

IV

VARIA ROMANA, V

1

“*Sequella*”.—Dig. 14,3,5,16: Ulp. 28 ad Ed.: Item fideiussori qui pro institore intervenerit institoria competit: [eius enim rei sequella est]. —La coletilla me parece espúrea. Eius rei, como se deduce del párrafo anterior (nam eius rei in quam praepositus est contractum est), se refiere a la competencia especial del institor. Por lo tanto, la fianza puede considerarse como *sequella*, es decir, como accesorio de los negocios que normalmente realiza el institor. Pero me llama la atención que se emplee la palabra *sequella* en ese sentido incorporal. —La palabra vuelve a aparecer, pero con sentido corporal, en Dig. 47,2,14,15 (Ulp. 29 ad Sab.): iumenta... quorum sequella erat eculeus.—Aparece también, y aquí con sentido incorporal, en Dig. 46,3,93,2 (Scaev. lib. sing. quaest. pub. tractarum): Sed et si reus heredem fideiussorem scripserit, confunditur obligatio. [et quasi generale quid retinendum est ut ubi ei obligationi quae sequellae locum obtinet principalis accedit, confusa sit obligatio]. La interpolacion señalada ya fué delatada por Beseler, en ZSS. 44 (1924) 360, y Solazzi, “L’estinzione delle obbligazione” (1931) 282. Y justamente, pues se trata de una glosa evidente, con su típico giro inicial *et quasi generale quid retinendum est...* Pero por esa glosa clara podemos sugerir nuestra sospecha de que en aquella ley de Ulpiano también nos encontramos con una coletilla añadida. En ambos casos se dice que la fianza es una *sequella* de la obligación principal, si bien en el texto de Escévola se dice, más tímidamente, que “ocupa el lugar de una *sequella*” como queriendo insinuar que la expresión no es del todo adecuada. —Otra vez nos encontramos con *sequella* en un texto

claramente bizantino, en las Institutiones de Justiniano 2,16,5, pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti. El texto es de creación justiniana, y está intercalado entre los párrafos anteriores, que siguen a Gayo, y el posterior, que sigue a Modestino. Aquí se puede entender sequella en sentido material; pero me parece más exacto referirlo a un sentido inmaterial, a la misma relación que hay entre una obligación principal y la accesoria.

2

Retrospectiva.—A título de curiosidad retrospectiva recordamos aquí este caso de explicación “harmonística” del por lo demás excelente Cuyacio. Se trata de Ulpiano, Dig. 2,1,10: Qui iurisdictioni praest neque sibi ius dicere debet neque uxori vel liberis suis neque libertis vel ceteris quos secum habet, en relación con Africano, Dig. 5,1,77: In privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest. He aquí la explicación que el gran Cuyacio nos da de esa que a él, prima facie, le parece contradicción (Opera Omnia I col. 1278, ed. Napol. 1758): “In hac Africanus dicit, Potest: in illa Ulpianus, Non debet. Haec vero non sunt contraria. Potest, sed non debet: rectius enim fecerit si in re patris aut filii abstinerit munere iudicandi: uno verbo ius, altero honestas significatur, etc.” La explicación nos parece ingenua porque hoy nos permiten las fuentes ver clara la distinción entre el praetor qui iurisdictioni praest y el iudex.—Sirva esto de ejemplo para los que todavía se empeñan en seguir con explicaciones “harmonísticas” de antaño. No se trata de elegir entre la posición conservadora y la caza de interpolaciones, sino entre mirar las cosas con ojos viejos o con ojos nuevos. En este caso concreto no hace falta hacer crítica de interpolaciones para ver las cosas con ojos nuevos. Los autores de antaño, aun los de más autoridad, no se pueden consultar sin reservas; de ahí que su consulta sea aconsejable para los especialistas, que siempre sabrán encontrar allí algo aprovechable, pero no para el jurista general, que quizá confunda el grano con la paja.

3

Medievística.—Los romanistas debemos aprender de los estudiosos del Derecho medieval muchas cosas; por ejemplo, a tener un gran miramiento de los documentos (léase papiros). Viceversa, los medievistas deberían procurar una mayor comodidad en la consulta de las fuentes, confeccionando colecciones manejables de *Fontes*; por otro lado, no deberían resignarse a dejar la confusión en que esas fuentes medievales nos presentan muchas instituciones jurídicas. Se me ocurren estas consideraciones, y otras muchas más que no caben en esta miscelánea, al leer el interesante artículo de J. ORLANDIS, sobre *El concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en el anterior volumen de este ANUARIO, y detenerme en la consideración del régimen de esos fueros del XII/XIII respecto a los delitos ocasionados por los animales (Orlandis, 146).

