

PALINGENESIA DE LOS TITULOS RELATIVOS
A LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* POR CAUSA DE DOLO,
MENOREDAZ O AUSENCIA (1, 8-19A)
DE LAS SENTENCIAS DE PAULO

JORGE ADAME GODDARD
Universidad Nacional Autónoma de México

INTRODUCCIÓN

En 1945 Ernst Levy publicaba su *Pauli Sententiae A palingenesia of the oppening titles* (New York) *, con la cual iniciaba una investigación sobre los diferentes estratos que se encuentran en nuestra versión de las "Sentencias" atribuidas a Paulo.

Levy distingue seis posibles estratos: el estrato A, que corresponde al compilador de las ps, y que puede ser ubicado a fines del siglo III; el estrato B, que contiene innovaciones introducidas en atención a la legislación imperial, entre el año 300 y el 450; estrato C, que contiene alteraciones hechas en atención a la doctrina jurídica de Occidente, entre los años 400 y 450 y de contenido similar a la *Interpretatio*; V, comprende las alteraciones hechas por los compiladores del Breviario en el año 506; E, se refiere a las introducidas en Oriente antes de Justiniano, y D las hechas por los compiladores del Digesto en 533.

De estos estratos, la crítica romanística actual acepta sin dificultad el estrato A, el B ** y el D. Pone en duda la existencia de los estratos E y C. Yo no descarto la posibilidad de este último estrato en aquellas *sententiae* que conocemos por medio de la *Consultatio* o la *Lex Romana Burgundionum* ***.

Los compiladores del Breviario, se acepta hoy comúnmente, no

* Hay una traducción española hecha por Jorge Adame, publicada en *Anuario Jurídico* VII (1980), p. 449 ss., México.

** En la segunda edición de su tratado de Derecho Romano postclásico (*Das romische Privatrecht*, München, 1975) Kaser (p. 9 ss.) ya acepta la existencia de un estrato B.

*** Por ejemplo: ps 1,15, 1a, 1b y 3, todas procedentes de LRB.

tuvieron tiempo de hacer alteraciones, por lo que sólo pueden atribuírseles (a v) las supresiones y mutilaciones de la obra.

De cada sentencia, Levy hace un análisis particular, con el fin de determinar: a) su significado (s); es decir, su contenido jurídico y no una mera traducción; b) su pertenencia a uno de los tópicos (τ) del Edicto del pretor; c) su origen (o) clásico o postclásico; d) su estrato (Au) y, cuando es posible, su fuente (F).

Levy hizo el análisis de los seis primeros títulos del libro primero. Yo he continuado el análisis de los restantes títulos de ese libro con la misma metodología de Levy. Aquí presento resultados, todavía preliminares, a que he llegado respecto de los títulos 8-9A ****.

1, 8 DE DOLO

t. Lenel EP. § 40.

o. Clásico.

Au. A. La reducción de la importante materia de dolo a sólo dos sentencias se explica desde la perspectiva del derecho vulgar. En éste el dolo casi desaparece para dejar su lugar al fraude (*fraus*)¹. La reducción pudo ser hecha por B, en cuyo tiempo (s. iv) el dolo tiene sólo una importancia secundaria en relación a la restitución por entero² y tiende a confundirse con el *metus*³. Una reducción similar se da en CR. 2,15 (*de dolo malo*) que contiene una sola constitución del año 319. v hubiera suprimido todo el título, lo cual concordaría con el hecho de que no hay *interpretationes* de sus dos sentencias.

1,8,1, *Dolus est, cum aliud agitur, aliud simulatur.*

s. El dolo consiste en simular una cosa y hacer otra.

o. Clásico. La jurisprudencia republicana definió el dolo malo como la simulación hecha para engañar; así Servio (cit. por Ulp. 11 *ad ed.* D. 4,3,1,2) lo define como *machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur*. En esta doctrina, lo esencial para configurar el dolo era la simulación. Luego fue superada por Labeón, quien tuvo en cuenta principalmente el

**** El análisis del título séptimo se va a publicar en el libro de homenaje a Alvaro d'Ors, que editará la Universidad de Navarra.

¹ LEVY, VR. p. 101 y ss., seguido por KASER, RPR. II, p. 347.

² LEVY, VR., p. 103.

³ *Infra ad* P.S. 1,8,2 sub o.

engaño resultante, y así definió el dolo como toda maquinación (no necesariamente simulación) para engañar a otro (cit. por Ulp. cit.).

La sentencia define el dolo de acuerdo con la doctrina republicana, lo cual resulta extraño, porque en el tiempo en que fue compuesta ya prevalecía la doctrina de Labeón⁴. Esto puede deberse a un descuido del compilador de ps., quien, procurando abreviar la definición de dolo encontrada en algún texto, se contentó con recoger lo que le pareció más importante.

En el derecho vulgar se da una definición de dolo, muy distinta de la clásica y de la que recoge ps., que atiende primordialmente al fraude documental: rr.2,15,1 dice que hay dolo cuando por alguna escritura o maquinación (*fraus*) se cambian cosas previamente definidas, o cuando se hace aparecer a una persona, por medio de documentos o engaños, como consintiendo algo contrario a sus intereses. Aquí ya se ha perdido de vista el dolo como elemento que actúa sobre la voluntad de una persona para hacerle consentir un negocio jurídico, y prevalece el punto de vista de que se trata de maquinaciones, principalmente de manipulaciones de documentos, para aparentar como real lo que no ha sucedido. En consecuencia, se presentan casos de "dolo" como los siguientes: afirmar en un documento como pagado un precio que en realidad no se pagó (este parece ser el caso más frecuente), dar como convenida una cláusula contractual sobre la que no hubo acuerdo efectivo o como no convenida la que sí fue consentida (rr.2,15,1; nv.32,1; inv.32,1), o celebrar un negocio por interpósita persona (inv.32,1)⁵.

Au. A, que por descuido no recoge la definición completa, vigente en su tiempo.

F. Pudo ser Ulp. II *ad ed.* D 4,3,1,2: *Dolum malum Servius quidem ita definit... cum aliud simulatur et aliud agitur*. La sentencia invierte el orden de esta última frase y suprime la partícula *et*. San Agustín *Sermo*. 4,22 da una definición de dolo (*quando aliud agitur et aliud simulatur*) que parece prevenir de la ps.: conserva el mismo orden y sólo cambia *cum* por *quando* e introduce la partícula *et*.

1,8,2 *Qui dolum aut metum adhibuit, ut res ad alium transiret, uterque de vi et dolo actione tenebitur*.

s. Quien infunde miedo u obra dolosamente para transferir algo a otro, en uno u otro caso, queda obligado por la acción "*de vi et dolo*".

⁴ Ver, p.e., Paulo II *ad ed.* D. 4,3,16 y 20, pr. donde se sigue esa doctrina.

⁵ Cfr. Hermog. 6 *juris epitomarum* D. 49,14,46,2.

o. En el derecho clásico se da la *actio quod metus causa* y la *in integrum restitutio propter metum* para los casos de intimidación y la *actio de dolo* y la *i.i.r. propter dolum*⁶ para los casos dolo. Ambos supuestos son distintos, aunque Pomponio, citado por Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,2,14,13, dice que en caso de intimidación concurre alternativamente la *actio quod metus causa* con la *actio de dolo*.

Es posible que la sentencia se refiera originalmente a esta concurrencia. De acuerdo con esto, Girard⁷ propone la siguiente lectura de la sentencia: *que [dolum aut] metum adhibuit, ut... ut<ra> que de vi et<de>dolo actione tenebitur*.

Sin embargo, como las ps. fueron compuestas en atención principalmente al procedimiento cognitorio, en el cual no importa la tipicidad de la acción, difícilmente podría explicarse la presencia de una sentencia cuyo contenido tendría importancia para el procedimiento formulario. Por esto, conviene indagar su origen más bien en el derecho postclásico.

Constantino todavía distingue entre la *actio doli* (cr. 2,15,1 [319]) y la *actio vis et metus* (cr. 8,15,2 [334] con cr. 15,14,9 [395]). Como ambas acciones sirven para recuperar cosas entregadas a causa de negocios que se consideran nulos⁸, fue posible que sus regímenes se fueran aproximando; a ello también pudo contribuir el hecho de que eran las mismas personas (los *potentiores*) a quienes los legisladores del siglo iv tenían en mente como posibles agentes de *vis* o *dolo*. Así, Valentiniano, Teodosio y Arcadio logran tratar unitariamente *dolus* y *metus* (cr. 15,14,8 [389]), lo mismo que Arcadio y Honorio en cr. *h.t.* 9 *if.* (395). Estos últimos mencionan una "*doli ac vis et metus actio*".

En el derecho vulgar de Occidente el *dolo* pierde importancia frente al fraude, por lo que la equiparación se produce entre la violencia y el fraude. Así Valentiniano en *nv.* 32,1 y la *interpretatio* correspondiente.

La sentencia refleja esa aproximación entre *metus* y *dolo* que se da a finales del siglo iv.

Au. A pudo haber escrito *Qui dolum adhibuit, ut res ad alium transiret, de dolo actione tenebitur. Adhibere dolum*, lo mismo que *adhibere metum*, son expresiones usadas en textos clásicos (ver D. 28,3,18,1; en la definición de *dolo* de Labeón, D. 4,3,1,2, se dice

⁶ Se discute la existencia de una *i.i.r. propter dolum* en época clásica, véase *supra ad ps.* 1,7,2 *sub o.*

⁷ GIRARD, *Textes de Droit Romain*³, p. 384.

⁸ *Infra ad ps.* 1,7 *sub o.*

calliditatem, fallaciam, machinationem adhibitam); *res transiret* también es usual en los clásicos, y se repite en ps. 5,2,5. B alteró el texto para acoplarlo a las tendencias de su época, introduciendo *aut metum, uterque y vi et*.

