

Escuelas de juristas y argumentación dialéctica

MARGARITA FUENTESCA
Universidade de Vigo

1. Es sabido que con frecuencia en las fuentes romanas aparecen referencias a las discusiones o controversias que se suscitaban entre las dos escuelas más relevantes de juristas, la de los casianos (denominación históricamente anterior a la de sabinianos, como ha demostrado Paricio)¹ y la de los proculianos. Se ha intentado encontrar el motivo por el que aparecen muchas veces enfrentados, como tal grupo o escuela, los unos frente a los otros, aduciendo ya sea el carácter conservador de los unos, frente al más progresista de los otros,² o argumentos de tipo académico o político. Hasta hoy en día continúa encendido este debate,³ que ha ocupado tanto a romanistas como a filósofos del

1. PARICIO, J., *Casianos (y más)*, SCDR 33, 2020, 103 ss.

2. NÖRR, D., *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?* BIDR 84, 1981, analiza la posibilidad de atribuir a las escuelas de juristas la calificación de tradicionales o progresistas. Pone de manifiesto la aparente contradicción entre los dos siguientes pasajes: en D. 1.2.2.47 aparece el jurista Capitón como defensor de la tradición, frente a Labeón, que aparece como innovador, mientras que en Gell. 13.12, este último sería el que defiende las *antiquitates*, mientras que Capitón aparece como partidario de la innovación. Nörr (p. 19) llega a la conclusión de que es absurdo aplicar las concepciones modernas de conservadurismo y tradicionalismo al menos (y no solo) a la antigüedad. En p. 31 afirma que los conceptos de *Traditionalismus* y *Konservativismus* son un producto del s. XIX, y que cuando hablamos de una posición tradicional de los juristas romanos, o negamos su conciencia de progreso, estamos aplicando valores y, conjuntamente, los prejuicios del tardío s. XIX y de la primera mitad del XX.

3. El último y relevante intento de establecer coherencia entre las controversias entre las escuelas de juristas es la tesis doctoral de ARIZA TIRADOS, E., *La comunicación entre las escuelas jurisprudenciales romanas*, UCM (2019). Anteriores son las opiniones de LIEBS, D., *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II, 15, 1976, que en p. 275 se pregunta: “ob dem Schulgegensatz zwischen Sabinianern und Prokulianern eine unterschiedliche juristische Denkweise zugrundeliegt”. FALCHI, G.L., *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, Giuffrè, 1981. KASER, M., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode: ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, en *Forschungen zum Römischen Recht*, Band 36, Böhlau, Wien, Köln, Graz, 1986; MÖLLER, C., *Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption*, Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, 455-468.

Derecho, en el que se ha llegado a defender las conclusiones más contrapuestas: para unos, constituye casi un enigma para la historia jurídica,⁴ o, como dice Stein,⁵ un problema perenne de la historia del Derecho romano, pero, en cambio, para otros, como Krüger,⁶ la decisión en torno a esta cuestión es ociosa.

Aquí se van a analizar detenidamente cada uno de los pasajes de las fuentes donde se hace expresa referencia a una contraposición de opiniones entre estas escuelas de juristas. El resultado, ya lo podemos adelantar, es que la discusión entre las escuelas fue un método de argumentación que se utilizó en Roma por los juristas para explicar una concreta cuestión jurídica por medio de la contraposición dialéctica de dos teorías. Consistía en tomar como base una afirmación (tesis) y exponer los argumentos que a esta se contraponían (antítesis), para llegar a formular una nueva proposición, que representa la superación de la contradicción, con la conciliación de ambas posiciones (síntesis), ya que estas solo en apariencia eran contradictorias, esto es, se contraponían solo para ordenar la argumentación.

En las Instituciones de Gayo es donde se encuentran la mayor parte de las alusiones a las controversias entre las escuelas de juristas. Gayo las describe como un enfrentamiento entre los maestros de su propia escuela (*nostrae praeceptores*), con Sabino y Casio en cabeza, y los autores de la escuela contraria (*diversae scholae auctores*), liderados por Próculo, junto al que en la mayoría de los casos aparece también Nerva. Vamos a ver que todos estos supuestos obedecen al mismo esquema de argumentación dialéctica, con la que se lograba exponer, con personificación en las escuelas de juristas, los argumentos y contrargumentos sobre los que se fundamentaba la resolución de una cuestión jurídica controvertida.⁷

4. ITURMENDI MORALES, J., *Acerca de Rudolph von Jhering (1818-1892) y el sistema de los juristas romanos*, Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura, nº 11, 1993, 461.

5. STEIN, P., *The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*, CLJ 31, April 1972, 8.

6. KRÜGER, P., *Historia, fuentes y literatura del Derecho romano*, trad. ed. por La España Moderna, Madrid, 138. Para Krüger no se podrá decir con certidumbre si hay entre las escuelas diferencias radicales y de fondo, o si solo difieren en un cierto número de cuestiones, sin enlace entre sí y a propósito de las cuales se habían formado tradiciones opuestas en cada escuela, o, en fin, si todo ello se reduce a la existencia de dos escuelas de Derecho dirigidas en Roma por los sucesores de Labeón y Capitón.

7. CANNATA, C.A., *Lo splendido autunno delle scuole*, Mélanges en l'honneur du professeur Bruno Schmidlin, Basilea, 1998, 434 y 440 ya indicó que las discusiones entre las escuelas se refieren en las fuentes romanas a problemas exclusivamente relacionados con el derecho

Se trata de un método de argumentación ya existente en la filosofía griega y adoptado por los juristas republicanos, pero su mayor presencia como método de argumentación jurídica ya muy consolidado tiene lugar en el momento en que los juristas romanos alcanzaron, en el análisis y estudio científico del Derecho, la más alta cima. Teniendo en cuenta la abstracción y la frecuencia con la que Gayo utiliza este método para la explicación de las controversias que podían surgir en torno a ciertas instituciones jurídicas a mediados del s. II d.C., se puede deducir que su obra, las Instituciones, representan el momento álgido de la jurisprudencia romana. Esta, paradójicamente, en ese momento, iniciaba el camino hacia su desaparición, por agotamiento de su función, que, desde sus orígenes en la etapa republicana, consistía en explicar y contribuir a la construcción de las bases del *ius civile*, como derecho del ciudadano que vive en la *civitas*.

2. Un primer grupo se puede formar con aquellos pasajes en que Gayo expone las contrapuestas opiniones de las escuelas de juristas, sin indicar expresamente cual sería la respuesta a la controversia, pero esta se puede deducir de la propia argumentación expuesta por él bajo la forma de un enfrentamiento dialéctico de opiniones.

2.1. En Gayo 1.196 y 1.197⁸ se trata de determinar el momento en que los varones llegan a la pubertad, porque es el momento en que dejan de estar so-

sustantivo. Afirma que el lenguaje de Gayo, cuando se refiere a las escuelas de juristas, hace pensar en la existencia de *dissensiones* escolásticas en el ámbito de la ciencia jurídica. Otro indicio muy significativo, que nos ha servido de guía para este estudio, puesto de manifiesto por Cannata, es que Gayo, cuando cita a las escuelas, solo menciona a Sabino y Casio por un lado, y Nerva y Próculo por otro. Nos hemos planteado si podría, por tanto, haber una intención metodológica detrás. Serían los casos en los que se produce la llamada “cita en binomio” como dice ARIZA TIRADOS, E., *La comunicación entre las escuelas jurisprudenciales romanas*, cit., 220.

8. Gayo 1. 196 y 1. 197: *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui* [espacio en el texto >4.197:] *ad eam aetatem pervenerit, in qua res suas tueri possit, sicuti apud peregrinas gentes custodiri superius indicavimus.* El manuscrito de Gayo contiene un espacio sin escritura (que hemos encuadrado entre corchetes), de lo cual se ha deducido que necesariamente existirían allí unas líneas ilegibles y que existiría una separación entre dos pasajes. Sin embargo, aquí proponemos realizar la lectura del pasaje como si fuese uno solo, excluyendo la integración de la presunta laguna que se ha hecho en las ediciones de

metidos a tutela. Los maestros de Gayo (*Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores...putant*) opinan que es púber el que lo demuestra por su desarrollo físico, esto es, el que tiene capacidad de engendrar, aunque, respecto a los que no pueden ser púberes, como los eunucos, se debe atender a la edad normal de la pubertad. En cambio, afirma Gayo, los autores de la escuela contraria opinan que la pubertad se aprecia teniendo en cuenta los años, esto es, estiman que es púber el que ha llegado a una edad en la que puede administrar sus bienes, del mismo modo que se observa en las naciones extranjeras.

Se trata, pues, de determinar cuándo un varón debe salir de la tutela porque ha alcanzado la madurez suficiente, y la cuestión es expuesta por Gayo bajo la forma de dos teorías antagónicas, defendidas por las diferentes escuelas de juristas: para unos, cuando tiene capacidad para engendrar, lo cual se determinaría con una inspección física (tesis), y para otros, cuando llega a una edad, en la que tiene capacidad para administrar sus bienes (antítesis). Conforme a este planteamiento, cada una de las soluciones contrapuestas podrían considerarse válidas.

Gayo solo expone las dos proposiciones contrapuestas, dejando la respuesta abierta, porque, se entiende, que esta se deduce lógicamente de aquellas. Y, en efecto, la solución sintética a esta controversia se encuentra en el *Liber Singularis Regularum* (o *Epit. Ulp.*) 11. 28:⁹ “se liberan de la tutela los varones con la pubertad, y dicen los casianos que es púber el que lo es por su desarrollo físico, esto es, el que puede engendrar, mientras que los proculianos consideran que lo es el que cumplió los catorce años. Pero es más cierta la opinión de Prisco, para quien es púber aquel en que concurren ambas circunstancias, tanto el desarrollo corporal como el número de años”.

fuentes como la de A. D'ORS, *Gaius Institutiones*, CSIC, 1948, 46-47 y en FIRA², *Gai Institutionum*, 47. No todo hueco que aparece en el manuscrito de Gayo tiene que ser obligatoriamente completado; aquí basta con leer todo seguido lo que realmente aparece en el texto, sin invenciones ni añadidos.

9. Es necesario aquí hacer referencia especialmente a la denominación de esta obra. Creemos muy acertada la conclusión a la que llega AVENARIUS, M., *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Göttingen 2005, para quien no se trataría de una obra de Ulpiano, y su título sería el de *Liber singularis regularum*. Aquí, para mayor precisión, utilizamos la cita obtenida de FIRA, y, por este motivo añadimos la denominación tradicional *Epit. Ulp.* (o también Tit. Ulp.). Vid. FIRA², 276, *Epit. Ulp.* 11, 28, *Liberantur tutela masculi quidem pubertate; puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat, et habitus corporis, et numerus annorum. Feminae autem tutela liberantur...*

Esta solución, atribuida a Prisco, constituye, pues, la síntesis de las teorías enfrentadas, ya que, sin oponerse a ninguna de ellas (tesis y antítesis), se llega a la conciliación de los aspectos aparentemente contradictorios. Lo que Gayo nos presenta como una controversia entre escuelas de juristas es una personificación de la argumentación dialéctica, cuya solución sintética ni siquiera se molesta en enunciar, seguramente porque entendía que se podía deducir directamente de la propia argumentación expuesta.

Finalmente, también en las Instituciones de Justiniano I. 1.22pr¹⁰ se hace alusión a la misma cuestión, al tratar de los modos de extinción de la tutela, pero sin aludir a la controversia entre las escuelas de juristas. Justiniano sostiene que es antigua la opinión de los que afirman que la pubertad de los varones se debía determinar no solo por los años, sino también por el desarrollo del cuerpo. Y atribuye el emperador a su mayestática persona (*nostra maiestas*) la decisión de haber suprimido la inspección corporal para los varones, lo que ya para las mujeres a los antiguos les había parecido impúdico, por ser más adecuado a la castidad imperante en su tiempo. Así hace Justiniano suyo el establecimiento, por medio de una santa constitución, del comienzo de la pubertad para los varones con el cumplimiento del decimocuarto año, igual que ya se había establecido antiguamente, respecto de las mujeres, que eran núbiles una vez cumplidos los doce años.

Se mantuvo, pues, en la etapa justiniana, la solución sintética entre las teorías de las dos escuelas, ya admitida siglos antes, conforme a la cual a los catorce años el varón ya tenía la madurez corporal y mental suficiente para dejar de estar sujeto a tutela, atribuyéndose Justiniano su establecimiento mediante una constitución.

