

Francisco Cuenca Boy

D. 45.1.83.5 (Paul. 72 ad ed.) y D. 46.3.98.8 (Paul. 15 quaest.): análisis y comparación

RESUMEN: *Dos pasajes paralelos de Paulo sobre la imposibilidad de la prestación son objeto de una descomposición analítica que intenta aislar sucesivamente los siguientes elementos: juristas, hechos, soluciones y argumentos. La individualización de los tres primeros puntos sirve para aclarar el modo en que se relacionan, facilita la comprensión del contenido normativo de los textos y permite explicar mejor el entramado argumentativo que tiene detrás. Finalmente se apuntan tres cuestiones derivadas del análisis efectuado merecedoras de una profundización ulterior.*

1. Introducción - 2. Los juristas - 3. Los hechos - 4. Las soluciones - 5. Los argumentos - 6. Tres aspectos necesitados de profundización

1. Introducción

Estos últimos años se viene notando una atención creciente de los estudiosos hacia dos textos de Paulo que tratan principalmente de la imposibilidad de la prestación: D. 45.1.83.5 (72 ad ed.)¹ y D. 46.3.98.8 (15 quaest.)². El hilo con-

¹) D. 45.1.83.5 (Paul. 72 ad ed.): *‘Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relicta (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit. Quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit: nam et si navem, quam spondit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari. Pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur: et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit: et per has vices aut cessaturam aut validitatem stipulationem. Sed haec dissimilia sunt: adeo enim, cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: ‘illum, cum servus esse co-*

ductor y el objeto principal de ambos fragmentos es el que acabo de indicar – o sea, la imposibilidad de la prestación y sus consecuencias –, aunque lo cierto es que los autores que se han acercado a ellos³ lo han hecho desde puntos de

eperit, dare spondes' item 'eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari?' quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest et ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem. vini autem non speciem, sed genus stipulari videtur et tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur. Et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est: nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt. Et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit: sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit ...'.

²) D. 46.3.98.8 (Paul. 15 quaest.): *'Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est. Respondi, si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est, liberor. Nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti enim posse: in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest, et si servus effectus sit, alius videtur esse. Nec simili argumento usus est, ut, si navem, quam tu promissisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri te: hic enim eadem navis est, quam te daturum spondidisti, ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse. Homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam esse navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio eadem compositas: alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. Non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. Immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet: pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit. Diversum dicemus, si servus promissus ab hostibus captus sit: hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio. Area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit ...'.*

³) Bibliografía reciente (no exhaustiva): M.J. SCHERMAIER, *An eadem res sit, quaeritur. Änderungen der Sachidentität als Problem des römischen Rechts*, en «*Juris vincula. Studi M. Talamanca*», VII, Napoli, 2001, p. 281 ss., especialmente p. 296 ss.; R. RICHIHI, *L'inquadramento della nave nelle categorie delle res in diritto romano*, en «*RDR.*», I, 2001, p. 11 ss.; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2003, p. 222 ss.; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, p. 455 ss.; H. TROJE, *Celso tamen contra visum est*, en «*ZSS.*», CXII, 2005, p. 172 ss.; J.D. HARKE, *Vorübergehende Unmöglichkeit*, en «*ZSS.*», CXXIII, 2006, p. 102 ss., especialmente p. 107 ss.; L. D'AMATI, *La compravendita della res in potestate hostium*, en «*Fides, humanitas, ius. Studi L. Labruna*», II, Napoli, 2007, p. 1315 ss., especialmente p. 1338 ss.; D. NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11, 45.1.83.5, 46.3.98.8; 18.1.34.1-2)*, en «*Testi e problemi del giusnaturalismo romano*» (cur. D. Mantovani y A. Schiavone), Pavia, 2007, p. 521 ss., especialmente p. 544 ss.; Th. MAYER-MALY, *Argumentum*, en «*ZSS.*», CXXV, 2008, p. 251 ss., especialmente p. 273 ss.; D. NÖRR, *Exempla nihil per se valent. Bemerkungen zu Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8; 72 ad ed. 45.1.83.5*, en «*ZSS.*», CXXVI, 2009, p. 1 ss.; O. BEHREND, *Das Schiff des Theseus und die skeptische Sprachtheorie. Die Rationalität der antiken römischen Rechtssysteme und das romantische Rechtsbild Dieter Nörres*, en «*Index*», XXXVII, 2009, p. 397 ss., especialmente p. 421 ss.; ID., *Wie haben uns die römischen Juristen vorzustellen? Eine Frage, aus Anlass einer Kontroverse erörtert*, en «*ZSS.*», CXXVIII, 2011, p. 83 ss., especialmente p. 110 ss.; V. MAROTTA, *Una nota su D. 45.1.83.5 (Paul. 72 ad ed.)*, en «*Juris quidditas. Liber amicorum B. Santalucia*», Napoli, 2010, p. 171 ss. (versión sustancialmente idéntica, bajo el título *Peripecias de la obligación e identidad de la res*, en «*Glos-*

vista heterogéneos que en algún caso, y me refiero concretamente a Okko Behrends, se colocan al servicio de intereses teóricos de amplios vuelos en perjuicio de la explicación histórico-jurídica y jurídico-dogmática del contenido de los textos. Discutir aquí la legitimidad de este tipo de enfoques sería inoportuno, pero sí debo señalar un riesgo del que no se libran sin dificultad, y que no es otro que el encorsetamiento de la investigación como consecuencia de la pretendida existencia de un cauce único por el que debería discurrir toda interpretación que se quiera correcta⁴. Dictada por puro amor de tesis, esta exigencia es abusiva en general, pero en el caso concreto que he mencionado se torna completamente inaceptable para quien siga teniendo clara la condición del derecho romano como disciplina académica, toda vez que esta materia, por dilatados que puedan ser sus horizontes, tiene en la reflexión jurídica su núcleo esencial y su objeto imprescindible; y no sólo esto, sino que el estudioso del derecho romano debe partir siempre – es decir, cada vez – de las fuentes jurídicas concretas, evitando con todo cuidado subordinar el estudio de las mismas a la búsqueda de coherencia con una u otra teoría que anticipe los resultados alcanzables y condicione su comprensión. Valgan estos comentarios como aviso acerca del rumbo general que intentaré seguir en el análisis de las interesantes cuestiones que plantean los dos pasajes de Paulo.

Por otro lado, mi propósito actual es construir una posición personal e

sae. *European Journal of Legal History*», XI, 2014, p. 66 ss.); D. MANTOVANI, *Lessico dell'identità*, en «Homo, caput, persona, La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana» (cur. A. Corbino, M. Humbert y G. Negri), Pavia, 2010, p. 3 ss., especialmente p. 29 ss.; F. CUENA BOY, *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano*, Santiago de Compostela, 2010, p. 99 ss.; J. PLATSCHEK, *Zum Aufbau von D. 45.1.83.5: Notiz 'aus Anlass einer Kontroverse'*, en «ZSS.», CXXIX, 2012, p. 571 ss.

⁴) A Behrends, visto su empeño en embutir la casuística de nuestros textos en su teoría de «las dos jurisprudencias romanas» que tenderían a converger durante el Principado, se le podría dirigir la sabia admonición de von Clausewitz: «denn so wie manche Pflanzen nur Früchte tragen, wenn sie nicht zu hoch in den Stengel schießen, so müssen in praktischen Künsten die theoretischen Blätter und Blumen nicht zu hoch getrieben, sondern der Erfahrung, ihrem eigentümlichen Boden, nahegehalten werden» (C. VON CLAUSEWITZ, *Vom Kriege, Vorrede des Verfassers*). De todos modos, recientemente el propio Behrends (*Wie haben wir uns die römischen Juristen vorzustellen?*, cit., p. 83 ss.) admite la existencia de dos «Deutungsmodelle» – el suyo y el representado, por ejemplo, por Dieter Nörr – poco menos que recíprocamente excluyentes, y aunque señala que esta incompatibilidad obliga a buscar «eine auf Sachauseinandersetzung gegründete Entscheidung», no puede pretender sin injusticia que aquellos estudiosos que rechazan su modelo o que prescinden de él no se basan también, cada uno de ellos, en una «Sachauseinandersetzung» de valor no inferior en principio a la que él pide. Para una crítica más detenida de la tesis de Behrends, cfr. SCHERMAIER, *An eadem res sit, quaeritur*, cit., p. 284 ss., y sobre todo NÖRR, *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 44 ss.