TIT. 9 DE MINORIBUS VIGINTI ET QUINQUE ANNORUM

T. Corresponde al § 41 de EF.

o. Clásico.

Au. A.

1,9,1 *Minor viginti et quinque annorum si aliquod flagitum admiserit, quod ad publicam coercionem spectet, ob hoc in integrum restitui non potest.*

s. El menor de veinticinco años que comete un delito penado por las leyes no puede pedir la restitución por entero a fin de recuperar los bienes que perdió con ocasión del delito; p.e. si un menor, sabiéndolo, se casa con una mujer adúltera (lo cual era equiparado al adulterio y penado por la ley Julia de adulterios, d. 4, 4,37,1), no puede pedir la *i.i.r.* respecto de las donaciones que hizo a su mujer por causa del matrimonio.

o. Clásico. Un rescripto de Severo y Antonino del año 200 (CJ. 2,36,1 + 2,34,1) refiere el caso de un menor que vendió irreflexivamente una cosa a un funcionario imperial, por un precio excesivamente bajo. El negocio es considerado como un delito¹, por lo que se menciona el principio *in criminibus quidem aetatis suffragio minores non iuvantur* para decir que no es aplicable al caso, puesto que el delito se cometió no con ánimo de delinquir, sino en ocasión de un contrato (*non ex animo, sed ex contractu*), y consecuentemente otorga la restitución por entero al menor. El rescripto menciona el principio como algo ya conocido; Ulpiano 11 *ad ed.* d. 4,4,9,2 también lo menciona (aunque referido a *delicta*), y

¹ Severo y Antonino, según reporta Marciano *de delat.* d. 18,1,46, prohibieron que los funcionarios imperiales compraran ciertos bienes en la provincia donde ejercían jurisdicción (cfr. d. 1,16,6,3). Es posible que la cosa comprada la perdiera el funcionario en favor del fisco, por lo que el vendedor no podía recuperarla; así CT. 8,15,1; a veces el vendedor puede recuperar la cosa vendida: CT. 8,15,2 (334) y CJ. 2,19,11 (354), ambos de Constantino; en Hermog. 6 *iuris epit.* d. 49,14,46,2 la cosa la vindica el vendedor, pero en un caso en que el funcionario compró por interpósita persona, por lo que puede pensarse que el vendedor no cometió delito.

señala algunas excepciones: si el menor comete delito de daño (y es de suponer cualquier otro delito cuya acción conlleve riesgo de litisrecencia al doble) y, por no confesar oportunamente, es condenado al doble, puede dársele la *i.i.r.* respecto del hecho imprudente de no haber confesado, de modo que se le tenga por confeso y se le condene sólo por el valor simple; también se concede la restitución por entero al menor que roba si tuvo oportunidad de indemnizar voluntariamente por el robo, y por no hacerlo es condenado a pagar el doble o el cuádruplo. Trifonino 3 *disput.* D. 4,4,37,1 también menciona dicho principio².

IP: *Minores aetate, si crimina graviora commiserint, per aetatem se non poterunt excusare.* Contiene una doctrina que refleja incomprensión de la sentencia. **IP** entiende que la *in integrum restitutio* sirve en estos casos para disminuir o excusar de la pena a un menor delincuente, por lo que afirma que eso no podrá darse en los crímenes graves. Cabe suponer que respecto de otros crímenes sí valdría la excusa de la edad, de manera similar a como ocurre en Oriente³.

Au: **A**, quien por su interés en las reglas generales no considera, como es su costumbre, las excepciones. *Admittere* en sentido de cometer una acción ilícita aparece en textos clásicos (p.e. Paulo 11 *ad ed.* D. 43,16. Pomponio 19 *ad Sab.* D. 9,2,43. Ulpiano 1 *de omn. trib.* D. 26,10,1. *Flagitium* también aparece en texto clásico (p.e. Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,2,7,1. 35 *ad ed.* 26,2,17,1 que habla de *flagitia admittere*). El uso de la expresión clásica *in integrum restitutio* también apunta a **A** como autor de este fragmento.

1,9,2

*Brev.**D. 4,4,24 pr*⁴

Qui minori mandavit, ut negotia sua agat, ex eius persona in integrum restitui non potest, nisi minor sua sponte negotiis eius intervenerit.

Quod si minor sua sponte negotis maioris intervenerit, restituentus erit, ne maiori damnum accidat.

² El texto dice que se puede dar la *i.i.r.* al menor cuando el juez le impone, por conmiseración de la edad (*miseratio aetatis*), una pena más leve que la establecida; pero esto parece una interpolación (desde *nisi* a *produxerit*).

³ Ver nota 2.

⁴ Todo el fragmento 24 se atribuye en **D** al libro primero de **PS**. Cujacio conjeturó que sólo las primeras palabras del fragmento hasta *intervenerit* eran de **PS**. y el resto del fragmento correspondía a Paulo 11 *ad ed.* LENEL, *PAL. I*, p. 985 n. 3, propone que el texto de **PS**. comprende hasta *damnum accidat* (tal como se presenta aquí).

s. De *Brev.* Quien por mandato encarga a un menor alguna gestión, no puede pedir la restitución por entero respecto de lo que el menor gestione, alegando la minoridad del mandatario, excepto cuando el menor interviene espontáneamente (sin mandato).

De *Dig.* Si un menor gestiona espontáneamente los negocios de un mayor, podrá aquél obtener la restitución por entero, para que el mayor no sufra un daño.

o. De *Brev. Clásico.* Paulo 11 *ad ed.* d. 4,4,23⁵ dice que cuando un mayor encarga una gestión a un menor, no puede concedérsele la restitución por entero por lo que éste haya gestionado, ya que hacerlo sería proteger al mayor; pero que si el menor sufre un daño por las gestiones que realizó, por no poder recuperar del dueño del negocio, que es insolvente, aquello que gastó por el desempeño de la gestión, entonces sí se concede al menor la restitución por entero. Señala como regla general que cuando un menor es engañado como procurador, los daños se cargan al representado, por haber encomendado sus negocios a tal persona. Esta doctrina coincide con la regla general que contiene la *rs.*

La *interpretatio* contiene la misma doctrina: *Si quis maior annis minori per mandatum negotia sua agenda commiserit, ex persona minoris integri restitutionem accipere non potest, nisi forsitan minor sine mandato voluntarie se causis miscuerit alienis.* Aquí se contrapone más claramente que en la sentencia el caso del menor representante *per mandatum*, con el que lo es *sine mandato*; este énfasis se debe a que la *interpretatio* desconoce la gestión de negocios, entendida en sentido clásico como la administración de un negocio ajeno sin encargo para ello⁶; este desconocimiento también explica la presencia de la palabra *forsitan* que dan un carácter dubitativo a la frase final.

De *Dig. Clásico.* En el mismo libro, Paulo d. *h.t.* 24 dice que si el menor gestiona sin mandato los negocios ajenos, puede pedir la restitución por entero respecto de lo gestionado: si la gestión no fue útil ni fue ratificada por el *dominus negotii*, el menor pide la *i.i.r.* para su propio provecho; si la gestión fue útil o ratificada, el menor la pide para evitar que el mayor sufra un daño; pero, en este último caso, si el menor no la solicita, el dueño del negocio puede demandarlo con la acción de gestión de negocios para que le ceda tal recurso; entonces el dueño del negocio puede pedir la

⁵ Interpolado en la frase intermedia *si autem... possit* que se refiere a un caso distinto: cuando el dueño es menor y el representante mayor.

⁶ LEVY, *VR.*, p. 296 y ss.

i.i.r., no a nombre propio, sino como *procurator* del menor. Con esta doctrina coincide la sentencia en la versión del Digesto.

Au. De Dig. La atribución de todo el fragmento 24 citado a las Sentencias de Paulo es errónea, como ya lo advirtió Cujacio⁷, quien con razón conjeturó que el fragmento procedía del libro 11 *ad edictum* del mismo Paulo; sin embargo Cujacio, y luego Lenel, consideran que las primeras palabras del fragmento sí proceden de las Sentencias. Esta conjetura tiene en cuenta, por una parte, atribución del fragmento a esa obra que aparece en los manuscritos del Digesto y, por otra, la similitud de las palabras en el principio del fragmento 24 (*quod si minor sua sponte negotiis maioris intervenerit*) con las del final de la sentencia (*nisi minor sua sponte negotiis eius intervenerit*). Sin embargo, hay una diferencia de fondo en ambos textos: en el Digesto se dice que el menor debe ser restituido, mientras que en la sentencia se dice que el mayor, en un caso de excepción (*nisi*), es quien debe ser restituido. Esta diferencia podría explicarse diciendo que en la versión de Dig. se transmite el estrato A y que en la versión de Brev. se reproduce el estrato B. Pero esta no parece una hipótesis aceptable, porque el contenido de la sentencia reproducida en Brev. es clásico. Me parece que la diferencia entre ambas versiones, así como la similitud de vocablos, pueden explicarse mejor de esta manera: todo el fragmento 24 del Digesto, incluyendo las palabras que Lenel atribuye a ps, procede de Paulo 11 *ad ed.*, y sus palabras iniciales fueron la fuente de la frase final (*nisi... intervenerit*) de la sentencia que transmite Brev. Esta hipótesis también evitaría la dificultad, implícita en la conjetura de Cujacio, de aceptar que un fragmento del Digesto proceda de dos libros distintos y que su procedencia se atribuye a la obra de la que se tomó sólo una parte muy pequeña. La presencia de la *subscriptio* que atribuye el fragmento 24 a las ps puede explicarse como un error de los compiladores originado por haber tenido a la vista la sentencia que transmite Brev.

De acuerdo con esta hipótesis, el estrato de *Brev.* es A. Toma de Paulo 11 *ad ed.* D.h.t. 23 el principio de que el mandante no puede ser restituido a causa de la minoridad del mandatario, y del fragmento 24 pr la excepción (*nisi... fin*) para el caso de gestión de negocios hecha espontáneamente por el menor. El afán epitomizante de A, le hace pasar por alto el caso, mencionado en el fragmento 23, en que el menor mandatario puede ser restituido, y la

⁷ Ver nota 4.

forma (*procuratio in rem suam*) en que el menor gestor debe transmitir el beneficio de la restitución al mayor dueño del negocio.

