

LA MANUMISION DEL ESCLAVO HIPOTECADO EN DERECHO ROMANO

I. MANUMISION DEL ESCLAVO ESPECIALMENTE HIPOTECADO

SUMARIO: 1.—*Status quaestionis*. 2.—Hipoteca especial. Manumisión *inter vivos*. 3.—Consentimiento del acreedor. 4.—Manumisión testamentaria. 5.—Una reforma de Septimio Severo. 6.—Manumisiones fideicomisarias. 7.—Efectos de la manumisión del *servus pignori datus*: a) *actio furti*. b) eficacia de la manumisión, acción hipotecaria y *vindicatio in servitutem*

1. *Status quaestionis*. El tema de la manumisión del esclavo hipotecado (*servus pignori datus* u *obligatus*) ha sido objeto de un insuficiente estudio, integrado casi siempre en la proyección de otras cuestiones más amplias. Por otro lado, tampoco hay unanimidad en las conclusiones. A este respecto, son dos los problemas de fondo que se discuten: cuál es el fundamento jurídico de la prohibición de manumitir al *servus pignori datus*, y, en segundo lugar, la problemática de la distinción entre una hipoteca «especial» y una «general» con sus respectivos regímenes jurídicos; en el presente artículo nos ocuparemos del caso de la hipoteca especial, dejando el otro para un estudio posterior.

Tomando como punto de partida la obra de Dernburg¹, podemos destacar, entre otras², las siguientes opiniones.

1. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* I y II (Leipzig 1860-64)

2. Una bibliografía más extensa (hasta el año 1928) puede verse en

Según Dernburg³, el derecho de hipoteca, al ser una creación pretoria, no pudo impedir la libertad concedida por una manumisión civil. Sólo con la promulgación de la ley *Aelia Sentia* —piensa Dernburg— se llega a prohibir en algún caso la manumisión de un esclavo hipotecado: cuando el deudor es insolvente. Posteriormente, hacia finales del primer siglo del Imperio, se distingue entre una hipoteca especial y una «general»: en el primer supuesto, la manumisión es declarada nula: en el segundo, en cambio, continúa aplicándose la ley *Aelia Sentia*. La doctrina de Dernburg, al menos en lo que se refiere a la implicación de la ley *Aelia Sentia* en la prohibición de manumitir al esclavo hipotecado, fue aceptada por Mitteis⁴ y por Rabel⁵.

No es claro el pensamiento de Lotmar⁶, quien, a propósito de la prohibición de la ley *Aelia Sentia*, recuerda la nulidad de la manumisión del esclavo especialmente hipotecado, incluso sin fraude⁷, en tanto es válida la del esclavo hipotecado «generalmente».

Por otra parte, no faltaron tampoco quienes se pronunciasen contra esta doctrina, defendiendo la no-aplicación de la ley *Aelia Sentia* en este campo. Aunque pueda considerarse a Schulz⁸ como el principal representante de esta postura, la opinión es, no obstante, más antigua. Así, Buckland distingue el caso especial de fraude a los acree-

SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, en *ZSS* 48 (1928) 263 n. 5. La cuestión ha sido sólo muy incidentalmente tratada en la literatura posterior, a excepción, para la hipoteca general, del trabajo de WAGNER, *Zur Freiheitserteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven*, en *SDHI* 33 (1967) 163 ss., que constituye un complemento de su obra *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfandung* (Marburgo 1968).

3. DERNBURG, *Pfandrecht* cit. II, p. 12 ss

4. MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I* (Leipzig 1908) p. 61 n. 61.

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

6. LOTMAR, *Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe*, en *ZSS* 33 (1912) 343 s.

7. LOTMAR, *art. cit.*, en *ZSS* 33 (1912) 343: "greift Nichtigkeit Platz, obwohl manumissio in fraudem creditorum nicht vorliegt".

8. SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 263 ss.

dores⁹, y lo mismo Guarneri-Citati¹⁰. En cuanto al pensamiento de Schulz¹¹, puede resumirse en los siguientes puntos: a) la nulidad de la manumisión del esclavo hipotecado no procede en ningún caso de la ley *Aelia Sentia*, sino del derecho real que grava la propiedad del esclavo; b) 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; c) sólo en época postclásica se introduce la distinción entre la hipoteca especial y la «general»: en el primer caso la manumisión es nula, mientras en el segundo queda sometida a las reglas de la ley *Aelia Sentia* sobre las manumisiones *in fraudem creditorum*. A esta doctrina de Schulz se remiten expresamente Metro¹² e Impallomeni¹³.

Sin embargo, estas últimas opiniones que independizan nuestro tema de la ley *Aelia Sentia* dejan sin resolver la cuestión, planteada por Dernburg, de cómo siendo el derecho de prenda una institución pretoria puede impedir los efectos de un acto civil como la manumisión. A la existencia de un derecho real, sin más análisis, se remite Guarneri-Citati¹⁴; y Schulz hace además una comparación con el caso del esclavo dado en usufructo¹⁵. Por su parte, Impallomeni, después

9. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* (Cambridge 1908; reimp. Nueva York 1969) p. 573 ss.. "A slave who is the subject of a specific pledge, express or tacit, cannot be freed however solvent the owner may be, unless the creditor assents, or security in lieu of the slave is given. The rule does not apply to a general hypothec, tacit or express, unless the slave has actually been seized under it, but of course the manumission must not infringe the rule of the *lex Aelia Sentia* as to manumission in fraud of creditors".

10. GUARNERI-CITATI, *En matière d'affranchissements frauduleux*, en *Mélanges de Droit Romain dédiés à G. Cornil I* (1926), p. 503 s.: "le gage est, par sa nature même, soumis à des règles particulières, de sorte que les principes usuels établis par la loi *Aelia Sentia* ne s'appliquent pas à lui, s'il est constitué *specialiter*".

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

12. METRO, *La "lex Aelia Sentia" e le manomissioni fraudolente*, en *Labeo 7* (1961) 153 [= *Mnemeion S. Solazzi* (Nápoles 1964) p. 176].

13. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa* (Padua 1963) p. 161 ss.

14. GUARNERI-CITATI, *art. cit.*, en *Mélanges Cornil I*, p. 504: "C'est que, sur l'esclave engagé, existe un droit réel du créancier gagiste".

15. SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS 48* (1928) 264: "Die Freilassung... ist nichtig..., weil in beiden Fällen der Sklave sachenrechtlich belastet ist".

de reconocer que Schulz no resuelve la cuestión, invoca una como *potestas* del acreedor¹⁶. Pero tampoco esta última explicación nos resulta convincente por cuanto la mencionada *potestas* del acreedor pignoratizio es un concepto demasiado ambiguo y, en definitiva, no resuelve la cuestión de una nulidad aparentemente civil a causa de un derecho meramente pretorio.

Por tal motivo, y para confirmar o corregir algunos otros aspectos de las opiniones mencionadas, entendemos que puede ser de utilidad la revisión del tema de la manumisión del *servus pignori datus* que exponemos a continuación.

2. *Hipoteca especial. Manumisión «inter vivos»*. Aparece enunciado en varios lugares el principio general de la prohibición de manumitir al esclavo dado en prenda. En este sentido, Ulpiano 3 *disp.*—D.40,9,4:

Servum pignori datum manumittere non possumus.

La afirmación de Ulpiano viene confirmada por otro texto de Paulo, que, al mismo tiempo, aporta un nuevo dato sobre la cuestión: 39 *ad ed.*—D.40,1,3:

Servus pignori datus, etiamsi debitor locuples est, manumitti non potest¹⁷.

No se puede manumitir al *servus pignori datus*, incluso cuando el deudor pignorante es solvente. El texto desliga, pues, el tema de la manumisión del esclavo hipotecado y la ley *Aelia Sentia*, por cuanto la prohibición de tales manumisiones es independiente de la solvencia o insolvencia del deudor, la cual, en cambio, es el presupuesto básico de la prohibición de la ley *Aelia Sentia*¹⁸

16. IMPALLOMENI, *Le manomissioni* cit., p. 162: "la ragione per cui la manomissione è sempre impedita dal pegno va pur essa ricercata nell'istituto della *potestas*. Questa, o quanto meno la possibilità di disporne, passerebbe al creditore pignoratizio in seguito al pignoramento e al possesso interdittale, opponibile *erga omnes*".

17. Aunque el texto no figura en el *Ind. Interp.*, ha sido criticado por BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 574 s., que lo refiere a la *fiducia*, conjeturando que la nulidad de la manumisión del esclavo hipotecado podría derivar de la institución de la *fiducia*, en la cual, al entregar el deudor fiduciante la propiedad al acreedor fiduciario, pierde con ello la posibilidad de manumitir.

18. En efecto, según nuestro convencimiento, la ley *Aelia Sentia* no

Dos circunstancias merecen ser subrayadas a propósito de estos textos. En primer lugar, la coincidencia de expresión —que vemos aparecer en otros pasajes— para referirse a la prohibición de manumitir al esclavo hipotecado: *manumittere non possumus* y *manumitti non potest* dicen, respectivamente, Ulpiano y Paulo. En base a ello, nos parece conveniente aludir en adelante, no a «prohibición» o «nulidad», sino a «imposibilidad» de manumitir al *servus pignori datus*, en tanto la ley *Aelia Sentia* sí supone una verdadera prohibición. Volveremos más tarde sobre esta cuestión¹⁹.

La segunda circunstancia digna de mención, y que parece haber pasado hasta ahora casi inadvertida²⁰, es la colocación de estos dos fragmentos dentro de la sistemática general de las obras a que pertenecen. El primer fragmento (D.40,9,4) procede del libro 3 *disputationum* de Ulpiano y es colocado por Lenel, en la *Palingenesia*, bajo la rúbrica *De tutelis* (EP. XXII), invocando como argumento un rescripto de Alejandro Severo (C.7,8,6) acerca de la hipoteca legal sobre las cosas compradas por el tutor con dinero del pupilo; el segundo texto (D.40,1,3) procede del libro 39 *ad edictum* de Paulo, dedicado, según la misma reconstrucción de Lenel, al tratamiento del *furtum* (*De furtis*, EP XXIII). Ahora bien, si el recurso a C.7,8,6 para referir el texto de Ulpiano a la tutela es bastante forzado, tal referencia resulta aún más dudosa si se tiene en cuenta que en el mismo libro 3 *disputationum* coloca Lenel una rúbrica *De furtis*, que permite situar nuestro texto en una sede acorde con la del fragmento de Paulo. En definitiva, creemos que D.40,9,4 debe ser trasladado de su colocación actual en la *Palingenesia* (*De tutelis*) a la rúbrica inmediatamente posterior *De furtis*, dentro siempre del libro 3 *disputationum*.

Hecha esta corrección, cuya justificación consideramos suficiente, nos encontramos con que los dos textos mencionados, en los que se afirma con carácter general la «imposibilidad» de manumitir al *servus pignori datus*, proceden ambos de una *sedes materiae* que a primera

prohíbe, como se dice habitualmente, las manumisiones *in fraudem creditorum*, sino más bien las manumisiones dispuestas en el testamento de un insolvente. De ello nos ocuparemos en una ocasión próxima

19. Vid *infra* 7 b.

20. Sólo SCHULZ, *art cit*, en ZSS 48 (1928) 266 s., se ha ocupado brevemente de este tema, remitiéndose a su artículo *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, en ZSS 32 (1911) 45 y 92.

vista puede sorprender: *De furtis*. Volveremos también sobre ello más adelante ²¹.

Pero el testimonio de Paulo en D.40,1,3 es en parte contradicho por el *Fragmentum Dositheanum* 16:

Servum pignori datum civem Romanum facere debitor non potest, nisi si forte solvendo non sit: obstat enim libertati lex Aelia Sentia, quae vetat (o prohibet) servum <fraudandorum> creditorum causa manumissum civem Romanum fieri. sed Latinum...

El contenido de este párrafo no deja de ser sorprendente e incluso, en cierto modo, contradictorio. De hecho, ha producido en la doctrina una reacción unánime de rechazo de su tenor actual, aunque tal unanimidad no se extienda también a las soluciones propuestas. Para algunos, es necesario restituir en el fragmento una original distinción entre la hipoteca especial y la «general». En este sentido, la reconstrucción de Dernburg ²², a quien sigue Huschke ²³:

Servum pignori datum civem Romanum facere debitor non potest, <generaliter obligatum potest>, nisi si forte solvendo non sit...;

la de P. Krüger ²⁴, que modifica ligeramente la anterior, añadiendo <generaliter hypotheca obligatum potest>: y, por último, la de Seckel y Kübler ²⁵:

Servum <specialiter> pignori datum civem Romanum facere debitor non potest <generaliter pignori datum potest>, nisi si forte solvendo non sit...

Según Buckland ²⁶, el fragmento es «imperfecto y corrompido» y, puesto que parece deducir de la ley *Aelia Sentia* la nulidad de la manumisión del esclavo hipotecado, conjetura que quizá tratase originalmente de un caso de hipoteca «general» y fraude de acreedores. Por su parte,

21. Vid. *infra* 7 a.

22. DERNBURG, *Pfandrecht* cit II, p. 14.

23. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, 4.^a ed. (Leipzig 1879) p. 430 s.

24. P. KRÜGER, *Collectio librorum iuris anteiustiniani* II (Berlín 1878) p. 156. Acepta su reconstrucción BAVIERA, *Fontes iuris romani anteiustiniani* II (Florenia 1940) p. 621.

25. SECKEL y KÜBLER en la revisión (6.^a ed.) de la obra de HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae* I (Leipzig 1908) p. 427.

26. BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 574.

Schulz²⁷, consecuente con su teoría de la no-distinción entre hipoteca especial y «general» hasta el derecho postclásico, prefiere pensar que el autor del fragmento no contraponía ambas hipotecas, sino la manumisión de un esclavo hipotecado y la del no hipotecado: la primera es declarada nula sin más; la segunda, en virtud de la ley *Aelia Sentia*, sólo según la insolvencia del manumitente. Respecto a la posible reconstrucción del fragmento, propone <*pignori non obligatum potest*> o una frase semejante.

Esta doctrina de Schulz ha sido últimamente aceptada por Impalomeni²⁸ y criticada por Wagner²⁹, que se inclina, en cambio, siguiendo a Dernburg, por la originaria referencia a la hipoteca general

Un nuevo problema plantea este *Fragmentum Dositheanum*: las palabras *sed Latinum...* con las que termina el pasaje, y se repiten al final del § 11, dedicado a la manumisión del esclavo dado en usufructo. Huschke³⁰ reconstruye *sed Latinum facere potest* para nuestro texto, y *sed Latinum inter amicos manumittendo facere potest, tum scilicet, cum ususfructus non mutata interim voluntate finitus erit* para el § 11; Krüger³¹ propone *sed Latinum fore debito soluto non ambigitur* para el texto relativo a la prenda, y *sed finito usufructu ex lege Iunia Latinus fit* para el del usufructo³²; por último, Schulz³³ atribuye estas palabras en ambos casos a una glosa, introducida para salvar el efecto de la manumisión, aunque en el grado inferior de la latinidad. Así, la manumisión de un esclavo gravado con un usufructo o un derecho de prenda conduce a la libertad latina, cuando se extinguen más

27. SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 282.

28. IMPALLOMENI, *Le manomissioni cit.*, p. 161 s., e *In tema di manomissioni fraudolente*, en Synteleia V. Arangio-Ruiz II (Nápoles 1964) p. 926.