independiente desde la que poder profundizar en el futuro, si se me diera la ocasión para hacerlo, el estudio de esos dos textos; siendo conveniente para ello evitar en la medida de lo posible cualquier apriorismo derivado de las múltiples interpretaciones doctrinales acumuladas sobre ellos, lo que voy a hacer en sustancia es una lectura directa de ambos. La tarea, sin embargo, no es nada fácil. Aunque en diferente medida, a primera vista ambos fragmentos recuerdan una carrera de relevos en la que, a cada nuevo trecho, cambia el corredor que toma y lleva el testigo. Esto podría distraer la atención hacia las figuras de los sucesivos relevistas, dificultando la identificación en todo momento del propio testigo y enturbiando la percepción de la posible unidad y coherencia de la prueba en sí. Además, siempre a primera vista, esa prueba no es exactamente la misma en los dos casos; quiero decir que de un texto al otro cambia el número de los relevistas, si entendemos que éstos son los juristas implicados en cada pasaje; o bien, lo que es igualmente importante, que cambia la identidad de alguno de los corredores y el orden en que otros parecen intervenir, si preferimos pensar que los equipos se componen de las hipótesis que Paulo, autor único y organizador y administrador de ambas pruebas, va poco a poco introduciendo en cada texto. Trataré de explicar (y de explicarme) mejor todo esto aplicando un esquema analítico que identifique sucesivamente los elementos siguientes: juristas; hechos; soluciones o consecuencias jurídicas; argumentos.

2. Los juristas

El primer movimiento es la identificación de los juristas. Los dos primeros párrafos de D. 45.1.83.5 (*‘Sacram ... effectus sit’*) muestran a Paulo en acción; después viene Celso, que corre de incógnito⁵ y, por lo que parece, divide o comparte su trecho con Sexto Pedio (*‘quoniam ... valituram stipulationem’*); el último y más largo tramo (*‘sed haec’ ... fin*) lo cubre de nuevo Paulo, que completa un recorrido de apariencia no circular⁶. En D. 46.3.98.8 comienza también Paulo y él es quien corre la mayor parte del tiempo; Pedio no es invitado a participar y Celso sólo aparece para ser censurado con energía; esta vez, el

⁵) Desde Cuyacio se sospecha que han desaparecido del texto algunas palabras que introducían en el debate una opinión o una cita de Celso; Mommsen piensa en una frase como «Celso tamen contra visum est» u otra parecida antes de la explicación que comienza con *‘quoniam’*. Sobre el problema, cfr. últimamente H. TROJE, *Celso tamen*, cit., p. 172 ss.

⁶) La penúltima frase de D. 45.1.83.5 (*‘sicuti ... erit’*) se anuda de forma directa a la hipótesis amplia de la nave (véase más adelante en el texto); la última (*‘hic tractatus’ ... fin*) es una extrapolación o un argumento *ad abundantiam*.

punto de llegada está mucho más cerca de aquel del que arrancó la carrera⁷.

3. Los hechos

Por lo que se refiere a los hechos, el propósito es registrar con la máxima concisión aquellos que aparecen con un mínimo de especificidad propia en (1) D. 45.1.83.5 y en (2) D. 46.3.98.8, pero sin adelantar nada respecto de las consecuencias jurídicas que se les asocian ni sobre los argumentos en que esas soluciones se basan. Como ventaja más inmediata, este índice nos dará una primera pauta para pronunciarnos sobre el parecido entre los dos textos.

1) D. 45.1.83.5: (i) estipulación de una *res sacra, religiosa, usibus publicis in perpetuum relicta* o de un *homo liber*⁸; (ii) promesa de una *res profana* o de un esclavo que se convierten en *res sacra* o en *homo liber* sin intervención del deudor y regresan después *lege aliqua* al estado inicial⁹; (iii) promesa de una nave ajena que el propietario deshace y reconstruye con las mismas tablas¹⁰; (iv) promesa de *ex fundo centum amphoras vini* y perecimiento sin culpa del deudor¹¹; (v) promesa de un *homo liber* para el caso (es decir, bajo la condición) de que se convierta en esclavo, o de un *locus* sagrado o religioso para el caso de que llegue a ser profano¹²; (vi) promesa de una nave ajena que el propietario dismantela para dedicar las tablas a otros usos pero reconstruye después al haber cambiado de intención¹³; (vii) promesa de una nave ajena que el propietario desarma con el propósito de repararla y arma de nuevo con todas y las mismas tablas¹⁴; (viii) retirada de maderos de una casa para ser

⁷ En efecto, si se prescinde de la referencia final a las XII Tablas ('denique' ... fin), y aun contando con ella, el pasaje comienza y termina con la *quaestio* inicial.

⁸ '*Sacram vel religiosam vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum ... stipulor*'.

⁹ '*Cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit ... sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit ... si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit*'.

¹⁰ '*Si navem, quam sponndit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegerit*'. En su literalidad, esta frase no recoge el rasgo de la ajenidad de la nave prometida, que resulta sin embargo seguro a tenor de la descripción de los mismos hechos en D. 46.3.98.8: véase *infra*, nt. 19.

¹¹ '*Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini ... et si natum sine culpa promissoris consumptum sit*'.

¹² '*Illum, cum servus esse coeperit, dare spondes? item eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari?*'.

¹³ '*Navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum abulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur*'.

¹⁴ '*Si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint*'.

repuestos en ella¹⁵; (ix) demolición de la casa *usque ad aream* y reconstrucción con los mismos materiales¹⁶.

2) D. 46.3.98.8: (i) promesa de un solar ajeno sobre el que el dueño edifica una *insula*¹⁷; (ii) promesa de un esclavo ajeno que el dueño manumite y regreso del manumitido, *lege aliqua*, al estado de esclavitud¹⁸; (iii) promesa de una nave ajena que el propietario deshace y reconstruye con las mismas tablas, habiendo tenido esta intención desde el principio¹⁹; (iv) promesa de una nave ajena que el propietario deshace para dedicar las tablas a otros usos pero reconstruye después al cambiar de intención²⁰; (v) promesa de un esclavo que cae en poder del enemigo²¹.

A la vista de los hechos catalogados, resulta evidente que las coincidencias entre los dos textos son sólo parciales. El supuesto inicial es completamente distinto en cada uno de ellos. La descripción del segundo supuesto es también diferente: mientras que la de D. 45.1.83.5 incluye la cosa profana, la de D. 46.3.98.8 se refiere únicamente al esclavo e indica que su propietario y el promitente son sujetos distintos; dicho sea de paso, no es seguro que el papel de la ajenidad de la *res*, explícito a todo lo largo del pasaje de las *quaestiones*, sea enteramente recogido, en cuanto a este segundo supuesto, por la indicación *si sine facto debitoris* del fragmento del comentario edictal²². Tampoco hay plena correspondencia en la descripción del tercer supuesto, o sea, el de la nave desarmada y recompuesta con las mismas tablas: en efecto, a diferencia de D. 45.1.83.5, cuya descripción se limita casi al hecho material del desmantelamiento, en D. 46.3.98.8 es posible advertir que el propietario, distinto del deudor, tuvo desde el principio la intención de rehacer la embarcación. La aparición del dato de la intención del propietario de la nave en D. 45.1.83.5 se demora hasta el sexto supuesto, precedido de un cuarto y un quinto de los que no hay traza alguna en el fragmento de las *quaestiones* y se-

¹⁵ *'De aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur'*.

¹⁶ *'Si usque ad aream deposita sit ... eadem materia restitatur'*.

¹⁷ *'Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit'*.

¹⁸ *'Si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est ... si idem rursus lege aliqua servus effectus sit'*.

¹⁹ *'Si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit'*; decimos que el propietario de la nave la ha desmantelado con el propósito de reconstruirla por pura comparación con la hipótesis que figura a continuación en el texto.

²⁰ *'Si ea mente [navem] dissolutam esse posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas'*.

²¹ *'Si servus promissus ab hostibus captus sit'*.

