49.14.30), nos da pie para pensar que fueron Severo y Antonino los augustos autores del rescripto.

163. La ampliación del área de influencia del ordenamiento jurídico romano contribuyó a hacer cada día más compleja y más rica la normatividad prohibitiva. La *oratio Severi*, cuyo texto nos lo aporta Ulpiano (35 *ad ed.*, D:27.9.1.2), prohibía a los tutores vender los bienes de las personas sometidas a tutela. Con más motivo quedaba prohibido que el tutor o los curadores, por sí o por persona interpuesta, asumieran el papel de compradores o vendedores de esos bienes pupilares: *emptoris et venditoris officio fungi non potest* (Ulpiano 40 *ad Sab.*, D.26.8.5.2). El Derecho clásico conoció distintas prohibiciones de enajenar, siempre impuestas por razones políticas o sociales de protección a los débiles. En el bajo Imperio, el *Codex* de Teodosio prohibía la venta de las cosas litigiosas (C. Th. 4.5.1. pr., Constantino, año 331).

El orden jurídico en bloque es el que adquiere esta nueva y virginal fuerza de repeler la eficacia normal de los actos jurídicos y por ello el contrato será nulo. Más tarde lo dirá el emperador Teodosio al recordarnos que la nulidad procede precisamente de actuar contra la ley, aunque la norma concreta no lo haya declarado expresamente. El nuevo concepto admite la reglamentación <sup>164</sup> y no repugna ya —al menos en el orden de lo puramente práctico— el empleo de una terminología asimilada a la de la compraventa, tal como vimos que se daba en multitud de textos e inscripciones epigráficas <sup>165</sup>. Esta facultad del ordenamiento jurídico de ir absorbiendo entre sus tejidos antiguas formas jurídicas extrañas a él, no casa mal con un período final, como es el bajo Imperio y el Imperio bizantino, donde las fuerzas estatales van llegando a sus máximas formas de expansión.

---

privando igualmente de todo efecto a dicha enajenación, *tanquam si nihil factum sit*. En el Código justiniano encontramos finalmente un título en donde aparecen recogidas varias constituciones de este tipo con el título *Quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur* (c. 4.40).

164. La moderna opinión civilística cree, sin embargo, que esta concepción ha sido una conquista del Derecho moderno. «No están —dice Badenes Gasset— hoy las *res divini iuris* fuera del comercio como ocurría en Derecho romano». Según este autor, estas cosas divinas, igual que los restantes bienes, están en el comercio de los hombres aunque sometidas a una reglamentación especial. *Cfr.* BADENES GASSET, *El contrato de compraventa* I, Madrid, 1969, p. 109.

165. Este proceso de absorción, dentro de la esfera legal, de figuras que antes estaban claramente fuera de ella, debe ser fenómeno común de todo ordenamiento jurídico. Nos consta que en el Derecho helénico, como se desprende de algunas inscripciones griegas (*CIGr. II, 2636*), era posible la venta del cargo sacerdotal. Ya se comprende que «aquello» no es exactamente una compraventa porque se trata de algo inalienable, pero, sin embargo, la aproximación es evidente. El Derecho griego considera esta transmisión como realizable desde el momento en que admite el supuesto y concede a las partes oportunas defensas procesales como en los contratos típicos. *Vid.* BEAUCHET, *Histoire du Droit privé de la République athenienne*, París, 1897, p. 110.

## V. LA VENTA DE COSA SAGRADA EN EL DERECHO POSTCOMPILATORIO

15. Van pasando los años y todas las corrientes culturales incidentes sobre el Justiniano de la codificación, tan contradictorias muchas veces —arcaísmo y progreso, clasicismo y vulgarismo, tradición occidental y formas orientales— van dejando tan sólo una forma nueva, un ordenamiento jurídico bizantino que, conservando su *ethos* clásico, mira ya claramente hacia el futuro. Es esta nueva y moderna visión doctrinal, tan parecida a nuestros códigos civiles actuales, la que va a ser recogida en las Novelas del emperador. Insensiblemente y aún conservando una memoria agradecida a las antiguas normas leonianas en los preámbulos legales, el legislador hará triunfar las nuevas directrices en un Estado universal que viene ya presidido por ideas renovadas.

La primera reglamentación de la inalienabilidad, ya con su nuevo traje legal secularizado y sin duda la más importante, la encontramos en una ley que se promulga en el mes de mayo del año 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. Deroga ésta las disposiciones vigentes de los emperadores León (C.1.2.14) y Anastasio (C.1.2.17). A ambos se le dedican recuerdos elogiosos, sobre todo al primero, 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 proporcionar honor y disciplina a las santas iglesias. Con todo, esas normas eran insuficientes. La constitución de León I era demasiado particular, ya que sólo se aplicaba a la iglesia mayor de Constantinopla, y la constitución de Anastasio, aunque algo más amplia, era aún muy imperfecta por referirse solamente a una sede episcopal olvidando a otras.