2.2. Otro caso de discusión entre escuelas de juristas lo describe Gayo 2.15.¹¹ Los animales que son mancipables (como los bueyes, caballos, mulos o asnos, Gayo 1.120), tan pronto como nacen, se consideran *mancipi*. Pero

10. I. 1.22.pr: *Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum ilico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.*

11. Vid. parte final del pasaje en FIRA², 50, Gai *Institutionum* 2. 15, *Sed quod diximus (...) mancipi esse (...) ...statim ut nata sunt, mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri*

Nerva y Próculo y los demás autores de la escuela contraria creen que estos animales no son *mancipi* si no están domados, y que si por su gran ferocidad son indomables, empiezan a ser *mancipi* desde que llegan a la edad en la que suelen domarse.

Nos encontramos aquí también con dos afirmaciones antitéticas en respuesta a la pregunta de en qué momento un animal se podía considerar *res Mancipi*. Y, aunque Gayo no se pronuncia, la respuesta se deriva directamente del enfrentamiento dialéctico que nos describe. La solución sintética entre ambas proposiciones es que los animales que son *mancipi* lo son desde que nacen (tesis), salvo que, por su gran ferocidad no puedan ser domados, y haya que esperar a la edad en que sean domables (antítesis). Se concilian así las dos posiciones contrapuestas, con una afirmación sintética, que las armoniza coherentemente.

Podemos encontrar esta misma solución sintética en la etimología de S. Isidoro, 9.4.45: *mancipium est quidquid manu subdique potest, ut homo, equus, ovis. Haec enim animalia statim ut nata sunt, Mancipium esse putantur. Nam et ea, qui in bestiarum numero sunt, tunc videntur Mancipium esse, quando capi sive domari coeperint.*

2.3. Otra controversia entre las escuelas de juristas se suscita en relación con la extinción de las obligaciones, cuando se paga una cosa por otra, según Gayo 3.168.¹² Los maestros de la escuela de Gayo opinan que si se paga una cosa por otra (*aliud pro alio*), consintiendo el acreedor, la obligación se extingue *ipso iure* (tesis), mientras que los autores de la escuela contraria opinan que el deudor debe defenderse contra la reclamación del acreedor mediante la *exceptio doli mali* (antítesis).

Es posible encontrar el motivo por el cual las dos escuelas dan una solución contrapuesta. A pesar del expreso consentimiento del acreedor, la entrega de una cosa en vez de otra, que era la inicialmente prevista, podría no servir para la extinción de la obligación, si era de menor valor que la cuantía de

diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, qua domari solent. Gayo se refiere a algo que ya dijo antes, y la referencia previa a los animales que son *mancipi* está en 1.120 (bueyes, caballos, mulos o asnos).

12. FIRA², 136, *Gai Institutionum* 3. 168, *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placet, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem per exceptionem doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est.*

la obligación. En este caso, el acreedor todavía tendría una acción contra el deudor, que este podía paralizar con la *exceptio doli mali*, pero solo cuando la cosa entregada era equivalente en valor a la deuda que se pretendía extinguir. En otras palabras, el deudor podía oponer la mencionada *exceptio* cuando, habiendo entregado una cosa de valor equivalente al de la deuda, el acreedor todavía, sin embargo, iniciaba una acción contra él.

Tampoco en este caso encontramos en las Instituciones de Gayo la respuesta a la controversia, seguramente porque da por supuesto que esta se deriva lógicamente del planteamiento dialéctico que nos describe. La solución sintética entre ambas afirmaciones se encuentra en el Epit. Gai 2.10:¹³ “se extingue la obligación si alguien, en vez del dinero (*pro pecunia*), que era lo previsto para el acreedor, y con la aquiescencia de este, entrega oro, plata, esclavos o cualesquiera otra especie, hecha la estimación y consintiendo el acreedor”. Aquí ya no se alude al enfrentamiento dialéctico entre escuelas, sino que, directamente se enuncia la solución sintética entre ambas teorías: será válido el pago de una cosa por otra, siempre que se den los requisitos del consentimiento del acreedor y la estimación de la cosa. Así no habrá lugar a la acción contra el deudor, ni a la oposición de la *exceptio dolo mali* frente al acreedor.

Una versión mucho más restringida de la debatida cuestión es la que finalmente aparece en I. 3.29.pr.¹⁴ toda obligación se extingue por el pago de lo que se debe, o si alguno hubiese pagado una cosa por otra, consintiéndolo el acreedor.

2.4. Otra cuestión controvertida la describe Gayo cuando trata de la novación de una obligación. Para que haya novación tiene que haber un elemento nuevo, que podría consistir en añadir o quitar una condición, o un término, o un garante (según Gayo 3.177). Pero Gayo 3.178¹⁵ afirma que añadir garante no es seguro que sea novación, porque los autores de la escuela contraria creen que no hay novación cuando se pone o quita un garante. Aquí solo de forma muy escueta alude Gayo a la controversia entre escuelas, ya que solo

13. Epit. Gai. 2. 10, *Tollitur obligatio solutione debiti. Praeterea aliquoties tollitur obligatio, etiam si aliud, quam cautum fuerit a debitore, creditori reddatur. Nam si quicumque pro pecunia, quam creditori cavit, acquiescente creditore, aurum aut argentum aut mancipia vel alias quaslibet species, habita aestimatione, consentiente creditore, dederit, obligatio evidenter tollitur.*

14. I. 3, 29.pr., *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit.*

15. FIRA², 138, Gai *Institutionum* 3. 178: *sed quod de sponsore diximus, non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem.*

expone la opinión contraria a la existencia de una novación cuando se añade fiador (antítesis), dando a entender que los maestros de su escuela, en cambio, sí admitirían la novación en este caso (tesis).

Para aclarar esta cuestión hay que recordar que era esencial para reconocer una novación de las obligaciones, según los juristas clásicos, además de la presencia de un elemento nuevo, la existencia de la intención de realizar una novación o *animus novandi* de las partes. Así, pues, aunque Gayo no enuncia la solución a la cuestión controvertida, se podría obtener, por vía de la deducción lógica, la conclusión intermedia o sintética entre las opiniones de ambas escuelas: el añadir o quitar un fiador produciría la novación de la obligación, si las partes manifiestan su voluntad de novar (síntesis).

Esta es, además, la solución que se encuentra en I. 3.29.3.¹⁶ Dice Justiniano que ya para los antiguos había novación cuando se iniciaba una segunda obligación con ánimo de novar. Pero, añade Justiniano, se dudaba cuándo se habría hecho con intención de novar, y por eso, el emperador se atribuye la emisión de una constitución conforme a la cual solo había novación si se hubiese expresado entre las partes contratantes esto mismo, y es que acordaban la novación de la primera obligación.

Esta disposición de Justiniano representa pues, una posición intermedia o sintética, que concilia la aparente contraposición entre las dos escuelas, y que Gayo daba por sobreentendida, como conclusión derivada de la argumentación dialéctica.

2.5. Otro caso más de controversia entre escuelas aparece en Gayo 2, 244.¹⁷ La pregunta es si una persona puede ser deudora de otra que está bajo su

16. I. 3. 29. 3: *sed quum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant; ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt, alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.*

17. FIRA², 93, Gai *Institutionum* 2.244: *An ei qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari putat, sed evanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, sive sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte putant: licet enim vivo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum*

potestad. Se busca dar respuesta a la cuestión tomando como ejemplo el caso concreto del legado hecho a favor de una persona que se halla bajo la potestad de otra, esto es, tratando de determinar si un heredero podía ser deudor del legado otorgado a favor de una persona que está bajo su potestad.

Este pasaje de Gayo es especialmente difícil de interpretar porque se entremezclan dos cuestiones a resolver: si es válido el legado puro dejado a favor de una persona que está bajo la potestad del heredero y si es válido el legado bajo condición, en esas mismas circunstancias. La argumentación de Gayo resulta bastante complicada, porque describe la existencia de tres posturas antitéticas.

Por un lado, nos indica que el jurista Servio admite la validez de ambos legados (el puro y el condicionado) hechos a favor de una persona que está bajo la potestad del heredero (tesis). Por otra parte, para Sabino y Casio, a favor de la persona que está bajo la potestad del heredero solo cabe el legado bajo condición, pero no el puro¹⁸ (primera antítesis). Y, finalmente, los autores de la escuela contraria niegan la validez de uno y otro tipo de legado, porque nadie puede, ni con o sin condición, ser deudor de la persona que tiene bajo su potestad (segunda antítesis, opuesta a las dos anteriores).

En este segundo paso es donde Gayo sitúa el enfrentamiento dialéctico entre las dos escuelas, pero sin enunciar tampoco la solución sintética entre ambas posiciones contrapuestas. Esta, de nuevo, la encontramos enunciada en otro pasaje de las fuentes, en el *Liber Singularis Regularum* o *Epit. Ulp. 24, 23*: se puede legar bajo condición al que está bajo la potestad del heredero, siempre que se constate que, al tiempo de cumplirse la condición, no estaba bajo la potestad del heredero (*ei, qui in potestate, manu mancipiove est scripti heredis, sub condicione legari potest, ut requiratur, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit*). Por tanto, sin poner en duda el principio general, acerca del cual ambas escuelas estaban de acuerdo, y es que nadie puede

intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. sed diversae scholae auctores nec sub condicione recte legari, quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.

18. Los argumentos de Sabino y Casio, según Gayo 2.244, son los siguientes: si el legado a favor de la persona sujeta a la potestad del heredero es puro y el legatario sigue bajo la potestad del heredero, no sería válido si el testador moría inmediatamente después de otorgar testamento, pero, en cambio, sí sería válido si, entre el otorgamiento del testamento y antes de la muerte del testador, el legatario salía de la potestad del heredero. Sería absurdo, dicen Sabino y Casio, que lo que no tendría valor inmediatamente después del testamento, sí podría tenerlo si se prolonga la vida del testador.

ser deudor de la persona que tiene bajo su potestad, se admite, conciliando ambas ideas, el legado bajo condición a favor de la persona que está bajo la potestad del heredero, si esta, al tiempo de cumplirse la condición, no estaba bajo la potestad de aquel.

Y la misma conclusión sintética entre las posiciones de ambas escuelas la encontramos en I. 2. 20. 32,¹⁹ donde se reconoce como válido el legado bajo condición a favor del esclavo del heredero, siempre que se constate que, en el momento de cumplirse la condición, no estaba el esclavo bajo la potestad del heredero.

Gayo nos presenta, pues, una argumentación dialéctica que se desarrolla en dos pasos. Del enfrentamiento, en primer lugar, entre el jurista Servio y la opinión de Casio y Sabino se obtiene una solución sintética que, a su vez, enfrentada después (segunda tesis) con la opinión de los autores de la escuela contraria (antítesis), sirve para llegar a una segunda solución sintética. Y toda esta argumentación, de tono muy elevado, extensa y complicada, en cambio, en el *Liber Singularis Regularum* o Epit. Ulp. 24.23 se resume en una sola afirmación. Tenemos, por tanto, un claro ejemplo del elevado nivel de argumentación que tenían los juristas clásicos, que tiene su versión simplificada y prácticamente coetánea en el *Liber singularis regularum*, y, con mayor motivo, siglos después, en las Instituciones de Justiniano.

2.6. Otro de los casos de enfrentamiento entre escuelas de juristas, con Sabino y Casio de un lado, y Nerva en el otro, aparece en Gayo 3. 133 en relación con los *nomina transcripticia*.

La controversia entre los juristas se plantea por Gayo 3.133²⁰ en los siguientes términos: se discute, con razón, si por medio de los *nomina transcripticia* se obligan los extranjeros, ya que, en cierto modo, tal obligación es de derecho civil, lo cual aprobó Nerva. En cambio, Sabino y Casio opinaron que si la *transcriptio* se hace *a re in personam*, también se obligan los *peregrini*, pero no si se hace *a persona in personam*.

19. I. 2. 20. 32, *An servo heredis recte legamus, quaeritur. et constat pure inutiliter legari nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. sub condicione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.*

20. FIRA², 129, *Gai Institutionum* 3.133: *Transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo iuris civilis est talis obligatio; quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari.*

Formulando este pasaje de forma más simple, Nerva habría sostenido que no se obligaban los *peregrini* por medio de los *nomina transcripticia*, porque era una obligación conforme al *ius civile* (tesis), sin embargo, Sabino y Casio entendían que sí podían resultar obligados los peregrinos, cuando la *transcriptio* se hacía *a re in personam* (antítesis).