²² La misma duda se plantea también en relación con la promesa de *'ex fundo centum amphoras vini'* cuando se indica que el vino ha perecido *sine culpa promissoris*. Sobre el punto, cfr. CANNATA, *Corso cit.*, p. 227 nt. 509.

guido de un séptimo en el que figura igualmente aquel dato y que se corresponde con el tercero de D. 46.3.98.8; a su vez, el cuarto supuesto de D. 46.3.98.8 es correlativo del sexto de D. 45.1.83.5. Enfocando por un momento de forma conjunta todo lo relativo a la nave, es decir, tratándolo como una sola hipótesis más amplia, resulta que este caso se presenta una primera vez en el texto del comentario al edicto sin ninguna mención del elemento intencional, o sea, aparentemente – pero puede que sólo aparentemente –, como supuesto macizo sustraído a la influencia de un tal factor, mientras que luego aparece dividido en dos términos en función precisamente de él; en cambio, aunque en orden inverso al de D. 45.1.83.5, en D. 46.3.98.8 se exponen directamente los términos de esta división²³.

Por último, a los fines de este análisis preliminar, sobre los supuestos restantes basta subrayar que los de uno y otro texto²⁴ son completamente dispares.

Por peregrino que pueda parecer, el despiece realizado nos pone sobre aviso de la existencia de límites a los que debe sujetarse la comparación entre ambos textos. Desde luego, la idea de que los dos son expresión de una misma *quaestio* o *tractatus* paulino²⁵ debería tomarse con toda cautela; las semejanzas parciales de contenido podrían muy bien ser fruto del uso, en contextos temáticos y con fines diversos, de fragmentos de argumentación más o menos adecuados o consonantes que Paulo tenía a disposición en su escritorio. Se dan, de esta forma, cruces concretos que delimitan las áreas susceptibles de comparación, pero los textos, en última instancia, son muy diferentes. Refuerza esta impresión un dato externo por demás aparente como es el distinto origen de cada uno: D. 45.1.83.5 procede de los comentarios de Paulo *ad edictum* y D. 46.3.98.8 de sus *libri quaestionum*. Pues bien, más útil que repetir las características propias de estos dos géneros literarios²⁶, es retener el dato de que D. 46.3.98.8 comienza con el planteamiento de una *quaestio* determinada (la relativa a la promesa del solar ajeno sobre el que el dueño edifica), lo que invita a suponer que el contenido subsiguiente es funcional al examen y la solución de esa primera pregunta; esta misma unidad interna, cuya existencia de todos modos se deberá comprobar, parece *a priori* ausente de D. 45.1.83.5.

²³) Quizás es más exacto decir que, en el texto de las *quaestiones*, Paulo hace coincidir la formulación de la hipótesis más amplia con uno de los dos términos en los que divide la misma: aquel consistente en la separación de las tablas con fines de reparación de la nave.

²⁴) Se trata de los hechos (viii) y (ix) de D. 45.1.83.5 y (v) de D. 46.3.98.8.

²⁵) En este sentido MAROTTA, *Una nota su D. 45.1.83.5*, cit., p. 171 y 175; de forma más matizada, CANNATA, *Corso*, cit., p. 224 nt. 492.

²⁶) Cfr. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 223 ss.; son interesantes las observaciones de NÖRR, *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 9, sobre algunos rasgos estilísticos de Paulo.

4. Las soluciones

Siguiendo con la pauta que me he marcado para el análisis, es ahora el momento de aislar las consecuencias jurídicas, la solución o el desenlace que los textos asocian a cada supuesto.

1) Comienzo con los de D. 45.1.83.5. (i) La estipulación de una *res extra commercium* o de un *homo liber* es nula *ab origine* y para siempre, no importa que la cosa pueda ingresar después *in commercio* o el hombre libre convertirse en esclavo²⁷. (ii) Cuando la cosa profana o el esclavo prometido se convierten en cosa sagrada o en hombre libre, el deudor que no ha tenido intervención en ello se libera de su obligación; este resultado es consecuencia de la extinción definitiva del vínculo, que no renace aunque *lege aliqua* la cosa sagrada comience a ser profana de nuevo o el libre recaiga en esclavitud²⁸. (iii), (vi) y (vii) Dada la forma en que aparece en el estado actual del pasaje, el caso de la nave ajena desmantelada y reconstruida por el propietario con las mismas tablas es peculiar: lo primero que se dice de él es que la reconstrucción hace que la obligación renazca o se reanude²⁹, lo que supone un estado de inexigibilidad durante el tiempo que la nave ha estado desmantelada. Podemos asumir que esta opinión era de Celso³⁰. Paulo, que la citaba con ánimo de rebatirla, tratará de acotarla vinculando la solución del supuesto a la intención con la que el dueño de la nave la desarmó, en términos tales que el *inciperet obligari* defendido por Celso se daría únicamente en el caso de que la nave hubiera sido desmontada y después recompuesta *reficiendae causa*; por el contrario, si la reconstrucción es consecuencia del cambio del propósito inicial del propietario, la obligación habrá quedado extinguida de forma definitiva desde el momento mismo del desmantelamiento³¹. Entre paréntesis, me parece necesario anotar que este análisis de Paulo no prejuzga la cuestión de si Celso, al formular su opinión, la extendía a cualquier caso en que la nave fuese rearmada por el propietario o estaba pen-

²⁷ *Inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest*.

²⁸ *Liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocatur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit et Stichus ex libero servus effectus sit*.

²⁹ *Inciperet obligari*.

³⁰ Véase *supra*, nt. 5; queda por establecer con exactitud hasta dónde llegaba la cita de Celso o la reseña de su doctrina por parte de Paulo.

³¹ En D. 45.1.83.5 falta una indicación explícita de estas consecuencias jurídicas que, de todos modos, se desprenden con claridad de la andadura del texto.

sando principalmente en la hipótesis de la reconstrucción prevista desde el principio; más adelante volveré sobre ello. (iv) La promesa de cien ánforas de vino de un fundo determinado, en caso de que el vino se pierda una vez nacido sin culpa del promitente, implica para el acreedor la necesidad de esperar a que nazca de nuevo y pueda ser dado³²; aunque es Sexto Pedio quien así se pronuncia, lo más probable es que su dictamen formara parte de la cita o reseña de Celso que venimos dando por cierta en D. 45.1.83.5³³. (v) La promesa de un *homo liber* bajo la condición de que se convierta en esclavo o de un *locus* sagrado o religioso bajo la condición de que se haga profano es nula, afirma Paulo, que basa su nulidad en la serie de razones que luego diremos y que utiliza este caso para desactivar el argumento que Celso quería extraer de la solución dada por Pedio al caso del vino.

Las dos últimas hipótesis de D. 45.1.83.5 – (viii) retirada de maderos de una casa para ser repuestos en ella, (ix) demolición de la casa *usque ad aream* y reconstrucción con los mismos materiales – guardan una relación secundaria con todas las anteriores; esto en el sentido de que Paulo las utiliza meramente como término de comparación para aclarar mejor el sentido o el alcance jurídico de un argumento implicado como veremos en la discusión de los demás casos – el de la identidad de la *res obligata* –, pero sin enunciar, como sí hace con éstos, una consecuencia concreta que pueda interesarnos en el estudio de la imposibilidad de la prestación. En otros términos, estos dos supuestos se ubican mejor en el plano de los argumentos que en este de las soluciones que es el que estamos examinando.

2) Paso ahora a los supuestos de D. 46.3.98.8. (i) La promesa de un solar ajeno sobre el que su propietario construye una casa plantea la pregunta concreta de si se habrá extinguido la estipulación; Paulo lo niega, puesto que dice que el solar puede ser reclamado y se debe pagar su estimación³⁴. No obstante, su respuesta no es inmediata sino que llega sólo después de un denso recorrido por otras hipótesis que ahora mencionaremos. Cabe suponer que este proceder discursivo se debió al convencimiento de que la comparación con esas otras hipótesis podía favorecer el entendimiento de la *quaestio* inicial y de la solución que recibe, y también, posiblemente, al deseo de apro-

³² ‘*Rursum expectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit*’. Concibiéndose la estipulación del vino como promesa de cosa futura, ya antes habrá tenido que esperar el estipulante ‘*donec nascatur*’.

³³ De diferente opinión es GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., p. 456 s., según la cual Paulo cita a Pedio directamente y no a través de Celso; la cita iría de ‘*pro quo a stipulationem*’.