1,9,3 *Si maior effectus rem, quam minor egit, pacto vel silentio comprobavit, adversus hoc quoque in integrum restitui frustra desiderat.*

s. Quien siendo mayor de edad ratifica un negocio que había realizado en su minoridad, no puede obtener luego la restitución por entero respecto de ese negocio.

o. Clásico. El menor que cumple 25 años tiene un año útil para pedir la restitución total de los negocios que realizó durante su minoridad. Un rescripto, reportado por Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,4,3,1, precisó que si alguien, siendo mayor, ratifica lo que hizo en su minoridad, no puede obtener luego la restitución por entero. Parece que la ratificación tenía que ser expresa, o sea, por medio de un "pacto", ya que en el mismo fragmento de Ulpiano (§§ 1 y 2) se señalan casos en los que, aunque puede presumirse una aprobación tácita, se concede la restitución total. Así, se concede ésta respecto de un juicio iniciado en la minoridad y continuado posteriormente (§ 1); y respecto de la aceptación de una herencia, no obstante que el heredero, después de cumplir los 25 años, requiere de pago a los deudores de la herencia.

Diocleciano CJ. 2,45,2 (294) menciona fuera de contexto la misma regla general que ps., sin precisar si la ratificación ha de ser expresa o no. Como CJ. 2,32,1, que es el mismo rescripto, indica que aunque el menor acepte el pago, por medio de su curador, de lo que el tutor le debía, puede pedir la restitución respecto de los actos que dieron lugar a tal pago, se entiende que la ratificación ha de ser expresa.

La ratificación por el mero silencio no tenía razón de ser cuando el plazo para pedir la *i.i.r.* era de un año después de que el menor cumplía los veinticinco. En tiempo de Diocleciano todavía se conserva ese plazo (CJ. 2,32,2 y 8,50,18). Constantino (CR. 2,16,2 [315]) establece que se pueda pedir hasta que el menor cumpla treinta años, si tiene que resolverse en Roma, hasta el cumplimiento de veintinueve, si se resuelve en Italia, y hasta el cumplimiento de veintiocho si es en cualquier otra provincia. En este sistema, que permite concesión de la *i.i.r.* tres, cuatro o cinco años después de cumplida la mayoría de edad, sí tiene caso la ratificación por silencio, por lo que en este aspecto la sentencia es de origen postclásico.

La *interpretatio* confunde el contenido de la sentencia con la disposición de Constantino: *Si quis id, quod minor aetate gessit, postquam maior effectus est, id est usque ad impletum vicesimum octavum*

annum, silentio suo et taciturnitate revocare noluit, de hac re integri restitutionem petere non potest. Señala que el menor hecho mayor (por el cumplimiento de los veinticinco años)⁸, quien hasta cumplir los veintiocho guarda silencio y no pide la revocación de un acto realizado cuando menor, no podrá pedir luego la restitución total. La *IP.* toma del citado decreto de Constantino⁹ la fecha límite para pedir la restitución: los veintiocho años; toma de la sentencia la idea de que no puede pedirse la restitución cuando el menor ha guardado silencio; pero da este otro sentido al silencio: no consiste en una ratificación tácita del acto (p.e. aceptando un pago derivado del mismo), sino simplemente en el hecho de no pedir la revocación en el plazo establecido. Entendido así, resulta ociosa su mención, pues lo único que importa es el hacer la solicitud en el plazo establecido. En el supuesto de la sentencia, referido a ratificar (*comprobare*) un acto, se sobreentiende que no ha transcurrido el plazo para pedir la restitución (de un año útil en tiempo de Diocleciano, o de tres, cuatro o cinco según Constantino), por lo que tiene sentido concluir que cuando hay tal ratificación (aunque no haya transcurrido el plazo para pedirla), no se dé la *in integrum restitutio*. La *IP.*, en cambio, contempla el supuesto de que no se pida la revocación en el plazo establecido, por lo que resulta desconcertante la frase final que concluye diciendo que no se podrá luego pedir la *integri restitutio*. Caben dos interpretaciones: o que se trata de una tautología (quien no pide en el plazo señalado luego no puede pedir), o que por *revocare* la *IP.* entiende una manifestación de inconformidad con el acto, distinta de la petición de la *integri restitutio*. Como *IP.* 1,7,2 habla de *in integrum revocare* como equivalente a *in integrum restituere*, cabe descartar esta última posibilidad, y concluir que es una tautología.

Au. En general *A.*, quien sigue una regla formulada en el res-

⁸ La frase *id est...* puede leerse como explicativa de la anterior, y entonces significaría que el menor adquiere la mayoría de edad al cumplir los veintiocho años, pero entonces resultaría muy confuso el contenido de la *IP.*; diría que si después de cumplidos los veintiocho años el menor hecho mayor no quiere revocar el acto, no puede pedir su restitución; o sea que si quiere lo revoca y si no quiere, no. Por eso resulta más lógico leer la frase *id est...* como circunstancial de la siguiente, es decir, definiendo el tiempo durante el cual el *maior effectus revocare noluit*.

⁹ SCHELLENBERG, *Die interpretationen zu den Paulussentenzen*, p. 65, señala la relación de la sentencia con el decreto de Constantino como prueba de que la *IP.* fue compuesta en alguna de las provincias en que se fijó el término del cumplimiento de veintiocho años, es decir, en una provincia de Occidente que no fuera Italia. Esta es la única *IP.* que parece fundarse en una disposición imperial, *ibidem*, p. 70.

cripto citado por Ulp. 11 *ad ed.* d. 4,4,3,1. El verbo *comprobare* en sentido de ratificar aparece también en Ulpiano (*loc. cit.*) y en Marcelo 21 *dig.* d. 46,8,17, donde aparece como sinónimo de *ratum habere*.

La frase *vel silentio* que introduce la figura de una ratificación tácita no puede ser de A, ya que en tiempo de Diocleciano el *maior effectus* sólo tiene un año útil para solicitar la *i.i.r.* (CJ. 8,50,18. 2,32,2); por lo que resulta ocioso acudir a la figura de la ratificación tácita. Además Diocleciano concede la *i.i.r.* en un caso en que podía pensarse en una ratificación tácita (CJ. 2,45,2 + 2,32,1). La ratificación tácita pudo ser útil después de que Constantino estableciera (CT. 2,16,2) plazos de 3, 4 ó 5 años para solicitar la *i.i.r.*, lo cual hace pensar que la frase *vel silentio* es de B.¹⁰

f. El rescripto citado por Ulp. 11 *ad ed.* d. 4,4,3,1 que, como fue conocido por Celso, debe de ser de Adriano. El rescripto de Diocleciano (CJ. 2,45,2 + 2,32,1) contiene una excepción al principio definido en el rescripto de Adriano. La ps. debió de redactarse con base, no en el texto de la disposición imperial, sino en su transcripción hecha en algún texto jurisprudencial, como el de Ulp. citado, que contiene unas palabras muy similares a las de la sentencia: *si quis maior factus comprobaverit, quod minor gesserat, restitutionem cessare*.

1,9,4 *Si minor minori heres existat, ex sua persona, non ex defuncti in integrum restitui potest.*

s. Si un menor resulta heredero de otro menor, puede pedir la restitución por entero por razón de su propia minoridad y no por la del difunto. El texto no precisa si la restitución por entero se da respecto del acto de la adición de herencia hecho por el menor heredado o respecto de los actos que realizó el menor causante.

o. Postclásico. Si la sentencia se refiere a que el menor puede pedir, en atención a su propia edad, la restitución total de su acto

¹⁰ En el derecho clásico no se habla del *silentio* como una actitud pasiva general, sino de *non contradicere* en situaciones concretas; el *non contradicere* puede producir determinadas consecuencias jurídicas, e incluso dar lugar a que la jurisprudencia interprete la existencia de una determinada voluntad positiva (p.e. d. 24,3,2,2; 23,1,12; 17,1,18), pero siempre se considera distinto del consentimiento. Una tendencia postclásica llega a establecer, por razón de utilidad pública, que en ciertos casos el *non contradicere* presume la existencia de determinada voluntad afirmativa; así d. 50,1,2; CJ. 10,62,1 (ambos referidos al padre que no se opone al decurionato de su hijo, y que por no oponerse se presume que consiente). Ps. 1,1a,13, de B, responde a esta tendencia: ver DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, en ST. *Bonfante* IV, p. 461 ss.

de adición de la herencia, entonces es de origen clásico y no contiene novedad alguna.

Pero la oposición que presenta la ps. entre una *i.i.r. ex sua persona* y otra *ex persona defuncti* sería superflua si el texto se refiere al acto de adición de herencia cuya restitución total sólo podía pedirla el menor *ex sua persona*. Por esto me inclino a pensar que la sentencia se refiere a la restitución de los actos celebrados por el causante menor.

El edicto pretorio (Lenel, § 47) contenía una cláusula dedicada a la sucesión del derecho de pedir la restitución por entero, colocada al final del título sobre esta materia. Al sucesor de quien había tenido derecho de pedir la restitución total se le concedía el derecho de pedirla en el plazo que le había quedado al difunto (es decir, *ex persona defuncti*)¹¹. En este régimen se situaba el texto de Paulo 12 *ad ed.* d. 50,17,120 que dice que el heredero no puede recibir más de lo que tenía el difunto. El plazo que adquiriría el heredero comenzaba a contar a partir de la adición de la herencia si la sucesión fue civil, o a partir de la entrada en posesión de los bienes, si fue por derecho pretorio. Cuando el heredero era un menor, también podía pedir la *in integrum restitutio ex persona defuncti*, después de adir la herencia, en el plazo que le quedó al causante; si no lo hacía entonces, podría sin embargo pedirla hasta el cumplimiento de los 25 años más el plazo que quedó al causante, porque se entendía que el menor se había engañado al no pedirla después de adir la herencia (Ulp. 13 *ad ed.* d. 4,4,19).