29. WAGNER, *art. cit.*, en SDHI 33 (1967) 184 s., para quien la reconstrucción de Schulz "wurde auch weder systematisch-logisch befriedigen... noch sprachlich..." (p. 185). No es satisfactoria lógico-sistemáticamente, puesto que el esclavo hipotecado aparecería mencionado antes del no hipotecado, ni lingüísticamente, puesto que a las tres negaciones de la frase (*non potest, nisi si forte solvendo non sit*) se añadiría una cuarta negación.

30. HUSCHKE, *Iur. Anteuist cit.*, p. 429 y 430 s.

31. P. KRUGER, *Collectio cit II*, p. 154 y 156. Le sigue BAVIERA, *FIRA II*, p. 620 s.

32. Esta reconstrucción de Krüger tiene, sin embargo, el inconveniente de alterar el texto conservado.

33. SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 282 ss.

tarde los respectivos derechos. Pero esto —objeta el propio Schulz— sólo es correcto, en derecho clásico, para las manumisiones pretorias, lo que convierte al autor de la glosa en un precursor de los bizantinos, que introducen tal doctrina.

A nuestro juicio, el fragmento que nos ocupa presenta alguna otra incorrección que no se salva con las interpretaciones hasta ahora citadas. Así, por ejemplo, es inexacto el contenido que se atribuye a la ley *Aelia Sentia*: *quae vetat (o prohibet) servum <fraudandorum> creditorum causa manumissum civem Romanum fieri*³⁴. En efecto, dejando ahora aparte el tema de la limitación de la ley *Aelia Sentia* sólo a las manumisiones testamentarias (que podría quizá venir reflejada en la forma *obstat enim libertati*), es impreciso decir que dicha ley impide que el manumitido por un insolvente se haga *civis Romanus*, imprecisión que se agrava si relacionamos esta afirmación con la frase inmediata *sed Latium*, pues lo que hace la ley es prohibir en absoluto la manumisión, en beneficio de los acreedores

En definitiva, nos inclinamos a mantener que el *Fragmentum Dositheanum* 16, a excepción de la primera frase (*servum pignori datum civem Romanum facere debitor non potest*) y quizá, como veremos más adelante, de las palabras *sed Latium*, nada útil puede aportar a nuestro tema. Por tanto, el testimonio de este fragmento no puede considerarse suficiente para contrarrestar el del texto de Paulo anteriormente citado (D.40,1,3), de cuya autenticidad no cabe dudar. Es más, el mismo principio enunciado por Paulo lo encontramos de nuevo en Juliano 64 *dig.*—D.40,9,5,2:

Si Titius nihil amplius in bonis quam Stichum et Pamphilum habeat eosque stipulanti Maevio ita promiserit "Stichum aut Pamphilum dare spondes?", deinde, cum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit: libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur. quamvis enim fuit in potestate Titui, ut Pamphilum daret, tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori possit, non sine fraude stipulatoris Stichum manumisit. quod si solum Pamphilum dari promississet, non dubitarem, quin Stichus ad liberta-

34. En este sentido, SCHNEIDER, *Die Latini Iuniani und das Berliner Fragment de dediticiis*, en *ZSS* 6 (1885) 197 n. 1: "es ist also nicht gerade falsch, sondern nur ungenau, wenn Dos. sagt lex A.S. prohibet servum creditorum fraudandorum causa manumissum civem R. fieri statt liberum fieri".

tem perveniret, quamvis similiter Pamphilus mori possit: multum enim interest, contineatur ipsa stipulatione is qui manumittitur, an extra obligationem sit. nam et qui ob aureos quinque Stichum et Pamphilum pignori dederit, cum uterque eorum quinum aureorum sit, neuter manumitti potest: at si Stichum solum pignori dederit, Pamphilum non videtur in fraudem creditoris manumittere.

Se trata de un interesante texto, del que nos hemos ocupado ya en una ocasión anterior³⁵. Ahora nos interesa solamente su parte final (*nam et qui* - fin). El que, debiendo cinco áureos —dice Juliano—, da en garantía de su deuda a los esclavos Estico y Pánfilo, que valen cada uno cinco áureos, no puede manumitir a ninguno de los dos; por el contrario —continúa el texto— si sólo ha hipotecado a Estico, no hay dificultad alguna para manumitir a Pánfilo. Como decíamos más arriba, se trata de una simple aplicación del principio expuesto por Paulo. En efecto, no puede negarse que el propietario de Estico y Pánfilo sea solvente respecto a la deuda de cinco áureos; incluso si manumite a uno de sus esclavos, seguirá siendo solvente. Sin embargo, no puede manumitir a ninguno precisamente por tratarse de *servi pignori dati*. En cambio, sí puede manumitir a Pánfilo cuando sólo Estico ha sido dado en garantía de los cinco áureos³⁶. Pero la nulidad de la manumisión de Estico y Pánfilo no la deduce el texto —como pretendían los partidarios de la aplicación de la ley *Aelia Sentia* a la manumisión del *servus pignori datus*, y como parece entender el mismo Schulz³⁷— de la ley *Aelia Sentia*, sino propiamente del hecho de que ambos esclavos hayan sido pignorados, es decir, de que ambos estén *in obligatione*. Es justamente la diferencia entre que ambos esclavos o uno solo

35. Vid. nuestro artículo *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.

36. La conclusión *Pamphilum non videtur in fraudem creditoris manumittere* debe entenderse en el sentido de que la manumisión de Pánfilo, cuando sólo Estico ha sido dado en garantía al acreedor, no perjudica a éste, cuyo crédito está garantizado por Estico, de modo que no puede decirse en ningún caso que el deudor sea insolvente. Podría pensarse, sin embargo, un supuesto en el que la manumisión de Pánfilo fuese impedida por la ley *Aelia Sentia*: cuando existen otros acreedores. Pero no es éste el supuesto previsto por Juliano, como la misma frase *in fraudem creditoris* (en singular) permite deducir.

37. SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 265: "Nur in einer einzigen Digestenstelle scheint die Nichtigkeit aus der Lex A. S. hergeleitet zu werden".

estén hipotecados lo que justifica que Juliano traiga a colación este ejemplo del *servus pignori datus* a propósito de la distinción (a efectos de poder manumitir) entre la estipulación alternativa de dar Estico o Pánfilo y la promesa simple de dar Pánfilo, supuestos en los que sí interviene la ley *Aelia Sentia*. En nuestra opinión, ni Guarneri-Citati³⁸, ni Schulz³⁹, ni Wagner⁴⁰ interpretan correctamente a Juliano. Pese a las críticas de éstos y de algunos otros autores⁴¹, consideramos clásico este texto⁴².

En conclusión, creemos que de los textos citados puede válidamente deducirse la «imposibilidad»⁴³ de manumitir al esclavo pignorado, prescindiendo de la solvencia o insolvencia del deudor (y, por tanto, al margen de la ley *Aelia Sentia*), habida cuenta del derecho real que el acreedor pignoraticio tiene sobre tal esclavo.

38. GUARNERI-CITATI, *art. cit.*, en *Mélanges Cornil* I, p. 502 ss.

39. SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 265 ss.

40. Según la opinión de WAGNER, apuntada incidentalmente en una nota del *art. cit.*, en *SDHI* 33 (1967) 175 n. 66, se puede deducir de D. 40,9,5,2 que la manumisión de un esclavo especialmente hipotecado "als in fraudem creditorum geschehen zu betrachten sei (*praesumptio legis*) und zur Nichtigkeitsfolge des Aelisch-Sentischen Gesetzes führe (vgl. Paul. 39 *ed.* D. 40,1,3)". Pero tal opinión es inaceptable, tanto por faltar el supuesto de hecho básico para la aplicación de la ley *Aelia Sentia*, es decir, la insolvencia (y el recurso a la *praesumptio legis* no tiene sentido alguno), cuanto porque nada se dice en D. 40,9,5,2, explícita o implícitamente, acerca de la aplicación de la ley *Aelia Sentia* a la manumisión del *servus pignori datus*, cuya independencia de la citada ley viene además testimoniada por otras fuentes; por lo demás, no puede invocarse D. 40,1,3, que dice, como hemos visto, todo lo contrario de lo que Wagner pretende.

41. Vid. KOSCHÄCKER, *Miszellen*, en *ZSS* 49 (1929) 471 n. 3, que sigue a Guarneri-Citati; BESELER, *Romanistische Studien*, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 10 (1930) 211 n. 1, y *Textkritische Studien*, en *ZSS* 53 (1933) 58; y METRO, *art. cit.*, en *Labeo* 7 (1961) 153 ss. [= *Mnemeion Solazzi*, p. 176 ss.].

42. En este mismo sentido, aunque discrepamos de su interpretación, GROSSO, *Obbligazioni*³ (Turín 1966) p. 222; IMPALLOMENEI, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamnte*, en *SDHI* 25 (1959) 61 ss.; *Le manomissioni cit.*, p. 133 s. n. 48; *art. cit.*, en *Syntheseia Arangio-Ruiz* II, p. 926 s.; y, por último, *Nota minima in tema di manomissioni fraudolente*, en *Studi in onore di G. Grosso* IV (Turín 1971) p. 459.

43. La misma expresión de los textos de Ulpiano y Paulo se mantiene tanto en el *Frag. Dositheanum* 16 (*debitor non potest*), como en Juliano 64 *dig.* D. 40,9,5,2 (*neuter manumitti potest*). Vid. también C. 7,8,3 (a 209), del que nos ocuparemos a propósito de la hipoteca general.

3. *Consentimiento del acreedor* Esta misma «imposibilidad» de manumitir al *servus pignori datus*, aunque con nuevos matices, se recoge también en Hermogeniano 1 *ur. epit.*—D.40,9,27,1:

Pignori datus servus, antequam debiti nomine fiat satis, sine consensu creditorum manumitti non potest. sed pupilli creditoris citra tutoris auctoritatem consensus nihil libertati prodest, sicuti non prodest, si fructuarius pupillus manumissioni similiter consentiat ⁴⁴.

No se puede manumitir al esclavo dado en prenda, antes del pago de la deuda, sin el consentimiento de los acreedores. Aparte la obvia posibilidad de manumitir una vez pagada la deuda garantizada y, en consecuencia, extinguido el derecho de garantía, Hermogeniano declara también la validez de la manumisión del esclavo hipotecado realizada con el consentimiento de los acreedores. Según el mismo texto, es necesario, en el caso de que el acreedor pignoraticio sea un impúber, que éste preste su consentimiento con la *auctoritas* del tutor, igual que cuando el nudo propietario quiere manumitir un esclavo dado en usufructo a un impúber. Pero si el acreedor no es un impúber, sino un menor de veinte años, puede dar válidamente su consentimiento, sin incurrir en la prohibición de la ley *Aelia Sentia* de manumitir *sine consilio*, pues se entiende que él no manumite, sino que no impide manumitir, según anota Paulo a un texto de Juliano 42 *dig*—D.40.2,4,2:

Minor viginti annis dominus nec communem quidem servum sine consilio recte manumittit PAULUS notat: sed si pignori obligatum sibi minor viginti annis manumitti patiat, recte manumittitur, quia non tam manumittere is quam non impedire manumittentem intellegitur.

La validez de la manumisión del esclavo hipotecado realizada con el consentimiento de los acreedores aparece atestiguada también por dos rescriptos. El primero de ellos procede de Septimio Severo y Antonino Caracala (año 205) y ha sido dividido en dos partes por los compiladores del Código ⁴⁵:

44. El texto, que tengamos noticia, sólo es criticado en su segunda parte por BESELER, que suprime [*citra-auctoritatem*] y [*similiter*], con duda en *Beitrage zur Kritik der romischen Rechtsquellen II* (Tubinga 1911) p. 47, y definitivamente en *art. cit.*, en ZSS 53 (1933) 58.

45. En efecto, ambos rescriptos tienen el mismo destinatario (Próculo) y la misma fecha de emanación (XII K. Mai. del 205).

C. 7,8,1. —Licet dotale mancipium vir qui solvendo est possit manumittere, tamen si te pignori quoque datum mulieri apparuerit, invita ea non posse libertatem adsequi non ambigitur⁴⁶.

C. 8,25 (26), 1.—Si te manumissum et in libertate moratum sciente ea, cui pignoris nomine obligatus diceris, praesidi probaveris, ex consensu creditricis remissam pignoris obligationem apparebit, et per hoc iure te manumissum nec ab herede [deb]<cred>itricis in servitutem peti posse certum est⁴⁷.

En la primera parte (C.7,8,1), se declara la «imposibilidad»⁴⁸ de manumitir al esclavo dotal⁴⁹, sin el consentimiento de la mujer, siempre que tal esclavo haya sido dado en garantía. En la segunda parte (C.8,25[26],1), se niega que la manumisión realizada con el consentimiento de la acreedora pignoraticia, probado ante el *praeses*, pueda ser revocada, pues se considera que con tal consentimiento se ha extinguido el derecho de prenda.

Sorprende, sin embargo, que la parte más interesante de este rescripto haya pasado totalmente inadvertida⁵⁰. Nos referimos a su parte final. *nec ab herede <creditricis> in servitutem peti posse certum est*, es decir, donde se niega, precisamente porque la acreedora consin-

46. El texto presenta indicios compilatorios según RICCOBONO, *Traditio ficta*, en ZSS 34 (1913) 249 n. 2, y, con duda, BESELER, *art. cit.*, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 10 (1930) 190; por el contrario, para SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 266, "an dessen Echtheit nicht gezweifelt werden kann".

47. RICCOBONO, *art. cit.*, en ZSS 34 (1913) 249 n. 2, reconstruye *sciente <et consentiente> ea*; para BESELER, *art. cit.*, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 10 (1930) 190, el texto genuino sería así: *si — probaveris [ex consensu — per hoc] iure — <viri> [debitricis] — certum est*. Hemos introducido en el texto la corrección habitual <creditricis> [debitricis], según la lectura de diferentes manuscritos.

48. También en los rescriptos, como puede verse en éste (*non posse libertatem adsequi*) y en otros que citaremos después, se utiliza el "non posse" para la manumisión del *servus pignori datus*.

49. Como ya hemos advertido en otro lugar (*art. cit.*, en SDHI 40 [1974] 432 ss. y n. 31), la condición dotal del esclavo no determina la nulidad de la manumisión. La hipoteca legal concedida a la mujer contra el marido para la restitución de la dote, es justiniana; cfr. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni II Le garanzie reali* (Padua 1963) p. 124 s.