³⁴ ‘*An stipulatio extincta sit, quaesitum est, respondi ... immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet*’.

vechar las implicaciones de dicha *quaestio* para extender el radio del análisis a otras hipótesis. En todo caso, como ya he adelantado, considero que la pregunta relativa al solar edificado suministra un punto de vista desde el que es posible entender el contenido del pasaje en su conjunto, cosa que no ocurre en el fragmento del comentario edictal. (ii) Cuando el esclavo ajeno prometido es manumitido por su dueño, el deudor se libera³⁵; siendo definitiva su liberación, en caso de que *lege aliqua* el ahora libre cayera de nuevo en esclavitud, no por ello volvería el promitente a quedar obligado. Ésta es la solución de Paulo, que rechaza la reanudación de la *obligatio* defendida por Celso para este último caso³⁶. (iii) Según Paulo, la obligación se mantiene en pie³⁷, aunque de momento no sea exigible, cuando el propietario de la nave prometida por otro la deshace con el propósito de rehacerla y efectivamente la reconstruye con las mismas tablas³⁸. (iv) Siempre según Paulo, la solución es distinta si el propietario deshace la nave para dedicar las tablas a otros usos pero la reconstruye después al cambiar de intención; cuál sea esa solución diferente se infiere del texto sin dificultad: así como el promitente del esclavo ajeno se libera de una vez para siempre si el dueño lo manumite, así también, en la hipótesis considerada, la obligación del deudor de la nave se extingue definitivamente. (v) Si el esclavo prometido (¿propio o ajeno?) cae en poder del enemigo, sólo podrá ser exigido en el caso de que regrese en virtud del postliminio³⁹.

5. Los argumentos

Completo mi esquema de análisis con la relación de los argumentos empleados por Paulo, por Celso o por ambos con el fin de fundamentar espe-

³⁵ *‘Liberor’*. Cfr. D. 45.1.51 (Ulp. 51 ad ed.): *‘Is, qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem ex stipulato actione non tenetur: sufficit enim, si dolo culpave careat’*.

³⁶ Según Celso, *‘si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse’*. Con la diferencia de que se refiere al esclavo legado *per damnationem* y no añade la indicación *‘rursus lege aliqua’*, el jurista adrianeo expresa la misma opinión en D. 32.79.3, 9 dig. [19 dig.: O LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, c. 152 fr. 161]; y en el párrafo 2 del mismo fragmento la extiende al supuesto del *‘area legata inaedificata medio tempore’*. Observa NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia*, cit., p. 547, que esta lacónica opinión es tanto más sorprendente cuanto que las afirmaciones de Celso no son de ningún modo obvias; para el mismo autor (*Exempla nihil per se valent*, cit., p. 18), es seguro que en D. 32.79 Celso utilizaba también el ejemplo de la nave.

³⁷ *‘Teneri te’*.

³⁸ Que Paulo está pensando en el caso del propietario que desmantela la nave con la intención de reconstruirla se deduce, por pura comparación, de la hipótesis que viene inmediatamente después en el texto; tacitamente, el jurista reduce la hipótesis relativa a la nave a uno de los dos términos en que, como sabemos, él mismo la divide analíticamente.

³⁹ *‘Hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur’*.

cialmente la solución de uno u otro supuesto y salirse así con la suya en general. Salvo algunos retoques introducidos para mayor claridad de la exposición, los presento en el mismo orden con que aparecen en los textos.

1) En D. 45.1.83.5, la frase '*quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit*' forma parte de la cita o reseña de Celso que Paulo introdujo en su texto; de hecho, es la frase con la que comenzaría tal referencia justo después de la indicación perdida '*Celso tamen contra visum est*' o semejante. El argumento, por tanto, pertenece a Celso y podría servir para explicar la reanudación o reviviscencia de la obligación relativa al esclavo que, habiendo alcanzado la libertad, vuelve a caer en esclavitud o a la cosa profana que deviene sagrada y nuevamente profana. Me curo en salud diciendo que la idea *podría servir* para explicar la reviviscencia en supuestos como los indicados porque no consta que Celso la pusiera en relación expresa con ellos ⁴⁰, sino, a tenor de lo que D. 45.1.83.5 nos permite saber, sólo con el caso de la nave y con el de la estipulación de '*ex fundo centum amphoras vini*'. Siendo esto así, parece que debe atribuirse a Paulo el temor de que aquellos supuestos, entendidos como casos de imposibilidad temporal, puedan ofrecerse como campo de juego para el fenómeno de la reviviscencia. Y quizá por eso también, Paulo comienza el fragmento como lo hace, afirmando sin margen de duda la nulidad de la estipulación de una *res extra commercium* o de un *homo liber*: siempre que la promesa tenga un objeto como éstos, la consecuencia es la nulidad definitiva, sea que la circunstancia estuviera presente desde el principio, sea que irrumpa en un momento posterior. Pero el argumento, como digo, es de Celso, que con el caso de la nave – y subordinándolo a él con el del vino – ilustra no tanto su significado, transparente en principio, sino su campo de aplicación.

Hace así aparición el argumento central de la identidad de la *res* y vuelve a ser Celso quien lo introduce al afirmar que la nave que el dueño desmantela y rehace con las mismas tablas es la misma que otro había prometido; y puesto que es la misma, con su reconstrucción revive la obligación del promitente: '*quia eadem navis esset, inciperet obligari*'. Sería éste un caso claro de aquellos en los que '*aut dari non possit aut dari possit*'; en cuanto a la causa única de liberarse y obligarse ('*quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi*'), lo más directo es entender que coincide con la inexistencia y la existencia de la misma *res*, situaciones que se siguen, respectivamente, del desmantelamiento y la reconstrucción de la nave ⁴¹. Más allá de este caso concreto, el potencial del argumento

⁴⁰) Sí lo hace, no obstante, *apud* Paulo D. 46.3.98.8; véase *infra*, en este apartado, sub 2).

⁴¹) Del significado de '*causa*' en esta frase se han dado diferentes interpretaciones; por señalar algún ejemplo: según GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., p. 457, la frase en cuestión

celsino es tan peligroso como para que Paulo se esfuerce en salir a su paso, cosa que hace con más claridad en el pasaje de las *quaestiones* que en el del comentario edictal, y para que intente prevenir su extensión a la estipulación cuyo objeto, en un momento cualquiera, es una *res extra commercium* o un *homo liber*. Veremos cómo lo hace en D. 45.1.83.5, casi por reducción al absurdo, pero antes hay que dar cuenta de un tercer argumento esgrimido por Celso.

La frase *'et per has vices cessaturam aut valituram stipulationem'* enuncia este tercer argumento, cuyo espigón es aquello de *'rursus expectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit'* que dice Pedio de la promesa de *'ex fundo centum amphoras vini'* cuando el vino ya nacido se consume sin culpa del promitente⁴². Deduciéndolo de esta opinión circunscrita de Pedio, Celso generaliza aquel corolario y lo aplica de forma un tanto capciosa al caso de la nave para explicar que la reconstrucción determina la reviviscencia de la obligación y para hacer más verosímil dicho resultado: igual que el vino nacido de nuevo puede ser dado, también lo puede ser la nave reconstruida, que es idéntica a la prometida; la estipulación relativa a cada uno de esos objetos «cesó»⁴³ un tiempo pero ahora «vale» otra vez. Ahora bien, como vengo diciendo, indirecta o implícitamente el argumento en cuestión se podría extender también a los otros supuestos que preocupan a Paulo; de ahí que éste se aplique con energía a desvirtuar la posibilidad de tal extensión. Veamos cómo lo hace.

El movimiento inicial de Paulo, siendo éste su primer argumento si descontamos la toma de posición del comienzo del pasaje, es apuntar que los casos expuestos por Celso (los de la nave y el vino) son diferentes de aquel

se refiere a la objetividad de la cosa en obligación y la palabra *'causa'* describe la traducción jurídica de este aspecto naturalístico (cfr. *ibid.*, p. 461, para la aclaración de esto último); NÖRR, *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 32, atribuye a la palabra *'causa'* el significado de «Rechtsgrund»; en opinión de A. PALMA, *Vicende de la res e permanenza della causa*, en «Sodalitas. Studi A. Guarino», III, Napoli, 1984, p. 1500 s., la causa es la relación que nace de la forma y traduce el equilibrio de las prestaciones, la necesaria correspondencia de las posiciones de las partes; es de señalar que para este autor (p. 1491) la *'una atque eadem causa et liberandi et obligandi'* de D. 45.1.83.5 no se presenta todavía como categoría dogmática autónoma, sino en relación con las vicisitudes de la *res* en las *stipulationes in dando*.