Estas dos afirmaciones pueden converger en una sola, si se busca la explicación en los pasajes antecedentes de Gayo, donde enuncia un principio general, procedente del *ius gentium*, conforme al cual los peregrinos no se obligan por la propia transcripción, sino que se obligan solo por la entrega del dinero contante (*quia non ipso nomine sed numeratione pecuniae obligantur*, 3.132). Esto nos lleva a fijarnos en la diferencia entre las modalidades de *nomina transcripticia*. La entrega de dinero contante se podía dar por existente en la *transcriptio a re in personam*, que consistía en anotar como entregada una cantidad de dinero que ya era debida por una determinada persona, p. ej., por causa de compra, de arrendamiento o de sociedad (Gayo 3.129, y *Epit. Gai.* 2, 9, 12.), pero no en la otra modalidad, la *transcriptio a persona in personam*.

De esta forma, sin que Gayo enuncie la conclusión sintética entre ambas posiciones, podemos llegar a formularla. De la *transcriptio nominis* no nace la *obligatio litteris* para los peregrinos, conforme al *ius civile* (como afirma Nerva), pero sí podría nacer una *obligatio* a cargo de los peregrinos en el caso de la *transcriptio a re in personam* (como afirman Sabino y Casio), porque esta normalmente iba precedida de la entrega del dinero, y, por tanto, sería propiamente una *obligatio rei*. Las dos afirmaciones convergen, pues, en una solución sintética, que representa la superación de la contradicción que existe entre ellas, que es solo aparente, esto es, creada a los meros efectos de la argumentación.²¹

2.7. Asimismo encontramos otro caso de porfía entre escuelas en Gayo 2.123.²² El que tiene un hijo bajo su potestad tiene necesariamente que instituirlo heredero, o bien desheredarlo, porque, en caso contrario, el testamento

21. Que había un supuesto en el que ambas escuelas estaban de acuerdo lo insinúa ya STOLFI, E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, SDHI 63, 1997, 57.

22. FIRA², 69, *Gai Institutionum* 2. 123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio. sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris*

será nulo *ab initio*, esto es, no produce efectos, según los maestros de Gayo, incluso si el hijo muere antes que el padre. En cambio, según los proculianos, si el hijo preterido muere antes que el padre, el testamento no sería nulo, porque la preterición no convierte el testamento en nulo desde el principio. Unos, pues, estarían a favor de la nulidad *ab initio* del testamento con preterición de un hijo, que muere antes del padre (tesis), y otros en contra de la nulidad *ab initio* en ese mismo caso (antítesis).

A favor de la opinión de los proculianos se podría aducir la existencia de ciertos casos en que el testamento, aun siendo nulo por preterición, podría luego ser válido y producir efectos cuando el hijo preterido muere antes que el padre. Se podría pensar en el caso del hijo preterido y fallecido sin descendientes, que, si se declarase nulo el testamento del padre y se abriese la sucesión intestada, no tendría ningún derecho sobre la herencia del padre, lo cual implicaría que, tras la nulidad inicial, se podría admitir la posterior validez del testamento a favor de los herederos instituidos por el padre. Este sería un caso en que se podría reactivar la validez del testamento por causas ajenas al contenido del mismo.

Por tanto, la solución intermedia o sintética que se puede dar en este caso es que el testamento con preterición de un hijo es nulo *ab initio*, aunque el hijo muera antes que el padre (como afirman los maestros de Gayo), pero aun siendo nulo el testamento, podría no ser nulo *ab initio* o radicalmente (como opinan los proculianos) porque podría admitirse su validez *a posteriori* por causas ajenas a su confección, por ejemplo, cuando el hijo preterido no tenga herederos suyos ni testamentarios.

Y en I. 2.13pr²³ atribuye Justiniano a los antiguos la defensa de la nulidad *ab initio* del testamento con preterición del hijo, incluso si este falleció antes que el testador, sin ya aludir a la postura contraria de los proculianos. Así deja que claro que la postura de “los antiguos” era, al menos, formalmente cierta, ya que, cosa distinta es que, habiendo sido declarado nulo el testamento, recobre luego su validez, por causas ajenas a su confección.

interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

23. I. 2. 13pr. *Non tamen, ut omnimodo valeat testamentum, sufficit haec observatio, quam supra exposuimus. sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat vel exheredem nominatim faciat: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum.*

2.8. Otra controversia entre escuelas de juristas la describe Gayo 3.103,²⁴ referida a las estipulaciones inútiles. Sería inútil la estipulación a favor de una persona que está fuera de la potestad del estipulante, pero la controversia se plantea cuando se estipula en parte en favor del estipulante, y en parte en favor de un tercero, no sujeto a la potestad de aquel. Los maestros de la escuela de Gayo afirman que la estipulación se debe por entero al estipulante, como si no se hubiese añadido el nombre del extraño (tesis), pero los autores de la escuela contraria estiman que se le debe a aquel la mitad, y que la otra mitad es inútil (antítesis).

Aquí la solución a la controversia, tampoco enunciada por Gayo, admite la resolución por medio de la siguiente proposición sintética. A la hora de ejercitar la *actio ex stipulatu*, el estipulante podrá exigir el total, como defienden los maestros de la escuela de Gayo, o bien, naturalmente, si así lo quiere, solo la parte que estipuló a su favor; pero si es el tercero a cuyo favor se estipuló el que quiere exigir la otra mitad, no tendría esta ninguna acción contra el promitente y, por eso, podría calificarse la estipulación realizada a su favor como *stipulatio* inútil, como defienden los autores de la escuela contraria. Las posturas aparentemente antitéticas quedan, así, sintetizadas y conciliadas en una nueva proposición.

3. Hay, por otra parte, dos supuestos en que la cuestión objeto de controversia es irresoluble en los términos que se plantea. En un caso, porque solamente se le puede dar respuesta conforme a la razón natural. Y en otro caso, la cuestión es irresoluble porque no tiene una sola respuesta conforme a derecho, sino que admite dos soluciones, ambas sintéticas entre la tesis y la antítesis. La presentación de la cuestión bajo la forma de la controversia dialéctica entre las dos escuelas de juristas permite desplegar, en toda su extensión, todos los argumentos que hay en favor de una u otra postura. Veamos estos dos casos.

3.1. La gran pregunta aparece en Gayo 2.79:²⁵ se discute quién sería el propietario de la cosa resultante en el caso de que una persona elaborase una *nova species* con materia perteneciente a otra persona.

24. FIRA², 123, *Gai Institutionum* 3. 103, *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. nostri praeceptores putant in universum valere, et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum debere, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diversae scholae auctores dimidium ei debere existimant; pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.*

25. FIRA², 61, *Gai Institutionum* 2.79: *In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur.*

El caso aquí, dice Gayo, es de razón natural: si con uvas, aceitunas o espigas ajenas se elabora vino, aceite o harina (o si se hace una vasija con oro o plata ajenos, o una nave, un armario o un banco con tablas ajena, o un vestido con lana ajena, o una emulsión de vino con miel ajena, o un emplasto o colirio con medicinas ajenas) ¿de quién sería la cosa fabricada? Según Gayo, unos autores, atendiendo a la materia y a la sustancia, consideran propietario de la nueva especie al dueño de la materia, y esta opinión la habrían seguido también Sabino y Casio. Los autores de la escuela contraria, en cambio, habrían afirmado que era propietario el que elaboró la nueva especie, pero que el propietario de la materia tenía la *actio furti* frente al que la roba, y le compete asimismo la *condictio*, porque, extinguidas las cosas no pueden reivindicarse, pero pueden reclamarse mediante *condictio* frente a los ladrones y a otros poseedores.

Había, pues, dos posiciones enfrentadas: para unos la propiedad era del dueño de la materia (tesis), y para otros, del que la elaboró (antítesis).

La controversia aparece tratada también en otro pasaje atribuido a Gayo (*Gai. 2 rer. cott*, contenido en D. 41.1.7.7),²⁶ donde expone otros argumentos que aducen las respectivas escuelas, enfrentadas en este punto. Próculo y Nerva afirmaban que era del especificador la nueva especie, porque esta no había

proinde si ex uvis aut olivis aut spicis meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum an tuum. item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris, item si ex lana mea vestimentum feceris vel si ex vino et melle meo mulsum feceris sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, quaeritur, utrum tuum sit id quod ex meo feceris, an meum. quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, videatur esse; idque maxime placuit Sabino et Cassio; alii vero eius rem esse putant, qui fecerit; idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

26. D. 41.1.7.7. *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit: veluti si ex auro vel argento vel aere vas aliquod fecero, vel ex tabulis tuis navem aut armarium aut subsellia fecero, vel ex lana tua vestimentum, vel ex vino et melle tuo mulsum, vel ex medicamentis tuis emplastrum aut collyrium, vel ex uvis aut olivis aut spicis tuis vinum vel oleum vel frumentum. est tamen etiam media sententia recte existimantium, si species ad materiam reverti possit, verius esse, quod et Sabinus et Cassius senserunt, si non possit*

sido antes de nadie (era una *res nullius*). En cambio, Sabino y Casio opinaban que, conforme al derecho natural, la nueva especie era del dueño de la materia, porque sin la materia no se podría hacer ninguna cosa nueva. De nuevo, pues, las dos opiniones encontradas (tesis y antítesis), ambas con argumentos perfectamente defendibles. Pero además añade Gayo aquí la descripción de lo que llama una decisión intermedia (*media sententia*). Por un lado unos opinaban que, si la especie podía revertir en la materia, sería más verdadero lo que opinaban Sabino y Casio; en cambio, si la especie no podía revertir en la materia, sería más verdadera la opinión de Nerva y Próculo.

Esta solución que Gayo llama intermedia no es más que un punto en común que podían compartir las escuelas. No es propiamente una posición sintética entre tesis y antítesis, sino que se describe un caso concreto en que la controversia ni siquiera se podía suscitar, estando las dos posiciones de acuerdo en ese punto. Conforme a la pura lógica, si se puede volver la materia, de forma reconocible, al estado anterior, se debe reconocer que es el dueño de esta su propietario. Esto sucedía también en el caso que podría ser más dudoso, y que describe Gayo en el último inciso de este pasaje: el que trilló las espigas no hace una nueva especie, sino descubre la especie que ya existe, y por eso no se puede dudar (*non debere dubitari*) que la propiedad es del dueño de las espigas. Esta solución “intermedia” no resuelve el enfrentamiento dialéctico, sino que se refiere al único caso en que este no tenía lugar.

Más adelante es Justiniano en I. 2.1.25 quien alude a la discusión entre las escuelas de juristas de un modo algo menos extenso que Gayo, aunque con los mismos ejemplos (uvas, aceitunas, espigas convertidos en vino, aceite o trigo...). Justiniano solamente menciona la controversia entre las escuelas de juristas para explicar que se llegó a una solución intermedia, que ya nos había descrito Gayo: si el objeto nuevo podía ser reducido a la materia, sería del dueño de la materia (p. ej. un vaso fundido podría convertirse en una masa informe de bronce), y si no puede reducirse, sería del que lo elaboró.

reverti, verius esse, quod Nervae et Proculo placuit. ut ecce vas conflatum ad rudem massam auri vel argenti vel aeris reverti potest, vinum vero vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest: ac ne mulsum quidem ad mel et vinum vel emplastrum aut collyria ad medicamenta reverti possunt. videntur tamen mihi recte quidam dixisse non debere dubitari, quin alienis spicis excussum frumentum eius sit, cuius et spicae fuerunt: cum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam quae est detegit.

Pero, como ya hemos visto, esta era la solución intermedia, sobre la que ambas escuelas estaban de acuerdo, y no la solución sintética, que conciliaría las teorías de una y otra facción. Sin embargo, Justiniano dice que a esa conclusión se llegó tras muchas dudas entre sabinianos y proculianos (*post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates*). Nos indica, pues, que hay un enfrentamiento dialéctico entre dos teorías, pero que la única solución a la que se llegó era esta intermedia.

No encontramos, por tanto, ni en Gayo ni en Justiniano una solución sintética entre ambas posturas enfrentadas dialécticamente (es propietario el dueño de la materia o el de *nova species*), porque se trata de una cuestión que se resuelve conforme a la razón natural. Así lo indica claramente Gayo 2.79 en el inciso introductorio del pasaje: es de razón natural. Lo cual es una forma de decir que es irresoluble conforme a derecho.

En efecto, la determinación de quién sería dueño de la nueva especie, si el dueño de la materia o el que la elaboró, realmente, no tiene respuesta en Derecho, porque cuando se ha elaborado una *nova species*, la materia con la que se realizó deja de existir como tal, y no podría ser reivindicada por su dueño. Si la materia ya no existe en su originaria forma, no hay acción reivindicatoria, y, por tanto, no hay propietario que jurídicamente pueda considerarse como tal.