En la doctrina clásica prevalece el punto de vista sucesorio; es decir, la cuestión es saber si el derecho de pedir la *i.i.r.* es transmisible a los herederos y en qué condiciones. Por eso se resuelve que el heredero tiene la *i.i.r. ex persona defuncti* durante el tiempo que sobraba al causante. Septimio Severo y Antonino (CJ. 2,50,1 [197]), de conformidad con esto, dan al heredero de un ausente *rei publicae causa* el plazo de un año útil para pedir la *i.i.r.*, si el causante murió sin haber regresado, porque dicho plazo comenzaba a correr a partir del regreso. Cuando el heredero es un menor, caso que mencionan Ulpiano (*loc. cit.*) y Gordiano (CJ. 2,52,2 [238]), se le da la *i.i.r. ex persona defuncti* en el plazo que le quedaba al causante, y no en el año útil que tiene el menor en razón de su propia edad.

¹¹ Uno de los casos más importantes de sucesión de la *i.i.r.* se da cuando el causante no aceptó o repudió una herencia, y entonces sus sucesores ejercitando la *i.i.r.* adquieren el derecho a adir esa herencia. Ver BRONDI *Diritto Ereditario Romano*, pp. 181-186.

En la sentencia hay un enfoque distinto. Ya no se concibe que el menor heredero es sucesor del derecho que tenía el causante menor a pedir la *i.i.r.*, sino que prevalece la idea de que el menor heredero, por su propia minoridad, puede pedir la *i.i.r.* respecto de actos celebrados por el causante (*ex sua persona non ex defuncti*). Esta doctrina concuerda con una constitución de Constantino (cr. 2,16,2 = CJ. 2,52,5 [312 ó 315]). Ahí se establece que cuando un menor sucede a un mayor (§ 3) o cuando un mayor sucede a un menor (§ 4), el heredero podrá pedir la *i.i.r.* respecto de actos del causante en el tiempo que tenía éste; es decir que tendría la *i.i.r. ex persona defuncti*; pero cuando un menor sucede a otro menor (§ 2), se dispone que el heredero puede pedir la *i.i.r.*, en el tiempo que le corresponde por su propia minoridad (*ex sua persona*) y no, como el derecho clásico, en el tiempo que correspondía al causante. A partir de esta reforma, se pudo decir, como lo hace la sentencia, que la *i.i.r.* que pide el menor heredero respecto de actos del causante también menor se funda en la propia minoridad del heredero (*ex sua persona*), y no en la sucesión del derecho de restitución que tuvo el menor causante (*non ex defuncti*).

La *interpretatio* refleja fielmente el sentido que tiene la sentencia en relación con la disposición de Constantino; se trata simplemente de una cuestión sobre el cómputo de plazos: *Si minor minori successerit, non ex persona defuncti ille, qui heres est, sed ex sua agere potest; hoc est, si ille, qui defunctus est, duodeviginti annorum sit et succedens viginti, ex istius, qui successit, aetate tempora computanda sunt.*

Au. El texto de A debió de mencionar que el menor heredero sucedía al causante en el derecho que tenía a pedir la *i.i.r.*; es decir, que podía pedirla *ex persona defuncti*, respecto de actos del causante en el plazo que correspondía éste, de conformidad con lo que dicen Ulpiano, Gordiano y Septimio Severo y Antonino (*loc. cit.*). De acuerdo con esto, el texto de A podría decir: *si minor minori heres existat, ex persona defuncti in integrum restitui potest.* Denota el estrato A la expresión clásica *in integrum restituere*.

B. Pudo alterar el texto para hacerlo concordar con la disposición citada de Constantino, para lo cual bastó añadir el posesivo *sua*, entre *ex* y *persona*, y las palabras *non ex*, antes de *defuncti*.

1,9,4a (*ex* D. 4,4,34, pr). *Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis nisi locupletotior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit.*

s. Si un menor de veinticinco años da una cantidad en mutuo a un hijo de familia también menor, no se dará la restitución contra

el mutuuario que ha consumido esa cantidad; pero sí se dará cuando el mutuuario ha obtenido un lucro con ella, es decir, si conserva en su patrimonio la cantidad mutuada o un objeto adquirido con ella.

o. El texto se relaciona con el sc. Macedonio (s. I d.C.), que prohíbe dar dinero en mutuo a los hijos de familia (D. 4,6,1, pr.). En el caso contemplado en la ps. entra en conflicto el régimen de la *i.i.r. minorum* con el del senadoconsulto. Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,4,11,6 recoge un caso igual que soluciona diciendo "*melior est causa... eius, qui accepit et vel dilapidavit vel perdidit*". A contrario, si el menor mutuuario conserva el dinero sin consumir, podrá darse la restitución contra él. Esta solución corresponde con la primera parte de la ps. (hasta *consumentis*), la cual es de origen clásico. La cláusula *nisi* al final refleja un contenido peculiar de los compiladores justinianos¹²; al introducir ellos el criterio de la *locupletatio* permiten la restitución contra el menor mutuuario, no sólo cuando conserva el dinero, sino también cuando conserva un objeto adquirido con ese dinero.

Au. A, excepto de *nisi* al final que es de D.

1,9,4b (*ex D. 4,4,34,1*). *Minores si in iudicem compromiserunt et tutore auctore stipulati sunt, integri restitutionem adversus talem obligationem iure desiderant.*

s. Si unos menores se comprometen a someter un litigio a la decisión de un árbitro, y prometen con la autoridad del "tutor" que pagarán una cantidad en caso de incumplimiento del laudo, podrán pedir la *i.i.r.* respecto de esta promesa.

o. El compromiso arbitral se constituye en el derecho clásico por estipulaciones que hacen las partes, por las que se comprometen recíprocamente a pagar una pena en caso de incumplimiento del laudo arbitral. En este aspecto la ps. refleja bien el régimen clásico¹³. Pero el texto demuestra origen postclásico en cuanto habla de *minores* sujetos a tutela. En el derecho clásico los *pupilli* están sujetos a tutela y los *minores* a curatela; pero estas dos instituciones se

¹² El criterio de responsabilidad por enriquecimiento (*locupletatio*) es conocido por los clásicos (p.e. en el caso del menor que acepta un pago sin autorización de su tutor, D. 46,3,47; o en el caso de donaciones entre cónyuges, D. 24, 1,7, pr), pero es favorecido por los compiladores y extendido, como en esta ps, a supuestos no previstos por el Derecho clásico. Ver KASER, RPR. II, p. 421 y 425; D'ORS, DPR, § 359, n. 3.

¹³ Justiniano modificó el régimen del arbitraje e hizo innecesarias las estipulaciones al conceder excepción o acción con base en un "compromiso" (convenio) arbitral celebrado guardando ciertos requisitos formales, C.J. 2,55 (56), 4 y 5. Ver WENGER, RE., v. *receptum arbitri, sub v.*

confunden ya en la legislación imperial de Constantino y sus sucesores, quienes proceden del mundo heleno oriental, en el cual sólo hay una institución protectora para todo tipo de menores de edad ¹⁴. Así Constantino habla de *tutores* y *curatores* respecto de *minores* (c. 3,30,1 [314]), de *curator* respecto de un impúber (c. 3,17,1 [319]), y luego introduce una designación que conviene a ambos tipos: *minorum defensores* (c. 3,30,2 [316 ó 323] y 4 [331]).

Por otra parte, la *i.i.r. minorum* clásica sirve para proteger a los *minores* y no a los *pupilli*. Si un pupilo hace un compromiso arbitral con la autoridad del tutor, el compromiso no puede ser rescindido por la *i.i.r.*, ya que hacerlo equivaldría a proteger al tutor, quien es responsable por los perjuicios que por su culpa cause al pupilo. En cambio, un acto celebrado por un *minor*, aunque lo apruebe el *curator*, es rescindible por la *i.i.r. minorum*, si causa un perjuicio al menor, aun cuando no haya habido dolo de la otra parte (c. 2,24 [25], 2 y 3 [223 y 286]). La ps. original debió referirse por consiguiente a *minores* y *curator*.

El que la sentencia hable de compromiso con un *iudex*, y no con un *arbiter*, es también indicativo de su origen postclásico. En el derecho clásico se llama *arbiter* la persona que eligen las partes para que solucione en forma extrajurisdiccional un conflicto; el término *iudex* se reserva para quien decide sobre un conflicto que se ha planteado por la vía jurisdiccional establecida, sea el procedimiento formulario, sea el cognitorio. En el proceso postclásico se pierde esta distinción. A veces se llama *arbiter* al juez delegado o al juez encargado de conocer de la recusación de otro juez ¹⁵. De acuerdo con esta tendencia, Graciano, Valentiniano y Teodosiano (c. 2,8,18 en parte = 8,8,3 = 11,7,13 [386]) hablan de *arbiter* pedido en juicio, p.e., para conocer de una recusación, o de *arbiter* libremente electo por las partes para resolver extrajurisdiccionalmente. Este llamar *arbiter* a quien era verdadero *iudex*, pudo dar lugar a que se llamara *iudex* a quien era verdaderamente *arbiter*, como lo hace esta sentencia ¹⁶.

El verbo *stipulare* en la sentencia está utilizado en sentido postclásico, pues en vez de tener su sentido originario de adquirir un crédito, significa aquí contraer una obligación ¹⁷. Esto está de acuerdo con la concepción vulgar que confunde la estipulación con un

¹⁴ BONFANTE, *Corso I*, p. 678.

¹⁵ KASER, *ZPR.*, p. 440.

¹⁶ Ver también Justiniano c. 2,55,5 pr; 3,14,1 y 2,46,3,1.