⁴² Este caso del vino sería también de aquellos en los que *'aut dari non possit aut dari possit'*, con la ventaja, respecto del supuesto de la nave, de que su análisis y su solución no eran controvertidos. Como señala CANNATA, *Corso*, cit., p. 231 s., Celso elabora un esquema general apoyándose en la solución propuesta por Pedio para el caso del vino. Según PALMA, *Vicende della res*, cit., p. 1495, la frase *'et per has vices cessaturam ...'*, no es de Celso sino de Sexto Pedio.

⁴³ El verbo *'cessare'* se utiliza con este mismo significado en D. 45.1.137.4 (Ven. 1 *stip.*): *'Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit'*. En cambio, en D. 45.1.35.1 (Paul. 12 *ad Sab.*) *'cessat obligatio'* indica la inexistencia de ésta.

que consiste en la promesa de un *homo liber* o una *res extra commercium*: ‘*sed haec dissimilia sunt*’. Tal como él la explica, centrándose sobre todo en el *homo liber*⁴⁴, la diferencia estriba, principalmente, en que no se ha de atender al tiempo de la esclavitud: ‘*servitutis tempus spectandum non esse*’; esto quiere decir que la promesa de un *homo liber* no puede, nunca, ‘*cessare*’ en espera de un ‘*valere*’ ulterior; que no puede darse el caso, en ninguna situación, de que la promesa de un *homo liber* pase de un estado en que *dari non possit* a otro ulterior en que *dari possit*. Esto ya lo ha sentado Paulo, al principio del texto y con lenguaje más descriptivo, respecto de la *stipulatio* pura de la cosa no comerciable o del hombre libre y, sobre todo, respecto de la relativa a una *res profana* o a un esclavo que devienen cosa sagrada u hombre libre y retornan después al estado anterior. Ahora da una vuelta de tuerca e insinúa, en lo que no me parece muy lejano de una *reductio ad absurdum*, que los argumentos de Celso conducirían a admitir como válida la estipulación del hombre libre o la *res extra commercium* que se celebrase bajo la condición de que aquél se convierta en esclavo o ésta en cosa comerciable. ‘*Ne haec quidem stipulatio probanda sit*’: esto es lo que dice Paulo de semejante posibilidad y es difícil creer que Celso no hubiera estado de acuerdo con su afirmación⁴⁵.

Pero aún hay más. Antes he dicho que Celso extrapola de la explicación dada por Pedio al caso del vino un corolario que, adaptándose bien a dicho caso, no se ajusta del mismo modo a otros a los que él (Celso) capciosamente lo querría extender. Para deshacer este enredo dogmático, a Paulo le basta señalar que el elemento temporal contenido tácitamente en la promesa del vino – la necesidad de esperar ‘*donec [vinum] nascatur*’ y, en su caso, ‘*donec iterum nascatur*’ – se debe concretamente a que se trata de una estipulación de género; en cambio, la del hombre libre ‘*certa species continetur*’. Por supuesto, el sentido del razonamiento paulino no es que la estipulación pura de cosa específica excluya de por sí la inherencia de semejante elemento temporal⁴⁶. Más bien, lo que Paulo quiere indicar –lo que ya ha dicho en realidad– es que la colocación en el mismo plano de los dos casos –el del vino y el del *homo* manumitido y de nuevo esclavizado– ignora la diferencia que existe entre ellos, diferencia consistente en que, dado que no se debe atender al tiempo de la esclavitud, no hay cabida,

⁴⁴) Pero el razonamiento no es diferente para las *res extra commercium*, que serán mencionadas en el discurso de Paulo todavía una vez más.

⁴⁵) Lo mismo piensa MAROTTA, *Una nota su D. 45.1.83.5*, cit., p. 181.

⁴⁶) Cfr. D. 45.1.73 pr. (Paul. 24 ad ed.): ‘*Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit ... stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest*’; D. 45.1.137.2 (Ven. 1 stip.): ‘*inest tempus*’; D. 13.4.2.6 (Ulp. 27 ad ed.); D. 40.7.34.1 (Pap. 21 quaest.). Cfr. NÖRR, *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 38 s., y CUENCA BOY, *Rerum natura*, cit., p. 82 ss.

en el segundo, para ningún elemento temporal. Con estas razones, la extrapolación pretendida por Celso se ve privada de cualquier fundamento.

Para explicar mejor el sentido de su crítica, y también con el fin de hacerla aún más evidente, Paulo introduce el supuesto de la estipulación condicional del *homo liber* o la *res extra commercium*. Al respecto, luego de haber reprobado en general esa estipulación, trae a colación otros dos argumentos, uno de orden dogmático, igual que los anteriores, y otro que se sitúa más bien en el plano jurídico-moral.

El primero recuerda que un objeto como el *homo liber* o la *res extra commercium* no es susceptible de obligación en el tiempo presente: ‘*quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest*’⁴⁷; a ello se suma que solamente aquellos objetos cuya naturaleza así lo permite son deducibles en obligación: ‘*ea dumtaxat, quae natura sui possibilis sunt, deducuntur in obligationem*’. Es decir, la naturaleza del hombre libre y la de la cosa no comerciable son tales que impiden concebir una obligación que los tenga por objeto. ‘*Praesentis temporis*’, ni siquiera bajo condición sería admisible comprenderlos en obligación y ya he dicho que no creo que Celso hubiese llevado su propia tesis hasta el extremo de defender lo contrario. Ahora bien, el requisito de la posibilidad (‘*ea quae natura sui possibilis sunt*’) existe y es igualmente exigible en cualquier momento y situación en que la obligación pueda llegar a encontrarse⁴⁸; también, por tanto, en el supuesto de que el esclavo o la cosa comerciable prometidos se convirtieran en hombre libre o en cosa no comerciable y aunque ‘*lege aliqua*’ volvieran después a su anterior condición⁴⁹. De ocurrir lo primero, la obligación se extinguirá definitivamente al carecer de objeto posible y lo segundo no tendrá ya ninguna repercusión.

⁴⁷) ‘*Nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt*’, insistirá todavía Paulo un poco más adelante en frase que pone todo el énfasis sobre el adverbio ‘*statim*’ (o sea, al punto, al instante); cfr. CANNATA, *Corso*, cit., p. 226 nt. 504 y 506, y PLATSCHEK, *Zum Aufbau von D. 45.1.83.5*, cit., p. 574.

⁴⁸) En este sentido, HARKE, *Vorübergebende Unmöglichkeit*, cit., p. 113. Que lo dicho en el texto era doctrina común lo prueba un pasaje de Venuleyo (D. 45.1.137.6, 1 *inst.*) que trata de las condiciones imposibles: ‘*ubi omnino condicio iure impleri non potest vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea condicio, quae natura impossibilis est, inserta esset. nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio*’; véase también Gai., *inst.* 3.97. Por lo demás, como muy bien señala PLATSCHEK, *Zum Aufbau von D. 45.1.83.5*, cit., p. 575, el planteamiento de la cuestión de la identidad es irrelevante una vez se ha decidido que un objeto (por ejemplo el *homo liber*) no es susceptible de quedar sujeto a nuestros usos y dominio.

⁴⁹) Ello aparte de que, según Paulo en D. 46.3.98.8, el individuo vuelto a esclavizar *lege aliqua* después de haber sido manumitido es un esclavo distinto (‘*alius esse videtur*’) de aquel inicialmente prometido.

Como he adelantado, el otro argumento desborda el campo de las razones dogmáticas para dar entrada en el debate a consideraciones de tipo jurídico-moral. La idea es que esperar la desgracia o la fortuna adversa de un hombre libre no es «ni civil ni natural»: *'et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est'*. De este postrer razonamiento se puede decir que, puesto que la cuestión ya ha quedado suficientemente explicada y resuelta con las anteriores demostraciones, Paulo lo trae principalmente a mayor abundamiento. Reducida así su importancia, de todos modos hay que advertir que el adjetivo *'naturalis'* de la frase transcrita no parece referirse a lo mismo que la expresión *'natura sui'* del argumento anterior; aquel adjetivo no califica un objeto sino la conducta o actitud de un sujeto jurídico – concretamente del acreedor –, y todo apunta que se lo debe entender como paralelo y complementario de *'(in)civilis'* en un intento de descalificación global de dicha conducta⁵⁰.