Sin embargo, en el plano jurídico, encontramos la solución que se puede dar a la cuestión en Gayo 2.79, que atribuye el argumento a los proculianos: el propietario de la materia tiene la *actio furti* contra el que la sustrajo, y, puesto que no pueden interponer la *reivindicatio* por haberse extinguido las cosas, pueden estas ser reclamadas por medio de la *condictio furtiva* frente a aquel o frente a cualesquiera otros poseedores. La misma solución aparece en I. 2.1.26.

Por tanto, no pudieron dar los juristas una respuesta a la pregunta de si era dueño el que lo era de la materia o bien el que elaboró la nueva especie. El derecho solo puede intervenir para reparar el perjuicio causado al dueño de la materia e imponer una sanción al que se lucró con la materia ajena, concediéndole al primero la *actio furti* contra el segundo, y, a la vez, la *condictio furtiva*, para recuperar la misma cosa.

Es la única solución que se puede proponer conforme a Derecho, pero que no es sintética entre ambas posiciones, sino reparadora del daño causado, porque en derecho no se encuentra una respuesta sintética a esta cuestión, ya que, puramente, ninguno de los dos se podía considerar dueño de la nueva

especie, ni titular de una acción reivindicatoria. La pregunta solo podría resolverse conforme a la razón natural.

3.2. Según Stolfi,²⁷ la polémica más conocida, y que obliga a alienarse con uno u otro dogma a las escuelas de juristas durante generaciones, es la que encontramos en Gayo 3. 141.²⁸ En efecto, aquí se trata de decidir si, para calificar un contrato de compraventa, el precio tenía que consistir en dinero contante (*pecunia numerata*), o bien si un esclavo, una toga o un fundo podían ser el precio de otra cosa.

Según Gayo, sus maestros (*nostri praeceptores*) consideraban que el precio podía consistir también en otra cosa, de donde resulta lo que vulgarmente se sostiene, que mediante la permuta de cosas se contrae compraventa y que esta especie de compraventa sería la más antigua, lo cual tendría su apoyo en unos versos que, como afirma Gayo, Homero había escrito en alguna parte (*qui ex aliqua parte sic ait...*). En cambio, los autores de la escuela contraria, según Gayo, afirman que una cosa es la permuta, y otra distinta es la compraventa, porque, realizada la permuta, no se puede distinguir qué cosa es la vendida, qué cosa es la entregada como precio. Finalmente, añade Gayo un razonamiento que atribuye a Celio Sabino: si hay un fundo en venta, y se entrega a cambio un esclavo en concepto de precio, parece que se habría vendido el fundo y el esclavo habría sido entregado a título de precio, para que el fundo fuese objeto de apropiación (*ut fundus acciperetur*).

27. STOLFI, E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p. 57.

28. Vid. FIRA², 130, *Gai Institutionum*, 3.141: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, valde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait:*

<ἐνθεν ἄρ' οἰνίζοντο κερηκομῶντες Ἀχαιοί
 ἄλλοι μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ' αἰθωνί σιδήρῳ,
 ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' ἀντήσι βόεσσιν,
 ἄλλοι δ' ἀνδραπέδεσσι.>

diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, [acceperim et] pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

Aquí Gayo, en boca de Celio Sabino, nos indica cual es la solución sintética para los casianos: podría ser compraventa, salvo que el esclavo se entregase en concepto de precio por el fundo.

Pero no cabe duda de que se trata de una de las cuestiones de más difícil respuesta en Derecho, porque existen otros pasajes donde se trata de esta misma discusión, pero dando la razón a la postura de los proculianos. Uno es de Paulo en D. 18.1.1.1, *libro XXXIII ad. Ed* y otro es I. 3.23.2.

Paulo en D. 18.1.1.1²⁹ plantea la misma cuestión en los mismos términos contrapuestos, con Sabino y Casio, por un lado, frente a Nerva y Próculo por otro. Según Paulo, estos últimos tenían razón, porque una cosa es vender y otra comprar, uno es el comprador y otro el vendedor, y una cosa es el precio y otra la cosa vendida (*merx*), y en la permuta no se puede distinguir quién es el comprador y quién es el vendedor. Y es curioso que, en apoyo de su opinión, también Paulo se remite a unos versos de Homero, pero distintos a los utilizados por los integrantes de escuela contraria.

Veamos pues, las dos citas de versos de Homero. Unos los introduce Gayo 3.141 en apoyo de la teoría de los maestros de su propia escuela. Se trata de un pasaje de la *Iliada*, donde Homero describe que los guerreros griegos, los aqueos, habían comprado todo el vino, unos a cambio de bronce, otros a cambio de brillante hierro, otros a cambio de las pieles y otros a cambio de las mismas vacas, e incluso de sus cautivos (...y dispusieron opulentos banquetes).³⁰

29. D. 18. 1. 1. 1, *Paul. 33 ad ed., Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Graecorum aere ferro hominibusque vinum emere refert, illis versibus:*

ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί
ἄλλοι μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ' αἰθωνί σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥίνοισι, ἄλλοι δ' αὐτῆσι βόεσσι,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσιν.

sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem, sicuti illi:

ἔνθ' αὐτε Γλαύκῳ Κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεὺς,
ὅς πρὸς Τυδείδην Διομήδεα τεύχε' ἄμειβεν.

magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem poeta dicit: πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν. sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.

30. La cita es de la *Iliada*, Libro VII, vv 181-306, vid. traducción de J.G. Hermosilla, en http://interclassica.um.es/divulgacion/traduccion/obras/iliada/libro_vii/jose_gomez_

Realmente aquí no se puede más que pensar en una compraventa de vino por los aqueos, a cambio de los bienes enumerados. Porque no existían, en el s. VIII a.C., época en que se sitúan los versos de Homero, y menos en la mitológica guerra de Troya que describe, las monedas acuñadas que tuviesen valor como bien de intercambio patrimonial (la *pecunia numerata* de los romanos),³¹ siendo los bienes de cambio el bronce, el hierro, las pieles (que simbolizaban las vacas), e incluso las mismas vacas, y los cautivos de guerra. Por este motivo, reiteradamente aparecen en la Odisea y en la Ilíada los bueyes como referencia para determinar el valor de las cosas.³²

Sin embargo, Paulo, que también incluye estos mismos versos de Homero en su argumentación (D. 18.1.1.1, cit.), considera que se refieren a la permuta, igual que otros versos del mismo poeta, que introduce en el mismo pasaje a continuación, y que provienen del mismo Libro VII de la Ilíada.³³ Aquí se

hermosilla_1771_1837/vv_181_306/(offset)/4. De esta traducción hemos cambiado la palabra esclavos por la de cautivos, que es más propia en el contexto de los antiguos guerreros griegos, y también porque Plinio en *Hist. Nat* 33, (3),7, al reproducir estos versos de Homero, utiliza la palabra cautivos (*alios coriis boum, alios ferro captivisque res emptitasse tradit*).

31. No es este el lugar para tratar de resolver la controvertida cuestión del significado etimológico de la palabra *pecunia*. Puede atribuírsele el significado, generalmente admitido, de cabezas de ganado (ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, París, 1959-1960, v. pecu; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl, 1958, Graz, v. *pecunia*.), o bien, como pretende BENVENISTE, E., *Le vocabulaire des Institutions Indo-européennes*, París, 1969, cap IV, El ganado y el dinero, *pecu et pecunia*, p. 47 ss, es riqueza mobiliaria personal, significado que se habría ido especificando para designar primero ganado, luego ganado menor, y luego cordero <https://devenirdimanche.files.wordpress.com/2015/11/32860389-benveniste-emile-le-vocabulaire-des-institutions-indo-europeennes.pdf>.

32. Vid. MARCOS CASQUERO, M.A., *Pecunia. Historia de un vocablo*, Pecunia 1, 2005, 10: Laertes pagó veinte bueyes por la esclava Euriclea, Od. 1.431; la armadura de bronce de Diomedes es valorada en nueve bueyes, mientras que la de Hipóloco, fabricada en oro, es tasada en cien bueyes, II.6.236; y una muchacha de buenas cualidades era aquella por la que un pretendiente ofrecía muchos bueyes (II. 18,593). De hecho, en Roma las primeras monedas en cobre o metal eran simples lingotes de metal muy pesados, a veces con la forma de una piel de buey, llamados *aes rude* (as bruto), sin acuñar, y luego, alrededor del siglo V a.C., acuñado con la figura de un buey o toro (*aes signatum*), o también con la figura de un carnero o de un cerdo.

33. Vid. *supra* n. 27. La cita es de la Ilíada, Libro VII, vv. 119-236, vid. traducción de J.G. Hermosilla, [http://interclassica.um.es/divulgacion/traduccion/obras/iliada/libro_vi/jose_gomez_hermosilla_1771_1837/vv_119_236/\(offset\)/1](http://interclassica.um.es/divulgacion/traduccion/obras/iliada/libro_vi/jose_gomez_hermosilla_1771_1837/vv_119_236/(offset)/1).

dice que Júpiter Saturnio había privado de la razón a Glauco, porque este había trocado unas armas de bronce que valían nueve bueyes, por las suyas de oro, que en valor igualaban a cien bueyes.

Pero hay que situar estos versos en el contexto del relato homérico. Glauco y el hijo de Tideo habían acordado trocar las armas en señal de honra hacia sus abuelos, que les habían dejado en herencia la amistad y la hospitalidad. Así pues, aquí lo que hay es un intercambio de armas entre guerreros, para honrar a los antepasados, es decir, no hay propiamente una venta, sino un intercambio de cosa por cosa, además de la misma especie (armas), sin finalidad comercial y como símbolo del reconocimiento de amistad entre dos estirpes que se hallaban en guerra.

A pesar de las claras diferencias que existen entre los dos pasajes homéricos, Paulo afirma que el primero se refiere a la permuta, al igual que el segundo. En realidad, su única intención es minusvalorar el argumento literario aducido por la escuela contraria, porque a continuación introduce una afirmación, que más bien refuerza la postura de esta. Afirma Paulo que sí se podría admitir la existencia de una compraventa en las palabras de Homero, cuando dice en otro lugar *πρίατο κτεάτεσσιν ἐοῖσιν*, esto es, “compró con sus propios bienes”. Por tanto, Paulo, de acuerdo con los proculianos, afirma que el cambio de cosa por cosa es siempre permuta, pero admite que alguien podía comprar cuando entregaba a cambio sus propios bienes, como afirman los contrarios.

En estos pasajes de los juristas clásicos (Gayo y Paulo) aquí analizados se aducen, pues, argumentos jurídicos, históricos e incluso literarios para intentar resolver una controversia que aparece como vigente en derecho romano a lo largo de varios siglos. Pero no hay una única solución sintética entre ambas posiciones, sino dos. Conforme a la solución que pone Gayo 3.141 en boca de Celio Sabino, se trataría de una venta, salvo que la cosa entregada lo haya sido en concepto de precio, mientras que, para Paulo y los proculianos se trataría de una permuta, salvo que se hiciese una compra con sus propios bienes. Habría, por tanto, dos soluciones sintéticas entre la tesis (es compraventa) y su antítesis (es permuta).

Finalmente, también en las Instituciones de Justiniano I. 3.23.2 se hace referencia a esta misma controversia entre escuelas de juristas, con apoyo decidido a favor de Próculo de la siguiente forma: “esta opinión también se apoya en los versos de Homero y es defendida con más válidas razones; y lo admitie-

ron también los divinos príncipes anteriores, y se expone más extensamente en nuestro Digesto”.³⁴

Pero no se encuentra aquí ningún argumento nuevo en favor de la postura de Próculo. Solamente se reitera la cita de los versos de Homero, y se afirma que a su favor están las más sólidas razones, sin decir cuáles, y se hace una remisión, para la resolución de la cuestión, al Digesto, que, entendemos, es el pasaje de Paulo, que admitía que podría ser compraventa si una persona “compró con sus propios bienes” en D. 18.1.1.1.

Igual que en los anteriores casos que ya hemos analizado, en la etapa post-clásico-justiniana se pretendió dar una respuesta a las cuestiones más controvertidas, presentándolas en forma de una solución dada por el emperador Justiniano. Es probable que se diese prevalencia a la postura de Próculo porque el argumento histórico, según el cual la modalidad de compraventa más antigua habría sido la permuta, había perdido fuerza a lo largo de los siglos y, en cambio, se había afianzado la permuta como figura contractual, de la modalidad *do ut des*.