¹⁷ Cfr. ps. 5,5a,1, que habla según el lenguaje clásico de *promittere*.

pacto o convenio que produce una obligación por efecto del consentimiento^{18, 19}.

Au. La redacción que tenemos parece casi totalmente obra de B, que transforma un texto originalmente referido a *minores* y *curatores* para adaptarlo a las concepciones de su época. D no habría quitado la mención al *curator*, sino que sólo hubiera añadido *vel tutor*, como en otros pasajes (p.e. CJ. 2,24, 2 y 3). El hablar exclusivamente de *tutor* respecto de *minores* se da también en IT. 3,30,2. rr. 3,17,3 habla de *curatores* y *tutores* pero designa el cargo en forma general como tutela²⁰.

La expresión *integri restitutio*²¹ así como el uso impropio del verbo *stipulare* también son atribuibles a B.

La mención de *iudex* en vez de *arbiter* parece ser obra de D. B bien pudo hacerla, pero no hay textos del siglo IV donde aparezca *iudex* en vez de *arbiter*. Justiniano, en cambio, llama expresamente *iudices* a los árbitros que eligen las partes y cuya decisión se comprometen a seguir (CJ. 3,14,1); en otro lugar (CJ. 2,46,3,1) los llama *iudices compromissarii*.

1,9,5

Brev.

D. 4,4,48, pr

Minor se in his, quae fideiussit vel fidepromisit vel spondit vel mandavit, in integrum restituendo reum principalem non liberat.

Minor se in id, quod fideiussit vel mandavit, in integrum restituendo reum principalem non liberat.

s. El menor, al ser restituido de la garantía que dio de una deuda ajena por medio de *fideiussio*, *fidepromissio*, *sponsio* o mandato de prestar dinero, no libera al deudor principal.

La lectura de la sentencia con el significado²² anotado con-

¹⁸ LEVY, v.R., p. 37 ss. Ver CJ. 8,37,10 (472).

¹⁹ Por efecto de esta concepción, la estipulación como tal pierde aplicación, lo cual explica que la palabra *stipulatio* y el verbo *stipulare* aparezcan sólo siete veces en CT., tres en las novelas prejustinianas y seis en las diversas interpretaciones (LEVY, v.R., p. 42). La preservación del verbo *stipulare* en esta Ps. puede deberse a que se refiere a una situación en que en el derecho clásico era necesaria la estipulación.

²⁰ En cambio rr. 3,17,1 habla sólo de *curator* respecto de *pupilli*, pero en esto sigue a su modelo.

²¹ Ver *supra ad Ps. 1,7, sub o.*

²² El mismo significado da la versión castellana de Digesto 4,4,48, pr, hecha por D'ORS y otros (Pamplona, 1968).

sidera que en el texto la expresión *in integrum restituendo* es un gerundio atributivo de *se*. Levy²³ piensa que *i.i.restituendo* es un gerundio que tiene como acusativo a *se*, por lo que la sentencia dice que el menor se restituye a sí mismo. Como éste sería un significado extraño, que no parece tener paralelo ni en textos clásicos ni postclásicos, me parece preferible el otro.

En la versión del Digesto, el significado de la sentencia es el mismo, sólo que en vez de mencionar los distintos tipos de garantía personal se refiere nada más a la *fideiussio* y al mandato.

o. De *Brev.*, clásico. Tanto el contenido de la *sententia* (*vid.* Papin. 10 *quaest.* D. 46,1,48,1) como los términos que emplea son clásicos. El *mandatum pecuniae credendi*, que en esta rs. está correctamente observado como una forma de garantía, desaparece en el derecho vulgar de Occidente²⁴.

De D. 4,4,48, pr, esencialmente clásico. La supresión de la mención a la *fidepromissio* y a la *sponsio* es obra típica de D, quien procura sistemáticamente eliminar toda referencia a otro tipo de garantía que no sea la *fideiussio*²⁵.

Similar a la actitud de Justiniano, que reúne diversas formas de garantía personal en una sola, es la actitud de los autores de la *IP.*, que usan un verbo, *fidedico*²⁶, para indicar el acto de prestar la garantía, y un solo término, *fideiussio*, para designar toda garantía personal (ver también *IP.* 1,9,6; y 1,20): *Si minor maiorem fidedicat, licet ipse teneri non possit, tamen quem fidedixit teneri potest.*

Au. De *Brev.*, A, como lo prueba su contenido, la mención de los diversos tipos de garantía²⁷ y el uso de la expresión *in integrum restituere*, en vez de *integri restitutio* propia de B. Para Levy²⁸, la sentencia procede del siglo V, por lo que sería de C; funda su opinión en que en este siglo la restitución se hace en una sola instancia, por lo que pudo decirse, cuando era evidente que un menor había engañado, que el menor se restituía a sí mismo al presentar la demanda respectiva; esta opinión, me parece, depende de una lectura incorrecta de la sentencia²⁹ y no es congruente con que la

²³ sz. 68 (1951) 389.

²⁴ LEVY, *VR.*, p. 198 y 199. Cfr. rs. 2,17,6 que muestra desconocimiento del *mandatum pecuniae credendi*, por lo que puede atribuirse a B.

²⁵ D'ORS, *DPR.*, § 48, n. 1.

²⁶ *Fidedico* aparece con el mismo sentido en *LRB.* 19,5 y en Justiniano *Novel.* 4,1.

²⁷ La *sponsio* se conserva como forma de garantía en *CT.* 8,18,1,3 (315); 1,32,4 (379); 3,15,1 (392), pero no el mandato de prestar.

²⁸ sz. 68 (1951) 389.

²⁹ Ver *supra sub s.*

sentencia se refiera al *mandatum pecuniae credendi*, desconocido en el derecho vulgar, ni con que use *in integrum restituere*.

De D. 4,4,48, pr, también A, excepto las supresiones de la *fidepromissio* y de la *sponsio*, y las variantes de *id, quod* en vez de *his, quae* que son de D.

1,9,5a (ex D. 4,4,48,1). *Minor ancillan vendidit: si eam emptor manumiserit, ob hoc in integrum restitui non poterit, sed adversus emptorem quanti sua interest actionem habebit.*

s. El menor que vendió una esclava no podrá obtener la restitución por entero si el comprador la hubiese manumitido, pero tendrá contra éste una acción en la medida de lo que le interesaba no haber perdido la esclava.

o. Postclásico. Por regla general el derecho clásico no admitía una *in integrum restitutio adversus libertatem*, aunque se reconocen casos en que puede ser posible. Así Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,4,11,1 reconoce que tal restitución es posible cuando se realiza una venta con el convenio de que el comprador manumita al esclavo si interviene, como vendedor o comprador, un menor de veinte años³⁰. En el mismo libro, Ulpiano D. 4,2,9,2 admite la restitución contra una manumisión hecha por coacción. Paulo 11 *ad ed.* D. 4,4,10 dice que puede decretarse por el príncipe en casos graves. Hay otros textos, en cambio, que niegan absolutamente la restitución contra una manumisión. Así, Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,3,7, pr (*adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*) y D. 4,4,9,6 (*adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est*). Esta diferencia se explica por una intervención de los compiladores justinianeos, quienes siguiendo el principio del *favor libertatis* cancelan cualquier posibilidad de restitución en contra de la libertad³¹. La sentencia, al no contemplar alguna excepción, demuestra origen compilatorio.

También se evidencia el origen postclásico de la sentencia, si se toma en cuenta que en derecho clásico se podría negar la restitución contra una compraventa que contuviera el pacto de que el comprador manumitiera el esclavo al cabo de cierto tiempo³²: si no hubiera este pacto, no tendría sentido negar la restitución. En cambio la sentencia no precisa que la manumisión haya sido con-

³⁰ Este límite de edad posiblemente esté relacionado con la *lex Aelia Sentia* (4 d.C.) que exige 20 años de edad en todo *manumissor*, ver D'ORS, DPR., § 213.

³¹ Ver RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, p. 183 ss.

³² Ver Ulp. 11 *ad ed.* D. 4,4,11,1.

sidera que en el texto la expresión *in integrum restituendo* es un gerundio atributivo de *se*. Levy²³ piensa que *i.i.restituendo* es un gerundio que tiene como acusativo a *se*, por lo que la sentencia dice que el menor se restituye a sí mismo. Como éste sería un significado extraño, que no parece tener paralelo ni en textos clásicos ni postclásicos, me parece preferible el otro.

En la versión del Digesto, el significado de la sentencia es el mismo, sólo que en vez de mencionar los distintos tipos de garantía personal se refiere nada más a la *fideiussio* y al mandato.

o. De *Brev.*, clásico. Tanto el contenido de la *sententia* (*vid.* Papin. 10 *quaest.* d. 46,1,48,1) como los términos que emplea son clásicos. El *mandatum pecuniae credendi*, que en esta rs. está correctamente observado como una forma de garantía, desaparece en el derecho vulgar de Occidente²⁴.

De d. 4,4,48, pr, esencialmente clásico. La supresión de la mención a la *fidepromissio* y a la *sponsio* es obra típica de D, quien procura sistemáticamente eliminar toda referencia a otro tipo de garantía que no sea la *fideiussio*²⁵.

Similar a la actitud de Justiniano, que reúne diversas formas de garantía personal en una sola, es la actitud de los autores de la *IP.*, que usan un verbo, *fidedico*²⁶, para indicar el acto de prestar la garantía, y un solo término, *fideiussio*, para designar toda garantía personal (ver también *IP.* 1,9,6; y 1,20): *Si minor maiorem fidedicat, licet ipse teneri non possit, tamen quem fidedixit teneri potest.*

Au. De *Brev.*, A, como lo prueba su contenido, la mención de los diversos tipos de garantía²⁷ y el uso de la expresión *in integrum restituere*, en vez de *integri restitutio* propia de B. Para Levy²⁸, la sentencia procede del siglo V, por lo que sería de C; funda su opinión en que en este siglo la restitución se hace en una sola instancia, por lo que pudo decirse, cuando era evidente que un menor había engañado, que el menor se restituía a sí mismo al presentar la demanda respectiva; esta opinión, me parece, depende de una lectura incorrecta de la sentencia²⁹ y no es congruente con que la

²³ sz. 68 (1951) 389.