Para acabar, Paulo regresa al caso de la nave desmantelada y reconstruida y, con él, al problema de la identidad de la *res obligata*. Ya he tenido ocasión de decir cómo lo resuelve, limitando la identidad de la nave al supuesto de que haya sido desarmada *'reficiendae causa'* y recompuesta efectivamente con todas y las mismas maderas. De los varios casos analizados, éste es para Paulo el único en que, por tratarse de la *'eadem res'* prometida, sería atendible la idea de Celso acerca del *'cessare et valere'* de la estipulación; el único en el que el objeto de ésta, conservando su identidad, pasa sucesivamente de un estado en que *'dari non possit'* a otro en que *'dari possit'*. Ciertamente sorprende que la identidad de la *res* pueda depender de algo tan subjetivo como la intención con la que su propietario la manipula⁵¹. De forma un tanto oscura, pues no parece que se trate del mismo problema, Paulo alega un parecido con los dos últimos casos que menciona en el texto⁵², pero lo cierto es que en el segundo

⁵⁰ *'Nec enim fas est eiusmodi casus expectare'*, afirma Paulo en otro lugar (D. 18.1.34.2, 33 *ad ed.*) de la compra y la estipulación de un *homo liber* bajo la condición *'cum servus erit'*.

⁵¹ «Una soluzione veramente stupefacente»: así es como la califica CANNATA, *Corsa*, cit., p. 232; para NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia*, cit., p. 551, la diferencia que introduce Paulo en el caso de la nave es artificial; en ID., *Exempla nihil per se valent*, p. 27, califica el planteamiento de Paulo como apenas comprensible (e incluso sospechoso) bajo el aspecto objetivo de la identidad; véase no obstante una explicación plausible en RICHICHI, *L'inquadramento della nave*, cit., p. 13 s. En honor a la verdad, el problema de la identidad de la cosa debida – o sea, la conveniencia de explicar las soluciones que se le dan sin abandonar el plano de la casuística y los argumentos jurídicos o la necesidad de entenderlo íntegramente desde presupuestos metajurídicos – se encuentra en el núcleo de la polémica recordada al comienzo de mi estudio. No tengo el tiempo que me permitiría terciar en esta cuestión, pero mi sensibilidad se encuentra más cerca del primer punto de vista.

⁵² *'Sicuti de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream*

de ellos no atribuye ningún papel a la intención. La suya, en todo caso, ha sido probar que, por lo que respecta a este punto de la identidad de la *res*, las promesas que afectan al *homo liber* o a una *res extra commercium* deben tener el mismo tratamiento que aquella referida a la nave reconstruida '*mutato consilio*', nave que para él es otra distinta de la deducida en obligación: '*tamen et perempta prior navis est et haec alia dicenda est*'.

2) Pasamos a ver ahora los argumentos utilizados en D. 46.3.98.8. El primero reza así: '*in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest*'. Paulo se opone con él a la idea – que, ahora sí, se atribuye expresamente a Celso – de que el esclavo prometido que su dueño manumitió y que '*rursus lege aliqua servus effectus sit*' puede ser exigido: '*peti eum posse*'. Así pues, aquello que en D. 45.1.83.5 he señalado como hipótesis –la preocupación de Paulo ante la posibilidad de extender el argumento celsino de la reviviscencia de la obligación a un supuesto como el del esclavo o el de la cosa profana– recibe aquí y ahora explícita confirmación. Respecto del caso concreto del esclavo, ya que la cosa profana no es mencionada, Paulo viene a decir que la obligación nació válidamente, pero la manumisión ha causado su extinción definitiva; en estas condiciones, no puede ser restablecida. Aunque sea adelantar algo a lo que luego me referiré más detenidamente, me parece interesante señalar la razón por la que la obligación relativa al esclavo se ha extinguido y de forma definitiva: la manumisión del esclavo prometido tiene por consecuencia la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación a causa de la desaparición de su objeto; desaparición que no supone un mero cambio jurídico, como sería el paso de la esclavitud a la libertad, sino la radical inexistencia de ese objeto: el esclavo prometido ha dejado de existir '*in rerum natura*' y si volviera a ser esclavizado se trataría de otro distinto: '*et si servus effectus sit, alius videtur esse*'⁵³.

Estas tres últimas palabras ('*alius videtur esse*') remiten al argumento de la

deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit'. En materia de servidumbres, del edificio que es derribado – '*usque ad aream*', por tanto – para ser reconstruido de la misma especie y calidad, dice Paulo (D. 8.2.20.2, 15 *ad Sab.*) que la utilidad exige considerarlo el mismo, pero también señala que una interpretación más estricta llevaría a verlo como un edificio distinto; me parece digno de nota que la identidad de la *res* pueda depender de lo más o menos estricto de la interpretación y, en concreto, de una combinación sin duda variable entre el elemento de la intención y el criterio de la *utilitas*; también que, a diferencia de lo exigido por el propio Paulo para la identidad de la nave, de lo que aquí se trata no es de reconstruir el edificio exactamente con los mismos materiales sino de levantar uno de la misma especie y calidad; cfr. SCHERMAIER, *An eadem res sit, quaeritur*, cit., p. 303. Textos, entre otros, que podrían interesar a esta cuestión: D. 7.4.10.1 y 7 (Ulp. 17 *ad Sab.*), D. 30.65.2 (Gai. 15 *ad ed. prov.*).

⁵³) La misma idea en D. 34.4.27.1 (Paul. 21 quaest.): '*Servo legato et inter vivos manumisso ... etsi rursus in servitute ceciderit ... novus enim videtur homo esse*'.

identidad de la *res* o el objeto al que se refieren también las frases ‘*hic eadem navis est*’ y ‘*alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est*’, la primera de Celso y la segunda de Paulo. Se puede decir que éste utiliza la idea de la identidad de la *res* a su conveniencia, esto es, según su interpretación personal y sin apenas dejar que afloren esta vez explícitamente las consecuencias de alcance muy general que Celso extraía de ella. Me explico mejor: en D. 45.1.83.5, de Celso se recogían dos argumentos dogmáticos⁵⁴ y en medio, a modo de enlace entre ellos, el dictamen de Sexto Pedio sobre el caso del vino. De todo esto, lo único que en D. 46.3.98.8 podría ponerse en boca de Celso es la frase ‘*ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse*’: es claro que estas palabras recuerdan el alternar del ‘*cessare*’ y el ‘*valere*’ del segundo argumento celsino en D. 45.1.83.5, pero en el texto de las *quaestiones*, Paulo se apropia de ellas y las restringe a una de las dos hipótesis en que divide el caso de la nave. ¿Qué hace entonces Paulo con el argumento de la identidad? Ya le hemos visto decir que el esclavo manumitido y vuelto ‘*lege aliqua*’ a esclavizar es *alius*, y puesto que esto lo afirma en expresa oposición a Celso⁵⁵, lógico es deducir que para el jurista adrianeo tal esclavo es el mismo y por eso se puede pedir. Luego pasa Paulo al caso de la nave, que introduce con una fórmula similar a la que empleaba en D. 45.1.83.5 para marcar la diferencia existente, a su juicio, entre los casos de la nave y el vino que Celso empleaba y los del *homo liber* o la *res extra commercium*; en efecto, si allí decía ‘*sed haec dissimilia sunt*’, ahora señala ‘*nec simili argumento usus est*’ (scil. Celsus). La diferencia que importa – la que Paulo quiere destacar – es la existente entre el caso del esclavo manumitido y vuelto a esclavizar y el de aquella nave que es la misma por la sola razón de que fue desarmada con la intención de reconstruirla con las mismas maderas. Si se acepta por necesidad del análisis que la identidad del objeto depende de la intención de su propietario, como Paulo pretende, no debería ser difícil admitir también que la aplicación del argumento en cuestión al caso del esclavo resulta inviable, pues es evidente que nadie manumite a su esclavo con el propósito de volver a esclavizarlo de nuevo⁵⁶. Siendo esto así, el caso del esclavo se parece más bien al de la nave

⁵⁴) Respectivamente ‘*quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit*’ y ‘*et per has vices cessaturam aut valituram stipulationem*’.