Pero, realmente, la cuestión era irresoluble conforme a Derecho, y, por tanto, no tenía una única solución sintética entre ambas posiciones, sino dos. En derecho postclásico se produjo la toma de posición a favor de una de los dos, pero esto no quitaba razón a los contrarios, porque ambas eran perfectamente equivalentes.

4. En otros casos, Gayo presenta las opiniones de las escuelas como dialécticamente enfrentadas, pero al exponer la antítesis, normalmente a cargo de los proculianos, acompaña a esta de un argumento que ya conduce, directamente, a demostrar cual es la solución sintética entre ambas teorías.

4.1. Así sucede en relación con el legado *per praeceptionem*, respecto al cual, como describe Gayo 2.217-221, existió una discusión entre las escuelas de juristas. El legado *per praeceptionem* se formulaba del siguiente modo: “que Lucio Ticio tenga preferencia para coger mi esclavo Stico” (Gayo 2.16). Los maestros de la escuela de Gayo opinan que de esta manera solo se puede legar en beneficio de quien es ya heredero de una parte de la herencia, porque precepción es elección con preferencia, lo cual solo puede darse en el que es

34. I. 3.23.2: *...sed Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam merito praevaluit, cum et ipsa aliis Homericis versibus adiuvatur et validioribus rationibus argumentatur. quod et anteriores divi principes admiserunt et in nostris digestis latius significatur.*

heredero de una parte de la herencia, que se queda con el legado además de la porción heredada (Gayo 2.17). Por tanto, dicho legado no tiene efecto cuando se hace a favor de un extraño (Gayo 2.218).³⁵

En cambio, los autores de la escuela contraria afirman que sí se podría legar por precepción a un extraño, cuando se hace de la siguiente forma: “que Ticio coja a mi esclavo Stico”, si se considera superflua la sílaba *prae*, lo cual sería igual que legar por vindicación, opinión que habría sido confirmada por una constitución del emperador Adriano (Gayo 2.221). Por tanto, continúa Gayo, según esta opinión, si la cosa es de la propiedad civil del difunto, el legatario puede reivindicarla, ya sea uno de los herederos o un extraño. Pero si el testador es propietario pretorio, si se trata de un legatario extraño, se convalida por el senadoconsulto, mientras que si se trata de un heredero, el juez proveerá en el *iudicium familiae erciscundae*. Pero si la cosa no pertenece de ninguna manera al testador, el senadoconsulto convalida el legado, tanto respecto al heredero como respecto a un extraño.

La argumentación expuesta por Gayo es extensa, y puede resumirse del siguiente modo. Para unos era válido el legado *per praeceptionem* solo a favor del heredero, conforme al *ius civile* (tesis). En cambio, para otros, sería válido el legado *per praeceptionem* también a favor del extraño (antítesis), si se consideraba una modalidad del legado *per vindicationem* (síntesis).

Aquí la postura intermedia o sintética se encuentra ya incluida en la afirmación de los proculianos, ya que estos, además de negar la postura de los maestros de Gayo, introducen un elemento nuevo, que permite la convergencia de ambas posturas respecto a la proposición resultante: sería válido el legado *per praeceptionem* a favor del extraño, si se considera que es un legado *per vindicationem*. Y esta es la solución sintética que también aparece en el *Liber Singularis Regularum* o *Epit. Ulp.* 24, 11: *Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem.*

35. Y, además, según los maestros de la escuela de Gayo, lo que ha sido legado de esa forma solo se puede reivindicar por la acción de división de la herencia (*actio familiae erciscundae*), que se da entre herederos, y es deber del juez adjudicar a quien corresponda lo que ha sido legado por precepción (Gayo 2.219). Y, en consecuencia, solo se pueden legar por precepción las cosas que pertenecen al testador, y si el testador lega una cosa que no es suya, el legado es nulo para el derecho civil, pero se podría convalidar por el senadoconsulto (Gayo 2.220). Se trata del senadoconsulto neroniano, conforme al cual, si uno lega lo que nunca fue suyo, ni se hizo después del heredero, será válido como legado *per damnationem* (Gayo 2.212).

4.2. También en Gayo 3.98³⁶ se atribuye a los proculianos la formulación de la solución sintética entre dos argumentos dialécticamente enfrentados. Para los maestros de la escuela de Gayo, el legado que se deja bajo condición imposible es válido, igual que si se hubiese dejado sin condición, a diferencia de lo que sucede cuando se estipula algo bajo una condición que no puede cumplirse, p. ej., si toca el cielo con la mano, caso en el cual la estipulación sería inútil. En cambio, para los autores de la escuela contraria, el legado en este caso es tan inútil como la estipulación, porque, realmente apenas se puede dar una razón idónea que justifique la diferencia.

Tendríamos, pues, una tesis conforme a la cual el legado bajo condición imposible es válido, a diferencia de la estipulación con condición imposible, y una antítesis, según la cual ambos casos son iguales y, por tanto, nulos, porque apenas hay una razón idónea que justifique esa diferencia.

Teniendo en cuenta las palabras atribuidas a los proculianos (Gayo 3.98: *et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest*), literalmente la expresión *et sane vix* da a entender que los proculianos podrían dar la razón a los contrarios si hubiese una razón idónea para admitirlo. Y, en efecto, hay una diferencia determinante y decisiva entre ambas instituciones, y es que la *stipulatio* es un acto *inter vivos*, mientras que el legado forma parte de un negocio jurídico *mortis causa*, cuyas disposiciones requieren siempre una interpretación en la que se trata de respetar, en la mayor medida posible, la voluntad del testador.

Entendiendo, pues, conforme exigían los proculianos, que sí había una razón determinante para admitir la diferencia, finalmente, ya sin alusión a la controversia entre escuelas de juristas, esta solución sintética entre ambas opiniones es la que prevaleció, según consta en I. 2.15.10: la condición imposible en las instituciones de los legados, así como en los fideicomisos y en las manumisiones, se tiene por no escrita (*impossibilis condito in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus, pro non scripta habetur*).

4.3. También se atribuye a los proculianos la solución sintética entre las posturas dialécticamente contrapuestas en Gayo 2.231.³⁷ Se trata de deter-

36. FIRA², 122, *Gai Institutionum* 3, 98, *Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, velut «si digito caelum tetigerit», inutilis est stipulatio. sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde debere putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant quam stipulationem. et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.*

37. FIRA², 91, *Gai Institutionum* 2, 231: *Nostri praeceptores nec tutores eo loco dari posse existimant; sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.*

minar si sería válido el nombramiento de un tutor realizado antes de la institución de heredero. Los maestros de la escuela de Gayo creen que no, pero Labeón y Próculo creen que sí.

Existían, pues, dos posturas, unos estaban en contra de la validez del nombramiento del tutor antes del heredero (tesis), y otros, los proculianos, estaban a favor (antítesis), y añaden el argumento de que el nombramiento de tutor nada quita de la herencia. En la opinión de los proculianos encontramos, pues, la solución sintética entre ambas posturas, según la cual, reconociendo que solo el nombramiento de heredero es el fundamento del testamento (*caput et fundamentum totius testamentum* (Gayo 2.229), se podría admitir el nombramiento de un tutor antes de la institución de heredero, porque no tendría verdaderamente repercusión patrimonial sobre los bienes de la herencia.

Es esta opinión que prevaleció, tal y como se comprueba en I. 1.14.3:³⁸ no hay duda de que se puede nombrar tutor antes de la institución de heredero. Aquí no se hace ya alusión a la discusión entre las escuelas de juristas.

4.4. Otro caso más de contraposición entre las escuelas es el descrito por Gayo en 3.87.³⁹ Se discute si la *in iure cessio* de la herencia hecha por el heredero legítimo (esto es, suyo y necesario) sería eficaz. Los preceptores de Gayo creen que no sería válida (tesis), mientras que los proculianos creen que sí, igual que la cesión hecha por los otros herederos, después de aceptar la herencia (antítesis). La explicación que aducen los proculianos es que no hay diferencia entre que uno se haga heredero aceptando solemnemente la herencia o bien haciendo la *pro herede gestio*, en cuyo caso queda el heredero vinculado a la herencia por imposición legal.

Para lograr una aclaración de este planteamiento, se deben diferenciar con claridad las dos opiniones. Por un lado, el heredero legítimo no hace una *in iure cessio* propiamente válida, como afirman los maestros de Gayo, se entiende porque son herederos por derecho propio, ya lo quieran o no, y con inde-

38. I. 1, 14, 3: *Ad certum tempus et ex certo tempore vel sub condicione vel ante heredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

39. FIRA², 119, *Gai Institutionum* 3, 87: *suus autem et necessarius heres an aliquid agant in iure cedendo, quaeritur. nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat an iuris necessitate hereditati adstringatur.* La misma controversia aparece en FIRA², p. 54, *Gai Institutionum*. 2, 37: *Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem statim fiat heres an invitatus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.*

pendencia de que acepten o no, y, por tanto, nunca dejan de serlo. Por otro lado, el heredero legítimo también puede aceptar la herencia, aunque sea solo por medio de la *pro herede gestio*, como afirman los proculianos.

Por tanto, la afirmación sintética que se puede deducir, y que es conforme al argumento de los proculianos, es que el heredero legítimo puede hacer la *in iure cessio* válida, una vez aceptada la herencia, igual que cualquier otro heredero (síntesis).

4.5. Asimismo se encuentra la solución sintética entre las posturas dialécticamente contrapuestas en Gayo 4.79,⁴⁰ aunque aquí, excepcionalmente, son los maestros de Gayo los que aportan el argumento decisivo. Los autores de la otra escuela (*diversae scholae auctores*), esto es, los proculianos, consideraban que, para entregar un hijo *ex noxali causa* debía de entregarse tres veces *in mancipio*, porque en las XII Tablas estaba previsto que no saldría el hijo de la potestad del padre, a no ser que fuese objeto de la *mancipatio* tres veces (tesis). En cambio, Sabino y Casio y los demás autores de la escuela a la que pertenece Gayo consideraban suficiente una *mancipatio* (antítesis), y que aquellas tres veces establecidas en las XII Tablas se referían a la *mancipatio* voluntaria. Aquí los maestros de la escuela de Gayo introducen el elemento diferenciador, con el que pueden conciliar ambas opiniones de forma sintética, y es que la triple *mancipatio* solo se requiere para la *emancipatio* voluntaria del hijo, tal y como se requiere en en las XII Tablas, como dicen los proculianos, pero no para la entrega del hijo *ex noxali causa*, como dicen los autores de la escuela de Gayo.

5. Hay otros casos en que la controversia entre escuelas de juristas se utiliza por Gayo con la finalidad de exponer la existencia de opiniones contrapuestas en la teoría, cuya resolución en la práctica no tiene mayor relevancia.

5.1. Así sucede en Gayo 2.195.⁴¹ Los maestros de la escuela de Gayo afirman que lo que se ha legado en forma de legado *per vindicationem* se hace

40. FIRA², 170, Gai *Institutionum* 4, 79, *Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit, <ne aliter filius de potestate patris> exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.*

41. FIRA², 84, Gai *Institutionum* 2, 195: *In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum: et posteaquam scierit <omiserit> legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo*

propiedad del legatario, inmediatamente después de aceptada la herencia, aunque este no sepa nada, pero si después de que tuvo conocimiento del legado, renunció a él, es como si no hubiese existido. En cambio, Nerva, Próculo y los demás autores de su escuela creen que la cosa se hace propiedad del legatario tan solo cuando el legatario quiere que sea suya. Además, según afirma Gayo a continuación, una constitución del divino Antonino Pío habría seguido la doctrina de Próculo, pues cuando un latino había establecido un legado por vindicación en favor de una colonia, dijo el emperador: “deliberen los decuriones si quieren el legado, lo mismo que si tratase de un particular”.

La controversia se centra en determinar cuándo el legatario *per vindicationem* se hace propietario de la cosa legada. Para unos, el legatario sería propietario, salvo que renuncie, en cuyo caso el legado nunca habría existido (tesis), mientras que para los otros, el legatario solo sería propietario cuando acepta (antítesis). Aquí las dos posiciones son equivalentes porque no habría ninguna consecuencia práctica si se reconociese la veracidad de la una o de la otra. No cabe aquí dar una respuesta sintética, conciliadora de las dos posiciones dialécticamente enfrentadas. Además, la constitución de Antonino Pío podría servir para dar la razón a cualquiera de las dos posturas en liza: la deliberación de los decuriones podría conducir, o bien a la renuncia del legado, en cuyo caso, nunca existió, como dicen unos, o bien a la aceptación del legado, en cuyo caso se convierte en propietario, como dicen los otros.