50. SCHULZ, por ejemplo, menciona este texto sólo incidentalmente en la n. 1, de la pág. 265 del *art. cit.*, en ZSS 48 (1928), como argumento de que es nula la manumisión del *servus pignori datus* sin el consentimiento del acreedor pignoraticio.

tió la manumisión, que proceda contra el manumitido la *vindicatio in servitutem*, lo que demuestra que éste sería el recurso procesal necesario para que el acreedor pignoraticio defendiera su *ius pignoris*. Diferimos ahora el tratamiento detenido de esta cuestión para más adelante ⁵¹.

El segundo rescripto al que antes nos referíamos es de Alejandro Severo (año 222) C.7,8,4:

Si, ut proponis, consentiente creditore, cui pignoris iure cum aliis mancipiis obligatus fuisti, a debitore manumissus es, potuisti ad libertatem pervenire ⁵².

En resumen, pues, tanto el pago de la deuda como el consentimiento del acreedor pignoraticio extinguen la garantía que grava al esclavo, permitiendo así la manumisión de éste. Ahora bien, mientras en el primer caso es el cumplimiento de la obligación lo que hace extinguir el derecho de prenda, en el segundo la obligación garantizada perdura, aunque ya sin garantía.

4. *Manumisión testamentaria* Los mismos principios que hasta ahora hemos visto para las manumisiones *inter vivos*, rigen también para las manumisiones testamentarias, según se puede deducir de los textos, que, además, nos aportan otras noticias de interés. Comencemos por Ulpiano 22 *ad Sab* —D.30,44,7:

Si idem servus et legatus et liber esse iussus sit, interdum procedere solum legatum poterit, ut puta si in fraudem creditoris data erit libertas: vel si is sit servus, qui in perpetuam servitutem venerit, idem erit: vel si servus sit forte pignori datus ⁵³

51. Vid *infra* 7 b.

52 Aunque el texto no figura en el *Ind. Interp.* del Código, su clasicidad ha sido contestada también por RICCOBONO, *art. cit.*, en ZSS 34 (1913) 249 n. 2.

53 Reproduciendo unas palabras de la *Glossa*, se pregunta SCHULZ (*art. cit.*, en ZSS 48 [1928] 211 n. 2) *quomodo ergo legatum valet, si creditores fraudulentus?* La *Glossa* salva su propia duda con una solución armonística, suponiendo que el texto se refiere a un legado en cumplimiento de una obligación contractual, al que no se aplicaría, por eso mismo, la reducción de los legados al caudal relicto. Por su parte, Schulz no acepta esta interpretación y, apoyándose en su reconstrucción de D. 40,4,27, corrige <a minore XX (no XXV, como dice el *Ind. Interp.*) annorum> [*in fraudem creditoris*]. A nuestro juicio, la pregunta de la *Glossa* se puede responder de otra manera, sin necesidad de

Cuando un esclavo es legado y manumitido al mismo tiempo, hay ocasiones en las que sólo vale el legado por estar impedida la manumisión⁵⁴, por ejemplo, cuando esa manumisión es *in fraudem creditoris*, o el esclavo ha caído *in perpetuam servitutem* o bien ha sido hipotecado⁵⁵. De este texto de Ulpiano podemos deducir dos conclusiones: por un lado, la ya conocida «imposibilidad» general de manumitir al esclavo dado en garantía, aunque aplicada aquí a la manumisión testamentaria; por otro, la confirmación de que efectivamente la ineficacia de la manumisión del esclavo hipotecado es por completo ajena a la prohibición de la ley *Aelia Sentia* de manumitir *in fraudem creditorum*

acudir a la interpolación. En efecto, mientras la manumisión del insolvente es automáticamente nula en virtud de la ley *Aelia Sentia*, incluso cuando el heredero es solvente (Juliano 64 *dig.* D. 40,9,5 pr. — 1 y Gayo 3 *de manum.* D. 40,4,57, sobre estos textos, vid. nuestro artículo *De Gayo a Justiniano en tema de "consilium fraudis"*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Santa Cruz Teijeiro II* [Valencia 1974] 165 ss.), no ocurre lo mismo con los legados, que tienen un régimen diferente, de modo que la insolvencia de la herencia no provoca su nulidad, sino tan sólo su eventual reducción proporcional: el legado es ineficaz únicamente cuando la herencia no es aceptada por el heredero voluntario, cuando el heredero necesario ejercita el *ius abstinenti* (si es un *suus*) o solicita la *separatio bonorum* (si es el esclavo), los bienes de la herencia quedan a disposición de los acreedores, y a la satisfacción de éstos se pospone el cumplimiento de los legados. En definitiva, los legados se reducen en la medida de la solvencia del caudal relicto, pero no se anulan automáticamente, como sucede con las manumisiones del insolvente. Por lo demás, tampoco conviene olvidar que la ley *Aelia Sentia* prohibía no sólo las manumisiones de un insolvente, sino también las que provocan la insolvencia del testador, de forma que, anuladas las manumisiones, podía la herencia, en alguna ocasión, recuperar su solvencia. En cualquier caso, la crítica no afecta directamente al tema que ahora más nos interesa.

54. Esto mismo afirma Javoleno 1 *ex Cassio* D. 31,37: *Qui testamento inutiliter manumissus est legari eodem testamento potest, quia totiens efficacior est libertas legato, quotiens utiliter data est*; respecto al esclavo ajeno, Africano 5 *quaest.* D. 30,108,9. Sobre el problema de concurrencia de manumisión testamentaria y legado, vid. ASTOLFI, *Studi sull'interpretazione della revoca implicita in materia di legati e di manomissioni*, en *SDHI* 25 (1959) 128 ss.; y TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, en *Studi in onore di B. Biondi II* (Milán 1965) p. 311 ss.

55. En definitiva, este texto de Ulpiano viene a ser como una ejemplificación del *inutiliter manumissus est* del fragmento de Javoleno citado en la nota anterior.

Sin embargo, la peculiar estructura de las manumisiones testamentarias impone una matización, innecesaria para las manumisiones *inter vivos*, en el sentido de que la extinción del derecho de prenda se exige, no en el momento de la confección del testamento, sino a la hora de la efectiva adquisición de la libertad, es decir, a la muerte del testador, cuando el heredero es necesario, o a la adición de la herencia, si es voluntario. De ello habla, en su parte final, un texto de Papiniano 2 *quaest.*—D.48,19,33:

Fratres imperatores rescripserunt servos in temporaria vincula damnatos libertatem et hereditatem sive legatum, postquam tempus expleverint, consequi, quia temporaria coercitio, quae descendit ex sententia, poenae est abolitio. si autem beneficium libertatis in vinculis eos inveniatur, ratio iuris et verba constitutionis libertati refragantur. plane si testamento libertas data sit et eo tempore, quo aditur hereditas, tempus vinculorum solutum sit, recte manumissus intelletur, non secus ac si pignori datum servum debitor manumisisset eiusque post liberatum pignus adita fuisset hereditas.

Se invoca aquí un rescripto de los *fratres imperatores*, que aparece conservado en C.7,12,1 pr. y 1, cuya *inscriptio* (*Impp. Severus et Antoninus*) viene considerándose errónea desde Cuyacio, y corregida, según la noticia del texto de Papiniano («*Fratres imperatores*»), por *Impp. Antoninus et Verus*⁵⁶.

56. Inaceptable es la opinión de BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 592, que identifica estos *fratres imperatores* con Caracala y Geta. Por otra parte, contra la corrección de Cuyacio se ha declarado P. KRUGER, *ad leg.* (C. 7,12,1): “*haud recte, cum sequatur 'pater meus'*”, el cual, sin embargo, duda al colocar en el *Appendix* este rescripto entre los de Marco Aurelio y Lucio Vero, o los de Septimio Severo y Caracala; a pesar de ello, es equívoco el reenvío a Kruger que hace IMPALLOMENEI, *Le manomissioni* cit., p. 168 n. 40: “L'errore della *inscriptio* si rileva chiaro sia dal richiamo al *divus pater meus*, contenuto nel *principium*, sia da D. 48,19,33: Kruger, *ad l.*”. También SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 271 n. 3, rechaza por igual motivo la reconstrucción de Cuyacio, aunque de hecho, al no criticar D. 48,19,33, admita que el rescripto procede de los *divi fratres*; y tampoco es correcto, para este caso, lo que dice GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* II (Milán 1963) p. 179 n. 28, de que “la *inscriptio: 'Impp. Severus et Antoninus'* è da modificare, . . . come ha autorevolmente confermato F. Schulz. . . in *Impp. Antoninus et Verus*”.

Para Schulz⁵⁷, la explicación de Papiniano hasta *refragantur* refleja el contenido del rescripto (C.7,12,1), mientras el resto del fragmento es justamente criticable (argumentos: *plane-data sit*, *tempus-sit* y *manumissus intellegetur*); respecto a la comparación final con el esclavo hipotecado, dice Schulz que, aunque de contenido clásico, es una reelaboración postclásica. El texto ha sido también criticado, desde distintas perspectivas, por Beseler⁵⁸, Levy⁵⁹, Kaser⁶⁰ y A. d'Ors⁶¹. en cambio, parece aceptar su tenor actual (o, al menos, la alusión a la prenda) Impallomeni⁶².

Pero no está exenta la crítica de Schulz de algunos puntos discutibles. A saber: a) no es del todo exacto que sólo hasta *refragantur* esté reproducido, en cuanto a su contenido («inhaltlich»), en C. 7,12,1 el texto de Papiniano, pues también el sentido de la frase siguiente (*plane-intellegetur*) está reflejado en C.7,12,1,1, como el mismo Schulz reconoce más tarde; b) la frase *plane si testamento libertas data sit* constituye —dice Schulz— una advertencia superflua de que la manumisión es testamentaria, habida cuenta de que ya desde el principio del fragmento se daba a entender tal cosa, pero esta objeción es válida tan sólo desde la aceptación apriorística de la autenticidad de la cita del rescripto; c) en *tempus vinculorum solutum sit*, único lugar en que se emplea tal expresión —que Schulz traduce como «el tiempo ha transcurrido» («die Zeit ist abgelaufen») — le ofrece reparo posiblemente el uso del verbo *solvere* para designar el paso del tiempo; pero, en nuestra opinión, no hay inconveniente en aceptar esa frase, si tenemos en cuenta que *solvere* no hace relación a *tempus*, sino a *tempus vinculorum*, es decir, a la pena, y, en este sentido, quizá sea mejor traducir «se ha pagado la pena», d) *manumissus intellegetur* es también criticado por

57. SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 269 ss.

58. BESELER, *art. cit.*, en Tijdschr. v. Rechtgesch 10 (1930) 238 ss.; de distinta opinión había sido antes, en *Beitrage II cit.*, p. 18.

59. LEVY, *Zur Infamie in romischen Strafrecht*, en *Studi in onore di S. Riccobono II* (Palermo 1936, reimp. Aalen 1974) p. 87 [= *Gesammelte Schriften II* (Colonia-Graz 1963) p. 516.

60. KASER, *Die Geschichte der Patronatsgewalt uber Freigelassene*, en ZSS 58 (1938) 113 n. 1.

61. A. D'ORS, *Divus-Imperator. Problemas de cronología y transmisión de las obras de los jurisconsultos romanos*, en AHDE 14 (1942-43) 76

62. IMPALLOMENI, *Le manomissioni cit.*, p. 168.

Schulz en cuanto da a entender que la conclusión se obtiene por interpretación, siendo así que eso mismo se acaba de decir en el rescripto; pero también esta crítica es válida solamente por la previa aceptación de la referencia al rescripto de los *fratres imperatores*; e) por último. no es suficiente afirmar, como hace Schulz, que la comparación con la manumisión del esclavo hipotecado «es igualmente sospechosa», sin aducir más razones para ello; por otra parte, la construcción que introduce tal comparación (*non secus ac si*) es utilizada por Papiniano en otros cuatro lugares de los *libri quaestionum*⁶³ y en uno de los *responsa*⁶⁴, así como por otros juristas. En definitiva, de los argumentos de Schulz, unos carecen de fuerza suficiente para apoyar su crítica, y otros están en función de la autenticidad del comienzo del texto, es decir, del rescripto de los *fratres imperatores*, que es, a nuestro juicio, la parte que debe ser considerada como añadido postclásico⁶⁵.

En cualquier caso, el texto nos informa de un rescripto que suprime, para la manumisión y nombramiento como herederos en favor de los *servi in temporaria vincula damnati*, la exigencia de la capacidad de adquirir en el momento de hacer el testamento, siempre que la tengan al tiempo de la adición de la herencia. A continuación, Papiniano, o quien sea el autor del texto, establece una analogía entre los *servi in temporaria vincula damnati* y el *servus pignori datus*, puesto que también éste llega a ser libre si la herencia es adida después de la extinción del derecho real de garantía, a pesar de que, al disponer su manumisión en el testamento, el esclavo carecía de la capacidad de ser libre.

63. Cfr. D. 31,70,2; 36,2,25,1; 37,11,11,2 y 45,1,115 pr.

64. Cfr. D. 45,2,11 pr.

65. En nuestra opinión, como explicaremos en otro lugar, el texto de Papiniano debe ser interpretado del siguiente modo: a) el rescripto de C. 7,12,1 es de Caracala, y la alusión al rescripto anterior del *divus pater* (Septimio Severo) es lo que explica el tenor actual de la *inscriptio*; b) Papiniano, en el texto que nos ocupa, no mencionaba el rescripto de Caracala, sino el de su padre Septimio Severo, al que daba una interpretación extensiva, acudiendo para ello a la analogía con la manumisión del esclavo hipotecado, c) un reelaborador postclásico de las *quaestiones* de Papiniano añadió a la “anticuada” referencia del rescripto de Septimio Severo la más completa del de Caracala—que, en realidad, repite lo que ya Papiniano decía en su comentario—de donde un copista posterior, fundiendo ambos rescriptos, dedujo erróneamente la atribución a los *fratres imperatores*.

Esto mismo, con carácter general, afirma Paulo en D.40,9,17,2 —*lib. sing. de libert.*:

In his, quos intra certa tempora non licet manumittere, si testamento acceperint libertatem, non testamenti facti, sed competentis libertatis tempus inspiciendum est ⁶⁶.

Así, pues, la disposición testamentaria de libertad a favor del esclavo hipotecado podrá ser eficaz siempre que en el momento de la muerte del testador (heredero necesario) o de la adición de la herencia (heredero voluntario) ya se haya extinguido el derecho de prenda sobre el esclavo. Por lo demás, este principio rige, no sólo para las manumisiones testamentarias simples, sino también para las que preceden a la institución como heredero del esclavo propio ⁶⁷, incluso cuando el testador es insolvente, según se establece en un rescripto de Pertinax (año 193), recogido en C.6,27,1(2):

Is, qui solvendo non est, heredem necessarium etiam in fraudem creditorum relinquere potest. sed si pignori datus fuisti et in eadem causa permansisti, nec ab eo quidem debitore qui solvendo non fuit liber et heres necessarius existere potuisti ⁶⁸

66. P. KRÜGER, *ad leg.*, suprime [*competentis*], siguiendo la crítica de GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, en ZSS 7 (1886-87) 69.