⁵⁵) ‘*Nec admissum est, quod Celsus ait, ...*’.

⁵⁶) Esta aguda observación es de NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia*, cit., p. 551; ID., *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 28; cfr. también CANNATA, *Corso*, cit., p. 232, y HARKE, *Vorübergehende Unmöglichkeit*, cit., p. 111. De todos modos, más adelante habrá que referirse a la muletilla ‘*rursus lege aliqua*’ que tanto aquí como en D. 45.1.83.5 podría indicar que Celso concibe su idea con alguna restricción.

rehecha ‘*mutato consilio*’⁵⁷, caso en el cual falla el requisito de la identidad: ‘*alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est*’.

Volvamos por un momento a la frase ‘*ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse*’. Como ya he indicado, parece paráfrasis paulina de aquello que en D. 45.1.83.5 se ponía en boca de Celso: ‘*et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem*’. Recordemos también que la pregunta inicial de D. 46.3.98.8 era ‘*an stipulatio extincta sit*’. Lo que Paulo nos dice es que puede haber casos de imposibilidad transitoria en los que la obligación «cesa» sin extinguirse para revivir en un momento ulterior cuando desaparece la imposibilidad y, por descontado, siempre que desaparezca. Un ejemplo es el tan repetido de la nave disuelta con intención de rearmarla; otro, el del ‘*servus promissus ab hostibus captus*’. Respecto de este último, explica Paulo que el esclavo en cuestión ‘*interim peti non potest*’⁵⁸, pero que, si volviera en virtud del postliminio, entonces podrá ser demandado válidamente. Y añade: ‘*cessavit enim hic obligatio*’. En definitiva, se trata de un supuesto típico de ‘*cessare*’ – no de ‘*extingui*’ – que comparte explicación con el de la nave desarmada para ser reconstruida con las mismas tablas. Por el contrario, la estipulación relativa al esclavo que es manumitido no «cesa», sino que se extingue por efecto de la manumisión.

En D. 46.3.98.8 hay un último argumento que a mí me parece decisivo en el sentido de que, anudándose al supuesto con el que arranca el pasaje y sirviendo para fundar su solución, preside, en realidad, el conjunto de los razonamientos que se desenvuelven en el texto. La pregunta acerca de la extinción de la *stipulatio* se plantea en relación directa con el caso del solar prometido en el que su dueño edifica una *insula*. La respuesta de Paulo viene mucho después pero es clarísima: este caso es distinto de aquellos otros en los que se esfumó la identidad del objeto prometido⁵⁹, y la razón de su diferencia radica en lo siguiente: ‘*non enim desiit [area] in rerum natura esse*’, dado que el terreno forma parte de la *insula* y no es cualquier parte de ella sino la más importante ‘*cui etiam superficies cedit*’⁶⁰; de ahí que en ningún momento haya dejado de poder pedirse el edificio y de deberse el pago de su estimación⁶¹. Esta explicación sitúa el caso fuera de la alternativa entre el ‘*cessare*’ y el ‘*valere*’ que se ha venido examinando en relación con los demás⁶²; natu-

⁵⁷ ‘*Homini autem manumisso simile fiet ...*’.

⁵⁸ Y añade: ‘*quasi ante diem*’; esto parece alusión al elemento temporal tácitamente contenido en la promesa de ‘*ex fundo centum amphoras vini*’, según la explicación de Paulo en D. 45.1.83.5 (véase *supra*, p. 13 ss.).

⁵⁹ O sea, el de la nave rearmada *mutato consilio* y el del manumitido y vuelto a esclavizar.

⁶⁰ Después del caso del ‘*servus promissus ab hostibus captus*’, en el que la obligación «cesa», aún insistirá: ‘*area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit*’.

⁶¹ ‘*Immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet*’.

⁶² Pero Celso era seguramente de otro parecer: véase *supra*, nt. 36.

ralmente, tampoco se trata, según Paulo, de un supuesto de extinción. Pero lo que más me importa destacar en este momento es mi convicción de que el argumento que se condensa en la frase ‘*in rerum natura esse*’ – y que no es otro que el de la imposibilidad física de la prestación – se encuentra igualmente por detrás de los otros casos analizados en el pasaje. Así, como ya he adelantado, el esclavo prometido y manumitido por su propietario deja de existir *in rerum natura*, por lo que, si de nuevo volviera a ser esclavizado, sería ‘*alius*’⁶³. Lo mismo sucede con la nave desmantelada y reconstruida por el propietario que ha cambiado su intención primera de dedicar las tablas a otros usos. Estos dos son casos de imposibilidad física definitiva de la prestación, casos, así pues, de extinción de la *obligatio*. En cuanto al supuesto de la nave que ha sido desarmada con el fin de repararla o reconstruirla empleando las mismas tablas, el criterio del ‘*in rerum natura esse*’ indica que la imposibilidad física debe ser considerada como de carácter solamente temporal, de ahí que la *obligatio* no se haya extinguido sino entrado en un estado de letargo (‘*cessare*’) que acabará dando paso, si el propietario cumple su intención, a otro de renovada validez (‘*valere*’). La explicación parece funcionar adecuadamente, pero aún deberíamos ver si también le conviene al caso del ‘*servus promissus ab hostibus captus*’.

En aras de la brevedad, considero suficiente remitir al lector al examen que dediqué a esta cuestión hace unos pocos años⁶⁴. En él vengo a sostener, sobre una base textual más amplia que la actual, que el esclavo debido que se encuentra en poder del enemigo sin duda existe⁶⁵, pero su ubicación objetiva en un sector de la realidad física (*rerum natura*) inaccesible no sólo para el deudor concreto, sino para cualquiera, impide exigirlo de inmediato. Ello dibuja una situación de imposibilidad de cumplimiento que se puede calificar de física, pero también de temporal o transitoria en la medida en que subsiste la posibilidad del postliminio. De ahí, en definitiva, la solución de Paulo en

⁶³ Según MAYER-MALY, *Argumentum*, cit., p. 274, la manumisión del esclavo prometido ocasiona la imposibilidad jurídica de la prestación.

⁶⁴ Véase CUENCA BOY, *Rerum natura*, cit., p. 89 ss.; ya antes ID., *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación: dos estudios breves*, en «Φιλία. Scritti G. Franciosi» I, Napoli, 2008, p. 650 ss.

⁶⁵ Esto lo afirma el propio Paulo en D. 45.1.91.1 (17 *ad Plant.*) al incluir el esclavo cautivo entre las cosas que existen ‘*in rebus humanis, sed dari non possit*’. En este pasaje, el jurista examina el problema de la responsabilidad por incumplimiento y señala, limitándonos a lo que aquí nos interesa, que el deudor no responde cuando el esclavo ajeno prometido ha caído en cautiverio sin su intervención (del deudor); pero ni esto ni el ‘*dari non possit*’ significan que la obligación se haya extinguido sino, en los términos de D. 46.3.98.8, que ha entrado en el estado de letargo que mencionamos en el texto. En todo caso, el esclavo en poder del enemigo no entraba en la categoría de las *res extra commercium*: cfr. D’AMATI, *La compravendita della res in potestate hostium*, cit., p. 1320.

D. 46.3.98.8: *'hic interim peti non potest ..., sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio'*.

6. Tres aspectos necesitados de profundización

Concluido el análisis de los dos textos de Paulo, lo indicado en este momento es efectuar una pequeña comparación entre ellos. Algo en esta dirección ya ha sido adelantado⁶⁶ y no lo voy a repetir. Lo más interesante ahora es comprobar, por ejemplo, si esa idea básica de la imposibilidad física que hemos descubierto en el pasaje de las *quaestiones* está presente también, y en qué medida, en el del comentario edictal; igualmente sería necesario calibrar el significado de la muletilla *'rursus lege aliqua'* que en ambos textos acompaña (mejor: integra) la presentación de los casos del esclavo manumitido y vuelto a esclavizar y la cosa profana que pasa a ser sagrada y recupera luego aquella condición; y asimismo convendría preguntarse por la viabilidad práctica de la opinión de Celso sobre el caso de la nave, pues sospecho que, por debajo de las palabras literales que se ponen en su boca, este jurista estaba pensando en el caso normal de la nave desarmada *'reficiendae causa'*. Por encima de todo lo anterior, sería necesario situar las diferencias entre Paulo y Celso en el contexto general de la jurisprudencia clásica teniendo en cuenta, ahora sí, las aportaciones doctrinales que hasta el momento he limitado a un mínimo indispensable. Pero me falta el tiempo necesario para hacerlo como es debido. Me limito pues a lo que he dicho y esto sólo hasta donde pueda.