Se trata de una cuestión que solo tiene relevancia en su aspecto teórico, pero que no tiene consecuencias en la práctica.

5.2. El mismo tipo de argumentación se aplica en el caso del legado bajo condición. Según Gayo 2.200,⁴² se discute de quién es lo que se ha legado bajo condición, mientras esta está pendiente. Los maestros de Gayo opinan que el legado pertenece al heredero, por analogía con el esclavo que ha sido manumitido en el testamento bajo condición (el *statu liber*, que aparece en el

placuit: nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, “deliberent”, inquit, “decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset”.

42. FIRA², 85, *Gai Institutionum* 2, 200: *Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset. nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servum esse. sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.*

Liber Singularis Regularum o *Epit. Ulp.* 2.1-2), que indudablemente pertenece al heredero (tesis). En cambio, los autores de la escuela contraria afirman que no pertenece a nadie, en tanto el legatario no acepte (antítesis), lo cual, según Gayo, es mucho más acertado cuando se trata de un legado puro.

Se trata, pues, del mismo planteamiento. La controversia entre escuelas sirve para poner de relieve la existencia de dos puntos de vista contrapuestos teóricamente sobre una cuestión, que, en los términos bipolares que se plantea, es irrelevante en la práctica. El único supuesto en que tendría relevancia la cuestión en la práctica es el del *statu liber*, que por eso se resolvió de forma específica.

6. Tampoco se puede llegar a una solución sintética cuando se discute en torno a una cuestión formal. Así, en relación con la *stipulatio*, describe Gayo 3.167a⁴³ una controversia entre las escuelas de juristas. La pregunta se centra en si el esclavo común, esto es, que pertenece a varios propietarios, puede adquirir para uno solo de los condueños, si este le da un mandato. Los maestros de la escuela de Gayo opinan que adquiere exclusivamente para el condueño que hizo el encargo, igual que si el esclavo hubiese hecho una estipulación o una *mancipatio* añadiendo el nombre del dueño (tesis). En cambio, los autores de la escuela contraria piensan que el esclavo común adquiere para todos los condueños (antítesis), como si no hubiese mediado encargo de nadie (*ac si nullius iussum intervenisset*).

Unos opinaban, por tanto, que era válido el mandato, ejecutado por el esclavo sin el correspondiente formalismo, y otros que no. Pero resulta inútil buscar una conclusión sintética cuando la cuestión debatida es si sería válido un negocio jurídico sin su preceptiva formalidad. Gayo no da la solución, aunque es probable que, igual que sucedió con todos los negocios jurídicos formales, la solución que se impuso en la práctica fuese la menos formalista, ya desde la época clásica. Finalmente aparece resuelta la cuestión en favor de la tesis menos formalista por medio de una constitución, que se atribuye Justiniano en I. 3. 28.3,⁴⁴ que advierte que sobre esta cuestión antes se dudaba

43. FIRA², 136, *Gai Institutionum* 3, 167a, *Illud quaeritur, an quod domini nomen adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. nostri praeceptores proinde ei qui iusserit, soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus mancipiove accepisset; diversae scholae auctores proinde utrisque adquiri putant, ac si nullius iussum intervenisset.*

44. I. 3, 28, 3, *Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto*

(*antea dubitabatur*). Por medio de esta constitución se se dispuso que lo que el esclavo común estipula por mandato de un solo dueño, se adquiere solo para el que se lo mandó hacer.

7. Y no solo Gayo, sino también otros juristas clásicos recurren al enfrentamiento dialéctico entre las escuelas de juristas para exponer los argumentos en torno a una cuestión problemática. Así sucede cuando se trata de determinar el momento en que se adquiere la propiedad de una cosa abandonada (*res derelicta*). En D. 41.7.2.1⁴⁵ nos informa Paulo de que Próculo dice que la cosa no deja de ser de su dueño, hasta que fuese poseída por otro, pero, con razón, Juliano habría afirmado que la cosa abandonada no sería de otro, a no ser que fuese poseída. Y encontramos la postura de Sabino y Casio en otro pasaje del Digesto (47.2.43.5),⁴⁶ donde Ulpiano trata de determinar cuándo existe hurto de una *res derelicta*. Afirma que no habría propiamente hurto porque en este caso el hurto no se hace a nadie, estando admitida la opinión de Sabino y Casio, quienes consideran que deja las cosa inmediatamente de ser del dueño cuando la abandona.

Unos, pues, sostenían que es propietario de la cosa abandonada el que la abandonó, en tanto no sea poseída por otro (tesis), como dice Próculo (o, formulado de otra manera, según Juliano, no sería de otro hasta que este la posea). Para otros, en cambio, la cosa deja de ser nuestra cuando la abandonamos (antítesis), como dicen Sabino y Casio cuando se discute sobre la admisibilidad del *furtum*, porque este no se puede cometer porque no hay nadie contra el que se cometa.

En definitiva, la solución convergente o sintética entre ambos extremos sería la siguiente: la cosa abandonada continúa siendo del que la abandonó hasta que no sea poseída por otro, salvo en el caso de *furtum*, en el que no

eo, quod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo illi soli acquirit, veluti cum ita stipuletur: Titio domino meo dare spondes? sed si unius domini iussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat, qui hoc ei facere iussit, ut supra dictum est.

45. D. 41. 7. 2. 1, Paul. 54 ad ed., *Sed Proculus non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit: Iulianus desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit, et recte.*

46. D. 47. 2. 43. 5, Ulp. 41 ad Sab., *Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.*

hay propiamente un perjudicado por el hecho, y por tanto, rige le principio contrario, esto es, que la cosa ya no es del que la abandonó y no habría *furtum*.

Así pues, la misma argumentación dialéctica, utilizada por Gayo, la encontramos en juristas posteriores a él, como Paulo y Ulpiano, que ya ni enuncian el contenido de las dos posturas enfrentadas, sino solo el de una de ellas, dando por hecho que frente a la opinión de unos, estaría la opinión en contra de los otros, y que la solución que se propone es la sintética entre ambas. Se puede afirmar, pues, que estos juristas, ya contemplaban las instituciones jurídicas desde una perspectiva distanciada, del científico del Derecho que quiere exponer los fundamentos del *ius civile*, pero partiendo de unas instituciones y principios ya conocidos y consolidados.

Gayo fue el máximo representante de los juristas llamados “adrianeos”, que se corresponden, como dice Cannata,⁴⁷ con el periodo de *speciale elevatezza della scienza*, que englobaría desde la muerte de Domiciano, el 18 de septiembre del 96, hasta la muerte de Marco Aurelio, en el año 180. Los coetáneos y posteriores a él utilizaban la argumentación dialéctica de forma incluso más abstracta y resumida, porque ya estaba en trance de sustitución la elevada construcción de pensamiento que caracterizó a la jurisprudencia clásica por su versión mucho más sintética y extractada.

8. También aparece el mismo método de dialéctico de argumentación que utilizaron los juristas de la etapa clásica en los *Fragmenta Vaticana*, obra de autor desconocido, cuya primera redacción, según d’Ors,⁴⁸ es probable que no sea posterior al año 320, aunque, a la vista de lo aquí expuesto y sin pretender resolver aquí esta debatida cuestión, podría adelantarse esa fecha algo más de medio siglo.

Veamos *Fragmenta Vaticana* 266.⁴⁹ El pago de lo indebido se podía repetir no solo si no se debía nada en absoluto, sino también si lo pagado no se habría podido reclamar por el que lo recibió, porque su acción podría paralizarse

47. CANNATA, C.A., *Lo splendido autunno delle scoule*, cit. p. 435.

48. D’ORS, A., *Estudio preliminar*, en *Framentos Vaticanos*, trad. de Amelia Castresana Herrero, Tecnos, 1988, XV.

49. Frag. Vat 266: *Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptione Cinciae uti potuit, nec solum ipse, verum, ut Proculiiani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi*

por el deudor por medio de alguna excepción perpetua. Así, por ejemplo, puede repetir (lo indebidamente pagado) el que hubiese podido utilizar la excepción de la ley Cincia, y no solo él, sino también, como opinan los proculianos frente a los sabinanos, cualquiera, por ser una excepción popular, e incluso un heredero de aquel, salvo que se trate de una donación, y el donante haya muerto, permaneciendo inalterada su voluntad, porque en este caso, contestó el emperador en un rescripto, que tenía lugar la réplica de dolo.

Encontramos aquí exactamente el mismo esquema argumentativo que en Gayo. Los sabinanos consideraban que podía repetir por pago indebido el que pagó estando amparado por una excepción perpetua (tesis), y los proculianos opinaban que, por tratarse de una excepción popular, también podía repetir lo pagado cualquiera, incluso el heredero del que pagó (antítesis). La solución sintética con la que se podría conciliar a ambas escuelas es que, en efecto, cualquiera que hubiese podido oponer una excepción perpetua podría repetir lo pagado indebidamente, incluso su heredero, pero con la excepción de que se hubiese tratado de una donación, ya que en este caso, si el heredero del donante reclamaba la cantidad como indebidamente pagada, se le podría oponer la *replicatio doli*.

Esta solución la habría confirmado el emperador por medio de un rescripto.

9. Hemos constatado que existe exactamente la misma estructura en todos los pasajes que contienen referencias a las controversias entre las escuelas de juristas, porque contienen el planteamiento de una cuestión bajo la forma de argumentación dialéctica, con el objetivo de exponer los razonamientos sobre los que se fundamentaban dos posiciones aparentemente contrapuestas, esto es, enfrentadas a los meros efectos argumentativos.

Pero hay un único caso en que se hace referencia expresa a la controversia entre escuelas, con las palabras *diversae scholae auctores*, en el que se detecta que no hay propiamente enfrentamiento dialéctico entre dos partes porque la solución propuesta no es sintética entre ambas. Es un pasaje de Venuleyo en D. 45. 1. 138, *Ven. 4 stipul*,⁵⁰ que reproduce la opinión de Sabino, según la cual, cuando se estipula que algo sea dado en los días de cierta feria, las *nundinae*, el cumplimiento puede ser reclamado el primer día. Pero Próculo y los

popularis sit haec exceptio, sed et heres eius, nisi forte durante voluntate decessit donator: tunc enim doli replicationem locum habere imperator noster rescripsit in haec verba.

50. D. 45. 1. 138, *Ven. 4 stipul*: *Eum, qui certarum nundinarum diebus dari stipuletur, primo die petere posse Sabinus ait: Proculus autem et ceteri diversae scholae auctores, quamdiu vel*

demás autores de la escuela contraria estiman que no se puede pedir en tanto reste todavía tiempo de la feria, por poco que sea, opinión a la que se adhiere Venuleyo. La peculiaridad aquí es que el jurista recurre a la cita de los procu- lianos para reforzar su opinión con el apoyo de estos, pero con la finalidad de excluir la opinión contraria.

En efecto, cuando el término que se pone a una obligación no es un día concreto, sino que se refiere a una feria, que se celebraba normalmente cada nueve días, no era exigible la obligación hasta que pasaban los días de la feria correspondiente y llegaba el día en que se celebraba la siguiente. La solución a la que se adhiere Venuleyo no es sintética entre ambas opciones, sino que describe o se adhiere a la que considera admisible, con exclusión de la opinión contraria. Simplemente se usa como recurso literario la controversia entre escuelas para exponer más claramente las dos opciones de resolución, una acertada y otra errónea, que hay respecto de una concreta cuestión. Aquí podríamos encontrar el motivo por el cual, quizá, Venuleyo nunca fue considerado un jurista de primera fila.

Por otra parte, hay otros casos en que los juristas clásicos exponen una cuestión como objeto de enfrentamiento unipersonal entre juristas, esto es, citándolos de forma individualizada o nominalmente (Labeón y Sabino por un lado, y Próculo por otro), sin mencionar de forma expresa la discusión entre escuelas, esto es, sin contraponer a las escuelas en grupo o como un conjunto (con omisión de las palabras *diversae scholae auctores*). Es probable que aquí se trate de explicar alguna afirmación de forma más gráfica o didáctica, con personificación en la figura de juristas concretos, como mero recurso argumentativo, porque la solución que proponen no es sintética entre ambas opiniones enfrentadas, sino que el jurista en cuestión se adhiere, para excluir la opinión contraria, a la que considera acertada, tras procurarse el refuerzo de uno de los maestros de las escuelas, normalmente de Próculo.⁵¹

exiguum tempus ex nundinarum spatio superesset, peti posse existimant. sed ego cum Proculo sentio.