²⁴ LEVY, *VR.*, p. 198 y 199. Cfr. *RS.* 2,17,6 que muestra desconocimiento del *mandatum pecuniae credendi*, por lo que puede atribuirse a B.

²⁵ D'ORS, *DPR.*, § 48, n. 1.

²⁶ *Fidedico* aparece con el mismo sentido en *LRB.* 19,5 y en Justiniano *Novel.* 4,1.

²⁷ La *sponsio* se conserva como forma de garantía en *CR.* 8,18,1,3 (315); 1,32,4 (379); 3.15,1 (392), pero no el mandato de prestar.

²⁸ sz. 68 (1951) 389.

²⁹ Ver *supra sub s.*

sentencia se refiera al *mandatum pecuniae credendi*, desconocido en el derecho vulgar, ni con que use *in integrum restituere*.

De d. 4,4,48, pr, también A, excepto las supresiones de la *fidepromissio* y de la *sponsio*, y las variantes de *id, quod* en vez de *his, quae* que son de D.

1,9,5a (ex D. 4,4,48,1). *Minor ancillan vendidit: si eam emptor manumiserit, ob hoc in integrum restitui non poterit, sed adversus emptorem quanti sua interest actionem habebit.*

s. El menor que vendió una esclava no podrá obtener la restitución por entero si el comprador la hubiese manumitido, pero tendrá contra éste una acción en la medida de lo que le interesaba no haber perdido la esclava.

o. Postclásico. Por regla general el derecho clásico no admitía una *in integrum restitutio adversus libertatem*, aunque se reconocen casos en que puede ser posible. Así Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,4,11,1 reconoce que tal restitución es posible cuando se realiza una venta con el convenio de que el comprador manumita al esclavo si interviene, como vendedor o comprador, un menor de veinte años³⁰. En el mismo libro, Ulpiano D. 4,2,9,2 admite la restitución contra una manumisión hecha por coacción. Paulo 11 *ad ed.* D. 4,4,10 dice que puede decretarse por el príncipe en casos graves. Hay otros textos, en cambio, que niegan absolutamente la restitución contra una manumisión. Así, Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,3,7, pr (*adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*) y D. 4,4,9,6 (*adversus libertatem quoque minori a praetore subveniri impossibile est*). Esta diferencia se explica por una intervención de los compiladores justinianos, quienes siguiendo el principio del *favor libertatis* cancelan cualquier posibilidad de restitución en contra de la libertad³¹. La sentencia, al no contemplar alguna excepción, demuestra origen compilatorio.

También se evidencia el origen postclásico de la sentencia, si se toma en cuenta que en derecho clásico se podría negar la restitución contra una compraventa que contuviera el pacto de que el comprador manumitiera el esclavo al cabo de cierto tiempo³²: si no hubiera este pacto, no tendría sentido negar la restitución. En cambio la sentencia no precisa que la manumisión haya sido con-

³⁰ Este límite de edad posiblemente esté relacionado con la *lex Aelia Sentia* (4 d.C.) que exige 20 años de edad en todo *manumissor*, ver D'ORS, DPR., § 213.

³¹ Ver RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, p. 183 ss.

³² Ver Ulp. 11 *ad ed.* D. 4,4,11,1.

venida en la compraventa, por lo que puede interpretarse que en cualquier caso que el comprador manumita el esclavo comprado, no se otorga la restitución al menor; lo cual sería, por un lado, conforme con el *favor libertatis*, pero por el otro implicaría un debilitamiento de la protección al menor.

En cuanto a la posibilidad de que el menor *manumissor* recupere el valor de la esclava, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4,4,11, pr, dice que el menor tiene una "*actio utilis*" o la *actio de dolo* para conseguirlo. No se ve cuál sea esa *actio utilis*; no puede ser una acción rescisoria porque no ha habido *i.i.r.*, por lo que parece justo considerarla como una interpolación³³, por la que se quiere significar un recurso cognitorio (ver Cj. 2,30,2 donde se dice que debe proveerse por quien tenga la jurisdicción —*ab eo cuius jurisdictio est*— para que el menor recupere el valor de lo perdido). La *actio de dolo* contra el liberto, en cambio, sí parece posible³⁴.

Au. Pudo haber una sentencia de *A* que se refiera al caso de manumisión, convenida en la compraventa y lo solucionara negando la restitución. Pero por el alcance que tiene la sentencia de negar la restitución contra cualquier venta de esclavos seguida de su manumisión, independientemente de que se haya convenido o no, se puede atribuir a *D*, en quien tiene especial peso el *favor libertatis*. Es característico de esta sentencia, lo cual también puede atribuirse a *D*, que donde da la solución usa los verbos en tiempo futuro, mientras que en todas las demás sentencias del título las soluciones se redactan en tiempo presente.

1,9,5b (*ex D.* 4,4,48,2) *Mulier minor viginti quinque annis si pactione dotis deterior condicio eius fiat et tale pactum inierit, quod numquam maioris aetatis constitutae paciscerentur, atque ideo revocare velit, audienda est.*

s. La mujer menor de veinticinco años que por un pacto de constitución de dote deteriora su situación económica, puede revocarlo, si tal pacto fuera de los que nunca haría una mayor de edad.

³³ Ver VALIÑO, *Actiones utiles*, p. 304.

³⁴ VALIÑO, *loc. cit.* considera que la *actio de dolo* es también una interpolación porque al final de D. 4,4,11, pr se dice que el *manumissor* no tiene acción contra el liberto por causa de los delitos que cometió éste cuando era su esclavo; pero hay que notar que el texto dice *ceterum ex delicto . . .*, lo cual puede entenderse en el sentido de que por los demás delitos no tiene acción, máxime que el mismo texto da, aparte la *actio de dolo*, la *actio furti* en favor del *manumissor* y contra el liberto. Juliano, citado por Ulpiano 11 *ad ed.* D. 4,3,7, pr, da también la acción de dolo contra el *manumissor*, si éste engañó al menor, y el comprador no conocía el engaño; si hubo dolo de parte del comprador, entonces se da contra él la *actio venditi*.

o. Postclásico. La dote se constituye en derecho clásico por la *dictio dotis* o por una promesa estipulatoria; el marido y quien da la dote suelen hacer, antes o después de la constitución de la misma, pactos (*pacta dotalia*). Estos pactos, según Paulo 35 *ad ed.* d. 23,4,12,1, pueden referirse al contenido del derecho sobre los bienes dotales o al régimen sobre la devolución de éstos. El efecto de estos pactos es el propio de todos los pactos en el derecho clásico: dar una excepción (cfr. ps. 2,22,2). Con el fin primordial de asegurar a la mujer la recuperación de la dote³⁵, se dictaron disposiciones legislativas que definieron ciertas características legales del régimen de la dote, sobre las cuales no era lícito pactar en detrimento de la mujer (*ne mulieris deterior condicio fiet*); así, no podía pactarse un plazo para la devolución de dote mayor que el establecido en las leyes. Como el pacto contrario a estas disposiciones no produce efecto alguno³⁶, no es necesario invocar la *i.i.r.* contra él.

La *in integrum restitutio*, en cambio, sí podía otorgarse respecto del acto de constitución de dote, cuando una mujer³⁷ engañada en dote todo su patrimonio (Ulp. 11 *ad ed.* d. 4,4,9,1), o respecto de un acto de disposición sobre bienes dotales realizado por su padre, en una dote profecticia, con el consentimiento de ella (Ulp. 11 *ad ed.* d. 4,4,3,5).

El contenido de la sentencia refleja derecho clásico, sólo en cuanto concede la *i.i.r.* respecto de un acto de constitución de dote, pero en general demuestra origen postclásico. El supuesto en que la sentencia concede la restitución, el que una mujer menor realizara un "pacto" de dote que nunca sería aprobado por una mujer mayor, es distinto del que prevé Ulpiano (*loc. cit.*), quien exige, con más rigor, que la mujer dé en dote todo su patrimonio, y que haya sido engañada. La sentencia ya pasa por alto el requisito, típico de la *i.i.r. minorum* clásica, de que haya engaño y, en cambio, exige que la mujer sea menor de 25 años. Haciendo esto último, demuestra que fue concebida cuando la *cura minorum* se ha extendido por completo a las mujeres.

³⁵ Ver BONFANTE, *Corso I*, p. 439. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium*, p. 65.

³⁶ Ver LEVY, ps. *ad* 1,1,4.

³⁷ Si bien la *in integrum restitutio minorum* era una institución destinada a la tutela del patrimonio de varones menores de 25 años, se pudo ir aplicando también a las mujeres en la medida que fue desapareciendo la *tutela mulierum*. Ver D'ORS, *DFR.*, § 296. Ulpiano en los textos arriba citados, no aclara que la mujer a que se concede la restitución sea menor de veinticinco años, sino sólo precisa que haya sido engañada (*circumscripta*). No hay referencias en *Ind. Int.* que indiquen como interpolación el otorgamiento de la *i.i.r.* en favor de la mujer.

La sentencia también demuestra origen postclásico en tanto que habla de una *pactio dotis* (no *dotalis*), como el acto por el que se constituye la dote, y no como el acuerdo que determina el contenido de un derecho dotal ya constituido o próximo a constituirse. Esto es derecho postclásico: al caer en desuso las formas promisorias, la dote se constituye (Ct. 3,7,3 y 3,13,4 ambos de 428) por un simple convenio o *pactum* (uno de los llamados *pacta legitima*)³⁸ que conste en un documento. La palabra *revocare* también indica derecho postclásico: de acuerdo a la terminología clásica, el magistrado podía *restituere* a la mujer que ha constituido engañada una dote notoriamente desventajosa; *revocare* se usaba para significar que una persona por su sola voluntad deshace un negocio jurídico, p.e. un *fideicomisum* (D. 34,4,19), *precarium* (D. 43,26,2,2) o *mandatum* (Gai. 3,59). De las donaciones sólo eran revocables, por causa de ingratitud, las hechas a libertos. El presentar la dote como un acto que puede revocarse con autorización del juez parece una actitud justiniana. En efecto, Justiniano extendió la revocación por ingratitud a todo tipo de donación, y esto puede explicar que en esta ps. se hable de revocar una dote, en un caso en el que el comportamiento de marido podía parecer inmoral.