Me parece que el régimen viene a ser el mismo en todos esos fueros, salvo pequeñas diferencias. Es el mismo régimen de la acción noxal *de pauperie*. (La teoría de Biondi de que la *a. de paup.* no era propiamente noxal en la época clásica, no es convincente; por lo demás, no interesa ahora esa cuestión. Vid. sobre el tema: K. Wylie, en *Studi Riccobono IV* 459, y Düll, en *ZSS.*, 61 (1941) 1. Recordaré que ya en *Rev. Der. Priv.*, 1944, 22, sostuve la afirmación de que en las acciones noxales—tanto antes como después de la *litis contestatio*—no hay más que *facultas solutionis* y no alternatividad.) Tal régimen consiste en que cuando comete un delito un animal cuadrúpedo (incluyendo el perro—en virtud de la *lex Pesolania: Pauli Sent.*, 15, 1—que no es propiamente un animal *mutus*, porque sabe decir algo más que “mu”—vid. Ernout-Meillet, *Dict. Etym.* s. v.), el dueño del mismo, si puede (si el animal murió, no hay obligación) entregar dicho animal, debe indemnizar el daño (*facultas solutionis*), de no preferir entregarlo (lo mismo que con los delitos de hijos y de esclavos): *aut noxam sarcire aut in noxam dare*. Pero aunque se diga “o pechar o entregar”, la obligación principal es la de dar, y facultativa la otra (ya que no hay obligación si la entrega se hace imposible).

En los fueros (vid. las notas 67 a 75 de Orlandis), bajo un aspecto de enorme variedad, se conserva ese mismo régimen, salvo, como digo, pequeñas variaciones. (Para mayor brevedad, numeraré los textos aducidos: *Compil. priv. Arag.*, 1; *Fu. grl.*

Nav., 2; Viguera y Val de Funes, 3; Recopil. Furs. Arag., 4; Medinaceli, 5; Teruel, 6; Soria, 7; Alcalá, 8; Santarem, 9; Daroca, 10; Alba, 11; Ledesma, 12; Molina, 13; Alfambra, 14.)

El 14 nos da el cuadro más completo. Distingue tres hipótesis: 1) Can mata; el amo, si puede y quiere, entrega; si no quiere, pecha daño; 2) can muerde (*et < non > (!) mora el omne*); el amo, si puede y quiere, entrega o pecha curación de heridas; 3) otra bestia mata; no hay responsabilidad. Así, pues, la variante es únicamente la de que el régimen normal se ha limitado aquí al perro delincuente, y en caso de no ser perro no hay responsabilidad. Esa misma excepción contra el perro encontramos en 13. Esto demuestra hasta qué punto revivía la antigua idea, que el D. Romano superó, de que el mismo animal es el delincuente: el perro parece más responsable que los otros animales, porque parece que se da más cuenta. Quizá, antes de la citada *lex Pesolania*, también el perro estaba sometido a un régimen de mayor responsabilidad que los demás animales. Así también en 1 nos encontramos con un sistema complicado de cruel pena al can mordedor (¡sólo al can!); pero, a mi entender, tan sólo en el caso de que su amo no haya preferido pechar o de que no tenga amo; por lo tanto, no vale ese texto para probar un supuesto régimen de castigo exclusivo del animal delincuente. Los otros textos en el mismo sentido (2, 3 y 4), como veremos, tampoco prueban nada.

Mención aparte del perro se vuelve a encontrar (pero sin las mismas consecuencias de 14) en 5 y 12. En 5, can mata: amo, si puede y quiere, entrega; si no quiere, pecha al rey el daño; otra bestia mata: amo ídem, o pecha 60 sueldos. La particularidad está aquí en que el daño se debe pechar al rey y no al interesado; hay que suponer que también los 60 sueldos. Los entendidos deben decir si esa intromisión real no es añadida. El delito del no-perro no queda aquí impune, sino atenuado.

En 12, can muerde: el amo, si puede y quiere, entrega; si no quiere, pecha 30 sueldos; si ya se había denunciado a tal can como peligroso ante el concejo y muerde, 60 sueldos (pero entiendo que, como en el caso anterior, a no ser que prefiera entregar al can). Así, la pena normal en caso de otra bestia que muerde, según 5, es la misma que la que se impone al can mordedor reincidente en 12: esto supone una mayor suavidad, ya que en 5 la pena del can era mayor que la de las demás bestias.

Normalmente al perjudicado es a quien hay que dar indem-

nización y no al rey. Así, en 7: bestia (no se pone el ejemplo del can) mata: amo (si puede y quiere) entrega; (si no quiere), pecha el precio "que valiere". Es decir, aquí parece que no se paga el daño ocasionado, sino el valor del animal delincuente, pero creo que se trata simplemente de una expresión poco ajustada para decir el precio del daño o multa de homicidio.

En 9, un caballo mata: el amo, según prefiera, entrega al animal o pecha el homicidio. Es el régimen absolutamente regular de la acción noxal. Hay que sobreentender que si el animal muere, el amo queda liberado, lo mismo que, si pierde la propiedad por otra causa, la acción se dirigirá contra el actual propietario.