Dentro de esta política peculiar y religiosa del emperador, esta ley se nos muestra como un intento universal y como norma general aplicable en todos los territorios imperiales (c. 1). No

sólo a la circunscripción de la sede de Constantinopla sino a todo el oriente y a Iliria, Egipto, Licaonia, y al occidente a la provincia de Africa y a otros, incluso a la misma Roma y a las iglesias establecidas en el lejano océano <sup>166</sup>. El legislador se preocupa de aclarar, en lo posible, el tipo de bienes que recibirán la protección legal de la inalienabilidad. Sigue en esto la antigua dirección de las viejas leyes 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 monasterios <sup>167</sup>— no pueden tener licencia para desviar ninguno de esos patrimonios del destino piadoso que 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 alienare* <sup>168</sup> *rem immobilem aut in domibus aut*

166. 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 cesaropapista con su sentido protector sobre las instituciones eclesiásticas es fortísima, 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 et la civilisation byzantine au VI.<sup>e</sup> siècle*, París 1901, pp. 316 ss.; DUCHESNE, *L'Église au VI.<sup>e</sup> siècle*, París, 1925, pp. 261 ss.; VOIGT, *Staat und Kirche von Konstantin dem Grossen bis zum Ende der Karolingenzeit*, Stuttgart, 1936, pp. 44 ss.; DE FRANCISCI, *Arcana imperii III-2*, Milán, 1948, pp. 179 ss.; STEIN, *Histoire du Bas-Empire*, París, 1932, pp. 369 ss.; RUBIN, *Das Zeitalter Justinians I*, Berlín, 1960, pp. 245 ss.; ORESTANO, *Iustinianus*, en *NQNDI* (1961); BIONDI, *Giustiniano*, en *IVRA* 16 (1965), pp. 1 ss.

167. *Episcopus et patriarcha, praeses xenodochum 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 antes colectivos de beneficiencia al decir *et omni absolute collegio quod actio pia constituit*.

168. El propio legislador define el concepto de *alienare*, interpretándolo

*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 ningún efecto, ya que Justiniano se remite y confirma la doctrina tradicional leoniana, tanto en lo que se refiere a la nulidad como a la reglamentación de las penas previstas al delito, si lo hubiera.

Lógicamente, ahora, en el momento de enfrentarse con el problema de la nulidad y sus consecuencias, la solución es claramente moderna. La enajenación es nula pero dejará de serlo cuando la ley entienda —tal vez por la misma *ratio legis*— que una razón suficiente autoriza la transmisión. Razones de piedad, como el rescate de prisioneros, o simplemente de conveniencia, como cuando, tratándose de una permuta, haya sido cambiada la cosa; teóricamente no alienable, por otra de igual o mayor valor y siempre, además, que haya sido el emperador el otro permutable (c.2). Estamos, pues, dentro de la consagrada ineficacia basada en la causa injusta, típica del negocio hecho *contra legem*, y eliminado ya para siempre el viejo sistema de la no idoneidad del objeto que tantas dificultades trajo a los intérpretes.

Tras un examen detenido de la Novela 7 y de sus soluciones a la venta de las *res ecclesiasticae*, no cabe duda que el espíritu de la ley es el colofón final de toda una larga evolución. Realizada la venta de esos bienes de la iglesia o de los pobres, la venta es nula por ir contra lo preceptuado en la misma ley: *quae omnibus modis interdicta sunt*. La carencia de acción contra el titular de los bienes vendidos es ahora, sin duda, un efecto fulminante: *contra sanctissimam quidem ecclesiam aut venerabilem domum nullam omnino habeat actionem*.

Esta misma línea estatal y política de la Novela 7 será mantenida a lo largo de una 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 los bienes convirtiéndolos en auténticas «manos muertas» bizantinas, y un régimen de pru-

---

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.



dente libertad que faculta las enajenaciones en los casos necesarios o simplemente convenientes <sup>169</sup>.

El año 544, la Novela 120 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 el principio general prohibitivo (c.1) que en su día fijara la Novela 7 permitiendo el usufructo —el legislador lo denomina *usus* (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 toda clase de bienes propios imponiendo solamente el tradicional sistema de cautelas. A partir del c.6, la Novela se refiere ya, indistintamente, a todas las igle-

---

169. 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, permitiendo la venta de fincas urbanas.

b) Novela 46, de septiembre del 537. Otro nuevo régimen de excepción para 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* (*Praef.*). 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 Mysia, 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.

sias y monasterios bizantinos 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 manteniendo aquel carácter de acto *contra legem*: *omnia vero quae contra antiquas leges facta sunt revocari sancimus*.