51. Lo que se sabe sobre la vida de este jurista está en PARICIO, J., *Una aproximación a la biografía del jurista Próculo*, SCDR 11, 1999, 83-100, de donde queremos destacar la afirmación contenida en p. 98: la rivalidad entre las escuelas (de juristas) es muy similar al antagonismo que existía entre Quinto Mucio Escévola y Servio Sulpicio Rufo. Enlazando esta idea con lo expuesto hasta aquí, surge una importante pregunta: ¿sería posible, entonces, que ese antagonismo entre juristas de época republicana obedeciese también a un método

Esto sucede p. ej. en un caso descrito por Pomponio D. 41. 1. 28,⁵² donde el jurista se pregunta si, en el caso de que un vecino edificase sobre la pared de otro, la construcción se haría propia del que edificó, como afirman Labeón y Sabino, o del dueño de la pared, como pretende Próculo. La respuesta que Pomponio da a esta cuestión, adhiriéndose a la de Próculo, no es una solución sintética entre dos afirmaciones contrapuestas, sino una declaración de cual de las dos posturas es acertada, con exclusión de su contraria, que sería errónea.

En otros casos, en cambio, aparecen los juristas integrantes de las dos escuelas apoyando una misma opinión, estando, p. ej., Sabino, Casio y Próculo de acuerdo en una misma afirmación. Esto sucede, p. ej., en D. 2.1.11,⁵³ donde se discute de una cuestión de tipo procesal. Gayo afirma que, en el caso de que una persona ejercitase frente a otra varias acciones, que no excediesen individualmente por su cuantía la jurisdicción del juzgador, pero sí en su conjunto, opinaban Sabino, Casio y Próculo que sí podrían interponerse ante aquel, y esta opinión fue confirmada por rescripto del emperador Antonino. Aquí la opinión unánime de los juristas integrantes de las diferentes escuelas, respaldada por un rescripto del emperador sirve para deducir, también de forma gráfica, que no hubo ninguna opinión en contra.

Y, en algunos otros casos, aparecen los juristas pertenecientes a las diversas escuelas mezclados entre sí, formando un núcleo de opinión Sabino y Próculo por un lado, y Nerva y Casio por otro. Así sucede en D. 25. 2. 1,⁵⁴ donde Paulo trata de explicar el fundamento de la *actio rerum amotarum* contra la que fue esposa, que se habría introducido porque no cabía acusarla de *furtum*, ya

de argumentación?. Esta pregunta se deja, de momento, aquí y ahora, solo formulada y pendiente de resolución.

52. D. 41. 1. 28, *Pomp. 33 ad Sab.*, *Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium eius id quod aedificaverit fieri Labeo et Sabinus aiunt: sed Proculus tuum proprium, quemadmodum tuum feret, quod in solo tuo alius aedificasset: quod verius est.*

53. D. 2. 1.11, *Gai. 1 ad ed. provinc.*, *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra iurisdictionem iudicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum iurisdictionis eius: apud eum agi posse Sabino Cassio Proculo placuit: quae sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est.*

54. D. 25. 2. 1, *Paul. 7 ad Sab.*, *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est:*

que por medio del consorcio de vida que era el matrimonio se hace en cierto modo dueña de las cosas, como dicen Nerva y Casio. Pero, en cambio, Sabino y Próculo afirmaban que verdaderamente comete hurto la esposa, igual que lo comete la hija respecto al padre, pero que en derecho no se da contra ella la acción de hurto, siendo de esta misma opinión Juliano. Y, finalmente, encontramos otro pasaje donde Trifonino (D. 25.2.30) afirma que, en realidad, la mujer comete *furtum*, pero es castigada más levemente. Por este motivo, no pueden ser usucapidas (serían *res furtivae*) por el poseedor de buena fe.

Se trata de explicar el motivo por el cual se introdujo la *actio rerum amotarum* contra la que fue esposa, que se había llevaba bienes pertenecientes al marido, o bienes dotales, en vez de perseguir su acción por medio del *furtum*. No se plantea, pues, una discusión entre dos opiniones contrapuestas dialécticamente (es o no es *furtum*), sino que se trata de explicar las características y el fundamento de este caso singular de juicio (*iudicium singulare*), que sanciona más levemente la conducta de la esposa que si se tratase de un *furtum*. Nerva y Casio afirman que no comete *furtum*, porque es en cierto modo dueña de las cosas; Sabino y Próculo afirman que sí comete *furtum*, pero que no hay acción de *furtum* contra ella, sino otra; y Trifonino dice que sí lo comete, pero que su castigo es más leve.

Se podría, pues, con toda precaución, lanzar la hipótesis de que, también la cita individualizada de las opiniones de los diferentes juristas podría obedecer a un método de argumentación. Pero aquí solo hemos analizado algunos ejemplos de pasajes que sustentarían esta hipótesis, la cual, por este motivo, se enuncia con toda prudencia, ya que su confirmación solo sería posible tras un estudio exhaustivo y sistemático de todas las fuentes, en las que son contrapuestas o coincidentes las opiniones de los juristas individualmente, y no como grupo o escuela de juristas, cuya realización no descarto en futuro. La cantidad de interrogantes respecto a la interpretación de las fuentes clásicas romanas que aquí se abren es inmensa.

9. Se han analizado hasta aquí los pasajes que Liebs⁵⁵ ya indicó que contenían “Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertretern der beiden Ri-

55. LIEBS, D., *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, cit. 201 afirma que son veintún pasajes, lo que hemos confirmado tras consultar la base de datos Amanuensis (<http://www.riedlberger.de/08amanuensis.html>), de donde se pueden extraer todos los casos en que, en las fuentes romanas, se hace alusión a la controversia entre escuelas con la palabras *diversae scholae auctores*. Como afirma ARIZA TIRADOS, E., *La comunicación entre las*

chtungen”, concretamente todos los que se refieren a la controversia entre las escuelas de juristas con las palabras *diversae scholae auctores*. Todos ellos nos permiten llegar a la conclusión de que la discusión entre las escuelas se utilizó por los juristas romanos, principalmente por Gayo, y los coetáneos y posteriores a él, para introducir o exponer los argumentos jurídicos por medio del método de la argumentación dialéctica.

Se trataba de conseguir una exposición de la argumentación más realista y didáctica y, en definitiva, más sencilla, con personificación de las teorías en cada una de las escuelas, atribuyendo a estas el enunciado de una tesis y su antítesis, para inducir de forma directa a la obtención de una solución que era sintética entre ambas. Incluso, en algunos casos, como hemos visto, el enfrentamiento dialéctico entre las dos escuelas se utiliza para dar a entender que no había en derecho solución posible que pudiese conciliar a los dos extremos contrapuestos.

Gayo es el que más veces hace referencia a la discusión entre las escuelas, probablemente por la finalidad didáctica que tiene su obra. Pero también era conocido este método de argumentación para los juristas coetáneos a él y posteriores (Pomponio, Paulo y Ulpiano), que, en cambio, aluden a la discusión entre las escuelas de juristas de forma mucho más resumida y extractada.⁵⁶ En la mayoría de los casos, con plena conciencia de que se trataba de un método de argumentación, mencionan la opinión de una sola de las escuelas, dando a entender que existía una posición contraria u opuesta, cuyo contenido ya ni se expone.⁵⁷ Se utiliza, pues, por los mencionados juristas la

escuelas jurisprudenciales romanas, cit., 217, el concepto de escuelas de juristas está siempre ligado a la noción de separación o contraposición de sabinianos y proculianos.

56. Hemos analizado uno tras otro los pasajes en que aparece mencionada la existencia de una controversia entre escuelas, constatando que todos ellos siguen este mismo esquema de argumentación dialéctica. Estos mismos pasajes ya fueron analizados, aunque no con esta metodología, por STOLFI, E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., 52-68, con la intención de situar en el tiempo las discusiones entre escuelas a que hace referencia Pomponio, frente a las que describe Gayo. Afirma Stolfi en p. 102 que fue la segunda generación de los miembros de las escuelas la que alimentó y fijó esta lucha entre escuelas, desarrollando lo que hasta entonces había sido una controversia de individuos aislada. Según Stolfi (p.104), Pomponio habría empleado un modelo descriptivo de las luchas de escuelas, válido también para las sucesivas generaciones de juristas, pero que, tras él, ya no se volverían a mencionar. Serían, pues, para Stolfi, verdaderas diatribas entre los individuos integrantes de las escuelas, producto de la etapa casiana, la de mayor birllantez de la jurisprudencia.

57. Un ejemplo sería Gayo 3.147, donde se plantea la controversia de si hay compraventa o arrendamiento cuando se acuerda con un orífice que haga con oro suyo unos anillos de

argumentación dialéctica con total abstracción, lo cual es un claro indicio de que la cuestión objeto de estudio ya estaba más que resuelta para Gayo y para los juristas coetáneos, que además estaban familiarizados con este método de argumentación.

La originaria función de los *iurisprudentes*, enraizada en la época republicana, y consistente en establecer los fundamentos del *ius civile*, el derecho del ciudadano como miembro integrante de la *civitas*, ya estaba más que acabada y cumplida para los juristas llamados “adrianeos” y los pre-postclásicos, como d’Ors⁵⁸ llama a Gayo. Estos ya no tenían nada más que innovar en la ciencia del derecho. Como dice Nörr,⁵⁹ los progresos de la jurisprudencia como *ars* llevan al final de la misma; no se puede progresar hasta el infinito.

10. Finalmente, hay que analizar también, una constitución de Justiniano, C.6.29.3.1 (año 530),⁶⁰ donde se cita solamente la opinión de los sabinianos, sin referencia alguna a la de los proculianos, ni a las palabras *diversae scholae auctores*. Y no es causalidad que se mencione en este pasaje de época postclásica a la escuela de los sabinianos y no a la de los casianos, porque, como ha afirmado Paricio,⁶¹ hay una secuencia histórica en la denominación de la escuela (primero casianos, y luego sabinianos).

cierto peso y forma a cambio de una cantidad de dinero. Gayo cita la opinión de Casio, que era conforme a la opinión general, según la cual habría compraventa de la materia y arrendamiento del trabajo; pero, en cambio, habría arrendamiento si el orifice recibe el oro, y además el dinero por su trabajo. Este pasaje ha sido analizado muy extensamente por COCHIS, B., *Una presunta disputa di scuola in Gai, inst. 3.147*, Rivista di Diritto Romano III, 2003, 1-16, quien acierta con su interpretación de que aquí no habría una verdadera disputa entre escuelas. Lo que habría, a nuestro entender, es la intención de Gayo de explicar que, frente a una opinión, se podía situar otra contraria (que ni se molesta en enunciar), pero que la opinión válida sería la que es sintética entre ambas.

58. D’ORS, A., *Estudio preliminar*, en *Framentos Vaticanos*, cit. XVI.

59. NÖRR, D., *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?*, cit. 29. La jurisprudencia era *ars*, y los juristas creían en el progreso de la ciencia. Consideraban como posible conclusión de este progreso la perfección de su *ars* (p. 24).

60. C. 6, 29, 3, 1 Iust., *Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium.*

61. PARICIO, J., *Casianos (y más)*, cit. 123.

Primero hay que fijarse en el contenido literal del texto. Se trata de un caso discutido entre los antiguos (*quod certatum est apud veteres*), que no estaban de acuerdo en si el nacimiento de un hijo póstumo preterido producía la ruptura del testamento, cuando el hijo moría tras el parto sin haber emitido ninguna voz o sonido. Los sabinianos estimaban que, si nació vivo, aunque no hubiese emitido voz, se rompía el testamento, incluso aunque hubiese sido mudo. Justiniano se adhiere a esta opinión, confirmando que se romperá el testamento si nació vivo aunque haya muerto inmediatamente después, tras caer a tierra, o en manos de la comadrona, ya que este era el único requisito, el venir al mundo vivo (sin ser monstruoso ni prodigioso -en el mismo sentido negativo de monstruoso-).

La exposición de la opinión de los sabinianos indica que existió una posición en contra de la otra escuela de juristas, pero solo se enuncia el contenido de una de las dos posiciones. Sin embargo, la opinión contraria se puede deducir directamente del contenido literal del pasaje. Se habría discutido si, para romper el testamento, el nacido vivo tenía que emitir algún sonido. Los proculianos habrían sostenido que no se podría romper el testamento si el nacido vivo no emitió una voz o sonido, porque podría suceder que era mudo (tesis), mientras que los sabinianos afirmaban que si nació vivo, aunque no hubiese emitido sonido alguno, se rompía el testamento, incluso aunque hubiese sido mudo (antítesis). Finalmente Justiniano, adhiriéndose a la opinión de los últimos, impone la solución sintética, estableciendo que para la ruptura del testamento el único requisito es que el hijo haya nacido vivo (sin ser monstruoso o prodigioso), eliminando la necesidad de que emitiese algún sonido.