Au. Un texto de A habría dicho que los pactos dotales que empeoran la situación de la mujer son nulos³⁹, pero que es posible la *i.i.r.* respecto de la constitución de dote. En su versión actual, la sentencia parece obra de D. En efecto, en época de Justiniano, la dote se constituye mediante una *pactio*⁴⁰, la tutela de las mujeres ya no existe, por lo que las menores están sujetas a la *cura minorum*, y se puede hablar de revocación de dote.

1,9,6 *Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur.*

s. Quien se obliga para garantizar la deuda de un menor, sabiendo que lo es y previendo las consecuencias de su acto, queda obligado, aunque se auxilie al menor con la restitución total.

o. Clásico. En rescripto de Severo y Antonino del año 194 (Cj. 2,23[24],1) se resuelve que el fiador queda obligado a pagar, no obstante que el menor haya obtenido la restitución total, y que el fiador puede exigir al menor lo que hubiese pagado por él, a no ser que el menor haya obtenido la restitución por entero también res-

³⁸ KASER, RPR., p. 363.

³⁹ Cfr. ps. 1,1,4, de A.

⁴⁰ Sin embargo, el hablar de *pactio dotis* como un acto de constitución de dote pudo ser hecho por B, siguiendo Ct. 3,7,3 y 3,13,4.

pecto del fiador. Por esto, Ulpiano (11 *ad ed.* D. 4,4,13 pr) aconseja que el menor pida la restitución total contra el acreedor y contra el fiador. Si un menor alcanza la restitución total respecto del acreedor y también respecto del fiador, el pretor tiene que escoger entre favorecer al acreedor y darle acción contra el fiador, o auxiliar a éste y darle una excepción contra el acreedor. La solución de esta alternativa la deja Ulpiano a cada caso particular, aunque señala que para que el fiador quede obligado con el acreedor, no obstante que la obligación principal sea rescindida, es menester que el acreedor haya conocido que su deudor era menor y que por este motivo haya buscado un fiador; esto de ordinario implica que el fiador conoce que se obliga por un menor de cuya solvencia se duda, o sea que se obliga, como dice esta *rs*, *sciens prudensque*. Un rescripto de Diocleciano (CJ. 2,23[24],2[287] señala que es de derecho reconocido (*manifesti iuris*) que cuando hay dolo por parte del acreedor el fiador queda *protegido*⁴¹.

Au. A, quien ofrece una regla general sin tener en cuenta los casos en que el fiador tiene acción de regreso contra el menor (CJ. 2,23[24],1) o tiene una excepción contra el acreedor (CJ. *ead. tit.* 2).

La frase *id consulto consilio fecit* parece un glosema para explicar las palabras *sciens prudensque*, introducido al texto por B. La frase que, en rigor, no aporta nada nuevo, fue entendida en *IP* de modo diverso: *Qui sciens minorem hoc argumento pro eo fideiussionem suam in posterum liberaret, minor quidem aetatis beneficio liberatur; sed ad solvendum debitum fideiussor, qui hoc argumento usus est, retinetur*. Aquí se dice que el fiador queda obligado si contrae la obligación con el propósito (*argumentum*) de liberarse de ella cuando el menor fuere liberado, por su edad, de la obligación principal: el intérprete considera que el fiador que tiene tal propósito actúa dolosamente, por lo que no puede ser liberado aunque el deudor lo sea.

1,9,7 *Minor adversus emptorem in integrum restitutus pretio restituto fundum recipere potest: fructus enim in compensationem usurarum penes emptorem remanere placuit.*

s. El menor que ha obtenido la restitución por entero de una venta recupera del comprador el fundo vendido, si devuelve la cantidad que recibió como precio; pero el comprador puede retener los frutos que hubiere percibido, en compensación de los intereses que pudo producir el dinero que pagó como precio.

⁴¹ Ver FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* I, pp. 83-84.

o. Es doctrina clásica que el *minor restitutus* devuelva el precio que recibió para recuperar el fundo vendido; así Paulo 11 *ad ed.* D. 4,4,24,4; Juliano 45 *dig.* D. 4,4,41⁴².

Es postclásica la idea de que el *minor restitutus* debe intereses por la cantidad que recibió como precio.

En el procedimiento formulario, la restitución del fundo se alcanzaría mediante una acción vindicatoria útil, por la cual el demandado quedaba obligado a devolver también los frutos que hubiera percibido a partir de la *litis contestatio*, si era poseedor de buena fe, o los percibidos en cualquier tiempo, si era poseedor de mala fe. Pero en ningún caso se obligaba el *minor restitutus* a pagar intereses, pues éstos no se entendían como frutos del dinero. Es posible que en el procedimiento cognitorio, en el cual el juez tiene la facultad de condenar al pago de intereses, se originara esta idea de que el menor que exige el fundo y sus frutos debe devolver precio e intereses, máxime en aquellas provincias donde éstos se consideran como frutos del dinero⁴³. De aquí pudo resultar que, por economía procesal, se considerara que el demandado no pague frutos y el menor no pague intereses.

La "compensación" de frutos con intereses es también postclásica. En el procedimiento formulario, la compensación se da exclusivamente en las acciones de buena fe, en el *agere cum compensatione* de los banqueros y *ope exceptionis* en la acción ejecutiva⁴⁴. En el proceso cognitorio se amplía el uso y el concepto de la compensación, pues se admite en todo juicio y por deudas nacidas de cualquier causa que tengan objeto homogéneo, o como dice Ps. 2,5,3 (posiblemente de A) *compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur*. Este concepto amplio de *compensatio* fue usado descuidadamente por la doctrina vulgar y así la palabra *compensare* llegó a significar, en fuentes del siglo IV y V, reembolsar,

⁴² La devolución del precio la hace el menor ante el juez que tramita la acción rescisoria y que cuida también que el fundo sea devuelto. Últimamente KUPISCH, *In integrum restitutio*, p. 108 y ss., ha dicho que la devolución del precio la puede exigir el comprador por una acción *in factum* independiente, después de que el juez, y no el pretor, ha ordenado la resolución. Pero véase la certera crítica que le hace D'ORS, *AHDE.* 49 (1979) 216 y ss.

⁴³ Hay varios textos referidos a provincias que dicen que el menor debe intereses por la cantidad recibida como precio. Así Gayo *ad ed. prov.* 4,4,27,1; un rescripto de Alejandro Severo dirigido a provinciales CJ. 8,29,1 (222), y Ulpiano *opin.* 5 (en realidad un trabajo postclásico atribuido a este jurista) D. 4,4,40,1. El que esta sentencia considere tal obligación del menor es prueba de que no es ésta una idea de origen justiniano.

⁴⁴ D'ORS *DPR.*, §§ 113, 384, 453.

saldar cuentas, indemnizar: *cr.* 1,32,2; 3,8,2; 7,6,2; 7,13,6; 8,5,58⁴⁵. Justiniano⁴⁶, atendiendo a un concepto general de *compensatio ex dispari causa*, introdujo la doctrina de compensación de frutos con gastos (*d.* 6,1,48) y de frutos con intereses (*d.* 4,4,40,1; 6,1,65); pero en estos casos la compensación requiere, como lo indican los textos citados, que se haga una estimación pecuniaria de los frutos. La *compensatio* de intereses con frutos de que habla la *ps.* no supone una valoración pecuniaria de los frutos que sirva para determinar en qué medida se compensan con los intereses, puesto que la *compensatio* se presenta como una causa que justifica que el poseedor conserve los frutos percibidos. La palabra *compensatio* está usada en la *ps.* no en su sentido técnico (clásico, cognitorio o justiniano), sino en sentido vulgar.

En la *interpretatio* el interés se centra ya no, como en la sentencia, en la restitución del fundo, sino en la posibilidad del comprador de conservar los frutos⁴⁷: *Si minor praedium, quod venderat, per integri restitutionem reddito emptori pretio receperit, fructus ab emptore perceptos recipere non potest; sed eos, quanti fuerint, in compensationem usurarum iussum est imputari.* Llama también la atención que el intérprete entiende la expresión *placuit* de la sentencia, como *iussum est*⁴⁸, es decir, como si fuera una autorización oficial, con lo cual da base a conjeturar que la compensación de frutos e intereses de que habla la sentencia tiene una base legal.

Au. De minor a potest, A. La frase que expresa la compensación de frutos con intereses pudo ser un añadido de *B*, hecho en atención a una disposición imperial para nosotros desconocida, pero cuya existencia puede conjeturarse en atención a las expresiones *placuit* de *rs.* y *iussum est* de la *Interpretatio*⁴⁹. Esta doctrina de *B*, presente

⁴⁵ LEVY, *VR.*, p. 147.

⁴⁶ SOLAZZI, *La compensazione nel Diritto Romano*, p. 196.

⁴⁷ Hay otras interpretaciones que igualmente muestran un interés distinto que el predominante en la *ps.* respectiva, ver SCHELLENBERG, *Die Interpretationen zu den Paulussentenzen*, p. 48, n. 349.

⁴⁸ Algunas interpretaciones fundan sus decisiones en la *ps.* respectiva, entendida como principio autoritario, a la cual aluden con expresiones como *constitutum est, iussum est, praeceptum est* o *statutum est*; pero otras, como la arriba citada, parecen aludir, con similares expresiones, a un texto legislativo insinuado en la sentencia, como *IP.* 1,15,1. Ver SCHELLENBERG, *op. cit.*, p. 41, n.º 268.