## VI. CONCLUSION

16. Tras el largo estudio de un tema tan lleno de implicaciones culturales, sociológicas y jurídicas podemos concluir diciendo que nuestra opinión difiere un tanto de la de aquellos civilistas actuales que entienden que la solución jurídica de la venta de las *res divini iuris* es distinta en el Derecho actual a como lo fue en el Derecho romano. El Derecho romano, con su ciclo completo de evolución histórica ya llevaba, posiblemente, en la génesis celular del estado-ciudad, en la creación de la república y de las magistraturas, todo lo que el ordenamiento jurídico podría alumbrar en el futuro con relación al estatuto patrimonial de las cosas divinas. El orden político estaba ya en expansión y por ende la normatividad iba introduciéndose no sólo en el terreno de las relaciones consuetudinarias humanas sino que, incluso, iba cubriendo también todos los campos hasta entonces reservados a lo religioso, aunque respetara siempre la íntima autonomía de las cosas divinas.

El Derecho romano clásico encauzó esa normatividad y al secularizarse fue dando un trato cada día más normal a la enajenación de cosas sagradas, religiosas, santas o públicas. Venta fallida, *licet emptio non teneat*, nula como siempre, como en los más remotos tiempos del *sacer esto*, pero con una visión más humana o más racionalista que da pie sin duda a aparentes contradicciones y en la que inconscientemente caen los propios compiladores con aquella *actio ex empto* nacida de una venta que nunca llegó a existir.

En el bajo Imperio, el orden político imperial se ha hecho fuerte y denso traspasando con la reglamentación jurídica todos y cada uno de los aspectos, incluso más sutiles, de la vida social.

Lógicamente, pues, la trayectoria de las *res divini iuris* tuvieron que verse necesariamente implicadas en una corriente de tanta fuerza. Antes, en los siglos vulgares, la tendencia general de aumentar el número de patrimonios inalienables, para salvarlos de la venalidad de administradores y ecónomos, fue canalizada por una política de sacralización con todas sus ventajas e inconvenientes. Ventajas, de rapidez expeditiva al caer sobre los bienes la capa de plomo de una inalienabilidad divina. Inconvenientes, también claros, porque estos patrimonios así congelados se hacen automáticamente inoperantes y antieconómicos. Fueron los propios Padres de la Iglesia quienes rompieron el criterio rígido de esa inalienabilidad haciendo vender ornamentos, fincas, e incluso los mismísimos vasos sagrados, cuando alguna necesidad espiritual sobrevenía. Ni que decir tiene que esta situación que planteaba la propia Iglesia interesada, despreciando un estatuto patrimonial con una tan larga tradición, colocaba en un difícil aprieto y en un verdadero callejón sin salida a los intérpretes. Por lo pronto, la ley imperial no tenía más remedio que recoger esa práctica eclesiástica, que se había impuesto por puras razones utilitarias y económicas aunque disfrazadas de justificaciones piadosas, de la *salus animarum* tal como la constitución justiniana C.1.2.21 alegaba en su párrafo 2.

Entre el texto de Modestino D.18.1.62.1 y esta constitución justiniana se da, sin embargo, un cierto paralelismo. En ambos se habla de nulidad, conservando en lo posible la vieja doctrina arcaica y en ambos también se trata de buscar salida, con mejor o peor fortuna, a la realización de lo que pudiéramos llamar «efectos especiales» de una venta nula.

Justiniano, no obstante la marcha atrás provocada por la regresión religioso-cristiana de tono monofisita y por sus personales tendencias arcaizantes, se orientará definitivamente hacia aquella concepción que había venido imperando desde la tardía época clásica, una concepción jurídica e ideológica demasiado madura ya para poder ignorarla o pretender desviarla. Es en las Novelas y en toda la legislación posterior del imperio bizantino, donde cuaja la definitiva solución que pasará a los códigos modernos y a la doctrina actual, tanto canonística como civilística.

Ese fue precisamente el mérito de la labor justiniana. Buscar

caminos adecuados para las nuevas formas que la sociedad hacía crecer cada día. Encontrar una vía jurídica, forzando a veces la búsqueda o evitando los escollos del propio ordenamiento vigente, utilizando siempre a los propios elementos clásicos en toda esta tarea. Es Justiniano mismo quien así nos lo dice en el Digesto<sup>170</sup>: No hay que desesperar si la vida trajera nuevos negocios no previstos. Si ello sucediere —*si quid igitur tale contingerit*— el emperador será siempre el remedio puesto por Dios mismo: *Augustum implorctur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere.*

JOSÉ LUIS MURGA.

---

170. Constitución *Tanta*, § 18