El contenido concreto de la discusión entre las escuelas, como hemos visto, hay que deducirlo del mismo pasaje, que es un texto totalmente abstracto y sintético, y propio de la etapa postclásico-justiniana, en la que se omitían y evitaban las largas y complicadas explicaciones, que eran características del periodo clásico, más elevado, principalmente porque las instituciones jurídicas ya no requerían mayores aclaraciones en la etapa más tardía. Con la simple mención de los sabinianos se indica que, como era por todos sabido, en contra estaban los proculianos, y el contenido de la opinión de estos puede deducirse implícitamente de la propia argumentación.

11. Tenemos, pues, la prueba fehaciente del esplendor, argumentativo y didáctico, que alcanzó la jurisprudencia clásica romana, cuyo máximo expo-

nente fueron las Instituciones de Gayo. Pero también hemos podido comprobar que, exactamente la misma cuestión que Gayo describe como objeto de argumentación dialéctica entre las escuelas de juristas aparece en otras fuentes, todas anteriores a la compilación justiniana, en su versión sintética o extractada, esto es, sin referencia alguna a la argumentación ni a la discusión entre escuelas. Estas fuentes son el *Liber Singularis Regularum* (o Epítome de Ulpiano), que, según la datación de la doctrina más reciente,⁶² es prácticamente coetánea a las Instituciones de Gayo, y el *Liber Gai* (o Epítome de Gayo), cuya autoría -se habla siempre del epitomador- y fecha no se ha logrado determinar, aunque ha sido situado, generalmente, a finales del siglo IV o principios del s. V. En contra se ha manifestado Archi,⁶³ para quien esta fecha es un error, ya que, no existiendo en la obra ningún dato positivo por medio del cual se pueda resolver el problema de su datación, lo que importa del *Liber Gai*, como él lo llama, es que debe adscribirse al mundo del llamado derecho vulgar. Pero, a la vista del análisis de los textos aquí realizado, esta adscripción del *Liber Gai* podría cambiar.

Hemos podido constatar la coexistencia en las fuentes de la elevada construcción argumentativa y de pensamiento de los juristas clásicos y su versión más resumida y sintética. La gran cuestión que ahora nos planteamos es si, además, se trató de una coincidencia temporal. La respuesta se debe formular con prudencia, admitiendo, en primer lugar, que no sería paradójico que, entre mediados y finales del s. II d. C., hubiesen sido coetáneas la más elevada manifestación del pensamiento jurídico, formulado con toda abstracción por medio de la argumentación dialéctica, y su versión más extractada, que sería el resultado natural de aquella. Y, entonces, en segundo lugar, no sería descabellado admitir que estas síntesis podrían haber sido realizadas por los propios juristas clásicos con toda facilidad.⁶⁴ Estas obras, cuya adscripción a

62. Es una cuestión muy difícil de determinar, vid. PARICIO, J., *Casianos (y más)*, cit. 109 y 110, afirma, expresando sus dudas y con toda precaución, que quizá se podría admitir que no fue posterior al año 180 d.C.

63. ARCHI, G.G., *L'Epítome Gai: studio sul tardo diritto romano in occidente*, Napoli, Jovene, 1991, 75. Es curioso que Archi titule así su libro, ya que en él afirma rotundamente que en toda la bibliografía, unánimemente, se designa la obra como *Epítome Gai*, pero que esta denominación no es la originaria (p. 64). Para Archi, se trata del *Liber Gai*, que sería una fuente importante de conocimiento del mundo jurídico del periodo postclásico tardío (p. 76). Vid. también *Epítome Gai*, trad y notas de José María Coma Fort y José-Domingo Rodríguez Martín, Fundación Seminario de Derecho romano Ursicino Álvarez, 1996.

64. Esta afirmación se puede enlazar directamente con la teoría sostenida por AVENARIUS,

la época postclásica cada vez se está poniendo más en duda, no contendrían, entonces, como se ha pretendido, una vulgarización del derecho clásico, sino algo muy distinto, que es el extracto o síntesis de lo ya elaborado, ordenado y preparado por los juristas clásicos, a partir de los cuales no quedaba apenas ninguna cuestión susceptible de innovación, pero que naturalmente estaban en condiciones de resumir sus propias argumentaciones.

12. Podemos, por tanto, afirmar que la controversia entre las escuelas de juristas se utilizó en la etapa álgida del derecho clásico romano, por Gayo principalmente, para exponer de forma didáctica una cuestión jurídica controvertida utilizando el método dialéctico de argumentación, con independencia de que realmente hubiese existido una contraposición o quizá una enemistad, manifiesta o no, entre dichas escuelas, sobre la que se pudiese fundamentar originariamente aquella. Castro Sanz⁶⁵ ya ha puesto de manifiesto la distante perspectiva desde la cual Gayo describe dichas controversias. Y no se puede olvidar, como dijo Liebs,⁶⁶ que Pomponio cuando se refiere a los casianos y a los proculianos se refiere a las cabezas de las escuelas de la tercera generación (“Schulhäupter der dritten Generation”).

Por supuesto no se pone en duda la propia existencia de las escuelas de juristas, atestiguada claramente en las fuentes, entre otras, por Pomponio, que en D. 1.2.2.47 se refiere a *diversae sectae* (..) que serían llamados unos Casianos y otros Proculianos, y por Plinio el Joven, que menciona la escuela casiana en *Epist.* 7.24 (...*aliquando C. Cassi, huius qui Cassianae scholae princeps et parens fuit*). Podrían haber sido incluso análogas a las *scholae philosophorum* que cita Cicerón en *de Orat.* 1.56. Es probable, y hasta comprensible, que hubiese habido rivalidades entre ellas. Pero los concretos casos en que, según las fuentes, aparecen enfrentadas entre sí como tal grupo o escuela por la resolución de una cuestión jurídica, aquí analizados, nos permiten concluir que es

M., *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., para quien la convicción de que el llamado Epítome de Ulpiano era clásico desapareció desde que el *liber singularis regularum*, a partir del s. XIX, bajo la influencia de las ideas interpolacionísticas, se tomó por un texto postclásico de autoría no clara, sobre el que se habrían introducido alteraciones posteriores.

65. Vid. CASTRO SANZ, A., *Al alba de las escuelas: Casiano y Sabinianos*, Scritti per Alessandro Corbino, vol 2., 77, afirma que las Instituciones de Gayo son producto de quien se consideraba un tanto anacrónicamente sabiniano/casiano, mencionando el autor entre los próximos en el tiempo a Juliano, e incluso a Javoleno, pero mostrándose mucho más conocedor de las controversias germinales de las escuelas que ducho en las cercanas.

66. LIEBS, D., *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, cit. 206.

irrelevante saber si realmente existieron tales enfrentamientos. Como hemos constatado, se trata de un recurso didáctico, con el que se personificaba en las escuelas de juristas el método de argumentación dialéctica, consistente en presentar como contrapuestas una tesis y su antítesis, solo con la finalidad de exponer los argumentos y de indicar la vía por la que se llega a una afirmación sintética y conclusiva.

Hay, además, otro importante indicio, fundamentado más bien en la propia naturaleza humana, pero también extraído de la exégesis de los textos de las fuentes, que reafirma la hipótesis aquí sostenida. En el enfrentamiento entre la opinión de los maestros de la escuela de Gayo, de los que tan orgulloso se siente, y la de la contraria, la gran mayoría de las veces se presentan como más convincentes estos últimos, los proculianos,⁶⁷ ya que se les atribuye la autoría del argumento que, directamente, conduce a la deducción de la conclusión sintética.⁶⁸ Incluso, como ha escrito Liebs,⁶⁹ dos veces encontramos el respaldo, por medio de constituciones de los emperadores (Antonino Pío y Adriano), de la postura de los proculianos; y hemos encontrado una tercera en Fr. Vat. 266 (cit). Y, aunque la resolución de la cuestión constituye una conciliación sintética entre ambas opiniones, sería para Gayo bastante vergonzante la pertenencia a la escuela menos pujante, si las controversias descritas hubiesen tenido lugar en la realidad.

Lo que, en cambio, nos parece más cierto y probable es que para los juristas de su época era de sobra sabido y conocido que no se trataba más que de un puro método de argumentación.

67. Vid. descripción muy gráfica de CASTRO SANZ, A., *Al alba de las escuelas: Casiano y Sabinianos*, cit., 76: Gayo prescinde de la denominación de casianos (o sabinianos), incluso de la de proculeyanos, para hablar de los “nuestros” y de los “otros” (...) como quien se agarra a pies juntillas a un dogma o a una profesión de fe: de pertenencia.

68. Como resultado de la búsqueda -infructuosa y con método inadecuado, creemos- de un criterio diferenciador entre las dos escuelas concluye, de forma bastante forzada, STEIN, P., *The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*, cit., 30, que los proculianos se preocupaban mucho más que sus oponentes por la preservación de las líneas que delimitaban el ámbito de aplicación de las acciones establecidas. Y este sería el motivo por el cual la cancillería imperial habría adoptado el método de los proculianos a pesar de que el propio Labeón había sido un oponente político de Augusto. En cambio, según Stein, los sabinianos no daban la impresión de consistencia, y no se ceñían al significado objetivo de los textos, y no se preocupaban si se infringían los principios generales del derecho de obligaciones, si la solución que defendían era más satisfactoria para la situación planteada.

69. LIEBS, D., *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, cit. 201.

Abstract: the passages in the Roman sources that expressly describe a discussion between the two schools of jurists in Rome, the *Cassiani* and the *Proculiani*, are analysed here. In all of them, the arguments concerning a specific legal institution are presented in the form of dialectical argumentation, i.e. a thesis is stated, which is opposed by an antithesis, with their respective arguments, in order to reach a synthetic conclusion between the two theories.

Keywords: schools of jurists, *Cassiani* and *Proculiani*, dialectical argumentation.

Sources: Gai 1.196, Gai 3.168, Gai 3.178, Gai 2.244, Gai 2.79, Gai 3. 141, Gai 3.98, Gai 2.213, D. 41.1.7.7, D. 18.1.1.1.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHI, G.G., *L'Epitome Gai: studio sul tardo diritto romano in occidente*, Napoli, Jovene, 1991.
- ARIZA TIRADOS, E., *La comunicación entre las escuelas jurisprudenciales romanas*, tesis doctoral, UCM (2019).
- AVENARIUS, M., *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, Göttingen 2005.
- BENVENISTE, E., *Le vocabulaire des Institutions Indo-européennes*, París, 1969, cap IV, El ganado y el dinero, v. *pecu et pecunia*.
- Cannata, C.A., *Lo splendido autunno delle scuole*, Mélanges en l'honneur du professeur Bruno Schmidlin, Basilea, 1998, 433-462.
- CASTRO SANZ, A., *Al alba de las escuelas: Casiano y Sabinianos*, Scritti per Alessandro Corbino, vol 2, 63-83.
- COCHIS, B., *Una presunta disputa di scuola in Gai, inst. 3.147*, Rivista di Diritto Romano III, 2003, 1-16
- D'ORS, A., *Estudio preliminar*, en *Framentos Vaticanos*, trad. De Amelia Castresana Herro, Tecnos, 1988, IX-XIX.
- FALCHI, G.L., *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, Giuffré, 1981.
- ITURMENDI MORALES, J., *Acerca de Rudolph von Jhering (1818-1892) y el sistema de los juristas romanos*, Anuario de la Facultad de Derecho de Extremadura, nº 11, 1993, 417-479.
- KASER, M., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode: ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, en *Forschungen zum Römischen Recht*, Band 36, Böhlau, Wien, Köln, Graz, 1986.
- KRÜGER, P., *Historia, fuentes y literatura del Derecho romano*, trad. ed. por La España Moderna, Madrid.

- LIEBS, D., *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II, 15, 1976.
- MÖLLER, C., *Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption, Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, 455-468.
- NÖRR, D., *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?* BIDR 84, 1981, 9-33.
- PARICIO, J., *Casianos (y más)*, SCDR 33, 2020, 103-140.
- PARICIO, J., *Una aproximación a la biografía del jurista Próculo*, SCDR 11, 1999, 83-100.
- STEIN, P., *The Two Schools of Jurists in the Early Roman Principate*, CLJ 31, April 1972, 8-31.
- STOLFI, E., *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, SDHI 63, 1997, 1-106.