⁴⁹ Alejandro Severo *cj.* 8,29,1 [222]) dispuso que el menor que ha obtenido la restitución de la venta de un fundo pignorado, hecha por un comprador de mala fe, puede recuperar el fundo con sus frutos si él ofrece pagar precio e intereses (ver *supra* n.º 43). El rescripto, interpretado a *con-*

en IP, puede ser la que está presente en textos del Digesto como D. 4,4,27,1; 4,4,40,1; 6,1,65 y otros que se consideran interpolados por Justiniano.

1,9,8 *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita ut oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.*

s. El menor heredero de su padre puede alcanzar la restitución por entero de las ventas de cosas que pignoró o fidució su padre, si se hacen de modo inconveniente.

o. Postclásico. En derecho clásico el menor puede obtener la *i.i.r.* respecto de un negocio de prenda celebrado por él, y consecuentemente recuperar la cosa pignorada del comprador con una *vindicatio utilis*⁵⁰. El menor heredero de su padre, en cambio, no puede rescindir la venta de prendas otorgadas por su padre, ya que el acreedor obtuvo el *ius vendendi* no del menor sino de su padre. Este principio se expresa en CJ. 2,28,2 (294); 4,51,4 (294) y Paulo 1 *decret.* D. 4,4,38 (ver también ps. 2,17,15).

Los emperadores, quizá movidos por el *favor debitoris*, conceden a los deudores mayores rescindir la venta de cosas pignoradas, cuando se han hecho con acuerdo fraudulento entre acreedor y comprador⁵¹; Alejandro Severo resuelve que en tal caso el deudor puede exigir del acreedor el valor que la cosa pignorada representa para él, y sólo si el acreedor resulta insolvente, puede el deudor recuperar la cosa pignorada del comprador, devolviéndole el precio, o sea puede rescindir la venta: CJ. 8,29,1 (222); 3 (223); luego Gordiano decide que el deudor se dirija inmediatamente contra el com-

trario por alguien que no tiene en cuenta la referencia de la decisión al caso concreto, pudo dar lugar a la afirmación general de que el comprador se quede con los frutos y el menor no pague intereses. Cfr. el rescripto del mismo emperador (CJ. *eod.* t. 3) que no habla de devolución de frutos ni de pago de intereses cuando el comprador no tuvo mala fe. Una equiparación entre un bien y sus frutos con su valor e intereses se da en otra disposición de Alejandro Severo (CJ. 6,35,1, sobre la cual ver *infra ad* ps. 1,13 B, 2 *sub* o.) que permite que el heredero demande a los poseedores de mala fe de bienes hereditarios, o los bienes mismos y sus frutos, o los precios que de ellos obtuvieron al venderlos más los intereses. También se equiparan frutos con intereses en una decisión del emperador en un proceso cognitorio, referido por Paulo 1 *decret.* (libro que según SCHULZ, *History of Roman Law*, p. 154 es una abreviación postclásica de un trabajo más amplio), según la cual no se puede condenar al comprador a pagar intereses si él, por no entregársele la posesión de la cosa comprada, no pudo percibir frutos.

⁵⁰ Así CJ. 5,71,1 (212); Marc. 1 *ad form. hyp.* D. 20,5,7,1 y Ulp. 11 *ad. ed.* D. 4,4,9, pr.

⁵¹ El *magnum detrimentum* o *grande damnum* que exigen CJ. 2,28,1 y D. 4,4,9, pr es interpolado, ver ALBERTARIO, SDHL. I (1935), pp. 425 y ss.

prador de mala fe: CJ. 8,29,4 (240). En estos casos lo que fundamenta el derecho de resolver la venta no es la previa rescisión del negocio de prenda, sino el hecho de la venta fraudulenta.

Pronto se extendió a los menores la posibilidad de rescindir la venta fraudulenta de cosas pignoradas, independientemente de la previa impugnación por *i.i.r.* del negocio de prenda: CJ. 5,71,2 (239); 2,28,1 (290) y 2,36,3,1 (294). Entonces fue posible entender, como esta ps., que el menor puede pedir la *i.i.r.* contra la venta de prendas concedidas por su padre⁵².

La ps. dice que la restitución se hace cuando las prendas se venden *non ita ut oportuit*, lo cual es una expresión poco precisa que puede significar que se venden por un precio evidentemente inferior a su valor, o que se venden sin observar las formalidades requeridas (*non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consuererunt*, CJ. 8,29,4); en ambos casos se supone una intención fraudulenta para lucrar comprando a bajo precio. IP. entiende la sentencia en este último sentido: *Minor annis ea, quae pater eius oppigneraverat vel fiduciae causa posuerat, si vilioris pretio, quam oportebat, a creditore distracta convicerit, potest soluto debito ad recipiendam rem suam integri restitutionis auxilium promereri*.

Au. A, que pudo seguir un rescripto de Diocleciano por el que se concede al menor la "*i.i.r.*" por venta fraudulenta de prendas, como CJ. 2,28,1. Paulo parece haber seguido la doctrina clásica y, consecuentemente, haber negado al menor la *i.i.r.* contra venta de prendas constituidas por su padre. Ver Paulo 1 *decret.* D. 4,4,38, donde el jurista crítica la decisión del emperador.

La aproximación entre *fiducia* y *pignus* también se da en ps. 2,4 (rubr.); 2,17,15; 2,13,4; 5,1,1. IP.⁵³ 2,12,5 a 8; 2,13,1; 3,9,53 sustituye *fiducia* con *pignus* (con *depositum* en IP. 2,12,4), aunque a veces conserva *fiducia*: IP. 2,13,7; 1,9,8.

TIT. 1,9a

T. Este título debía corresponder al § 44 de Lenel: *ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituntur*. Que en la versión

⁵² Por eso no es acertada la conjetura de HUSHKE (citado por VOLTERRA, PSDI. VIII (1935), p. 114), por la que refiere el texto de la ps. a la *i.i.r.* de prendas constituidas por el mismo menor; ni la de GIRARD (*Textes*, p. 386, n° 4) que hace decir al texto que el menor no tiene la *i.i.r.* por venta de cosas pignoradas por su padre.

⁵³ Igualmente CE. 299 y ET. 95. Ver LEVY, VR., p. 183.

de A debió de existir este título, se desprende de ps 1,7,2 que señala la *absentia*, como causa para pedir la *i.i.r.* y de que en tiempo de Diocleciano (CJ. 2,53,5; 8,50,18) todavía se presentaban casos de restitución por ausencia.

Au. El título de A debió de ser suprimido por v. Ciertamente que en tiempo de B la ausencia ya no es causa para la *i.i.r.*⁵⁴, como lo muestra la ausencia de un título relativo en CT, pero no es usual en B hacer mutilaciones⁵⁵.

1,9a (ex D. 4,6,39). *Is, qui rei publicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.*

s. El ausente por causa de utilidad pública, si ha dejado un representante que lo pueda defender en juicio, no obtendrá la restitución por entero respecto del juicio en que intervino su representante.

o. Clásico. La *i.i.r. propter absentiam* está concebida para evitar un perjuicio al ausente *rei publicae causa*, pero si deja un representante, la protección no tiene razón de ser. Si por las deficientes gestiones de su representante el ausente sufre un perjuicio, puede exigir la reparación al representante por las acciones que se deriven de la relación que haya entre ellos (mandato, sociedad, gestión de negocios).

El emperador Antonino (CJ. 2,12,10[227] se refiere a la posibilidad de dar al ausente una *i.i.r.* contra una sentencia dictada en su contra; resuelve que si fue defendido por un *procurator* que tenía facultades para ello, la sentencia no puede rescindirse por la *i.i.r.*, pero que si fue defendido por un *procurator* que no tenía facultades para hacer la defensa, la sentencia sí puede rescindirse. En el proceso cognitorio, al agraviado por una sentencia tenía la posibilidad, además de la eventual *i.i.r.*, de pedir la apelación en el plazo de dos o tres días, contado a partir de que conoció la sentencia (Ulp. 1 de *apell.* D. 49,1,15). A la vista de esta posibilidad, la situación del ausente que dejó un *procurator* para defenderse también tendría que analizarse teniendo en cuenta si podía o no apelar de la sentencia. Ulpiano (*loc. cit.*) dice que es difícil auxiliar al ausente cuyo procurador no interpuso la apelación en el plazo fijado, afirmación que no excluye la posibilidad de tal ayuda, la

⁵⁴ LEVY, sz. 68 (1951) p. 414 ss.

⁵⁵ Cfr. *supra* ad ps. 1,8 sub Au, donde se conjetura una reducción de materia hecha por B, que, sin embargo, no suprime el título.

cual consistiría en una *i.i.r.* del *ius appellandi*⁵⁶, que tuviera como no transcurrido el plazo para apelar. Macro 2 *apell.* d. 4,1,8 afirma, sin mencionar requisitos, que se concede a los ausentes que fueron defendidos por un *procurator* la *i.i.r.* para que puedan apelar⁵⁷.

La *ps.* está conforme con la doctrina clásica que niega la *in integrum restitutio* al ausente que dejó *procurator*. Esto no está en contradicción con la doctrina citada de Macro, pues la *ps.* se refiere a la restitución de la sentencia, y Macro a la del *ius appellandi*.

Au. A., que no tiene en cuenta la restitución del *ius appellandi*, porque posiblemente su modelo, al igual que Ulpiano (*loc. cit.*), lo concedía sólo en casos excepcionales, o se refería al procedimiento ordinario⁵⁸.

⁵⁶ Ver RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, p. 142 y ss.

⁵⁷ Restituyen el plazo para la apelación a un menor: Ulp. 11 *ad ed.* d. 4,4,7,10. Severo y Antonino *cj.* 2,43,1 (204).

⁵⁸ En este último sentido entiende la sentencia LEVY, *sz.* 68 (1951), p. 370, n° 49.