67. Que este régimen sea distinto al del usufructo, nada tiene de extraño. En el caso del usufructo, según Ulpiano 5 *ad Sab. D.* 28,5,9,20 (correcto, a pesar de TUMEDEI, *Sui requisiti che deve avere il servo per essere istituito erede dal suo padrone*, en RISG 64 [1920] 73 s., y SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 [1928] 275), el esclavo puede ser instituido, si bien la efectiva adquisición de la herencia queda diferida a la extinción del derecho real. La razón de tal diferencia radica, a nuestro entender, en que mientras el usufructuario tiene un derecho de uso y disfrute, pero nunca de disposición, el acreedor pignoraticio, en cambio, además de la *possessio*, puede eventualmente llegar a tener el poder de disposición como si fuera propietario (*ius vendendi*).

68. Consecuente con su teoría de que la ley *Aelia Sentia* prevenía, en favor del insolvente, la posibilidad de instituir único heredero al esclavo menor de treinta años o al que sólo podía acceder a la *deductio libertatis*, SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 206 y 267, corrige <*minorem XXX annorum*> [*in fraudem creditorum*]. Por otra parte, argumenta también Schulz con la incorrección que supone hablar de una institución de heredero *in fraudem creditorum*: "die Einsetzung zum Noterben als solche —dice en p. 206— niemals fraudatorisch ist" Aunque es cierto que, en rigor, es fraudulenta la manumisión y no la institución de heredero, no obstante, tratán-

El texto refleja una vez más la distinción entre la prohibición de la ley *Aelia Sentia* y la manumisión del *servus pignori datus*, al afirmar que, en el primer caso, puede el insolvente manumitir e instituir heredero necesario a su esclavo, incluso *in fraudem creditorum*, en tanto al esclavo hipotecado, mientras perdure el derecho real de garantía (*et in eadem causa permansisti*), ni siquiera el que no es solvente puede manumitirlo e instituirlo heredero⁶⁹. Ello constituye, sin duda, una aplicación de lo que Escévola (18 *quaest*) dice en D.28,5,84(83) pr.:

Si non lex Aelia Sentia, sed alia lex vel senatus consultum aut etiam constitutio servi libertatem impediatur, is necessarius fieri non potest, etiamsi non sit solvendo testator⁷⁰.

dose de la manumisión e institución del esclavo como heredero necesario, no hay motivo razonable para criticar la frase, por cuanto la validez de los dos actos (manumisión e institución de heredero necesario) está mutuamente implicada: la manumisión del insolvente es sólo válida cuando va acompañada de la institución del esclavo como único heredero, y esta institución exige, como condición previa, la manumisión. Se trata, pues, de una simplificación expresiva que podemos encontrar en otros textos: Paulo 57 *ad ed.* D. 28,5, 58(57) y Ulpiano 45 *ad ed.* D. 29,1,15 pr. (también censurados por Schulz). La crítica de Schulz es aceptada, con cierta duda sobre la validez del argumento, por WAGNER, *art. cit.*, en *SDHI* 33 (1967) 176 n. 67, que afirma además que en el caso de institución del esclavo como heredero necesario, aunque la herencia sea insolvente, la manumisión no es fraudulenta, ya que el liberto deberá cargar con el concurso de la herencia y nada podrá hacer por evitarlo. Contra ello puede decirse que la manumisión del esclavo supone, sin lugar a dudas, un empobrecimiento del caudal hereditario y, por tanto, una agravación de la insolvencia del deudor, con el consiguiente perjuicio para los acreedores (*in fraudem creditorum*), a los que en nada beneficia la institución de heredero; por lo demás, si no hubiese en este caso manumisión fraudulenta, no tendría sentido la excepción de la ley *Aelia Sentia*.

69. No deja de ser significativo que precisamente en estos textos que tratan de la manumisión testamentaria del esclavo hipotecado sea donde se plantee con mayor nitidez la diferencia entre la prohibición de la ley *Aelia Sentia* y la "imposibilidad" de manumitir al *servus pignori datus*: esto se debe sin duda a que la ley *Aelia Sentia* prohibía únicamente las manumisiones testamentarias de un insolvente, y sólo a propósito de éstas cabría esperar una mención de la misma ley

70. SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 206 s. n. 2, corrige <*civitatem*> [*libertatem*]. Sobre las palabras *aut etiam constitutio* había manifestado sus dudas anteriormente Wlassak (vid *Ind Interp.*).

Aunque es claro que la «imposibilidad» de manumitir al *servus pignori datus* no procede de una *lex*, ni de un *senatus consultum* ni tampoco de una *constitutio*, entendemos el texto en el sentido de que la prohibición de la ley *Aelia Sentia* era la única que admitía tal excepción. Por lo demás, se confirma con ello nuevamente la independencia de esta ley con nuestro tema.

5. *Una reforma de Septimio Severo* Pero parece que esta regla recordada por Pertinax fue muy pronto modificada por un rescripto de su sucesor Septimio Severo, del que nos da noticia Ulpiano 21 *ad ed.*— D.28,5,30:

Pignori obligatum servum necessarium domino posse fieri imperator Severus rescripsit, ita tamen, si paratus sit prius creditor, satisfacere⁷¹.

Según el texto, únicamente puede el testador manumitir e instituir heredero a su propio esclavo hipotecado cuando éste se avenga a satisfacer antes al acreedor pignoraticio, de modo que se extinga el derecho real de garantía que grava sobre él. Una cierta dificultad provoca aquí la palabra *prius*. ¿Cuál es el término *ante quem* debe ser satisfecho el acreedor? Como principio general, variará según se trate de un heredero necesario o voluntario. Para el primero, como ya hemos dicho, hay que situarlo en el momento de la muerte del testador; para el segundo, en la adición de la herencia. Y dado que el supuesto planteado por Ulpiano alude expresamente a un heredero necesario, habrá que pensar

71. BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 573 n. 9, suprime la parte final del fragmento [*ita tamen* — fin], alegando un “cambio de sujeto” (“change of subject”) respecto al resto del pasaje, sin duda por suponer que la frase *si paratus sit* — fin debe referirse, no al mismo esclavo manumitido e instituido, sino al dueño testador, lo que no parece fundado (vid. *infra* n. 74). El texto ha sido también criticado por TUMEDEI, *art. cit.*, en *RISG* 64 (1920) 75 ss; por BESELER, *Miszellen*, en *ZSS* 45 (1925) 445, que, además de censurar la frase final, corrige *domino* <non> *posse*; y SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 267 y 272 n. 3, que reconstruye *servum* <nec si debitor solvendo non fuerit> — [*ita tamen* — fin], reconstrucción que acepta WAGNER, *art. cit.*, en *SDHI* 33 (1967) 176 n. 67. Por la clasicidad se pronuncia IMPALLOMENI, *Le manomission* cit., p. 162 s., para quien las diferencias entre este rescripto y el anteriormente citado (Pertinax, C. 6,27,1[2]) “dimostrano contrastanti indirizzi in materia”.

que el *pruus* se refiere al momento de la muerte del testador, resultando así que el esclavo, cuando todavía está bajo la *dominica potestas* del dueño, deberá estar dispuesto a satisfacer al acreedor pignoraticio. Esto no es fácilmente admisible.

La solución para esta dificultad quizá podamos encontrarla en la analogía con un texto de Labeón 2 *post. a Iavol epit.*—D.28,7,20,1:

Si quis hereditarium servum iussus est manumittere et heres esse, quamvis, si manumiserit, nihil agat, tamen heres erit: verum est enim eum manumisisse: sed post aditionem libertas servo data secundum voluntatem testatoris conualescit⁷².

Plantea Labeón el problema de una institución de heredero condicionada a que el instituido manumita a un esclavo hereditario. El instituido, para llegar a ser heredero, debe cumplir la condición de manumitir al esclavo hereditario, pero precisamente por no ser heredero, no tiene facultad para hacerlo y cumplir así la condición. La solución defendida por Labeón es que el instituido manumita al esclavo, aún sin ser su dueño, y cumpla así la condición, de modo que, después de adir la herencia, la libertad irregularmente dada al esclavo *secundum voluntatem testatoris conualescit*.

Por tanto, aunque la extinción del derecho de garantía, tal como se indica en el ya transcrito texto de Papiniano (D.48,19,33) deba producirse antes de la adquisición de la herencia por parte del instituido heredero (que coincide automáticamente con la muerte del testador cuando el heredero es necesario), sin embargo, en el caso del esclavo hipotecado instituido heredero necesario, parece haberse encontrado un procedimiento para salvar tal institución, mediante el pago al acreedor pignoraticio por parte del esclavo instituido⁷³.

72. También aquí la parte final del fragmento [*sed post — fin*] es criticada por BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 72 n. 4; BESELER, *Miscellanea critica*, en ZSS 43 (1922) 420, y *Romanistische Studien*, en ZSS 47 (1927) 62 s., que, más tarde, *Zur Lehre von der Præterition*, en ZSS 55 (1935) 2, dudará de su crítica, considerando la posibilidad de que el esclavo adquiriera la *libertas Iuliana*; SIBER, *Confirmatio donationis*, en ZSS 53 (1933) 147 n. 2; y VON LÜBTOW, *Betrachtungen zur "hereditas iacens"*, en *Studi in onore di G. Grosso II* (Turín 1968) p. 633. Por la claridad del fragmento, TONDO, *Osservazioni intorno alla pro herede gestio*, en *Arch. Giur* 153 (1957) 36 s., y TALAMANCA, *at cit.*, en *Studi in onore di Biondi II*, p. 374 n. 145

73. Esta excepción a la regla general de la "imposibilidad" de manu-

El texto no aclara, sin embargo, si la excepción introducida por Septimio Severo se refería a todo caso de institución del esclavo hipotecado, o sólo al de insolvencia del testador. A nuestro juicio, quizá sea más probable esta segunda solución, porque a la insolvencia se refería la paralela excepción de la ley *Aelia Sentia*, y la situación de insolvencia debió de ser la más frecuente en la que se manumitía e instituía heredero al propio esclavo⁷⁴.

Por último, y aunque no tengamos textos que lo apliquen directamente a las manumisiones testamentarias, es de suponer que también para éstas es posible la manumisión del esclavo hipotecado realizada con el consentimiento del acreedor, tal como hemos visto respecto a las manumisiones *inter vivos*.

6. *Manumisiones fideicomisarias* La dificultad de clasificar las manumisiones fideicomisarias como actos *inter vivos* o *mortis causa* hace aconsejable, según creemos, un tratamiento particular del tema. En efecto, si, por un lado, el fideicomiso de libertad implica una disposición *mortis causa* mediante la cual se ruega al fiduciario que manumita a un esclavo determinado, por otro, exige un acto de manumisión *inter vivos* del fiduciario para cumplir el encargo recibido. Y este doble aspecto de la manumisión fideicomisaria se hace todavía más inseparable cuando ésta se vuelve coactiva, por influencia de la legislación imperial, llegándose, en algunos casos, a la concesión automática de libertad sin un previo acto de manumisión. Así, pues, pasamos ahora a ocuparnos de la manumisión fideicomisaria del *servus pignori datus*, se entiende por el pignorante, pues, si es el mismo acreedor quien lo

mitir al esclavo hipotecado es claro que no es ajena a la paralela excepción de la ley *Aelia Sentia*. Según parece más probable, se trata de una innovación de Septimio Severo (así, IMPALLOMENI, *Le manomissioni* cit., p 162 s.), y no es argumento contra ello lo que dice SCHULZ de que "Es ist nicht wahrscheinlich, dass Septimius Severus das Reskript des von ihm so sehr verehrten Pertinax C (6,27) 1 ungestossen haben sollte" (*Art. cit.*, en ZSS 48 [1928] 272).

74. La frase *si paratus sit prius creditori satisfacere* no prejuzga —como pretenden Schulz y Wagner— que el deudor pignorante es solvente. *Paratus sit* no indica el hecho de poder pagar, sino de estar dispuesto a hacerlo. Quizá esté en relación con esto la *sedes materiae* del texto en el comentario *ad edictum* de Ulpiano: *De adpromissoribus*, que permite pensar en una promesa del esclavo garantizada por fiadores.

hace, ello implica la extinción de la deuda y, por consiguiente, de la garantía, como explica Ulpiano 5 *disp* —D.40,5,45 pr.:

Si debitor rogatus sit a creditore ancillam suam pignoratam manumittere, dicendum est fideicommissariam libertatem utiliter relictam a debitore. quid enim interest, certa quantitas ab eo relinquatur an fideicommissaria libertas? et sive plus sit in pretio sive minus, cogitur libertatem praestare, si modo semel adgnovit voluntatem creditoris. adgnovisse autem sic accipimus, si forte, cum conveniretur ab herede, usus est exceptione vel alias voluntatem suam ostendit: nam si conveniatur debitor ab herede creditoris, doli exceptione uti potest in id, quod intererit debitoris ancillam suam habere 75.

La particularidad de que se trate de una manumisión fideicomisaria encargada por el acreedor al deudor, es precisamente lo que produce unos efectos peculiares, que no encontramos en los supuestos —a los que en cierto modo podría parangonarse— de simple consentimiento del acreedor pignoraticio: la extinción de la obligación garantizada. En efecto, el encargo al deudor pignorante por parte del acreedor pignoraticio de que manumita a la esclava hipotecada produce, siempre que el deudor acepte la voluntad del testador, la total extinción del crédito, con independencia de que éste sea mayor o menor que el valor de la esclava. En otras palabras, la voluntad del testador puede analizarse así: a) un legado o fideicomiso implícito de perdón de deuda a cargo del heredero y b) una manumisión fideicomisaria a cargo del deudor liberado. Si éste acepta a), se ve obligado a b), aunque el valor de la esclava sea superior al de la deuda. La aceptación puede mostrarse por el hecho de oponer la excepción (*exceptio doli*) fundada en a) cuando el heredero del acreedor reclama el crédito, o de otro modo (*vel alias...*). El final del texto (*nam si* - fin) presenta cierta dificultad: frente a la reclamación del heredero del acreedor, el deudor puede oponer la *exceptio doli* para defender su interés en *ancillam suam habere*. En nuestra opinión, el sentido de esta frase es el siguiente: cuando el valor de la esclava es superior al crédito, a la reclamación del heredero del

75. La alusión final a la *exceptio doli (nam si — fin)* ha sido criticada por diferentes autores, como Eisele, Stampe, Appleton, Pernice, Trinchieri, Ferrini, P. Kruger; en contra, Gandolfo. Cfr. *Ind. Interp.* Por la interpolación se pronuncia también MEDICUS, *Id quod interest* (Colonia-Graz 1962) p 285 s.

acreedor, el deudor puede oponer una *exceptio doli* para exigir una indemnización por el perjuicio que le supone la manumisión de la esclava, dado que no está obligado a aceptar un fideicomiso de valor superior a lo recibido ⁷⁶. De este modo, la aceptación del fideicomiso queda, en definitiva, supeditada al interés del heredero del acreedor en la manumisión de la esclava. Se trata, por tanto, de una excepción dilatoria *ad minuendam obligationem*. Así, la decisión acerca de la clasicidad del texto queda, en último término, sometida al juicio sobre la clasicidad de tales *exceptiones dilatorias ad minuendam obligationem* —cuestión en la que no vamos a entrar ahora—, pues ni formal ni (salvo el problema planteado) materialmente hay razón alguna para criticar el texto ⁷⁷.