En 10, bestia o can (no hay aquí diferencia) o cualquier animal (lo que ya excede el ámbito de la *pauperies* antigua, referible sólo a cuadrúpedos) mata: el amo no tiene que pechar si se aviene a perder el animal, siempre que esté en su poder. El texto parece decir que no se da aquí opción al amo, sino que en todo caso hay que entregar al animal. Pero, también aquí, opino que se trata de deficiencia de lenguaje. Lo que pasa es que el pago del daño resultaría muy superior al valor del animal delincuente, y la norma daba por supuesto que ningún amo preferiría pagar lo más: lo único que hace es recordar el derecho que tiene el amo de no pechar el homicidio si entregaba al delincuente. Este razonamiento se puede aplicar también a 3: bestia mata a un buey o incluso a diez bueyes (!): el amo se liberará (de pechar el daño) entregando a la misma bestia delincuente. Lo mismo si un buey mata a un hombre. Es decir, se supone que nadie preferirá, a entregar el animal delincuente, el indemnizar por diez bueyes o por un homicidio. Al hacerse más gravosa la *facultas* que la obligación principal, parece prescindirse de aquélla. Lo mismo ocurre en 11: bestia (sin mencionar expresamente, entre los ejemplos, al can) mata a persona de fuera de la casa (si la víctima es de la misma casa, no hay responsabilidad)—observo las separaciones que los editores de textos medievales demasiado escrupulosos no hacen: *qui lo ouiere, e a criazon de su casa matare*—; (si) el amo entrega al animal, no tendrá nada que pechar. También aquí parece olvidarse la posibilidad de pechar y no dar, pero es tan sólo que queda elidida como poco probable.

En otro grupo de fueros, por último, el dar o pechar se halla invertido en la forma "pechar o dar", como si el pechar fuera

la obligación principal y el dar la facultativa, lo que no ocurre de ningún modo. Tal inversión se debe, quizá, a ese sentido de considerar el dar como menos gravoso que el pechar. En el 12: (vid. supra) ya se observa esa inversión: *peche, e se su duenno dixier "non quiero pechar..."* También en la hipótesis 2) del 14 (vid. supra): *peche el sanar de las plagas o dé el perro al clamant*; e indirectamente en la hipótesis 3) del mismo fuero: *non peche omicidio nin pierda la bestia su sennor*. Pues bien; la misma inversión tenemos en los siguientes fueros:

6: bestia mata: el amo peche o entregue al dañador. Lo mismo si se trata de otro daño. Se habla expresamente de una *electio domini*.

8: (términos muy parecidos) bestia mata: el amo peche o dé al dañador. Se entiende, como siempre, si el animal no ha perecido.

4: can mata a otro can: *habet caloniam*; que entiendo: comete delito, que tendrá que pechar el amo, a no ser que éste prefiera *dare illum homicidam*. Lo curioso de este texto es que se establece una eximente a favor del can que mata a otro en lucha de celos por una "perra" que se considera como *sua consors... et quasi uxor (!) aut sua germana*; en ese caso de honor perruno, dice el fuero, *non habet caloniam*. (Observo de paso el uso de "canis" y de "perra" en relación con la diferencia de sexo. Creo recordar que Hernando Balmori, en la etimología de "perro", que publicó hace unos años en la *Revue Celtique*, no tiene en cuenta este importante texto.)

Queda, por último, el 2, que no nos dice nada especial, sino tan sólo que *la bestia que mata es homizera desta bestia muerta*, lo cual se compadece perfectamente con el régimen normal de entregar la bestia homicida o pechar.

Así, pues, no creo que haya restos seguros en nuestro Derecho de los fueros de un sistema de represión directa y exclusiva del animal delincuente. El régimen que en esos fueros se observa es el de la antigua acción noxal: dar o pechar, si no se puede dar, nada. Como particularidades, se observan aquí y allí algunas: se exime de responsabilidad a toda bestia que no sea el perro (14 y 13); se pecha en favor del rey (5); el perro que lucha por su perra y mata a otro perro, no se considera delincuente (4), etcétera. Pero, bajo esas pequeñas divergencias y bajo otras divergencias puramente de expresión, se descubre un régimen unitario,

que no es otro que el de la acción noxal romana y, en general, de todos los Derechos de la Antigüedad.

El que en la tendencia a la inversión "pechar o dar" haya influido el régimen que existía en el antiguo Derecho Romano desde el momento de la novación en la *litis contestatio*, según el cual el pago de la condena constituía siempre la obligación principal, es cuestión que no sabría decidir.

Concluyendo: creo que los medievistas deben procurar clasificar sus fuentes, al estudiar cualquier institución, con un criterio anomalista, es decir, partiendo de la unidad para discernir las diferencias, en vez de partir de las diferencias para buscar las analogías.

Por lo demás, allí donde se desdibuja la pureza del régimen romano en un sentido de barbarismo, no creo que debamos pensar forzosamente en influencia germánica, sino simplemente en "atavismo" jurídico.

A. d'ORS.

Santiago.