El argumento o el criterio de la existencia física del objeto no figura explícitamente entre los empleados en D. 45.1.83.5; en este pasaje, en efecto, no se hace ninguna referencia expresa a la existencia del objeto debido *in rerum natura*. Da la impresión, en consecuencia, de que el punto de vista de la posibilidad/imposibilidad física se orilla y de que predomina, en cambio, el de la imposibilidad jurídica, en algún caso en la frontera misma con el de la ilicitud o la inmoralidad de la prestación⁶⁷. Sin embargo, en el supuesto de la nave es evidente que el punto crucial del que dependen las diversas soluciones es el de la identidad de la *res* y que la satisfacción de este requisito presupone de algún modo la pervivencia física de aquélla⁶⁸. Y en el del vino,

⁶⁶ Me refiero a lo expuesto en los apartados 2 y 3 de este trabajo.

⁶⁷ Ese caso fronterizo es el de la estipulación de un hombre libre o de una *res extra commercium* bajo la condición de que aquél se convierta en esclavo y ésta en cosa profana.

⁶⁸ De la nave desarmada *reficiendae causa*, Paulo dice literalmente lo siguiente: *'non-dum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit'*.

siempre sin perder de vista que se trata de una estipulación de género, las vicisitudes por las que atraviesa la obligación se relacionan directamente con la existencia, la inexistencia y la renovada existencia *in rerum natura* de su objeto. Cuando afirmaba la liberación definitiva del deudor de la cosa profana o del esclavo que se convierten en cosa sagrada o en hombre libre, aunque vuelvan más tarde al estado anterior, ¿tenía Paulo en mente algo parecido? Es difícil afirmarlo de forma taxativa, pero su confrontación inmediata con la opinión de Celso acerca de dos casos (el de la nave y el del vino) en los que el '*in rerum natura esse*' sí juega un papel, deja abierta la posibilidad. De todos modos, faltan en D. 45.1.83.5 expresiones como '*alius videtur esse et sicut ille alius homo est*' que en D. 46.3.98.8 son indicio de la utilización de ese criterio⁶⁹.

Sobrevuela lo anterior la segunda de las cuestiones que he apuntado, a saber, el posible significado de esa indicación según la cual, el caso sobre el que se discute es uno en el que la cosa vuelve a ser profana y el manumitido vuelve a ser esclavo *lege aliqua*. Ante todo hay que insistir en que la mencionada indicación pertenece a Celso, no a Paulo, quien en todo caso se la encuentra en la opinión celsina que cita o reseña⁷⁰. ¿A qué se refería Celso con la palabra *lex*? La pregunta es importante porque, ciertamente, no es lo mismo una *lex publica*, una *constitutio* o un senadoconsulto que una *lex privata* del tipo que sea. A tenor de D. 46.3.98.8, donde la frase se utiliza en referencia únicamente al *homo* manumitido y vuelto a esclavizar, podría pensarse que se trata de una *lex privata*, pero en D. 45.1.83.5 Paulo la refiere también a la cosa que de sagrada vuelve a ser profana, lo que aleja tal posibilidad. Ello además de que la manumisión del esclavo ajeno prometido se asemeja a la muerte⁷¹ y de que no es razonable

⁶⁹) Sólo de la nave reconstruida *mutato consilio* se dice (dice Paulo) '*et perempta prior navis et haec alia dicenda est*'. HARKE, *Vorübergebende Unmöglichkeit*, cit., p. 113, considera que el caso de la nave y el del vino giran en torno a la existencia natural del objeto de la prestación; NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia*, cit., p. 546 nt. 97, no excluye la posibilidad de que D. 45.1.83.5 contenga una alusión a la diferencia entre imposibilidad natural e imposibilidad jurídica; cfr. ID, *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 37 s.

⁷⁰) Esto es claro en D. 46.3.98.8: '*nec admisum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit*'.

⁷¹) Así lo afirma Pomponio en D. 46.3.92 pr. (9 *epist.*): '*Si mihi alienum servum dari promiseris aut testamento dare iussus fueris isque servus, antequam per te stare quo minus dares, a domino manumissus sit, haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset, non tenearis*'; y el mismo Paulo (D. 34.4.27.1, 21 *quaest.*) considera que el esclavo manumitido y vuelto a caer en esclavitud es un *novus homo*. Véase MAROTTA, *Una nota su D. 45.1.83.5*, cit., p. 182; sobre el *dictum* pomponiano '*manumissio morti similis est*', BEHRENDTS, *Wie haben wir uns die römischen Juristen vorzustellen?*, cit., p. 116 nt. 66, observa lo siguiente: «Dem Tod ähnlich ist der ... Akt der Freilassung nur unter dem Gesichtspunkt, dass es (im Hinblick auf den Freigelassenen) keinen Skaven mehr gibb».

pensar en un propietario que manumite a su esclavo con la previsión de volver a esclavizarlo de nuevo⁷². En definitiva, *aliqua lex* se debe referir a alguna norma propiamente tal de cuya aplicación pudiera derivarse la recaída del individuo manumitido en esclavitud⁷³. Por lo tanto, considero bastante probable que la opinión de Celso no fuera tan abierta como parece a primera vista; en suma, entiendo que la identidad del objeto prometido podía depender, en el caso bajo examen, del cumplimiento de una hipótesis normativa que previera la recaída en esclavitud en función de unas determinadas circunstancias.

Por último, en cuanto al caso de la nave, si bien la posición de Celso no se hacía eco explícito del distinguo que introducirá Paulo, mi opinión es que el dictamen del jurista adrianeo se atenía implícitamente al supuesto que podríamos considerar típico o normal; esto es, al de la nave que ha sido deshecha con la intención de rearmarla⁷⁴. Piénsese en lo paradójica que sería, desde el punto de vista del acreedor y de sus intereses, una situación en la que el propietario de la nave prometida, sujeto distinto de aquel que la prometió, la dismantela con el propósito de destinar las maderas a otros usos o sin propósito conocido: ¿qué sentido podría tener para el estipulante la mera esperanza de que el propietario reconstruya la nave en algún momento?; si la reconstrucción no fuera más que una improbable eventualidad, ¿cómo iba a ponerse a esperar la reconstrucción y a vigilar que se produce para exigir el cumplimiento? Esto me hace pensar que la situación típica a la que Celso se refiere cuando afirma que la nave es la misma y que por ello renace la obligación, es aquella en la que el estipulante está al tanto de que la nave ha sido descompuesta con el propósito de rearmarla.

Todos y cada uno de los puntos anteriores merecen una profundización que quizá pueda ofrecer en otra oportunidad. Por ahora, creo que mi empeño ha terminado⁷⁵.

⁷² Véase *supra*, nt. 56.

⁷³ Sin tiempo para detenerme en este problema, reenvío a las consideraciones, no del todo coincidentes, de NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia*, cit., p. 546, ID., *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 10 s., MAYER-MALY, *Argumentum*, cit., p. 274, y MAROTTA, *Una nota su D. 45.1.83.5*, cit., p. 184 s. En contra de la posibilidad que he indicado en el texto, BEHRENDTS, *Wie haben wir uns die römischen Juristen vorzustellen?*, cit., p. 117 s.

⁷⁴ Lo mismo piensa NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia*, cit., p. 551 nt. 128: cfr. ID., *Exempla nihil per se valent*, cit., p. 21.

⁷⁵ Lo anterior es el texto base de la intervención del autor en las Jornadas Interdisciplinares «Texto, término, norma: algunos ejemplos de interpretación en el ámbito jurídico», 5 de noviembre de 2015, Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, y en el «Seminario Internacional Roma y la Unificación del Derecho Contractual Europeo», 6 de noviembre de 2015, Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo.