

LA MANUMISION DEL ESCLAVO HIPOTECADO EN DERECHO ROMANO

II. MANUMISION DEL ESCLAVO BAJO OTRAS FORMAS DE GARANTIA

SUMARIO: 1. *Status quaestionis*.—2. *Invecta et illata*.—3. Hipoteca "general".—4. Hipotecas legales.—5. Hipoteca legal del Fisco.

En la primera parte de este trabajo ¹ hemos tratado de la manumisión del esclavo especialmente hipotecado; en el presente artículo nos ocuparemos de las otras formas de garantía, para concluir con ello nuestro estudio sobre la manumisión del esclavo hipotecado en Derecho romano.

1. "*Status quaestionis*". Junto a la hipoteca especial, una problemática de mayor complejidad presentan las restantes formas de garantía real, que algunos autores reúnen abusivamente bajo la calificación global de "hipotecas generales" ². La principal dificultad comienza por la misma existencia, en Derecho clásico, de las hipotecas "generales" en sentido estricto, que ha suscitado, como ya hemos visto ³, diferentes opiniones. Recordémoslas brevemente. Según Dernburg ⁴, aparece a finales del primer siglo del Imperio la distinción

1. Vid. X. D'ORS, *La manumisión del esclavo hipotecado en Derecho Romano. I. Manumisión del esclavo especialmente hipotecado*, en *AHDE*. 46 (1976) 347 ss.

2. Así, por ejemplo, SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, en *ZSS*. 48 (1928) 275 ss., trata con cierta indiscriminación, bajo el epígrafe "Freilassung eines generell verpfändeten Sklaven", de la garantía de los *invecta et illata*, de la hipoteca "general" y de la legal.

3. Vid. la primera parte de este trabajo, en *AHDE*. 46 (1976) 347 ss.

4. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* II (Leipzig 1864) p. 12 ss.

entre una hipoteca especial y la "general", con sus respectivos regímenes jurídicos propios acerca de la manumisión del esclavo: ésta es nula en el primer supuesto, y queda sometida a la prohibición de la ley *Aelia Sentia* en el segundo. En cambio, la clasicidad de las hipotecas "generales" es negada por Tumedei⁵, que las considera "casi todas postclásicas". La posición de Schulz⁶ puede resumirse en los siguientes puntos: a) la distinción entre hipoteca "general" y especial no es clásica, de modo que es también nula la manumisión del esclavo hipotecado "generalmente", al margen de la solvencia o insolvencia del deudor manumitente; y b) sólo en época postclásica se introduce la distinción entre la hipoteca especial —que hace nula la manumisión— y la "general" —que no la impide, quedando entonces sometida a las reglas de la ley *Aelia Sentia* sobre las manumisiones *in fraudem creditorum*—. En otras palabras, Schulz retrasa al período postclásico lo que Dernburg había situado todavía en el clásico. Desde una perspectiva distinta —sin ocuparse de su incidencia sobre la manumisión del esclavo—, trata Frezza⁷ de la cuestión. Según este autor, la referencia más antigua de las fuentes a la hipoteca "general" procede de Gayo (*lib. sing. de form. hypoth.* — D.20,1,15 pr. - 1), y la siguiente, de Escévola (27 *dig.* — D.20,1,34,2). Apoyado en esta circunstancia, parece mantener Frezza el origen provincial de la institución. Finalmente, también Wagner ha estudiado el tema de la hipoteca "general"⁸ y, en concreto, la incidencia de esta hipoteca en la manumisión del esclavo⁹: concluye que ésta es válida, salvo que venga impedida por la ley *Aelia Sentia*, y que es también gayano el testimonio más antiguo sobre el problema (Gayo 1 *de manum.* — D.40,9,29 pr.)

Sin entrar ahora en todo el problema de la clasicidad de la hipo-

5. TUMEDEI, *Sui requisiti che deve avere il servo per essere istituito erede dal suo padrone*, en *RISG.* 64 (1920) 75 n. 1.

6. SCHULZ, art. cit., en *ZSS.* 48 (1928) 264 s.

7. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. II. Le garanzie reali* (Padua 1963) p. 170 ss.

8. WAGNER, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfandung* (Marburgo 1968); sobre la hipoteca legal, *Die Entwicklung der Legalhypotheken am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)* (Colonia-Viena 1974).

9. WAGNER, *Zur Freiheiterteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven*, en *SDHI.* 33 (1967) 163 ss.

teca "general", pues el tratamiento detenido de esta cuestión excede de nuestro propósito, quizá no sea superfluo recordar aquí unas someras ideas sobre el tema, y tomar así posición en alguno de los puntos controvertidos.

Como es comúnmente admitido, el origen de la hipoteca debe buscarse en la afectación expresa de los *invecta et illata* como garantía de pago de las rentas en los arrendamientos rústicos. Tal convención pignoratícia es ya conocida en los formularios de Catón¹⁰, y todavía en tiempos de Labeón¹¹ la hipoteca aparece aún restringida al caso de los *invecta et illata*, a los que se refería la *actio Serviana*¹². Sólo a partir del s. I d. C. pudo haberse hecho usual la hipoteca como forma de garantía sin desplazamiento de posesión, y es de Juliano¹³ el texto más antiguo en que aparece la palabra *hypotheca*¹⁴. Por otra parte, la hipoteca sobre los *invecta et illata*, al menos desde Neracio Prisco, es ya considerada como un elemento natural del arrendamiento urbano, que no necesita por tanto un acuerdo expreso, sino que nace de una *tacita conventio*¹⁵; no, en

10. Cfr. Catón, *de agr. cult.* 146, 2 y 3; 149, 2 y 150, 2 (ed. Teubneriana [Leipzig 1962]).

11. Cfr. Labeón 5 *post. a lav. epit.* D.20,6,14.

12. Para este punto, vid. A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales "in factum"*, en *IVRA.* 20 (1969) 82 ss., y también *Sobre "Varia romana" I*, *AHDE.* XIII, en *AHDE.* 14 (1942-43) 638 s.; le sigue MIQUEL, *El rango hipotecario en el Derecho Romano clásico*, en *AHDE.* 29 (1959) 233 s.

13. Cfr. Juliano 44 *dig.* D.41,3,33,4.

14. Vid. MANIGK, *s. v. Hypotheca*, en *P. W.* IX¹ (1914) col. 362 ss., seguido, entre otros, por FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 87 n. 3 y 198 n. 1. La actitud crítica ante el texto depende, en último término, de la postura adoptada en la discusión sobre el origen del término *hypotheca*. Unos atribuyen a los compiladores justinianeos la sistemática introducción de esa palabra; así, FEHR, *Beitrag zur Lehre vom romischen Pfandrecht in der klassischen Zeit* (Upsala 1910), y MITTEIS, rec. a Fehr, en *ZSS.* 31 (1910) 489 ss. Otros, en cambio, achacan tal innovación a los postclásicos; así, BESELER, *Beitrag zur Kritik der romischen Rechtsquellen* III (Tubinga 1913) p. 48, EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption* (Leipzig 1917), y SCHULZ, *History of Roman Legal Science*² (Oxford 1953) p. 203. No faltan tampoco soluciones intermedias, como la de Wlassak, a la que se adhieren JÓRS-KUNKEL (*Romisches Privatrecht*³ [Berlín-Gotinga-Heidelberg 1949] p. 156 n. 3), o la de KASER (*Das Romische Privatrecht*² [Munich 1971] p. 463), seguido por MIQUEL, art. cit., en *AHDE.* 29 (1959) 236.

15. Cfr. Neracio 1 *membr.* D.20,2,4 pr. En cambio KOSCHAKER, *Bedingte*

cambio, en el arrendamiento rústico ¹⁶, salvo respecto a los frutos ¹⁷.

Así, en la historia de la hipoteca como forma habitual de garantía, aparecen más tarde —aunque todavía en época clásica ¹⁸— las hipotecas “generales”, ya conocidas por Gayo ¹⁹, Marcelo ²⁰, Escévola ²¹ y otros juristas posteriores, caracterizadas, no por su forma de constitución, sino más bien por afectar a un conjunto genérico de bienes, como de “todos los bienes presentes y futuros” del deudor ²². Pos-

Novation und Pactum im romischen Recht, en *Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte, Festschrift für G. Hanausek* (Graz 1925) p. 152 n. 3, critica la idea de una *tacita conventio*, atribuyéndola a los bizantinos en la mayor parte de los casos, y propone, en consecuencia, la supresión de [*quasi-convenit*]. Pero la opinión de Neracio viene confirmada por una referencia de Ulpiano 73 *ad ed.* D.20,2,3. Contra Koschaker, vid. FREZZA, *Le garanzie cit.*, p. 125 s. Sobre el tema, SCHULLER, *Zum “pignus tacitum”*, en *Labeo* 15 (1969) 267 ss. Además del citado texto de Neracio Prisco, cfr. también D.20,2,4,1, del mismo jurista; de Paulo, D.2,14,4 pr. 3 *ad ed.* y D.20,2,9 *lib. sing. de off. praef. vigil.*; D.20,2,3 y 6, de Ulpiano 73 *ad ed.*; por último, D.20,2,2, de Marciano *lib. sing. ad form. hypoth.*

16. Cfr. Neracio 1 *membr.* D.20,2,4 pr.: *in rusticis praedus contra observatur*.

17. Cfr. Pomponio 13 *ex var. lect.* D.20,2,7 pr.; también Paulo 34 *ad ed.* D.19,2,24,1, y C.8,14(15),3, de Alejandro Severo (a. 223); sobre Africano 8 *quaest.* D.47,2,62(61),8, vid. *infra* n. 53.

18. No necesariamente a partir de Gayo. Que la institución es anterior puede deducirse de que Ulpiano, en D.20,4,7,1 (3 *disp.*), a propósito de un caso de superposición de hipoteca especial y “general”, se remite a una opinión de Marcelo, lo cual hace pensar que este jurista conocía ya la existencia de la hipoteca “general”. Que Marcelo la conociese a través de la obra de Gayo es en extremo improbable. Contra la conjetura de Frezza (vid. *supra*) acerca del origen provincial de esta forma de hipoteca, cabe objetar que a Marcelo no se le puede considerar un jurista preocupado por cuestiones provinciales. Por lo demás, los argumentos *a silentio* deben ser utilizados con suma cautela, y tienen siempre una fuerza probatoria sólo relativa.

19. Cfr. Gayo *lib. sing. de form. hypoth.* D.20,1,15,1, y 1 *de manum.* D.40,9,29 pr.

20. Cfr. Ulpiano 3 *disp.* D.20,4,7,1.

21. Cfr. Escévola 27 *dig.* D.20,1,34,2 y 20,4,21 pr. (sobre este último texto, vid. *infra* 4).

22. De una *generalis conventio* hablan expresamente, además de los textos de Gayo y Escévola citados en las notas anteriores, D.20,1,1 pr., de Papiniano 11 *resp.*; D.20,1,29 pr., de Paulo 5 *resp.*; y aluden a una *generalis obligatio*, D.20,1,6 y 8, ambos de Ulpiano 73 *ad ed.* Cfr. también Papiniano 3 *resp.* D.20,4,2; Ulpiano 3 *disp.* D.20,4,7,1 (donde cita a Marcelo) y 49,14,28;

teriormente, en época de los Severos, surgen las hipotecas legales que ahora nos interesan²³, concretamente, la que tiene el pupilo sobre los bienes que el tutor compró con dinero de aquél²⁴, y la hipoteca legal a favor del Fisco²⁵.

Hechas estas aclaraciones previas, volvamos a la cuestión central de nuestro trabajo: ¿cómo inciden en las manumisiones estas diferentes formas de garantía hipotecaria? Nos ocuparemos, en primer lugar, de la garantía que afecta a los *invecta et illata* tanto del arrendamiento urbano como del rústico, para continuar con el tratamiento de la hipoteca "general" propiamente dicha, y terminar con las llamadas hipotecas legales, de las cuales la fiscal exige, por su complejidad, una explicación especial. No es posible, en nuestra opinión, un tratamiento unitario de estas distintas formas de garantía, dadas las peculiaridades que las caracterizan y, como veremos enseguida, la diferente incidencia que tienen en la manumisión del esclavo hipotecado. Así, mientras la garantía sobre los *invecta et illata*, expresa (arrendamiento rústico) o tácitamente (arrendamiento urbano) convenida, afecta sólo a unos bienes determinados, que quedan obligados por el mero hecho de que el arrendatario los introduzca en el terreno o edificio arrendado²⁶, la hipoteca "general", en cambio, tiene por objeto, como hemos dicho, un conjunto genérico de bienes, incluso futuros, y se constituye mediante convenio. Por último, la hipoteca legal a favor del pupilo afecta también a objetos determinados, en tanto la garantía del Fisco se extiende a patrimonios enteros cuando

Marciano *lib. sing. ad form. hypoth.* D.40,8,6; y los rescriptos recogidos en C.7,8,3, de Septimio Severo y Caracala (a. 209), y C.7,72,6,1, de Diocleciano y Maximiano.

23. Vid FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 120 ss. y 262 ss.

24. Cfr. C.7,8,6, de Alejandro Severo; y D.20,4,7 pr. y 27,9,3 pr., de Ulpiano 3 *disp.* y 35 *ad ed.* respectivamente. En D.20,4,21 pr. (27 *dig.*) no habla Escévola de una hipoteca legal, sino de una hipoteca "general" convenida (sobre ello, vid. *infra*).

25. Cfr., entre otros, C.8,14(15), 1 y 2, ambos de Caracala (a. 213 y 214); Hermogeniano 6 *ur. epit.* D.49,14,46,3; y *Frag. de iure fisci*, 5. Cfr. asimismo C.7,8,2, de Septimio Severo y Caracala, y D.40,1,10, de Paulo 2 *imp. sent. in cognit. prolat.*

26. No podemos compartir la opinión de FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 169 n. 2: "la *conventio* sopra gli *invecta et illata* rientra sotto la categoria delle *conventiones generales*, avendo per oggetto non una cosa singola o un complesso di cose singolarmente indicate, ma una pluralità (*universitas*) di cose."

es una hipoteca legal propiamente dicha y, por tanto, no convencional (pues el Fisco puede convenir una garantía especial con los particulares); en ambos casos, la aparición de estas dos garantías legales no necesita de un previo convenio, sino que se constituye por disposición legal. Así, pues, desglosaremos nuestra exposición en los antedichos apartados.

2. *Invecta et illata*. Dos textos nos hablan de la posibilidad de manumitir a los esclavos afectados por esta forma de garantía del arrendamiento urbano. Veamos Ulpiano 73 *ad ed.* — D.20,2,6:

Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur invecta et illata, ac si specialiter convenisset, certe libertati huiusmodi pignus non officit idque et Pomponius probat: ait enim manumissioni non officere ob habitationem obligatum²⁷.

Aunque en los predios urbanos suele aceptarse tácitamente el convenio de quedar obligados los *invecta et illata* “*ac si specialiter convenisset*”, no obstante, esta forma de garantía no impide la manumisión como ocurre en las hipotecas especiales: Ulpiano, invocando como argumento de autoridad la opinión de Pomponio, afirma la validez de la manumisión de los esclavos comprendidos en la hipoteca tácita sobre los *invecta et illata*.

La misma solución encontramos en el segundo texto, éste de Paulo *lib. sing. de off. praef. vigil.* — D.20,2,9:

27. GUARNERI-CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel Diritto Romano*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 9 (1921) 41 n. 2, suprime con duda [*certe*], y en el *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani* (Milán 1927) s. v. *licet*, critica en general la construcción de *licet* con indicativo (con bibliografía); por esta misma razón, KOSCHAKER, art. cit., en *Festschrift Hanausek*, p. 152 n. 3, negando la clasicidad de la *tacita conventio*, censura la primera parte del texto [*licet-convenisset*]; SCHULZ, art. cit., en *ZSS.* 48 (1928) 277, considera interpolada la referencia a la manumisión y reconstruye así el texto: [*licet*],— [*certe-nonofficit*],— [*manumissioni-fin*], para que no sea obstáculo a su tesis de que también en el caso de los *invecta et illata* es nula la manumisión del esclavo; por último, aceptan el texto, literalmente, FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 168 y 172, y, substancialmente WAGNER, art. cit., en *SDHI.* 33 (1967) 168 s., que añade al final, siguiendo una propuesta de Schwarz, *ob habitationem obligatum <esse servum>*.

Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventionem manifesta[ri] pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine p[er]cludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva iuris consultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse²⁸.

El texto ha suscitado amplias críticas. Rabel²⁹ censura “las, sin duda, corrompidas palabras iniciales”³⁰, sin más concreción, y se pregunta también si *scilicet-non liberabimus* procede verdaderamente de Paulo, aduciendo como argumentos la palabra *percludamur* “(! wir, die Sklaveneigentümer)”, y la cita de Nerva —“el cual nada sabe de una aplicación de la ley *Aelia Sentia* incluso para los *servi detenti ob pensionem*, es decir, después de la perclusión”³¹— vista desde su perspectiva de implicar la ley *Aelia Sentia* en la manumisión del esclavo hipotecado³². Aunque muy brevemente, se ocupan también de nuestro texto Lotmar³³, que lo refiere a una *manumissio inter amicos*, y Weiss³⁴, en cuya opinión Paulo atribuye al *praefectus vigilum* la solución dada al problema planteado. Por su parte, Schulz³⁵ suprime [*est differentia-tenentur, quod*]—, [*inhabitantes-non liberabimus*], y considera que también la frase final (la decisión de Nerva) está corrompida. Las razones en que Schulz apoya su

28. Hemos introducido en el texto la corrección propuesta por BONFANTE (en la ed. italiana del D) *ex conventionem manifesta[ri]*, acorde con la lectura de dos manuscritos: el P^b, lectura *emendata* del manuscrito Parisino, y el U, lectura del *Patavinus*. Sobre *praeccludamur*, vid. *infra*.

29. RABEL, *Die Verfügbungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, en [Festgabe zur Funfhundertjahrfeier der Universität Leipzig (Leipzig 1909) p. 89 =] *Gesammelte Aufsätze IV* (Tubinga 1971) p. 228 s.

30. “Nach den freilich korrupten Eingangsworten der l. 9” (p. 228).

31. “Da er unmittelbar darauf Nerva anruft, welcher auch für *servi detenti ob pensionem*, also nach der Perklusion, von einer Anwendung der *lex Aelia Sentia* nichts wusste” (p. 228).

32. Vid. sobre ello la tesis de Dernburg —a quien sigue Rabel— referida en la primera parte de este trabajo (AHDE. 46 [1976] 348).

33. LOTMAR, *Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe*, en ZSS. 33 (1912) 336 n. 5.

34. WEISS, *Der Rechtsschutz der römischen Wasserleitungen*, en ZSS. 45 (1925) 113 n. 5.

35. SCHULZ, art. cit., en ZSS. 48 (1928) 276 s.

crítica son las siguientes: a) *obligati propter pensionem* (:“esclavos hipotecados tácitamente por introducción en la finca”³⁶) es inexacto, pues *propter pensionem obligati* pueden estar también los esclavos hipotecados especialmente; b) el corrompido *manifestari*, sobre el que no puede reconstruirse ninguna expresión clásica, ya que “*manifesta conventio pignoris* (: expreso convenio hipotecario) es clásicamente imposible”³⁷; c) *inhabitantes-liberabimus*: sorprende la falta de lógica, dado que los *inhabitantes* no están en contradicción con los *mancipia obligata*, sino que también los *inhabitantes* son *mancipia* hipotecados; d) además, *manumittimus* en lugar de *manumitti possumus*, y *liberabimus* por *liberari possumus*. Un tanto desconcertante es la opinión de Beseler³⁸ cuando alega, como indicio de interpolación, que “no es verosímil que se hayan burlado de una tesis de Nerva”³⁹; además, considera sospechoso que se hable de *Nerva iuris consultus* en lugar de Nerva sin más especificación; sorprende asimismo la identificación —contra Schulz— de los *inhabitantes* con el arrendatario que todavía ocupa la vivienda alquilada⁴⁰; por último, rechaza la ya referida conjetura de Weiss. Las dos palabras finales [*liberari posse*] son suprimidas por Frezza⁴¹ sin explicaciones, aunque éste parece aceptar como auténtica la opinión de Nerva. Finalmente, el texto es clásico para Wagner⁴² que, además, realiza una detenida crítica de los argumentos de Rabel y Schulz.

Para nosotros, el texto es clásico, y en él se establece explícitamente la diferencia entre los esclavos obligados *propter pensionem*⁴³

36. “Stillschweigend durch Einbringen verpfandete Sklaven” (p. 276 s.).

37. “‘*Manifesta conventio pignoris*’ = ‘ausdruckliche Pfandabrede’ ist klassisch unmöglich” (p. 276).

38. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, en ZSS. 66 (1948) 277.

39. “Dass man eine These Nervas verlacht hatte ist mitnichten glaubhaft” (p. 277).

40. “Übrigens meint *inhabitantes* trotz S(chulz) die (noch in der gemieteten Wohnung sitzenden) Mieter” (p. 277).

41. FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 168.

42. WAGNER, art. cit., en *SDHI*. 33 (1967) 165 ss.

43. A este respecto, no podemos admitir la referida crítica de Schulz. Los esclavos hipotecados especialmente no están *obligati propter pensionem* sino, en todo caso, *propter conventionem*. *Propter pensionem* quedan tácitamente obligados, como el propio Schulz señala, sólo los esclavos que son introducidos en la finca arrendada; los hipotecados *specialiter* quedan obligados

del arrendamiento urbano y los obligados *ex conventione manifesta*⁴⁴. En este caso, *manumittere non possumus*⁴⁵; en el primero (*hypotheca propter pensionem*), es posible la manumisión siempre que se realice antes de la reclamación contra el inquilino y la consiguiente retención de los esclavos y otros enseres por el arrendador: a partir de ese momento, ya no se puede manumitir a los esclavos retenidos *pignoris nomine propter pensionem*. Paulo menciona al final la opinión no muy en serio de Nerva, según la cual, aunque los esclavos retenidos en la vivienda no podían ser manumitidos precisamente por estar retenidos —y no ser posible por ello llevarlos ante el magistrado para proceder a la *manumissio vindicta*—, nada impedía, sin embargo, hacer el acto en la calle, señalando a través de una ventana abierta al esclavo retenido que se quería manumitir. Esto mismo indica que la dificultad no se veía en el hecho de hallarse hipotecados, sino en el impedimento material de no poder salir⁴⁶.

Por último, antes de pasar a otra cuestión, debemos hacer dos aclaraciones acerca de la forma verbal *percludamur*, uno de los argumentos de Rabel en su crítica al texto. Ante todo, hay que decir que la forma *percludo* es una falsa lectura de *praeccludo*⁴⁷, y así aparece escrita en D.43,24,20 pr.⁴⁸, también de Paulo, quizá el único lugar del Digesto, junto con el que nos ocupa, que utiliza este

con independencia de este requisito. Así se explica la distinción posterior —también criticada por Schulz— entre los *inhabitantes*, es decir, los *servi obligati propter pensionem* al haber sido introducidos en la finca, y los *mancipia obligata*, esto es, aquellos cuyo vínculo pignoraticio nace de cualquier otra causa (ordinariamente, un convenio).

44. Tampoco en esto nos es posible aceptar la censura de Schulz. Que la expresión *manifesta conventio pignoris nomine* sea "clásicamente imposible" es una afirmación sin fundamento.

45. Sobre esta expresión, vid. *AHDE*. 46 (1976) 351 y 380 ss.

46. Según esto, no cabe compartir en su totalidad la idea de WUBBE, *Res aliena pignori data* (Leiden 1960) p. 285, de un derecho de incautación de los *invecta et illata* que fundamenta una prenda de custodia, convirtiéndose sólo entonces en un derecho de hipoteca eficaz. Cfr. WAGNER, art. cit., en *SDHI*. 33 (1967) 167.

47. En este sentido, LEWIS y SHORT, *A Latin Dictionary*, s. v. *percludo*; cfr. *praeccludo*.

48. Paulo 13 *ad Sab.*: *Vi facit tam is qui prohibitus fecit quam is qui, quo minus prohibeatur, consecutus est periculo puta adversario denunciato aut ianua puta praec'usa*.

verbo ⁴⁹. Ahora bien, el significado de *praeccludo* no es exactamente el de “encerrar”, “retener” o palabra semejante, como parece entender Rabel, sino el de “cortar el paso”, “impedir la entrada”, “cerrar (dejando fuera a alguien)”, etc. ⁵⁰. Así, pues, no cabe dudar de la corrección del uso de la primera persona, que está empleada en su justa forma ⁵¹. De este modo, el sentido correcto del verbo *praeccludere* se muestra acorde con la opinión atinada, aunque jocosa, de Nerva, al decir éste que estando el inquilino fuera, impedido de entrar en la casa, puede manumitir desde fuera, a través de una ventana, a los esclavos que están retenidos dentro.

Como se puede observar en los dos textos citados, tanto Ulpiano como Paulo aluden expresamente al arrendamiento urbano. En conclusión, la garantía que supone la afectación tácita de los *invecta et illata* al pago de las rentas del arrendamiento urbano no es obstáculo para la manumisión.

Una nueva cuestión debemos plantearnos ahora. Es ésta: ¿se aplica el mismo régimen del arrendamiento urbano a los *invecta et illata* que garantizan el rústico? Más concretamente, ¿pueden también ser manumitidos por el colono los esclavos afectos a la garantía del arrendamiento rústico? El supuesto no es contemplado directamente en las fuentes, y no tenemos por ello datos seguros que nos den una solución para este problema. Por lo demás, tampoco la lite-

49. Carecemos aún del correspondiente tomo del *VIR.* para confirmar esto definitivamente: véase, sin embargo, HEUMANN y SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰ (Graz 1958).

50. Véase, por ejemplo, el uso de *praeccludo* en las fuentes literarias: Cicerón, II *in Verr.* 5,168: *civibus Romanis ista defensione praeccluseris*; Suetonio, *Ner.* 32: *praecclusit cunctos negotiatores*; César, *de bel. civ.* 2,19: *per se cohortes eiecit portasque praecclusit*, y 3,12: *neque portas consuli praecclusuros*; Propertio 2,5,22: *nec mea praecclusas fregerit ira fores*; Lucano 9,39: *tunc ausum classi praeccludere portus*; cfr. también Cicerón II *in Verr.* 5,21, *in Pis.* 17,40, y *pro Planc.* 40,96; Lucrecio 1,975; Livio 33,13,5; Fedro 1,23,5; Suetonio, *Calig.* 26, y *Oth.* 8.

51. En este sentido, remitiéndose a Heumann y Seckel, WAGNER, art. cit., en *SDHI.* 33 (1967) 165 s.: “Diese Form der 1. Person ist jedoch durchaus richtig am Platze, denn (durch den ‘Verschluss’) perkludierte der Hauswirt dem Sklavenhalter-Mieter, d. h., er wandte das Beschlagsmittel der Perklusion gegen ihn an.” Según KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, en *Studi in onore di B. Biondi* I (Milán 1965) p. 114 n. 102, el término no está empleado en sentido técnico.

ratura sobre el tema —que tengamos noticia— se ha planteado esta cuestión, dando así a entender que se acepta el mismo régimen para ambos tipos de arrendamiento. No obstante, creemos poder encontrar en los textos argumentos suficientes para fundamentar una respuesta negativa a la pregunta antes planteada. Según nuestro convencimiento, el colono, a diferencia del inquilino, no puede manumitir a los esclavos afectados por la garantía del arrendamiento rústico. A este fin, podemos invocar, en primer lugar, Africano 8 *quaest.* — D.47,2, 62(61),8:

Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent. si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aiebat. sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emptor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus. etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. quod certe in proposito non aequè dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptor eos suo nomine cogat? ⁵².

52. Para las críticas al fragmento, vid. *Ind. Interp.*; además de los allí citados, vid. también, entre otros, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, en [Arch. Giur. 47 (1891) =] *Opere di C. Ferrini* V (Milán 1930) p. 167 s.; SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, en *SDHI.* 4 (1938) 109; JOLOWICZ, *Digest XLVII. 2: De furtis* (Cambridge 1940) p. 96; KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altromischen Recht*, en *ZSS.* 65 (1947) 251, y *Partus ancillae*, en *ZSS.* 75 (1958) 186; NIEDERLANDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, en *ZSS.* 67 (1950) 200 s.; LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella "locatio-conductio rei"*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz II* (Nápoles 1953) p. 388 n. 8; ALBANESE, *La nozione del "furtum" da Nerazio a Marciano*, en *Annali Palermo* 25 (1956) 114 ss. n. 71; FREZZA, *Le garanzie cit.*, p. 350 s.; y THOMAS, *Furtum pignoris*, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 38 (1970) 146. Con distinto alcance, las críticas se centran en la segunda parte del texto (salvo la de Schepses: [si eos-aiebat]), irrelevante para nuestro propósito, cuyo origen espurio no consideramos tan patente. Africano se plantea dos supuestos: que el arrendatario haya substraído del fundo clandestinamente los frutos, en cuyo caso queda obligado por la *actio furti*; y que el colono haya vendido la cosecha y sea el comprador quien la haya recogido y exportado, pudiendo entonces ser demandado el colono con la *actio furti* y quizá también el comprador mediante la *condictio furtiva*, aunque no haya llegado a adquirir los frutos por su consideración de *res furtivae* (*ut in furtivam causam eos incidere dicamus*).

Se trata de un arrendamiento rústico en el que, como es costumbre, se ha convenido la afectación de los frutos al pago de la renta⁵³. Si el colono ha sacado clandestinamente los frutos del fundo, el arrendador dispone contra él de la *actio furti*, según decía Juliano (*aiebat*)⁵⁴. Así, pues, se da una *actio furti* contra el colono que, con un acto propio, perturba la garantía del arrendador. En consecuencia, cabe pensar que esta acción se concede también en cualquier otro caso de perturbación de la garantía convenida, por ejemplo, cuando se trata de esclavos y éstos son manumitidos por el colono. Por lo demás, esta *actio furti* es semejante a la que se da contra el deudor pignorante que ha manumitido al *servus pignori datus*, tal como hemos visto en la primera parte de este trabajo⁵⁵. En resumen, pensamos que debe mantenerse la "imposibilidad" de manumitir al esclavo afectado por la garantía de los *invecta et illata* en el arrendamiento rústico. Esta conclusión no es incongruente, si se tiene en cuenta que la hipoteca convenida en el arrendamiento rústico afecta a bienes específicos, concretados por la voluntad del colono al introducirlos en el fundo arrendado, y que, precisamente por esto, se puede comparar a la hipoteca especial.

Si se acepta esto, al menos como hipótesis, cabe entonces enfocar los dos textos citados a propósito del arrendamiento urbano desde una perspectiva distinta. Así, tanto Ulpiano como Paulo, en sus respectivos textos, estarían contraponiendo las formas de garantía de ambos arrendamientos (urbano y rústico). Según esta interpretación, Ulpiano (D.20,2,6) diría: aunque en el arrendamiento urbano suele haber un convenio tácito de que los *invecta et illata* queden obligados como si se hubiese convenido así de modo expreso, ciertamente este tipo de hipoteca no impide la libertad. La estructura sintáctica de la frase, encabezada por *licet*, nos lleva a pensar en un régimen excepcional aplicable al arrendamiento urbano, habida cuenta del carácter tácito del acuerdo de garantía. De este modo, la frase

53. Quizá no fuese conocida todavía la hipoteca tácita sobre los frutos del predio rústico, a la que se refieren Pomponio 13 *ex var. lect.* D.20,2,7 pr. y Paulo 34 *ad ed.* D.19,2,24,1. En cualquier caso, Africano (y Juliano) habla aquí de una hipoteca convenida. Cfr. FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 151 n. 1.

54. El nombre de Juliano aparece mencionado expresamente en el *sch.*14 a *Bas.*60,12,61 (= D.47,2,62[61],8); cfr. BUHL, *Africans Quaestiones und ihr Verhältniss zu Julian*, en *ZSS.* 2 (1881) 197.

55. Vid. *AHDE.* 46 (1976) 351 y 377 ss.

ut perinde teneantur invecta et inlata, ac si specialiter convenisset tendría un doble sentido: por un lado, afirmaría que el vínculo obligatorio sobre los *invecta et illata* es semejante al existente sobre los objetos especialmente hipotecados; por otro, sería una clara alusión a la garantía del arrendamiento rústico que, por ser expresamente convenida y afectar a bienes concretos, no permitía la manumisión, a diferencia del régimen particular del arrendamiento urbano —posibilidad de manumitir—, justificado por el carácter tácito del convenio hipotecario.

Y lo mismo cabe decir en el texto de Paulo (D.20,2,9) acerca de la *conventio manifesta* que, contrapuesta (*est differentia*) a la garantía *propter pensionem*, podría referirse también al arrendamiento rústico.

En conclusión, creemos que debe distinguirse entre la garantía tácita del arrendamiento urbano, que no impide la manumisión del esclavo, y la expresa del rústico que, a semejanza de la hipoteca especial, no permite la manumisión.

3. *Hipoteca "general"*. Para introducir el tema de la hipoteca general puede servirnos un texto de Gayo *lib. sing. de form. hypoth.* — D.20,1,15,1:

- Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae⁵⁶.

Frente a una hipoteca convencional, *quae specialiter facta est*, aparece aquella otra hipoteca *quae cottidie inseri solet cautionibus, ut... cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae*. Se puede distinguir, pues, entre una hipoteca especialmente convenida sobre objetos determinados del patrimonio del deudor y

56. Con mayor o menor amplitud, el texto es criticado por Pernice, Fehr, Albertario y Ebrard: vid. *Ind. Interp.* Por la autenticidad se declara MANIGK, art. cit., en *P. W.* IX¹, col. 368; también FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 171 s.

otra sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor ⁵⁷, que suele insertarse habitualmente en los documentos caucionales, y que en el presente texto de Gayo aparece superpuesta a una hipoteca especial (*specialiter rebus hypothecae nomine datis*).

La posibilidad de manumitir al esclavo hipotecado generalmente es tratada también por Gayo I *de manum.* — D.40,9,29 pr.:

Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno iure debitoris est et iustam libertatem ab eo consequi potest, si lex Aelia Sentia non impediat libertatem, id est si solvendo sit nec ob id creditores videantur fraudari ⁵⁸.

El esclavo hipotecado “*generaliter*” pertenece de pleno derecho al deudor y puede ser manumitido válidamente, siempre que la ley *Aelia Sentia* no lo impida. En otras palabras, la existencia de una hipoteca general no impide en modo alguno la manumisión del esclavo hipotecado, cuya libertad dependerá entonces sólo de la prohibición de la ley *Aelia Sentia* ⁵⁹. La referencia del texto a esta ley no debe

57. Aunque algunos queden particularmente excluidos: D.20,1,6-8, de Ulpiano 73 *ad ed.* (h. t. 6 y 8) y Paulo 68 *ad ed.* (h. t. 7).

58. Según TUMEDI, art. cit., en *RISG.* 64 (1920) 75 n. 1, Gayo no podía hablar de una hipoteca general (“casi todas postclásicas”), por lo que el texto original debió de limitarse a afirmar, en principio, que el *servus* hipotecado no podía ser manumitido; asimismo, sospecha de la parte final [*id est-fin*]. Para SCHULZ, art. cit., en *ZSS.* 48 (1928) 278 s., el texto no trata de la hipoteca general, sino de la fiducia y, a tenor de ello, lo reconstruye así: <Fiduciae>[*generaliter pignori*] *datus* — <creditoris>[*debitoris*] —, [*id est-fin*]. Muy semejante es la reconstrucción de BESELER, *Textkritische Studien*, en *ZSS.* 53 (1933) 15: [—] *Servus* <fiduciae causa creditori mancipio datus, quia creditoris est ex iure Quiritium,> [—] *iustam libertatem* (para la continuación, se remite a Schulz). Contra la referencia a la fiducia se declara ERBE, *Die Fiduzia im romischen Recht* (Weimar 1940) p. 53 n. 5, alegando la incongruencia de aludir a la ley *Aelia Sentia* como causa que impide la manumisión en el supuesto de la fiducia. Finalmente, el texto es clásico para WAGNER, art. cit., en *SDHI.* 33 (1967) 163 ss., salvo la frase final [*id est-fin*], que considera como glosema aclarativo.

59. En consecuencia, afectará sólo a las manumisiones testamentarias del insolvente. Sobre esta limitación de la ley *Aelia Sentia*, vid. METRO, *La “lex Aelia Sentia” e le manomissioni fraudolente*, en *Labeo* 7 (1961) 147 ss. [= *Mnemeion S. Solazzi* (Nápoles 1964) p. 170 ss.]. Vid. también X. D’ORS, *La ley “Aelia Sentia” y las manumisiones testamentarias (Una exégesis de D.40,9,5,2 y D.40,1,21)*, en *SDHI.* 40 (1974) 425 ss.

sorprender, desde el momento en que la hipoteca general no impide la manumisión, y sólo puede impedirla la insolvencia del testador. En este sentido, sí sería incongruente la referencia a la ley si la hipoteca general impidiese por sí misma —como pretenden algunos autores— la manumisión del esclavo.

La posibilidad de manumitir al esclavo hipotecado generalmente viene afirmada también en un rescripto de Septimio Severo y Caracala (año 209), recogido en C.7,8,3, donde se establecen las diferencias con la manumisión del esclavo hipotecado especialmente:

Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. non idem iuris est in his servis, qui pignoris iure specialiter traditi vel obligati sunt ⁶⁰.

Aquel que ha hipotecado todos sus bienes presentes y futuros —dice el rescripto— puede conceder la libertad a sus esclavos; pero este principio no es válido para quien haya hipotecado *specialiter* sus esclavos. Así, como decíamos, se enuncia en el rescripto la diferencia, a efectos de la eficacia de la manumisión del esclavo hipotecado, entre una hipoteca general, sobre todos los bienes presentes y futuros (*bona sua... quae habet quaeque habiturus esset*), que no impide la manumisión, y la especial, *in his servis, qui... specialiter traditi vel obligati sunt* ⁶¹, que sí la impide. Que no aparezca aquí una

60. Al mantener que en Derecho clásico no se distinguió entre la hipoteca especial y la general, sino que en ambos casos la manumisión del esclavo hipotecado era nula, SCHULZ, art. cit., en ZSS. 48 (1928) 279, piensa que el rescripto debe de estar también interpolado, si bien se ve obligado a reconocer que “der Text liefert keine Interpolationsindizien”. Conjeturando un error mecánico que ha producido el traslado del *non* a una línea más abajo, corrige así el texto: —*esset, <non> posse-est. [Non] idem*—, sin excluir incluso (p. 279 n. 2) que toda la frase final *non idem-fin* sea compilatoria. Por su parte, SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel Diritto Romano III* (Nápoles 1940) p. 139 n. 4, cree ver un indicio de interpolación en la misma comparación entre ambas hipotecas: al que plantea la consulta sólo debió de interesarle uno de los dos casos, y no es finalidad del rescripto decidir sobre un caso distinto del propuesto; además, “la distinzione del pegno manuale dal convenzionale (*traditi vel obligati*) non si trova negli altri passi ed è inopportuna”. Acepta la corrección de Schulz, suprimiendo decididamente [*non idem-fin*]. Respetan el tenor actual del texto, FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 169, y WAGNER, art. cit., en SDHI. 33 (1967) 178 s.

61. Con la frase *traditi vel obligati sunt* el rescripto hace referencia tanto al *pignus* como a la *hypotheca* especialmente convenida.

referencia a la ley *Aelia Sentia* (como en Gayo D.40,9,29 pr.), nada tiene de particular: mientras Gayo parece enfocar el problema desde la perspectiva de la libertad del esclavo, y por eso alude a la ley *Aelia Sentia*, el rescripto de Septimio Severo y Caracala lo hace desde el punto de vista de la hipoteca, limitándose a negar que la hipoteca general —a diferencia de la especial— impida la manumisión.

Así, pues, a tenor de los dos textos anteriores, debe afirmarse que la hipoteca general no es obstáculo para la validez de la manumisión. Pero veamos ahora otros dos textos que Schulz alega como argumento definitivo en apoyo de su teoría de que es nula, en Derecho clásico, la manumisión del esclavo hipotecado generalmente (igual que la del hipotecado *specialiter*). De C.7,8,6 nos ocuparemos más tarde. El segundo es de Marciano *lib. sing. ad form. hypoth.* — D.40,8,6:

Si quis [obligatum] servum hac lege emerit, ut manumittat, competit libertas ex constitutione divi Marci, licet bona omnia quis obligaverit, quae habet habiturusve esset. tantundem dicendum est et si hac lege emerit, ne prostituatur, et prostituere⁶².

Según Schulz⁶³, la frase *licet-habitusve esset* puede tener un único sentido: la hipoteca general debería impedir la libertad, y, si en este caso es válida la manumisión, es porque el manumitente sólo es propietario fiduciario del esclavo, circunstancia que rompe el principio de nulidad de la manumisión del esclavo hipotecado “*generaliter*”⁶⁴. Pero, en nuestra opinión, el texto no ha sido correctamente

62. Como es comúnmente admitido, consideramos que la palabra [obligatum] no corresponde al texto original. Hecha esta corrección, es poco convincente la colocación de este fragmento, en la *Palinnesia*, bajo la rúbrica *De distractione pignorum et hypothecarum*. Lenel se apoya, sin duda, en el tenor actual del texto, que trata de la venta, por el acreedor, de un *servus obligatus*, a pesar de mantener que *obligatum* es una glosa. En cualquier caso, aunque se tratase de un esclavo vendido por el acreedor pignoraticio, lo que del texto interesa es la hipoteca general sobre los bienes del comprador, y la circunstancia adicional de que el esclavo estuviera ya hipotecado complica inútilmente el caso, pues esta complejidad no afecta a la solución, dado que la venta del esclavo extinguiría el anterior derecho real de garantía.

63. SCHULZ, art. cit., en ZSS. 48 (1928) 278.

64. Sigue esta interpretación de Schulz, SOLAZZI, *Concorso III* cit., p. 139, para quien este texto, y C.7,8,6, “dichiarano espressamente che è nulla la manomissione dello schiavo dato in pegno *generaliter*”.

interpretado por Schulz. Estamos de acuerdo con este autor en que Marciano trata aquí de una hipoteca general, pero creemos que, en el supuesto planteado, no puede hablarse de una manumisión por el dueño, como señala Wagner con acierto ⁶⁵. Dice Marciano: “si alguien hubiese comprado un esclavo con la ley de manumitirlo, compete la libertad *ex constitutione divi Marci* ⁶⁶, aunque el comprador hubiese hipotecado todos sus bienes presentes y futuros”. Lo que Marciano se plantea no es la validez o nulidad de una manumisión —de la que no se habla ⁶⁷— sino propiamente la incidencia que una hipoteca, en este caso, general puede tener sobre la *lex ut manumitteret*, concluyendo que *competit libertas ex constitutione divi Marci*, lo que viene a confirmar que no ha habido acto de manumisión ⁶⁸. Y lo mismo debe decirse, según añade Marciano, respecto a la esclava comprada con la ley de no prostituirla, a la que se hubiese prostituido: también en este caso se hace libre, a pesar de la hipoteca general.

Si se habla de hipoteca general y no especial es porque tal hipoteca de bienes presentes y futuros hacía recaer automáticamente al esclavo comprado, como bien “futuro”, en la garantía, y no se pensaba, en cambio, que el comprador con la *lex* de manumitir hubiera hipotecado especialmente tal esclavo. Es verdad que a la misma conclusión hubiese llegado Marciano si tratase incluso de una hipoteca especial constituida por el comprador sobre el esclavo previamente

65. WAGNER, art. cit., en *SDHI*. 33 (1967) 171 ss.

66. Los textos que contemplan este supuesto son abundantes: entre otros, cfr., por ejemplo, Paulo 2 *imp. sent. in cognit. prolat.* D.40,1,10: *ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret* (sobre este texto volveremos *infra*); Ulpiano 14 *ad Sab.* D.38,16,3,3: *etsi ex constitutione divi Marci pervenerit ad libertatem*, y 4 *ad leg. Ael. Sent.* D.40,9,30 pr.: *servus ad libertatem pervenerit ex constitutione divi Marci*.

67. Obsérvese, además, que nuestro texto procede del título 40,8 del Digesto, en cuya rúbrica se lee: *Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt*.

68. Cfr. el ya citado D.40,9,30 pr. (Ulpiano 4 *ad leg. Ael. Sent.*), donde la *libertas ex constitutione divi Marci* presupone expresamente la inexistencia de un acto formal de manumisión: *Si quis hac lege servum emerit, ut manumittat, et non manumittente eo servus ad libertatem pervenerit ex constitutione divi Marci*, ; también Paulo 50 *ad ed.* D.18,7,3: *si non sit manumissus, liber fit.* , y 2 *imp. sent. in cognit. prolat.* D.40,1,10: *et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret* (sobre este texto, vid. *infra*).

comprado con la *lex* de manumitirlo, pero esto no favorece la tesis de Schulz, ya que aquí, como hemos dicho, no tiene lugar una manumisión por el dueño, sino una libertad legalmente forzada. Estamos, en definitiva, ante algo semejante a lo que ocurre con la hipoteca del esclavo condicionalmente manumitido en el testamento, es decir, del *statuliber*. De ello habla también Marciano en el mismo libro del texto anterior (*lib. sing. ad form. hypoth.*) D.20,1,13,1:

Statuliber quoque dari hypothecae poterit, licet condicione existente evanescat pignus⁶⁹.

El *statuliber* puede ser hipotecado, si bien, al cumplirse la condición de la que pende su libertad, desaparece la hipoteca. No creemos, por tanto, que D.40,8,6 sea, como quiere Schulz, un argumento contra la posibilidad de manumitir al esclavo hipotecado generalmente.

4. *Hipotecas legales*. El segundo texto invocado por Schulz nos sitúa ante el problema de las hipotecas legales, que este autor parece incluir entre las "generales". En nuestra opinión, como ya hemos dicho anteriormente⁷⁰, existen diferencias tan substanciales entre ambas, que hacen difícil su asimilación. Así, mientras la hipoteca "general" se fundamenta en un convenio entre deudor y acreedor, en la hipoteca legal se prescinde por completo de tal acuerdo, imponiéndose, al margen de la voluntad, un derecho real sobre determinados bienes. A este respecto, no deja de ser indicativa la circunstancia de que, a propósito tanto de la hipoteca tácita sobre los *invecta et illata* como de la "general", los textos empleen las expresiones *perinde atque si ..*⁷¹ o *ut perinde.. ac si*⁷² que, como es sabido⁷³, indican

69. Consecuentes con sus teorías sobre la no-clasicidad de la palabra *hypotheca*, critican el texto FEHR, *Beitrag* cit., p. 82, y EBRARD, *Die Digestenfragmente* cit., p. 90 y n. 20, 134 y 136 n. 31; también ALBERTARIO, rec. a Fehr, en [RISG. 49 (1911) 64=] *Studi di Diritto Romano VI* (Milán 1953) p. 551, y BESELER, *Textkritische Studien*, en ZSS. 52 (1932) 54. Es clásico para MANIGK, art. cit., en P. W. IX¹, col. 383.

70. Vid. *supra* 1 y n. 2. Contra la confusión de Schulz entre hipotecas "generales" y legales, vid. también WAGNER, art. cit., en SDHI. 33 (1967) 177 s.

71. Cfr. Gayo *lib. sing. de form. hypoth.* D.20,1,15,1 (vid. *supra*).

72. Cfr. Ulpiano 73 *ad ed.* D.20,2,6 (vid. *supra*).

73. Vid. GARCÍA-GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en Derecho Romano*, en AHDE. 27-28 (1957-58) 305 ss.

una equiparación jurisprudencial de situaciones jurídicas, recurso al que no hace falta acudir cuando se trata de hipotecas directamente protegidas por los magistrados. Por otra parte, las hipotecas legales —exceptuando la del Fisco, de la que trataremos después— aparecen, no sobre patrimonios enteros, sino más bien sobre objetos determinados de un patrimonio.

Pero veamos el texto invocado por Schulz. Se trata de un rescripto de Alejandro Severo (sin fecha), recogido en C.7,8,6:

Si tutor tuus de pecunia tua servos emptos manumisit, quoniam huiusmodi servi sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emptae iure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt favore pupillorum, liberi facti non sunt.

Los esclavos comprados por el tutor con dinero del pupilo, y posteriormente manumitidos por el mismo tutor, no se hacen libres ya que, según una constitución de Septimio Severo y Caracala, esos esclavos, al igual que las otras cosas compradas con dinero del pupilo, quedan gravados con un derecho de prenda. La misma constitución imperial es mencionada por Ulpiano 35 *ad ed.* — D.27,9,3 pr.⁷⁴, y a ella se refiere en 3 *disp.* — D.20,4,7 pr.⁷⁵; no hay, en cambio, una verdadera hipoteca legal en Escévola 27 *dig.* — D.20,4,21 pr.:

74. Ulpiano 35 *ad ed.* D.27,9,3 pr.: *Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus isque pupillo vel minori traditus, an pignoris obligationem possit habere is, cuius pecunia fundus sit emptus? et magis est, ut salvum sit ius pignoris secundum constitutionem imperatoris nostri et divi patris eius ei pupillo, cuius pecunia comparatus est fundus.* Para la supresión de las palabras [*vel minori*], vid. LENEL, *Die cura minorum der klassischen Zeit*, en *ZSS.* 35 (1914) 167; SOLAZZI, *La minore età nel Diritto Romano* (Roma 1912) p. 12; ALBERTARIO, *L'“oratio Severi” riferita in D.27,9 e la cura dei minori*, en *Studi di Diritto Romano I* (Milán 1933) p. 481 [= *Nuove indagini intorno all'oratio Severi riferita in D.27,9*, en *Studi in onore di G. P. Chironi II*]; BISCARDI, *L'“oratio Severi” e il divieto di “obligare”*, en *Studi in onore di G. Grosso III* (Turín 1970) p. 259 n. 57; BESELER, *Beitrage cit. IV* (Tubinga 1920) p. 141, crítica además [*an pignoris-et*].

75. Ulpiano 3 *disp.* D.20,4,7 pr.: *Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. quare si duorum pupillorum nummis fuerit res comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris et eius cuius nummis comparata est.* Las críticas (Pringsheim, Guarneri-Citati: vid. *Ind. Interp.*) se apoyan en la expresión *quod si*, que consideran indicio de manipulación.

Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset ...Escévola habla de una hipoteca "general" convenida, como lo demuestran: el hecho de que la hipoteca se constituya para garantizar el pago de una condena, y no la conservación de las cosas compradas con dinero de la pupila, supuesto que no se plantea en el texto; además, el verbo *obligavit* da a entender un acto personal de Ticio, un convenio de garantía; por último, la extensión de la garantía a todo el patrimonio presente y futuro.

Así, pues, el texto se refiere a la constitución de Septimio Severo y Caracala, que establece una hipoteca legal sobre las cosas compradas con dinero del pupilo. La especial naturaleza de esta hipoteca es precisamente lo que justifica el régimen distinto de las hipotecas "generales"; en otras palabras, lo que determina la nulidad⁷⁶ de la manumisión, en virtud del derecho real de hipoteca constituido legalmente. Pero esto en nada afecta a las hipotecas "generales", a propósito de las cuales el testimonio de los textos es unánime en la negativa de que sean obstáculo para la manumisión.

5. *Hipoteca legal del Fisco*. Una hipoteca legal es también la constituida a favor del Fisco, si bien con una diferencia indiscutible respecto a la anterior: mientras a favor del pupilo quedan hipotecadas únicamente las cosas compradas con su dinero, el Fisco parece tener un derecho de garantía sobre todo el patrimonio de sus deudores. De otras particularidades de la hipoteca fiscal no vamos a tratar ahora, pues no es nuestra intención, obviamente, ocuparnos con detalle de la compleja problemática de esta forma de garantía. Nos limitaremos a exponer algunas ideas que sirvan para determinar nuestra posición en el problema.

Según la teoría dominante⁷⁷, la hipoteca legal del Fisco aparece configurada como tal en época de los Severos⁷⁸, pudiendo conside-

76. Aunque los escasos textos nada dicen al respecto, quizá pueda hablarse en este caso de "nulidad", y no de "imposibilidad", dado el carácter normativo de la prohibición de manumitir.

77. Vid., por todos, FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 121 ss.

78. En contra, con hipótesis diferentes, KNIEP, *Societas publicanorum* I (Jena 1896) p. 214 ss., y WIEACKER, *Protopraxie und "ius pignoris" im klassischen Fiskalrecht*, en *Festschrift P. Koschaker* I (Weimar 1939) p. 238 ss., a quien sigue MIQUEL, art. cit., en *AHDE*. 29 (1959) 286.

rarse como testimonio de ello dos constituciones de Caracala, de los años 213 y 214 respectivamente:

C.8,14(15),1: *Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt.*

C.8,14(15),2: *Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur*⁷⁹.

Además, este segundo rescripto guarda una evidente relación con el *Frag. de iure fisci*, 5:

*Bona eorum, qui cum fisco contrahunt, lege vacuaria velut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea, quae habent, sed et ea, quae postea habituri sunt*⁸⁰.

Por otra parte, hay que recordar también que el Fisco, al margen de la hipoteca legal, puede convenir con sus deudores otras formas de garantía hipotecaria, según dan a entender diferentes textos: C.7,8,2, de Septimio Severo y Caracala: *qui pignori non est ex conventionem speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus*; o el ya citado rescripto de Caracala C.8,14(15),2: *quamvis specialiter id non exprimitur*; así como algunos otros textos en los que la hipoteca del Fisco es convencional y no legal, como en Escévola 27 *dig.* — D.20,4,21 *pr.*:

79. Es opinión casi unánime que la frase final [*quamvis-exprimitur*] procede de los compiladores; vid., en la literatura más reciente, MIQUEL, art. cit., en *AHDE*. 29 (1959) 287; FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 121 s.; y CERAMI, "Contrahere cum fisco", en *Annali Palermo* 34 (1973) 292 n. 25 y 297, que, inducido por el *Frag. de iure fisci*, 5, reconstruye *bona <lege vacuaria> veluti*. Sin embargo, las razones alegadas para censurar *quamvis-exprimitur* (vid. Miquel: "la estrecha conexión en que está con la rúbrica del título", o Frezza: "è provata dalla stessa intestazione della rubrica *in quibus causis pignus tacite contrahitur*") no nos resultan demasiado convincentes. Más sospechosa nos parece, en cambio, la palabra *titulus* (*bona veluti pignoris titulo obligari*) que, en este sentido, salvo en el texto que nos ocupa, se presenta como propia de la Cancillería de Diocleciano: cfr. C.8,16,6; 8,24,2 y 8,34,2, del año 293; C.4,24,11; 8,13,26 y 8,27,19, del año 294; también C.5,37,20, de Constantino (año 314); y C.6,43,3,2a y 6,61,8,5, de Justiniano (año 531). Sobre el tema, vid. A. D'ORS, *Titulus*, en *AHDE*. 23 (1953) 495 ss.

80. Así, HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteuustinianae quae supersunt*, 4.^a ed. (Leipzig 1879) p. 620. Contra la teoría más extendida (Dernburg, Kniep, Mitteis, Wieacker, Schulz, Frezza), que substituye *lege vacuaria* por *lege XXaria = lege vigesima*, según la propuesta de Bocking, vid. CERAMI, art. cit., en *Annali Palermo* 34 (1973) 291 ss.

Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisit, donec universum debitum suum consequatur. respondit nihil proponi, cur non sit praeferenda⁸¹.

Se plantea el problema de la superposición de una hipoteca "general" convencional sobre los bienes del tutor⁸² y una hipoteca fiscal, también convencional, como es comúnmente admitido⁸³. Sin embargo, la solución que Escévola da a este caso parece estar en contradicción con la adoptada por Papiniano, según nos refiere Ulpiano 3 *disp.* — D.49,14,28:

Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potioem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est. praevenit enim causam pignoris fisco.

En efecto, mientras Escévola da preferencia a Seia, Papiniano afirma que *fiscum potioem esse debere*. El problema atrajo ya la atención de los medievales y, desde entonces, ha sido objeto de interpretaciones varias⁸⁴. Pero antes de seguir adelante, es conveniente señalar, como hace Cerami, una diferencia entre los supuestos de ambos fragmentos: Escévola (D.20,4,21 pr.) trata de una hipoteca "general" del Fisco derivada de una *conventio* autónoma, mientras en D.49,14,28. Papiniano habla de una verdadera hipoteca legal⁸⁵. Acla-

81. Según BESELER, art. cit., en ZSS. 53 (1933) 53, debe ser suprimida la frase [*in qua-convenit*].

82. Como ya hemos dicho (vid. *supra* n. 24), no hay aquí una verdadera hipoteca legal.

83. Vid. MIQUEL, art. cit., en AHDE. 29 (1959) 290 s.; FREZZA, *Le garanzie* cit., p. 123; y CERAMI, art. cit., en *Annali Palermo* 34 (1973) 286 s.

84. Vid. la bibliografía (no exhaustiva) recogida por CERAMI, art. cit., en *Annali Palermo* 34 (1973) 287 n. 14.

85. CERAMI, art. cit., en *Annali Palermo* 34 (1973) 287: "in D.49,14,28, l'ipoteca generale del fisco inerisce, invece, —come è necessario sottintendere— all'atto stesso del *contrahere cum fisco*". Lo considera como *protopraxia* legal, WIEACKER, art. cit., en *Festschrift Koschaker* I, p. 247, al que sigue MIQUEL, art. cit., en AHDE. 29 (1959) 291 s.; como un especial *privilegium exigendi*, KNIEP, *Societas publicanorum* cit., p. 217.

rado esto, volvamos a la referida contradicción. Es cierto, desde luego, que Papiniano atribuye una preferencia al Fisco sobre las cosas adquiridas con posterioridad a la aparición de la hipoteca legal (*in re postea adquisita*), pero estas cosas son las que, a nuestro modo de ver, quedaban excluidas en el planteamiento de Escévola. Así, en D.20,4,21 pr., se pregunta a Escévola (*quaesitum est*) si Seya tiene preferencia frente al Fisco respecto a aquellas cosas que estaban en el patrimonio de Ticio al convenir con ella la hipoteca "general" (*in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit*), y respecto también a las que hubiera adquirido después de ese momento (*in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit*), pero antes de la aparición de la hipoteca convencional del Fisco, cabe entender. Según esta interpretación, que se remonta a la *Glossa* de Acursio⁸⁶, la respuesta de Escévola (*nihil proponi, cur non sit praeferenda*) es congruente, y para nada interfiere con la dada por Papiniano a un supuesto distinto.

Por último, en relación con el concepto de *debitor fisci*, hay que pensar que la hipoteca legal del Fisco presupone un *contrahere*, lo que significa un previo negocio particular con el Fisco por parte de una persona que se convierte así en *debitor fiscalis*⁸⁷. Por lo tanto, las afirmaciones generales acerca de la hipoteca legal del Fisco, como la de Hermogeniano 6 *iur. epit.* — D.49,14,46,3: *Fiscus semper habet ius pignoris*⁸⁸, deben quizá ser entendidas en el sentido restrictivo de que existe un negocio previo; y lo mismo debemos decir de las alusiones genéricas a los *debitores fisci* o *fiscales*.

Sentadas estas premisas, veamos ahora los textos que se refieren a la manumisión realizada por el deudor fiscal. En primer lugar, Paulo 2 *imp. sent. in cognit. prolat.* — D.40,1,10:

Aelianus debitor fiscalis Euemeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum

86. ACURSIO, *Gl.* a D.20,4,22: *vel dic quod haec est praeferenda in his rebus, quas acquisivit Titius post priorem obligationem, et ante obligationem secundam. Sed in his rebus, quas postquam contraxit cum fisco acquisivit, praeferendus est fiscus.* En el mismo sentido, Cuyacio, Antonio Fabro.

87. En este sentido, CERAMI, art. cit., en *Annali Palermo* 34 (1973) 300: "la locuzione 'contrahere cum fisco' significa, nella terminologia tecnica dei giuristi e della cancelleria imperiale dell'età dei Severi, 'stringere col fisco convenzioni produttive di obbligazioni'".

88. La crítica se ha limitado a suprimir la palabra [*semper*], que supone una generalización excesiva.

bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Euemeriae status quaestionem faciebat, placuit non esse iuri fiscali locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quia ea lege empta est et, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret⁸⁹.

Para Schulz⁹⁰, este texto supone una nueva confirmación de que, en Derecho clásico, no se distinguía entre la hipoteca especial y la "general", por lo que también en este segundo caso, se impedía la manumisión del esclavo. Si en este texto —razona Schulz de modo semejante a como lo hacía a propósito de D.40,8,6— se impide la revocación de la manumisión en virtud de la ley de manumitir con que el esclavo ha sido adquirido, ello indica que la manumisión sería nula si el manumitente no fuese propietario fiduciario. Además de la opinión de Wieacker⁹¹, merece también citarse la acertada interpretación de Wagner⁹², según la cual el *procurator* invoca la ley *Aelia Sentia* como causa de nulidad de la manumisión, a tenor de la insuficiencia patrimonial de Eliano, es decir, de su insolvencia. El fundamento de la solución del caso (negación de la pretendida nulidad) lo encuentra Wagner en la constitución de Marco Aurelio, entendida como "expresión de la nueva tendencia político-jurídica del *favor libertatis*".

En nuestra opinión —dejando ahora al margen las diferencias, a que antes aludíamos, entre la hipoteca "general" y la legal— parece

89. KNIEP, *Societas publicanorum* cit., p. 220 s., propone la supresión de [*quo-tenerentur*]; contra tal interpolación, MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I* (Leipzig 1908) p. 373 n. 68; SCHULZ, art. cit., en ZSS. 48 (1928) 280; WIEACKER, art. cit., en *Festschrift Koschaker I*, p. 245 s.; MIQUEL, art. cit., en AHDE. 29 (1959) 288 s.; y WAGNER, art. cit., en SDHI. 33 (1967) 175 ss. Según la crítica de BESELER, art. cit., en ZSS. 66 (1948) 301, el texto quedaría así: *Aelianus debitor <principis> [fiscalis]— placuit non esse <legi Aeliae Sentiae> [—] locum, [—] quia ea lege empta [est]—*; o bien *iuri <Aeliano> (?)*.

90. SCHULZ, art. cit., en ZSS. 48 (1928) 280.

91. Según WIEACKER (art. cit., en *Festschrift Koschaker I*, p. 245 s.; le sigue MIQUEL, art. cit., en AHDE. 29 [1959] 289 n. 255), lo que se cuestiona en el texto no es la manumisión fraudulenta de la esclava, prohibida por la ley *Aelia Sentia*, sino el derecho de embargo que el Fisco tiene en virtud de la *protopraxia*, que se ve negado precisamente por la preexistencia de la *lex ut manumittatur*. Pero ocuparnos de esta interpretación nos obligaría a abordar cuestiones de fondo voluntariamente excluidas de este trabajo.

92. WAGNER, art. cit., en SDHI. 33 (1967) 175 ss.

haber escapado a la consideración de Schulz una circunstancia de especial relieve que nos da la clave de la verdadera exégesis del texto. Nos referimos a la frase *procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Euemeriae status quaestionem faciebat*: el *procurator Caesaris*, al comprobar que el patrimonio de Eliano era insolvente, planteó la revocación de la libertad de Euemeria. ¿Qué nos demuestra esto? A nuestro juicio, algo muy importante: la pretendida revocación de libertad no se apoya en la existencia de una hipoteca, sino propiamente en la insolvencia del manumitente —y, por tanto, en la ley *Aelia Sentia*—, siendo así que, como decíamos anteriormente⁹³ y el mismo Schulz mantiene, la solvencia o insolvencia es irrelevante para la manumisión del esclavo hipotecado. En otras palabras, se intenta revocar la manumisión de Euemeria, no en virtud de la hipoteca del Fisco, sino por ser una manumisión *in fraudem fisci*. Respecto a la opinión de Wagner, matizaríamos que la validez de la manumisión cuestionada deriva del efecto real de la *lex ut manumittatur* (en relación con la constitución de Marco Aurelio), pero sin que intervenga para nada, según creemos, el *favor libertatis*.

Por lo demás, esta interpretación del pasaje de Paulo coincide con todos los otros textos sobre el tema, en los que se afirma la nulidad de la manumisión *in fraudem fisci*, y de los que resulta que únicamente el carácter fraudulento puede hacer nula la manumisión del *debitor fiscalis*. Veamos Paulo 5 *sent.*—D.49,14,45,3:

A debitore fisci in fraudem datas libertates retrahi placuit: sane ipsum ita ab alio emere mancipium, ut manumittat, non est prohibitum: ergo tunc et libertatem praestare possit.

Se admitió —dice el texto— que las manumisiones fraudulentas realizadas por el deudor del Fisco sean revocadas; pero no está prohibido que el deudor fiscal compre un esclavo para manumitirlo: en este caso, puede conceder la libertad. Otra versión de este mismo texto⁹⁴ encontramos en el *Frag. de iure fisci*, 19, donde se

93. Vid. nuestro anterior artículo, en *AHDE*. 46 (1976) 350 ss.

94. Sobre ello, vid. LEVY, *Paulus und der Sentenzenverfasser*, en *ZSS*. 50 (1930) 289 s.; LAURIA, *Ricerche su Pauli Sententiarum libri*, en *Annali dell'Università di Macerata* 6 (1930) 53; y SCHERILLO, *L'ordinamento delle "Sen-*

introduce una referencia a la manumisión fideicomisaria, equiparándola al supuesto del que compra con la ley de manumitir:

A debitore fisci in fraudem datas libertates retrahi placuit. sane ipsum ita emere, ut manumittat, aut fideicommissam libertatem praestare, non est prohibitum.

Así, pues, según estos textos, la hipoteca legal del Fisco sobre los bienes de sus deudores no impide por sí misma la manumisión, que será válida en la medida en que no provoque un perjuicio al Fisco, es decir, en tanto no sea *in fraudem fisci*. La misma idea se repite en un texto de Marciano 13 *inst.*—D.40,9,11,1:

Sed nec in fraudem fisci datas libertates procedere principalibus constitutionibus cavetur. sed divi fratres rescripserunt, non utique, si debitor fisci manumiserit, libertates impediuntur, sed ita, si, cum non erat solvendo, in fraudem manumisit⁹⁵.

Aunque clásico en su contenido, el texto no está exento de ciertas sospechas. Se reconoce en las constituciones imperiales que no son válidas las manumisiones en fraude del Fisco, dice Marciano en la primera parte. Las sospechas aparecen a continuación: “pero” los *divi fratres* dieron un rescripto diciendo que no siempre se impiden las manumisiones del deudor fiscal, sino tan sólo cuando, no siendo solvente, manumitió en fraude. Esta frase —en nuestra opinión, de contenido clásico— no parece tener una conexión lógica con la anterior, por cuanto introduce la misma idea y además precedida de un *sed*, como si el rescripto de Marco Aurelio y Lucio Vero modificase en algo la frase anterior. Quizá este *sed* pueda explicarse por la intención de Marciano de aclarar que la manumisión queda impedida, no por la existencia de la garantía legal, sino precisamente por el fraude⁹⁶. En cualquier caso, el contenido de ambas partes del fragmento es clásico.

tentiae” di Paolo, en *Studi in onore di S. Riccobono* I (Palermo 1936; reimp. Aalen 1974) p. 65 y n. 165.

95. BESELER, *Romanistische Studien*, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 10 (1930) 217, reconstruye así el texto: — <ratas esse> [procedere-sed] — [fisci] —, [in fraudem] —. Contra, H. KRÜGER y KASER, *Fraus*, en *ZSS.* 63 (1943) 152 s.

96. También cabría pensar que la referencia al rescripto de los *divi*

Insiste el texto en la misma idea anterior de que sólo son nulas las manumisiones *in fraudem fisci*, lo que significa —como ya apuntábamos antes— que la hipoteca legal del Fisco no impide la manumisión. Pero esta idea, basada sobre los tres últimos textos citados (D.49,14,45,3; *Frag. de iure fisci*, 19; y D.40,9,11,1), parece no convencer a Schulz, que despacha escuetamente estos textos afirmando que si la ley *Aelia Sentia* se aplicó también a las manumisiones del deudor fiscal, ello no debe causar asombro, y no indica nada contra su teoría⁹⁷.

Veamos ahora C.7,8,2, donde se reproduce un rescripto de Septimio Severo y Caracala (sin fecha⁹⁸) sobre el mismo tema:

Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est ex conventionem speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur⁹⁹.

Como señalábamos anteriormente, aparece en este rescripto la diferencia entre una hipoteca *ex conventionem speciali*, que hace nula la manumisión, y la mera hipoteca legal del Fisco (*sed tantum privilegio fisci obligatus*), que no impide la manumisión, salvo que ésta haya sido realizada con *consilium fraudis*¹⁰⁰.

fratres sea un añadido de algún comentarista postclásico, que recogió un auténtico rescripto de estos emperadores, o bien —aunque menos probable— que el presente texto es un mal resumen compilatorio de un original más extenso de Marciano, o incluso en un cambio del [*sed*] con que se introduce el rescripto de los *divi fratres* por un <et>.

97. SCHULZ, art. cit., en ZSS. 48 (1928) 279 y n. 4.

98. Con toda probabilidad entre los años 205 (C.7,8,1) y 209 (C.7,8,3).

99. La referencia a la *specialis conventio* es censurada, en diferente medida, por ALBERTARIO, "Actio de universitate" e "actio specialis in rem", en [Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Perugia 31 (1919)=] Studi di Diritto Romano IV (Milán 1946) p. 90; SCHULZ, art. cit., en ZSS. 48 (1928) 253, que considera también interpolada la mención del *consilium fraudis*; y SOLAZZI, Concorso cit. III, p. 138 ss. Por el contrario, para GUARNERI-CITATI, En matière d'affranchissements frauduleux, en Mélanges de Droit Romain dédiés a G. Cornil I (1926) p. 464 s., "la constitution est irrépréhensible"; tampoco lo critica FREZZA, Le garanzie cit., p. 168 ss.

100. Sorprende, de todas formas, esta aislada y única alusión al *consilium fraudis* en tema de manumisión en fraude del Fisco. Además, la última parte del rescripto presenta también ciertos problemas de interpretación. En cualquier caso, a los efectos que ahora nos interesan, el texto niega que la hipoteca legal del Fisco impida la manumisión

Queda, por último, ocuparnos de un difícil texto de Paulo 3 *ad leg. Ael. Sent.* — D.40,9,16,3:

Aristo respondit a debitore fisci, qui solvendo non erat, manumissum ita revocari in servitutem debere, si non diu in libertate fuisset, id est non minus decennio: plane ea, quae in fraudem fisci in sinus eius collata sunt, revocanda ¹⁰¹.

Según un *responsum* de Aristón —del que nos informa Paulo—, el Fisco puede ejercitar la *vindicatio in servitutem* ¹⁰² contra el esclavo manumitido por uno de sus deudores, siempre que no haya vivido en libertad mucho tiempo (*diu*), esto es, menos de un decenio, según la concreción que, con mucha probabilidad, debe imputarse a los compiladores; por lo demás, son revocadas, en cualquier caso, todas las adquisiciones que han llegado al esclavo en fraude del Fisco. Los problemas que plantea la idea de una revocación de la libertad ya concedida los salva Hellman ¹⁰³ entendiendo que se trata de una manumisión inicialmente nula, de modo que la expresión *diu in libertate fuisset* debe entenderse como una mera situación fáctica de libertad ¹⁰⁴ y concluye, por tanto, que *revocare* no significa otra cosa que la constatación judicial de la nulidad de la manumisión ¹⁰⁵. Esta hipótesis viene avalada, además, por la com-

101. Las críticas han sido frecuentes, como puede verse en el *Ind. Interp., ad leg.*, y centradas fundamentalmente, con diferente amplitud, en la segunda mitad del fragmento (*si non diu-fin*).

102. En este sentido entendemos la expresión *revocari in servitutem*: no se trata de revocar una libertad ya concedida efectivamente, sino de declarar esclavo a quien no ha dejado de serlo. Lo mismo se dice en D.49,14,30 (Marciano 3 *inst.*: *revocari ad servitutem*), confirmado además por Hermogeniano 6 *iur. epit.* D.49,14,46,7, donde, a propósito de un caso análogo de venta, se habla de que ésta *nullas vires habet*. También la expresión *revocare libertatem* se refiere a la revocación de la disposición testamentaria de libertad, no a la libertad ya adquirida.

103. HELLMAN, *Zur Terminologie der romischen Rechtsquellen in der Lehre von der Umwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, en *ZSS.* 24 (1903) 104 s.

104. "man erwagt, dass die Stelle von einem diu in libertate esse des Freigelassenen spricht, d. h. dem bloss faktischen Zustande der Freiheit" (p. 104).

105. "Wir sind daher genotigt, in revocantur die richterliche Konstatierung der Wirkungslosigkeit der Freilassung zu erblicken" (p. 105).

paración con unas adquisiciones no revocadas, sino consideradas nulas en cuanto hechas por un esclavo ¹⁰⁶. En definitiva, el contenido substancial del fragmento es acorde con todo lo dicho hasta ahora: la hipoteca legal, que grava todos los bienes del deudor del Fisco, no impide la manumisión, cuya validez quedará sometida a las normas de la ley *Aelia Sentia* ¹⁰⁷.

Varias circunstancias llaman la atención en los textos citados a propósito de la hipoteca legal del Fisco. En primer lugar, la aparición (de una u otra forma) del requisito del fraude —lo mismo que en la hipoteca “general”— para invalidar la manumisión hecha por el deudor fiscal, requisito que, si bien figuraba ya en algunos textos anteriores en relación con la hipoteca especial ¹⁰⁸, era, o para negar su exigencia, o para contraponerlo al derecho real de garantía sobre el esclavo. Aunque Schulz —y ya hemos aludido a ello— considere que no debe sorprender el recurso a la prohibición de la ley *Aelia Sentia*, nosotros juzgamos que tal recurso excluye automáticamente que la hipoteca legal del Fisco sea un obstáculo para la manumisión, pues, en tal caso, sería indiferente la solvencia o insolvencia del deudor y, en consecuencia, el carácter fraudulento de la manumisión.

La segunda circunstancia que merece ser subrayada es que la mayor parte de estos textos se refieren, a nuestro entender, a manumisiones testamentarias, a las que se alude con la expresión *dare libertatem*. Así, en D.49,14,45,3 (Paulo) = *Frag. de iure fisci*, 19, y D.40,9,11,1 (Marciano) se habla de *datas libertates*, y en C.7,8, 2 (Septimio Severo y Caracala), de *libertas data*. En cambio, esto no aparece tan claro, aunque no deba excluirse que así sea, en D.40,1, 10 y en el interpolado D.40,9,16,3, ambos de Paulo. Ello parece estar en evidente relación con el hecho de que la ley *Aelia Sentia*,

106. Por lo tanto, el recurso apropiado para su revocación será la acción reivindicatoria y no el interdicto fraudatorio de carácter anual. La misma expresión *in sinus eius collata sunt* deja ver también la alusión a una mera situación de hecho, en la que se evitan los nombres técnicos de tales adquisiciones (donaciones, legados, fideicomisos, etc.), e incluso la clara referencia al patrimonio (*in sinus eius*).

107. Aunque no se diga expresamente en el texto, pensamos que se trata de una manumisión testamentaria, de acuerdo con el alcance de la prohibición que, siguiendo a Metro, atribuimos a la ley *Aelia Sentia*; vid. *supra* n. 59.

108. Vid. *AHDE*. 46 (1976) 265 n. 69.

como ya hemos dicho ¹⁰⁹, prohibía únicamente las manumisiones testamentarias.

Finalmente, debe también hacerse notar que la terminología característica para indicar la imposibilidad de manumitir al esclavo especialmente hipotecado: *manumitti non potest* (Paulo 39 *ad ed.* — D.40,1,3) o *manumittere non possumus* (Ulpiano 3 *disp.* — D.40,9,4) ¹¹⁰, no tiene ningún punto de conexión con las expresiones utilizadas para la manumisión en fraude del Fisco, las cuales, más que la “imposibilidad” de manumitir, reflejan la “nulidad” prevista por la ley *Aelia Sentia*.

XAVIER D'ORS

Universidad de Santiago de Compostela

[Publicada ya la primera parte de este artículo (en *AHDE.* 46[1976]), y en prensa esta segunda, han aparecido dos nuevos trabajos que interesan a nuestro tema, y que siento no haber podido tener en cuenta: KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 44(1976)233 ss. (especialmente p. 263 ss., sobre la manumisión del esclavo hipotecado), el cual, aparte otros aspectos en cuya discusión no podemos entrar aquí, parece aceptar la doctrina de Schulz, y explica la posibilidad de manumitir al esclavo hipotecado “*generaliter*” como consecuencia del pacto por el que se regía la “propiedad dividida” entre el acreedor y el pignorante; y CERAMI, *La “lex in vacuom vendendis” e la genesi dell’ipoteca legale del “Fiscus”*, en *Annali Palermo* 36(1976)89 ss., que señala un diferente origen de la hipoteca legal del Fisco, según se refiera a créditos contractuales (hipoteca “general”) o a créditos tributarios. X. O.

109. Vid. *supra* n. 59.

110. Sobre estas expresiones, vid. *AHDE.* 46 (1976) 351 y 380 ss.