Más frecuentes son los textos que contemplan el fideicomiso de libertad dispuesto por el deudor pignorante a cargo de otra persona. El primero de ellos procede de Ulpiano 1 *resp* —D.40,5,52.

Posteaquam a creditore alienati sunt servi, quibus fideicommissa libertas adscripta est, non nisi ex iusta causa adversus heredem subveniri eis posse ⁷⁸.

⁷⁶ No podemos aceptar de ningún modo la interpretación de MEDICUS, *Id quod interest cit.*, p. 285 s., que sigue a FERNICE, *Laeco. Romisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit II* (Halle 1895) p. 300 s., según la cual la *exceptio doli* sirve para descontar del crédito el valor de la esclava que se va a manumitir, y reclamar solamente la diferencia. Esta interpretación es ilógica por cuanto esta excepción de dolo debe oponerla el deudor que, al cumplir el fideicomiso manumitiendo a la esclava, queda liberado de toda su deuda.

⁷⁷. No vemos la necesidad de criticar *nam si...*, ni de referirlo necesariamente a la frase *usus est exceptio*. De admitir la clasicidad de las *exceptiones dilatorias*, no hay dificultad alguna para aceptar esta frase en el sentido siguiente: el deudor puede mostrar su aceptación del fideicomiso oponiendo la excepción de dolo, o de cualquier otro modo, pues a veces la excepción no significa necesariamente aceptación del fideicomiso. Por lo demás, esta última frase no está en contradicción con lo dicho anteriormente (*sive plus sit in pretio sive minus, cogitur libertatem praestare, si modo semel adgnovit voluntatem creditoris*), pues esta irrelevancia de la diferencia de valor es posterior, y no anterior, a la aceptación del fideicomiso.

⁷⁸. DONATUTI, *Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici*, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia* 33 (1921) 428, suprime [*nisi ex iusta causa*].

Un testador dispone un fideicomiso de libertad a favor de unos esclavos hipotecados⁷⁹, pero el acreedor, al no cobrar del heredero la deuda garantizada, ejercita el *ius vendendi*. En tal supuesto, dice Ulpiano, los esclavos nada podrán reclamar del heredero fiduciario *nisi ex iusta causa*, de modo que perderán definitivamente la expectativa de libertad procedente del fideicomiso. Se excluye así, en principio, la interpretación de que tal fideicomiso pueda valer como sobre cosa ajena al testador. A una de estas *iustae causae* para reclamar del fiduciario parece referirse el mismo Ulpiano 5 *fideic* —D.40,5,26,2:

Cum quidam Caecilius ancillam, quam pignori obligaverat, dimisso creditore per fideicommissum manumitti voluisset et heredibus creditorem non liberantibus infantes, qui postea erant editi, venissent a creditore, imperator noster cum patre rescripsit secundum ea, quae divo Pio placuerint, ne pueri ingenuitate destinata fraudarentur, pretio emptori restituto perinde eos ingenuos fore, ac si mater eorum suo tempore manumissa fuisset

Un deudor encarga por fideicomiso que sus herederos, después de pagar al acreedor (es decir, de extinguir la garantía), manumitan a una esclava hipotecada. Al retrasarse los herederos en cumplir este encargo de liberar a la esclava, el acreedor pignoraticio vende, para cobrar su crédito, los hijos de ésta, nacidos después de morir el fideicomitente. Según la noticia de Ulpiano, un rescripto de Septimio Severo y Caracala, siguiendo un precedente de Antonino Pio, dispuso que, para no perjudicar la ingenuidad de los hijos de la esclava, devuelto el precio al comprador, se considere que los hijos han nacido libres, tal como si la madre hubiese sido liberada de la prenda y manumitida a su debido tiempo. Se trata, pues, según parece, de una de las excepcionales *iustae causae* mencionadas en el texto anterior: se podrá exigir del heredero, en virtud del fideicomiso, que rescate aquellos esclavos vendidos por el acreedor.

Cabe preguntarse, entonces, cuáles puedan ser el fundamento y los efectos procesales de tal situación excepcional. Respecto a la primera cuestión, hay que tener presente el régimen particular establecido por

79. Aunque el texto no diga expresamente que se trata de unos *servi* hipotecados —y ello explica que haya pasado inadvertido a la literatura sobre el tema—, la circunstancia de que éstos son vendidos por el “acreedor” induce a pensar necesariamente en tal situación.

la legislación imperial para la protección de los hijos de la esclava beneficiada por un fideicomiso de libertad, los cuales, a causa de la mora del fiduciario en manumitir a la madre, nacen esclavos, y no libres, como serían si la manumisión hubiese sido realizada en su momento⁸⁰. Esta circunstancia nos induce a pensar, por tanto, que también para el caso de la *ancilla pignori dati* fue establecido por Septimio Severo y Caracala⁸¹ un régimen singular semejante, fundado también en la mora del fiduciario⁸².

En cuanto a los efectos procesales de esta protección a los hijos de la esclava, el texto habla de una restitución del precio al comprador, pero nada dice acerca del modo procesal de exigirlo. Sin embargo, el fragmento anteriormente citado (D.40,5,52), al negar protección, *nisi ex iusta causa*, a los esclavos vendidos por el acreedor, frente al heredero del deudor que debía haberlos manumitido, nos viene a indicar que contra él habrá que dirigirse cuando exista una *iusta causa*, lo cual, además, es congruente con lo dicho en D.40,5,26,2 sobre la restitución del precio, que lógicamente deberá hacer el heredero gravado por el fideicomiso de libertad. Se trataría así de la misma acción (cognitoria) del fideicomiso⁸³.

80. Sobre el tema, vid. MONTEL, *La condizione giuridica dei figli, ai schiava onorata di fedecommissio di liberta nati in periodo di mora o ritardo nella manomissione della madre*, en *Studi in onore di P. Bonfante III* (Milán 1930) p. 631 ss.; también, IMPALLOMENI, *Le manomissioni* cit., especialmente p. 113 ss.

81. Entendemos que es esto lo que dice Ulpiano en el texto transcrito (D. 40,5,26,2: *imperator noster cum patre rescripsit*), y que la referencia a Antonino Pio (*secundum ea, quae divo Pio placuerint*) alude, no a un rescripto anterior de igual contenido, sino a un criterio general inspirador de la innovación de Septimio Severo y Caracala.

82. Las diferencias con D. 40,5,52, donde, como hemos visto, no se concede a los esclavos hipotecados vendidos por el acreedor ningún recurso contra el heredero encargado de manumitir, se justifican, no solo porque en este texto (D. 40,5,26,2) se trata de los hijos de la esclava hipotecada manumitida por fideicomiso, sino también porque el fideicomiso comprendía expresamente el pago de la deuda, mientras en D. 40,5,52 no, y podía interpretarse así como hecho sobre cosa "ajena".

83. En D. 40,5,55,1 Marciano 4 *regul.*, para proteger a los hijos de la esclava manumitida, no por fideicomiso, sino directamente, se concede una *in rem... actionem exemplo fideicommissariae libertatis*. La mención de esta *actio in rem* es corregida por IMPALLOMENI, *Le manomissioni* cit., p. 40 s., por

Un nuevo texto, según creemos, a propósito también de las manumisiones fideicomisarias, encontramos en Escévola 4 *resp.*—D.40,9,26:

Pignori obligatum servum debitoris heres manumisit: quaesitum est, an liber esset. respondit secundum ea quae proponerentur, si pecunia etiam nunc deberetur, non esse manumissione liberum factum. PAULUS: soluta ergo pecunia ex illa voluntate liber fit⁸⁴.

El heredero del deudor ha manumitido a un esclavo hipotecado. Se pregunta a Escévola si tal manumisión será eficaz. La contestación del jurista es congruente con lo dicho más arriba: si todavía no se ha satisfecho la deuda, es decir, si aún existe el *ius pignoris*, el esclavo no alcanzará la libertad. Argumentando *a contrario* se podrá decir que si ya se ha cumplido la obligación, sí valdrá la manumisión. Esto es

una *in rem* <missio>, apoyándose en C. 6,43,1,1, del 529. En cambio, parecen aceptarla WESENER, *Actiones ad exemplum*, en ZSS 75 (1958) 243 n. 128, e, incidentalmente, VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona 1974) p. 230. Para otras críticas. vid. *Ind. Interp., ad leg.* Ello nos permite concluir la procedencia, ante los *praetores fideicommissarii*, es decir, por vía cognitoria, de una acción petitoria de libertad. Sin embargo, esta reclamación de libertad no parece pueda darse en nuestro caso de una manumisión fideicomisaria de esclavos pignorados, pues aquí se exige previamente el rescate que debe hacer el heredero fiduciario, ya que sin él el fideicomiso es inútil. Así, parece que la acción debe de ser la personal del fideicomiso, y por eso en D. 40,5,52 se habla expresamente de "*adversus heredem subvenire*". La corrección de Impallomeni se relaciona con la supuesta *missio in possessionem* contra los compradores que conocían el fideicomiso presentada en *Paul. sent.* 4,1,15, cfr. itpp. D. 31,89,7 (*retractare*) y 30,109,1 (*persecutio fundi*); pero, aparte de que este supuesto "*ius ad rem*" no sea clásico, no se trata en nuestro caso de una venta por el pignorante, sino precisamente por el acreedor, y, por otro lado, tal *missio* preventiva no servía a los fines de la libertad.

84. ROTONDI, *Notizie di studi inediti*, en *Scritti Giuridici* III (Milán 1922) p. 479, duda de la autenticidad de este fragmento. Por su parte, SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 268, añade otra vez <*inter amicos*> *manumisit*, al considerar que *ex illa voluntate* hace referencia a una manumisión pretoria. De una manumisión fideicomisaria habla IMPALLOMENI, *Le manomissioni* cit., p. 111, que interpreta el texto en el sentido de que se trata de una adquisición automática de libertad (simultánea a la extinción de la hipoteca), en virtud de un senadoconsulto innominado (C. 7,4,4), por parte del esclavo, beneficiario de una libertad fideicomisaria, que, con el consentimiento de su dueño, ha vivido en libertad durante algún tiempo.

precisamente lo que viene a decir la nota de Paulo al texto de Escévola, que, al mismo tiempo, nos indica que se trata de una manumisión fideicomisaria mediante la expresión *ex illa voluntate*⁸⁵.

En base a los textos sobre manumisiones fideicomisarias hasta ahora citados, podemos establecer una diferencia importante entre la manumisión testamentaria directa y la fideicomisaria. La primera, para que sea eficaz, exige —como decíamos antes— que el esclavo hipotecado se halle libre del derecho real de garantía en el momento de la adición de la herencia (si el heredero es voluntario) o de la muerte del testador (si es necesario), con la excepción —también vista— de que sea el mismo esclavo hipotecado instituido heredero necesario y esté dispuesto a pagar a los acreedores. Pero esta limitación no tiene vigencia alguna respecto a la manumisión fideicomisaria, cuya eficacia depende exclusivamente de la previa extinción de la garantía, sin otro límite temporal que la posibilidad de que el acreedor pignoraticio ejercite el *ius vendendi*, frustrando así la libertad del esclavo. Esta ventaja de la manumisión fideicomisaria sobre la directa es, precisamente, lo que puede explicar una clara interpolación del texto de Ulpiano 5 *fideic* —D.40,5,24,10:

Si quis servo pignurato directam libertatem dederit, licet videtur iure subtili inutiliter reliquisse, attamen quasi et fideicommissaria libertate relicta servus petere potest, ut ex fideicommisso liber fiat: favor enim libertatis suadet, ut interpretemur et ad libertatis petitionem procedere testamenti verba, quasi ex fideicommisso fuerat servus liber esse iussus: nec enim ignotum est, quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta⁸⁶.

85. Que se trata de una manumisión *mortis causa* es claro a juzgar por la *sedes materiae* de donde procede: el libro 4 *responsorum* de Escévola se ocupaba, según la *Paltingenesia*, *De legatis et fideicommissis* (EP. XXVII) y *De manumissionibus* (EP. XXXI), con la particularidad, esta última rúbrica, de mencionar solamente manumisiones *mortis causa* (testamentarias directas o fideicomisarias). Ahora bien, dado que la manumisión directa queda excluida por ser el heredero quien manumite, parece indudable que la *voluntas* de nuestro texto debe ponerse en relación con la del que dispuso la manumisión fideicomisaria.

86 El texto ha sido objeto de muchas críticas. Las más radicales consideran interpolado [*licet-fin*]; así, Gradenwitz. P. Kruger (*ad leg* invoca equivocadamente la crítica de Ferrini y de ahí procede, sin duda, el error de considerar iguales las opiniones de ambos autores). Albertario, Schulz, Pringsheim.

En nuestra opinión, el tenor actual del pasaje presenta evidentes indicios de intervención compilatoria. A ésta debe imputarse, en primer lugar, como ya puso de manifiesto Ferrini, la construcción *licet... attamen*, a la que se suma además la sospechosa expresión *iure subtili*⁸⁷; también, siguiendo una opinión casi unánime, ha de atribuirse a

Lo critican sólo parcialmente, Ferrini (*licet-verba*), Lenel, Seckel y Wlassak (*favor-fin*) y Beseler (*nec enim-fin*); posteriormente, *Unklassische Wörter*, en ZSS 56 [1936] 96, amplió su crítica invocando las opiniones [distintas!] de Ferrini y P. Kruger). Se pronuncian, en general, por la interpolación Frese, Riccobono, H. Kruger, Brassloff. Vid. para todos *Ind. Interp.* Acepta el contenido del texto, para el "derecho posterior" ("in later law"), BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 573; también, para el derecho clásico, IMPALLOMENI, *Le manomissioni* cit., p. 163, quien deduce de aquí la regla de que la manumisión testamentaria directa del esclavo hipotecado, cuando éste no es también instituido heredero necesario, se convierte en fideicomisaria para salvar así su eficacia. La confirmación de la autenticidad del pasaje se encuentra, según Impalomeni, en el libro de procedencia. A este respecto, escribe: "In una trattazione relativa ai fedecommissi, com' è quella da cui è tratto il frammento, Ulpiano non avrebbe considerato un caso di libertà disposta *ducto*, se in effetti non si fosse tramutata in fedecommissaria". Pero el argumento no es del todo convincente. También pudo Ulpiano traer a colación la manumisión directa para establecer sus diferencias con la fideicomisaria, o incluso para negar precisamente la conversión de la que ahora se habla. Lo único que prueba el argumento de Impalomeni es que en el texto original se hacía alguna referencia a la manumisión fideicomisaria. Quizá por esta razón salvaba FERRINI, *Note critiche ed esegetiche*. "Licet... attamen...", en *BIDR* 14 (1902) 219 ss. [= *Opere di C. Ferrini* V (Milán 1930) p. 236], la parte final del fragmento de Ulpiano (*quasi ex fideicommisso-fin*), a pesar de su afirmación de que "Probabilmente il giurista aveva scritto semplicemente che la *manumissio* era "inutilis", secondo il principio generale (fr 4 pr. cf. fr. 27,1 D 40,9) La sostituzione del fedecommissario alla inutile disposizione diretta... rientrano nelle abitudini compilatorie e nella tendenza del diritto nuovo". Literalmente lo mismo, ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur. Appenaci esegetiche I. Favor*, en *BIDR* 33 (1923) 60 s. [ampliado en *Schiavitù e "favor libertatis"*, en *Studi di Diritto Romano* I (Milán 1933) p. 71 s.], y CARCATERA, "Ius summum saepe summast malitia", en *Studi in onore di E. Voiteria* IV (Milán 1971), p. 660 s., quienes, sin embargo, extienden su crítica hasta el final del pasaje [*licet-fin*]. En cambio, parece aceptar el texto como clásico, aunque sin ocuparse de él, JACOTA, *L'esclave créancier*, en *Studi in onore di Grosso* II, p. 224 n. 10 y 235.

87 Vid. Juliano 29 dig. D. 28,2,13 pr.: *licet enim subtili iuris regulae... attamen...*; Pomponio 2 ad Sab. D. 40,4,4,2: *licet ex nimia subtilitate..., attamen.*; Papiniano 5 resp. D. 28,3,17: *licet subtilitas iuris..., attamen...*; Ul-

los compiladores la parte final del fragmento [*favor* - fin]. Así, todos los síntomas parecen inducir a tomar partido, al lado de los críticos más radicales, por la interpolación de [*licet* - fin], manteniendo como única frase genuina de Ulpiano la primera: *si quis - dederit*. No obstante, creemos oportunas dos consideraciones antes de adoptar una postura crítica definitiva ante el texto. Por un lado, como ya señaló Impallomeni, el hecho de que el fragmento, habida cuenta de su *sedes materiae*, hiciese originariamente referencia a una manumisión fideicomisaria; por otro, de aceptar la interpolación [*licet* - fin], resulta sospechoso que los compiladores hayan, en cierto modo, repetido dos veces la misma idea: *licet - fiat* y *favor - fin*. Tales circunstancias hacen aconsejable, a nuestro modo de ver, una reconsideración crítica del pasaje. Así, por lo que se refiere a la construcción *licet...attamen*, su atribución a los compiladores ha sido suficientemente probada por Ferrini, si bien no tiene por qué excluirse la posibilidad de que la interpolación haya sido montada sobre el originario texto de Ulpiano: el mismo Ferrini reconoce que la interpolación *licet...attamen* responde a veces a modificaciones meramente formales. De este modo, podría pensarse en una primitiva referencia de Ulpiano a la manumisión fideicomisaria como contrapuesta a la directa, aprovechada luego por los compiladores para introducir la conversión de una en otra, cuya justificación explican en la parte final del texto. Según estos criterios, la reconstrucción del fragmento podría ser más o menos así:

Si quis servo pignerato directam libertatem dederit, [—] videtur [—] inutiliter reliquisse, attamen [—] fideicommissaria libertate relicta servus petere potest, ut ex fideicommisso liber fiat [—].

Mediante esta reconstrucción se recupera una originaria mención de la manumisión fideicomisaria, que explica la *sedes materiae* del texto; se evita la construcción *licet...attamen*, propia de los compiladores, manteniendo sólo la adversativa *attamen* como introducción de la apódosis, utilizada así por Ulpiano en otros lugares; desaparece la sospechosa expresión *iure suptili*; se restablece la diferencia entre los

piano 4 disp. D. 28,3,12 pr.: *licet iuris scrupulositate nimiaque suptilitate... attamen...* Vid. también Juliano 37 dig. D. 29,7,2,2: *et ideo licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est.*

regímenes de la manumisión directa y fideicomisaria del *servus pignori datus*, atestiguada por otras fuentes⁸⁸ con las que queda acorde nuestro texto; por último, se elude la eventual reiteración de los compiladores, cuya actividad habría consistido entonces en modificar el sentido de la primera parte y justificar en la segunda tal modificación.

7. *Efectos de la manumisión del «servus pignori datus»*. Debemos volver ahora, antes de dar por finalizado este trabajo, sobre algunas cuestiones planteadas a lo largo de su desarrollo, que pueden ser englobadas bajo el tema general de los «efectos» de la manumisión del *servus pignori datus*. Esperamos, con ello, poder dar una respuesta satisfactoria, entre otras, a la pregunta de Dernburg de cómo una institución pretoria puede impedir los efectos de un acto civil.

a) *Actio furti*. Comencemos por la primera de las cuestiones suscitadas, es decir, la colocación de D.40,9,4 y D.40,1,3 en la rúbrica *De furtis* de las correspondientes obras de Ulpiano y Paulo. La razón que justifica tal *sedes materiae* es sencilla: la posibilidad de que el deudor pignorante cometa un delito de hurto, llamado por sus características *furtum rei suae* o, más genéricamente, *furtum possessionis*, al substraer al acreedor pignoraticio el objeto de su garantía. Sin intención de entrar ahora en una exposición pormenorizada del

88. No puede invocarse como argumento en favor de la clasicidad del texto Marciano 4 *regul.* D. 40,5,55,1, pese a que presenta una solución aparentemente semejante: extensión del régimen de la manumisión fideicomisaria a la directa. Pero en D. 40,5,24,10 se pretende convertir en fideicomisaria una manumisión directa ineficaz (la del *servus pignori datus*), en D. 40,5,55,1, en cambio, la manumisión directa de la esclava es eficaz, y el problema se plantea con los hijos de la esclava que, por el retraso en la adición de la herencia, han nacido esclavos y no libres, es decir, un supuesto que tiene más semejanzas con el de D. 40,5,26,2. Marciano, invocando la analogía con una opinión de Marcelo sobre la protección de los esclavos manumitidos directamente en el testamento, pero usucapidos antes de la adición de la herencia, piensa (*hoc casu puto*) que debe concederse una *actio exemplo fideicommissariae libertatis*, aunque la manumisión haya sido directa. Esta debió de ser una solución sin apoyo en constituciones imperiales, como se puede deducir del hecho de que un jurista tan habituado a citarlas, como es Marciano, acuda a una opinión personal, avalada a su vez por otra de Marcelo. En conclusión, más que a la conversión en fideicomisaria de una manumisión directa, D. 40,5,55,1 se refiere a la extensión de la protección concedida a los hijos de la esclava manumitida por fideicomiso.

rema —que nos excusa asimismo de detenernos en los problemas críticos—, son frecuentes los textos⁸⁹ en los que se califica de *furtum* la *subreptio* de la *res pignori data* por parte del deudor pignorante, que queda entonces obligado por la *actio furti*. Veamos, a modo de ejemplo, Ulpiano 40 *ad Sab.*—D.47,2,19,5:

Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur.

Pero, según creemos, el *furtum rei pigneratae* no consiste tanto en la substracción material de la cosa pignorada, como erróneamente podría deducirse de la palabra *subreptio*, cuanto en la perturbación de la garantía del acreedor, de cualquier forma que esto se consiga. En este sentido se expresan otro texto de Ulpiano 40 *ad Sab.*—D.47,2,19,6, continuación del anterior:

Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Iulianus scripsit⁹⁰.

y uno de Paulo 7 *ad Plaut*—D.47,2,67(66) pr.:

Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus

89. Además de los textos citados a continuación, pueden verse, por ejemplo, Africano 8 *quaest* D. 47,2,62(61),8; Gayo I. 3,200 [cfr. I. 4,1,10] y 3,204 [cfr. I. 4,1,14(16)], y 10 *ad ed. prov* D. 47,2,49 pr.; Papiniano 9 *quaest*. D. 47,2,80(79) (¿fiducia?); Paulo 1 *decret* D. 47,2,88(87) y 54 *ad ea*. D. 41,3,4,21; Ulpiano 29 *ad Sab* D. 47,2,12.2. y 30 *ad ed.* D. 13,7,22 pr. (fiducia); y el rescripto de Filipo el Arabe de C. 7,26,6.

90. La crítica más radical es la de ALBANESE, *La nozione del "furtum" da Narazio a Marciano*, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 25 (1956) 109 ss, que considera todo el fragmento "una reelaborazione compilatoria"; son una glosa las palabras [sive tenenti] para SCHERILLO, *Contributi alla dottrina romana del possesso. I. Possessio naturalis*, en *RIL* 63 (1930) 516 n. 4, citado y seguido por ALBERTARIO, *La involuzione del possesso del precarista, del creditore pignoratizio e del sequestratario nel diritto post-classico giustiniano*, en *Studi di Diritto Romano* II (Milán 1941) p. 151 n. 1; suprime la frase [nam-constat] BESELER, *Et ideo-Declarare-Hic*, en *ZSS* 51 (1931) 83. Por la interpolación, también, SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1951; reimp. 1954) p. 576, que se remite erróneamente a Huvelin; y THOMAS, *Furtum pignoris*, en *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 38 (1970) 144 s., y *The Theftuous Pledgor and the Lex Atinia*, en *Studi in onore di G. Scherillo* I (Milán 1972)

sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat⁹¹.

Comete hurto el deudor pignorante que dispone de la cosa dada en garantía, prescindiendo de que la posesión le haya sido entregada (prenda) o no (hipoteca) al acreedor pignoraticio⁹². Esta opinión, según hacen notar Ulpiano y Paulo, se remonta a Juliano. Así, pues, de la misma manera que comete hurto el deudor pignorante que enajena la *res pignori data* u *obligata*, hay que admitir que también debe cometerlo el que manumite al *servus pignori datus*, pues en ambos supuestos el resultado final es el mismo⁹³: perturbar la garantía de su

p. 402 s. En cambio, parecen aceptar el tenor actual del texto, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, en [Arch. giur. 47 (1891) =] *Opere di Ferrini* V, p. 140 s.; HUVELIN, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain. I. Les sources* II (Lyon-País 1915; reimp. Roma 1968) p. 560, HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, en ZSS 40 (1919) 214; y NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, en ZSS 67 (1950) 246 s.

91. Para PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano* II^o (Roma 1928) p. 324 n. 3, el fragmento es "corrotto e sbagliato così per il diritto classico che per il giustiniano", y para ALBANESE, *art. cit.*, en *Annali Palermo* 25 (1956) 111 ss., "un frettoloso sunto giustiniano"; la frase [*sive eam-obligaverat*] es censurada por HUVELIN, *Etudes* cit., p. 560 n. 3; ALBERTARIO, "Actio de universitate" e "actio specialis in rem", en [Annali Perugia 31 (1919) =] *Studi di Diritto Romano* IV (Milán 1946) p. 86, JOLOWICZ, *Digest XLVII, 2. De furtis* (Cambridge 1940) p. 101, y SCIASCIA, *Furtum rei suae*, en *Arch. pen.* 1947, p. 327 n. 25 (citados por Albanese); y THOMAS, *arts. cit.*, en *Tijdschr. v. Rechtgesch.* 38 (1970) 145 s. y *Studi in onore di Scherillo* I, p. 402 s. Duda, en general, de la autenticidad, KUBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktähnlichen und deliktähnlichen Schuldverhältnissen*, en ZSS 39 (1918) 192 s. n. 3. Por la clasicidad, FERRINI, *I libri ad Plautium di Paolo*, en [Memorie della R. Accademia di Scienze Lettere ed Arti di Modena 10 (1894) =] *Opere di Ferrini* II (Milán 1929) p. 226 n. 3, que considera el texto de Plautio; HAYMANN, *art. cit.*, en ZSS 40 (1949) 214; y NIEDERLÄNDER, *art. cit.*, en ZSS 67 (1950) 246 s.

92. Es éste, sin duda, uno de los puntos más discutidos en la literatura sobre el tema. Sin embargo, no pretendemos con ello tomar postura en el problema, sino reflejar escuetamente lo que dicen los textos.

93. En sentido semejante, equiparando la muerte del esclavo con los efectos de la manumisión, respecto a la no extinción de la *actio furti* en general, vid. Ulpiano 42 *ad Sab. D.* 47.2,46 pr.: *nec enim dissimilis est morti manumissio quod ad subtrahendum domino servum.*

crédito al acreedor pignoraticio. En consecuencia, éste podrá disponer de la *actio furti* contra el pignorante que le ha perturbado su garantía y deberá cobrarse su crédito con la pena obtenida⁹⁴, de modo que no puede ejercitar luego la acción hipotecaria, pues la garantía real ha desaparecido al extinguirse el crédito; no así, en cambio, si por insolvencia u otra causa no llega a cobrar íntegro su crédito, en cuyo caso la acción hipotecaria subsiste como reipersecutoria, siempre en la medida del interés. Por lo que se refiere al régimen concreto de esta *actio furti*, las divergencias, e incluso contradicciones, que presentan los textos, hacen necesario un estudio detenido que excede del ámbito de nuestro trabajo. En cualquier caso, sí cabe afirmar que la *actio furti* es uno de los recursos procesales que puede ejercitar el acreedor pignoraticio contra el deudor que ha manumitido al *servus pignori datus*, y ello justifica que se trate de esta manumisión en sede del *furtum*.

b) Eficacia de la manumisión, acción hipotecaria y *vindictio in servitatem*. La segunda cuestión que ahora debemos abordar viene planteada en base a la terminología que emplean las fuentes para referirse a la manumisión del esclavo hipotecado. Como paradigma de tal terminología nos puede servir el primer texto citado en este trabajo, es decir, Ulpiano 3 *disput.*—D.40,9,4: *Servum pignori datum manumittere non possumus*, y esta «imposibilidad» (*non possumus*) de manumitir al esclavo hipotecado aparece reflejada en otros textos donde se utilizan expresiones semejantes⁹⁵. Esta coincidencia terminológica en torno al *manumittere non possumus* se aparta, lógicamente, de la que encontramos en aquellos otros casos en los que existe una prohibición legal de manumitir, como, por ejemplo, en los textos referentes a la ley

94. A diferencia de otros supuestos de *furtum possessionis* o de fiducia (D. 13,7,22 pr.), en el caso del *furtum rei suae* el acreedor pignoraticio reclama del deudor, no por el valor de la cosa hipotecada, sino *summam pecuniae debitae et usurarum eius*, según Paulo 1 *decret.* D. 47,2,88(87).

95. Cfr. Juliano 64 *dig.* D. 40,9,5,2: *neuter manumitti potest*; Ulpiano 21 *ad. ed.* D. 28,5,30: *necessarium domino posse fieri imperator Severus rescipit*, Paulo 39 *ad. ed.* D. 40,1,3: *manumitti non potest*; Hermogeniano 1 *iur. epit.* D. 40,9,27,1: *manumitti non potest*; y *Frag. Dosith.* 16: *civem Romanum facere debitor non potest*. También en los rescriptos imperiales se utiliza la misma terminología, cfr. *Impp. Severus et Antoninus* C. 7,8,1: *non posse libertatem adsequi*; *Imp. Pertinax* C. 6,27,1(2): *nec... liber et heres necessarius existere potuisti*; e *Imp. Alexander* C. 7,8,4: *potuisti ad libertatem pervenire*, cfr. C. 7,8,3.

Aelia Sentia, a propósito de la cual las expresiones más utilizadas son *libertas impediatur*⁹⁶ y *libertas non competit*⁹⁷, entre otras de menor uso⁹⁸. Dejando ahora al margen el problema del significado de las expresiones propias de la ley *Aelia Sentia*⁹⁹, vamos a centrarnos en el sentido de la expresión *manumittere non possumus* o, lo que es lo mismo, en el problema de la eficacia de la manumisión del *servus pignori datus*

A fin de dar respuesta a esta cuestión, y sin ánimo de un tratamiento exhaustivo, nos parece conveniente analizar de modo esquemático los efectos que produce la manumisión de esclavos que se encuentran en situaciones análogas a la del *servus pignori datus*. Comencemos, en primer lugar, por la manumisión del *servus communis*, de la que se ocupa el *Frag. Dosith* 10:

Communis servus ab uno ex sociis manumissus, neque ad libertatem pervenit et alterius domini totus fit servus iure ad crescendi. sed inter amicos servus ab uno ex sociis manumissus utriusque domini servus manebit: ius enim ad crescendi in hac manumissione non versatur. quamvis Proculus existimaverit ad crescere eum socio... qua sententia utimur

Según el texto, la manumisión del *servus communis* por uno de los copropietarios produce, no la libertad del esclavo común, sino el acrecimiento de la parte del copropietario manumitente en beneficio del otro copropietario. Esto siempre que se trate de una manumisión

96. Cfr. Africano 3 *quest.* D. 40,9,8,1; Gayo I. 1,37 [cfr. I. 1,6 pr.] y 1 *de manum.* D. 40,9,29 pr.; Marciano 13 *inst.* D. 40,9,11,1; Paulo 3 *ad leg. Ael. Sent.* D. 40,9,16,5; Terencio Clemente 9 *ad leg. lul. et Pap.* D. 40,9,24; e I. 1,6,3 [cfr. Gayo 1 *res. cott.* D. 40,9,10]

97. Cfr. Juliano 64 *dig.* D. 40,9,5 pr.; Escévola 32 *dig.* D. 42,8,23, y 4 *resp.* D. 40,4,54,1; Gayo 2 *fideic.* D. 36,1,65(63),15; Ulpiano 60 *ad ed.* D. 40,5,4,19; y Paulo 16 *ad Plaut.* D. 40,9,18 pr.

98. Un elenco de estas expresiones, del que hemos recogido las anteriormente citadas, presenta METRO, *art. cit.*, en *Labeo* 7 (1961) 185 s. [= *Mnemicion Solazzi*, p. 198 s.].

99. Sobre el tema, con conclusiones divergentes, vid. entre otros, SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 258 ss.; METRO, *art. cit.*, en *Labeo* 7 (1961) 184 ss. [= *Mnemicion Solazzi*, p. 197 ss.]; IMPALLOMENE, *art. cit.*, en *Syntheseia Arangio-Ruiz* II, p. 930 ss.; y DI PAOLA, "Leges perfectae", en *Syntheseia Arangio-Ruiz* III, p. 1075 ss.

civil, pues si es pretoria¹⁰⁰, aunque la cuestión debió de ser discutida¹⁰¹, prevaleció la opinión de que no se producía tal acrecimiento. En definitiva, la manumisión civil del *servus communis* tiene como efecto inmediato y primario la pérdida del derecho de propiedad sobre el esclavo por parte del copropietario que ha manumitido; el acrecimiento a favor del otro copropietario es consecuencia de esta pérdida y de la fuerza expansiva del derecho dominical. Dicho en otras palabras, un acto civil como la *manumissio vindicta* tiene eficacia suficiente para extinguir un derecho incompatible, también civil, como es la propiedad sobre el esclavo; pero en nada puede afectar, como es obvio, al derecho de propiedad de los otros socios¹⁰². Es esto, además, lo que viene a decir expresamente *Epitome Ulpiani* 1,18:

Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque ad crescit socio, maxime si eo modo manuserit, quo, si proprium haberet, civem Romanum facturus esset. nam si inter amicos eum manuserit, plerisque placet eum nihil egisse.

En segundo lugar, detengámonos brevemente en la manumisión del esclavo dado en usufructo, de la que habla también el *Frag. Dosith.* 11:

Proprietarius eum servum, cuius usufructus ad alium pertinet, non potest vindicta manumittere obstante usufructu; et si manuserit eum vindicta, faciet servum sine domino. sed Latinum...

El nudo propietario *non potest vindicta manumittere* a un esclavo que ha dado en usufructo a otra persona; ahora bien, si, a pesar de ello, manumite *vindicta* a dicho esclavo, éste, dice el texto, *faciet servum sine domino*, lo que equivale a decir, se extingue el derecho de

100. Aunque el texto se refiere expresamente sólo a la *manumissio inier amicos*, cabe extenderlo a todas las manumisiones pretorias.

101. Cfr. el mismo *Frag. Dosith.* 10: *quamvis Proculus existimaverit ad crescere eum socio...*; la frase está incompleta, pero por el sentido podemos presumir una opinión discrepante de Próculo, y quizá con razón corregía Huschke la frase final del texto. *qua sententia <non> utimur*. Vid también *Epit. Ulp.* 1,18: *nam si inter amicos eum manuserit, plerisque placet eum nihil egisse*; volveremos de nuevo sobre este texto.

102. Esta eficacia, en cambio, no puede atribuirse *ipso iure* a las manumisiones pretorias y, en este sentido, se refuerza la ya citada objeción de Dernburg.

propiedad del nudo propietario, en tanto que perdura el derecho del usufructuario, que impide al esclavo alcanzar la libertad efectiva. Así, pues, se repite de nuevo, aunque con las oportunas diferencias, lo que ya hemos visto para la manumisión del *servus communis*: el nudo propietario, al manumitir civilmente, extingue su derecho dominical, y el esclavo, habida cuenta del derecho real de usufructo que grava sobre él —y que no podría subsistir si se hiciese libre—, no alcanza la efectiva libertad, sino que accede a esa situación híbrida calificada como *servus sine domino*. Esto mismo repite también *Epit Ulp.* 1,19:

Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietatis, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est.

En conclusión, pues, tanto en el caso del *servus communis* como en el del esclavo en usufructo, el efecto primario que el acto de manumisión *vindicta*¹⁰³ produce es el de la desaparición del derecho dominical del manumitente, si bien los efectos secundarios son diferentes en uno y otro caso, pues, para el *servus communis*, la «elasticidad» del derecho de propiedad de los otros condóminos produce el acrecimiento, cosa que no ocurre para el esclavo en usufructo, que permanecerá, mientras dure el derecho del usufructuario, como *servus sine domino*.

A nuestro juicio, es lícito parangonar los dos supuestos referidos con

103. Aunque sólo el *Frag. Dosith.* 11 hace expresa mención de la *manumissio vindicta*, creemos que a ella se refieren también los otros textos al aludir a una manumisión en general, caracterizada unas veces por su oposición a la manumisión pretoria, otras, por sus efectos. No deben incluirse aquí las llamadas manumisiones testamentarias que no son, en realidad, *manumisiones* propiamente dichas. Para el supuesto del esclavo en usufructo, se habla expresamente (*Frag. Dosith.* 11) de *manumissio vindicta*; que también en el caso del *servus communis*, aunque nada se diga en los textos, queda excluida la manumisión testamentaria, se deduce de que ésta no produce acrecimiento a favor de los otros copropietarios: el *servus communis* se hace heredero necesario (D. 28,5,8 pr. y 1) y liberto (D. 40,4,48) de ambos condóminos, y no de uno solo. La razón que justifica la adquisición de libertad en los tres textos radica en la simultaneidad de las voluntades coincidentes. Un acrecimiento en caso de manumisión testamentaria sólo se admite con Justiniano, I. 2,7,4. Esto parece haber influido en BRETONÉ, *Servus communis* (Nápoles 1958) p. 144 ss. cfr. 141, 143 y 149, que pretende ver en los textos citados la superación de una antigua doctrina que habría negado la libertad precisamente cuando no podía darse el acrecimiento.

el del *servus pignori datus*, que ahora nos viene ocupando ¹⁰⁴. En efecto, se trata en todos ellos de un acto de manumisión realizado por un verdadero propietario, pero cuya eficacia plena es, en diferente grado, impedida por el derecho real de un tercero sobre el esclavo manumitido, sea este derecho de propiedad, de usufructo o de garantía. Tal paralelismo nos permite, por tanto, aplicar sin violencias a nuestro caso el mismo esquema esencial que aparece en los otros, especialmente en la manumisión del esclavo en usufructo que, respecto a la del *servus pignori datus*, tiene más puntos de semejanza que la del *servus communis*. Es más, incluso la coincidencia terminológica, antes aludida, en el *manumittere non possumus*, se da igualmente, respecto al usufructo, en el comienzo del *Frag. Dosith.* 11 (*non potest vindicta manumittere*). Amparados por tales semejanzas, cabe decir también aquí que el acto de manumisión (*manumissio vindicta*) del deudor pignorante no concede al esclavo hipotecado la libertad, impedida por el *ius pignoris* del acreedor pignoraticio. Que en este caso no se hable de un *servus sine domino*, como sucedía a propósito del usufructo, tiene una justificación razonable por cuanto el derecho de usufructo está ordenado, más tarde o más temprano, a su extinción, mientras en el *ius pignoris*, en cambio, no debe excluirse la posibilidad —aunque ésta sea eventual— de que el acreedor pignoraticio disponga del esclavo como si él fuera propietario, dicho de otro modo, no puede prescindirse del *ius vendendi* del acreedor ¹⁰⁵. Y tampoco puede considerarse una diferencia fundamental el hecho de que el usufructo sea un derecho real civil, y el *ius pignoris*, pretorio, pues tal diferencia influye solamente en la forma de extinción de ambos derechos reales, como explicaremos enseguida

104. A la comparación con el usufructo acudía ya SCHULZ, *art. cit.*, en ZSS 48 (1928) 272 ss., para demostrar —a nuestro juicio, erróneamente— que la manumisión del esclavo en usufructo era nula, igual que la del *servus pignori datus*. Pero el pensamiento de Schulz sobre la manumisión del esclavo en usufructo encierra fuertes contradicciones: ¿cómo se puede compaginar que la manumisión sea nula (“Die Freilassung eines Nießbrauch-Sklaven ist also nach ‘klassischem Recht’ genau so nichtig wie...”) con el hecho de que extinga el derecho de propiedad del manumitente (über das ‘klassische’ Recht..., die Freilassung. , nur das Eigentum des Freilassers erlosch, der Sklave wurde *servus sine domino*“)? Si la manumisión es nula, no puede producir ningún efecto, y si produce alguno, entonces no es nula.

105. La misma razón explica otras diferencias entre ambas instituciones: vid. *supra* n. 67.

En definitiva, según nuestra opinión, la *manumissio vindicta* del *servus pignori datus* produce como efecto primario la extinción del derecho de propiedad del deudor pignorante que ha manumitido, pero el esclavo no alcanza la libertad en razón del *ius pignoris*. No se trata, pues, de nulidad de la manumisión del *servus pignori datus*, como ha venido diciendo la literatura sobre el tema¹⁰⁶, sino más bien de la «imposibilidad» de que el esclavo se haga libre, pues tal situación de libertad sería incompatible con la existencia sobre él de un derecho real que debe ser respetado. Si de nulidad de la manumisión se tratase, el manumitente debería seguir siendo propietario del esclavo, lo que viene expresamente negado en los textos para el caso de la copropiedad (*manumittendo partem suam amittit*), del usufructo (*servus sine domino*) y, según nos parece, implícitamente también para el esclavo hipotecado, como luego veremos.

Finalmente, debemos prestar atención a las palabras que cierran los dos textos del *Frag. Dosith* sobre el esclavo en usufructo (§ 11) y el *servus pignori datus* (§ 16): *sed Latinum*. Con anterioridad, al tratar del § 16 de este fragmento¹⁰⁷, hemos expuesto las diferentes reconstrucciones e interpretaciones (de Huschke, P. Krüger y Schulz) que han provocado estas dos palabras. Renunciando ahora a un intento de reconstrucción de la frase original —para lo que no tenemos datos suficientemente seguros— nos parece válida la idea común que, con ciertas variantes, subyace en las opiniones de los citados autores. una vez extinguido el derecho de usufructo o de garantía, el esclavo manumitido se hace libre, pero no ciudadano romano, sino latino. Tal conclusión es, por lo demás, bastante razonable si se mira desde la perspectiva de la situación en que permanece el *servus sine domino*, una vez extinguido el usufructo, o el *servus pignori datus* y luego *manumissus*, una vez pagada

106. Así, por ejemplo, BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 573; "Most texts treat the manumission of a pledged slave as a mere nullity .."; GUARNERI-CITAJI, *art. cit.*, en *Mélanges Cornil* I, p. 464: "L'affranchissement d'un esclave engagé *specialiter* était toujours nul..."; SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 264: "Die Freilassung eines verpfandeten Sklaven ist nichtig..."; METRO, *art. cit.*, en *Labeo* 7 (1961) 153 [= *Mnemeion Solazzi*, p. 166]: "la manomissione di uno schiavo dato in pegno... era in diritto classico invalida...". No serían, en cambio, incorrectas estas expresiones aplicadas solamente a la *manumissio testamentum*.

107. Vid. *supra* 2.

la deuda y desaparecido el derecho de garantía que había impedido su libertad. Precisamente por tratarse de la libertad latina, y no de la ciudadanía, no se exige que el usufructo se extinga *iure civili*, como sucede, en cambio, en las manumisiones testamentarias del esclavo en usufructo condicionadas a la extinción del derecho real¹⁰⁸. Cuando las *Pauli sententiae*, 4,12,1¹⁰⁹, dicen que el esclavo común manumitido por un copropietario no se hace ni latino ni ciudadano romano, parece aludirse a esta posibilidad de que la manumisión procure la latinidad en el caso del esclavo en usufructo o en prenda.

Así, pues, tanto el esclavo en usufructo como el *servus pignori datus* se hacen latinos, en virtud de la *manumissio vindicta*, una vez extinguido el correspondiente derecho real sobre ellos. Ahora bien, ¿cómo puede producirse tal extinción? En principio, por cualquiera de los medios jurídicos previstos por el derecho para uno y otro caso. Si nos limitamos al supuesto de la prenda, el derecho del acreedor pignoraticio se extingue cuando el deudor, voluntariamente o previa reclamación procesal, le satisface su crédito; también cuando renuncia a su derecho el acreedor pignoraticio, o consiente en la manumisión hecha por el deudor pignorante. En consecuencia, si, por haber manumitido al esclavo pignorado, el acreedor pignoraticio puede demandar al deudor pignorante con la *actio furti*, reclamándole el doble (o el cuádruple) del valor de su crédito, ello quiere decir que desde el momento en que el deudor paga la condena, se extingue el *ius pignoris* y, por tanto, el acreedor pierde la acción hipotecaria, pues se entiende que ha sido ya satisfecho. Dicho en otras palabras, la *actio furti*, salvo los casos de insolvencia, en los que subsiste la acción hipotecaria, lleva consigo la extinción del derecho de prenda por satisfacción del crédito.

Esta «imposibilidad» de manumitir de la que venimos hablando

108 Esto viene a decir un texto de Juliano 1 *ad Urs. Fer.* D 7,1,35,1, respecto a un esclavo sobre el que se lega el usufructo al mismo tiempo que se le concede la libertad condicionada a la extinción del usufructo. Aunque el heredero pague la *litis aestimatio* de la *vindicatio usus fructus* del legatario, el esclavo no puede hacerse libre mientras el usufructo no se extinga *iure civili*, es decir, en tanto no se produzca la muerte del legatario o su *capitis deminutio*.

109. *Paul sent.* 4,12,1. *Servum comunem unus ex dominis manumittendo Latium facere non potest nec magis quam civem Romanum: cuius portio eo casu, quo, si propius esset, ad civitatem Romanam perveniret, socio adcrevit*

plantea un particular problema en cuanto la manumisión del propietario, aunque jurídicamente no conduzca a la plena libertad del esclavo, permite que éste viva de hecho como libre, siendo necesario en tales casos un recurso jurídico mediante el cual los interesados en ello puedan conseguir una declaración judicial de no-libertad, que permita el libre ejercicio de su derecho (de propiedad, usufructo o garantía). Respecto al usufructo, esta cuestión viene resuelta en un texto de Ulpiano 55 *ad ed.*—D. 40,12,8 pr.:

Cognitio de liberali causa usufructuario datur, etiamsi dominus quoque velit, hoc est qui se dominum dicit, movere status controversiam¹¹⁰.

Se concede al usufructuario una *cognitio de liberali causa* para discutir el *status libertatis* del esclavo manumitido sobre el que grava un derecho de usufructo, aunque también el propietario —es decir, matiza el texto, *qui se dominum dicit*— quiera promover aquella controversia. A esta misma reclamación parece referirse Ulpiano en la continuación del fragmento anterior: 55 *ad ed.*—D. 40,12,8,2:

Sed et si alter usum fructum totum, alter proprietatem servi vindicet. item si alter dominium, alter pignoratium sibi dicat, idem iudex erit: et parvi refert, ab eodem an ab alio ei pigneri datus sit¹¹¹.

110. Sobre la autenticidad de "*controversiam movere*", vid. ALBERTARIO, "*Lis contestata*" e "*controversia mota*", en ZSS 35 (1914) 307 (no en ZSS 37, como dice el *Ind. Interp*) Esta nota no fue recogida en el artículo del mismo título de *Studi di Diritto Romano IV*, p. 261 s., "perchè avrebbe bisogno, da un lato, di una revisione dei testi, ivi richiamati, che non direi oggi tutti interpolati riferendosi alcuni di essi al processo *extra ordinem*; dall'altro lato, di un ampliamento e di un completamento, che in questo momento e in questa sede non posso compiere".

111. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, en *Annali Palermo* 12 (1929) 229 s., suprime la palabra [*iudex*], refiriendo el *idem* a la solución que conjetura en el texto anterior (D. 40,12,8,1). Según Biondi, Ulpiano distingue la *cognitio de liberalibus causis* y la simple *vindicatio* del esclavo: en el primer caso, era competente la jurisdicción especial; en el segundo, no; y en nuestro texto, aunque se trate de una *vindicatio in servitute*, es negada la competencia especial establecida para las *causae liberales*. Piensan en la competencia de un tribunal de *recuperatores*, MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*

Si el usufructuario y el nudo propietario quieren vindicar sus respectivos derechos, o un propietario y el acreedor pignoraticio los suyos, se tramitarán tales litigios ante un mismo juez, el cual, tanto por el comienzo del fragmento (D. 40,12,8 pr.) como por la *sedes materiae* de que procede en la *Palingenesia* de Lenel (*De liberali causa*), no puede ser otro que el correspondiente *praetor de liberalibus causis*. Ello nos permite deducir con fundamento que la *vindicatio usus fructus* del usufructuario, y la acción hipotecaria del acreedor pignoraticio, exigían como cuestión prejudicial una declaración de la no-libertad del esclavo manumitido, al mismo tiempo que la existencia del derecho real de usufructo o de prenda sería a su vez cuestión prejudicial para tal declaración de esclavitud, por cuanto es precisamente la existencia de tales derechos lo que impedía la efectiva adquisición de la libertad. En definitiva, pensamos que se trataría de una única reclamación en la que se decidiría judicialmente, en *cognitio extra ordinem*, acerca de las dos cuestiones planteadas.

Pero esta controversia de libertad ante el *praetor de liberalibus causis* debió de ser negada a los propietarios cuando ellos mismos hubiesen previamente manumitido al esclavo cuya libertad pretenden ahora discutir¹¹², de la misma manera que el consentimiento del acreedor pignoraticio en la manumisión del esclavo hipotecado debió de impedir una posterior reclamación con la acción hipotecaria¹¹³. Ello es congruente con la pérdida de la propiedad que supone la *manumissio vindicta*, por un lado, y con la extinción del derecho de garantía producida por el consentimiento del acreedor, por otro. A la imposibilidad

nel processo civile romano, en *Annali Palermo* 24 (1955) 309 n. 570, y FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano* (Nápoles 1961) p. 107 s. En cambio, refieren el texto al magistrado de la *cognitio extra ordinem*, BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts* II (Berlín 1873; reimpr. Aalen 1970) p. 197 n. 30; y, por último, BONGERT, *Recherches sur les récupérateurs*, en *Varia. Etudes de Droit Romain* I (París 1952) p. 198

112. Que estos dos últimos textos citados hablen de una controversia de libertad promovida por un propietario, no desdice esta afirmación, pues tales textos se mueven en un plano genérico, sin plantearse el problema específico que a nosotros nos ocupa. En último caso, incluso cabría conjeturar que la matización de Ulpiano respecto a *qui se dominum dicit* pueda tener alguna relación con ello.

113. En este sentido, vid. los textos sobre este tema citados más arriba, especialmente C. 7,8,1 y 8,25 (26), 1 de Septimio Severo y Caracala (año 205).

de que el propietario manumitente promueva una controversia de libertad, podría referirse un discutido rescripto de Alejandro Severo C. 7,8,5 (año 223):

SI creditoribus satisfactum fuerit, ancillae, quae pignori obligatae a debitore manumissae erant, liberae fiunt nam ipse manumissor si fraudem se fecisse creditoribus, ut revocet libertates, audeat dicere, audiri non debet nec heredes eius.

El deudor que ha manumitido a unas esclavas hipotecadas, pero, después de satisfacer a los acreedores, alega haberlo hecho en fraude de éstos, *audiri non debet*. Sin embargo, no pueden ser omitidas ciertas reservas sobre el texto, que ha sido objeto de diversas interpretaciones. Según Buckland¹¹⁴, el rescripto dice que, si se paga a los acreedores, las *ancillae* hipotecadas se hacen libres; para explicar la referencia a los herederos, piensa en una manumisión *inter vivos*, aunque el manumitente esté ya muerto: por último, afirma Buckland que el problema planteado es de fraude de acreedores, conjeturando además que se trata de una hipoteca general. Para Schulz¹¹⁵, se trata de una manumisión condicionada a la satisfacción de los acreedores, y, por tanto, pretoria. Consecuentemente, reconstruye una supuesta alusión a una manumisión *inter amicos* (a *debitore manumissae erant <inter amicos>*). Dado que en nuestro rescripto —dice Schulz— se niega al manumitente la alegación de su propio fraude, debe deducirse de ello que, para la manumisión del esclavo hipotecado, no se aplica la ley *Aelia Sentia*, aunque el deudor hipotecario fuese insolvente, ya que las manumisiones prohibidas por la ley *Aelia Sentia* eran absolutamente nulas, pudiendo entonces impugnarlas tanto los acreedores como el propio deudor manumitente. Solazzi¹¹⁶, sin detenerse más en el texto, piensa en una manumisión *inter vivos* y considera las palabras finales [*nec heredes eius*] «un glossema o un emblema». En opinión de Metro¹¹⁷, que analiza el texto desde otra perspectiva temática, aunque se hable de herederos, hay que referirlo a una manumisión *inter vivos*, por

114. BUCKLAND, *Slavery* cit., p. 574.

115. SCHULZ, *art. cit.*, en *ZSS* 48 (1928) 217 s.

116. SOLAZZI, *Costituzioni glossate o interpolate nel "Codex Iustinianus"*, en *SDHI* 24 (1958) 62 [= *Scritti di Diritto Romano VI* (Nápoles 1972) p. 126].

117. METRO, *art. cit.*, en *Labeo* 7 (1961) 153 [= *Mnemeion Solazzi*, p. 166].

cuanto plantea la posibilidad de revocación de la manumisión por el mismo patrono, fundada en el fraude. Si se tratase de una *manumissio testamento* —dice Metro—, no sería necesaria la revocación, dado que el testamento adquiere eficacia con la muerte del *de cuius*, el cual podría en cualquier momento revocarlo, sin necesidad de acudir a la revocación legal por fraude. Por último, Impallomeni¹¹⁸, después de manifestar sus dudas sobre la corrección de Schulz, prefiere suponer una innovación de Alejandro Severo en favor de los esclavos pignorados y manumitidos *inter vivos*, incluso *vindicta*, que prohíbe al manumitente impugnar la libertad concedida *in fraudem creditorum*.

Ninguna de estas interpretaciones nos convence plenamente. Frente a Buckland, no encontramos motivos suficientes para pensar en una hipoteca general. Contra Schulz, no podemos admitir que el caso planteado haga referencia a una manumisión condicional. La frase *si creditoribus satisfactum fuerit* figura en el texto, no como condición de la manumisión, sino como uno de los presupuestos de hecho del rescripto. La referencia al *inter amicos* nos parece, pues, superflua. Por otro lado, al entender el fraude de acreedores en sentido de perjuicio patrimonial, no explican las citadas teorías cómo se puede hacer compatible con la satisfacción de los acreedores. Por último, es dudoso pensar —como quiere Impallomeni— en una innovación de Alejandro Severo para prohibir al manumitente impugnar la libertad concedida *in fraudem creditorum*, pues no parece probable que este principio (sintetizado por los medievales en la *regulae* «*fraudem suam nemo debet allegare*») fuese desconocido antes de esa época¹¹⁹.

En nuestra opinión, este rescripto de Alejandro Severo viene a dar apoyo textual a dos de nuestras afirmaciones anteriores: que los esclavos hipotecados manumitidos *vindicta* se hacen libres (se entiende, con libertad latina) una vez extinguido el derecho de garantía, y, por otra parte, la imposibilidad de que el manumitente pueda impugnar posteriormente la manumisión realizada. Las dificultades exegéticas que el texto plantea pueden resolverse de la siguiente manera: el fraude alegado por el deudor manumitente no es el provocado por la insolven-

118. IMPALLOMENI, *Le manumissioni* cit., p. 137 n. 62, también, remitiéndose a este lugar, *art. cit.*, en *Synteleia Arangio-Ruiz* II, p. 931 y n. 30.

119. En este sentido, Ulpiano 21 *ad ed.* D. 50,17,134,1: *Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*.

cia —ámbito de aplicación de la ley *Aelia Sentia*—, sino un fraude peculiar al acreedor hipotecario, consistente en la manumisión de unas esclavas que «no podían» ser manumitidas sin consentimiento de aquél: en segundo lugar, la referencia a los herederos se explica por una aplicación extensiva —prevista en el mismo rescripto—, de lo dicho respecto al pignorante, a sus herederos¹²⁰.

Como síntesis de todo lo dicho acerca de la eficacia de la manumisión del esclavo hipotecado, podemos establecer lo siguiente: el deudor pignorante no puede manumitir al *servus pignori datus*, si, a pesar de ello, lo hace, la *manumissio vindicta* tiene como efecto la extinción del derecho dominical, pero el esclavo sigue sometido al *ius pignoris* del acreedor pignoraticio. No se trata, pues, de «nulidad» de la manumisión, sino de «imposibilidad» de que el esclavo se haga libre en razón del derecho de garantía del acreedor sobre él. La objeción de Dernburg queda resuelta del siguiente modo: el derecho pretorio de prenda no impide la eficacia de un acto civil como la *manumissio vindicta*, sino la plena libertad del esclavo, que, de hacerse libre, no podría seguir sujeto al *ius pignoris*. Se niega al deudor manumitente, como consecuencia de la pérdida de la propiedad, el medio procesal para revocar la libertad del esclavo, del que sí puede, en cambio, disponer eventualmente el acreedor pignoraticio mediante una *cognitio de liberali causa* ante el correspondiente pretor, como trámite complementario al ejercicio de la acción hipotecaria. Por último, el esclavo hipotecado manumitido por su dueño se hacía probablemente latino, una vez pagada la deuda garantizada.

XAVIER D'ORS
Universidad de Navarra.

120. La misma extensión encontramos en un rescripto de Aureliano (C. 7,16,7: *Si ab eo cuius servus fuisi manumissus es, frustra libertatis controversiam sustines, maxime ab herede eius qui manumisit, cum, etsi iure libertas non processit, respectu tamen aditae hereditatis voluntatem, defuncti suo consensu firmare debuit*), en el que se plantean estos dos mismos supuestos, aunque aquí a propósito, según parece, de una manumisión testamentaria: si no puede promover una controversia de libertad el que ha manumitido, mucho menos lo podrán hacer sus herederos. Cfr. también Ulpiano 1 resp. D. 40,12,31. Estos dos textos, además, confirman lo anteriormente dicho acerca de que la *manumissio vindicta*, al extinguir el derecho de propiedad, impide la reclamación de libertad contra el esclavo manumitido.