

UNA CORRECCIÓN PALINGENÉSICA AL LIBRO 16 DE ULPIANO *AD EDICTUM*

JULIO HERNANDO LERA*

La existencia en Digesto de textos iguales ha sido justificada mayoritariamente por la doctrina romanística, en la división por comisiones de las obras utilizadas por los compiladores en su redacción ¹.

Si bien es cierto, que cuando utilizamos por primera vez un nuevo sistema de trabajo, un buen número de los errores que detectamos en nuestros resultados suelen tener su origen en el propio método, no lo es menos, que no todas las irregularidades son imputables al sistema, y, así, podemos constatar, como algunas tienen su causa en el error humano.

Por lo que se refiere a la redacción de Digesto, como en toda labor escrita, además de las anomalías fruto del sistema utilizado, probablemente se tienen que haber producido algunos descuidos involuntarios de los escritores, que no pueden ser imputados en forma alguna al sistema empleado.

Por tanto, no podemos excluir **a priori**, la posibilidad de que algunas de las geminaciones de Digesto, puedan deberse a errores

* Profesor Titular de Derecho Romano de la UNED.

¹ Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Redacciones Coincidentes (Leges Geminatae) y casos jurisprudenciales semejantes (capita similia)*, en Estudios Alvaro d'Ors I, (1987) 517 y ss. Así como la bibliografía que cita.

involuntarios de aquellos que materialmente trabajaron en su redacción.

Habitualmente cuando la doctrina se ha ocupado de los textos que presentan una redacción idéntica (**capita geminatae**) o de aquellos que son semejantes (**capita simila**), lo ha hecho en el ámbito de las investigaciones realizadas, sobre los procedimientos usados por los compiladores en la selección del material jurisprudencial de Digesto.

Recogiendo la propuesta formulada por García Garrido, quien opina que los estudios sobre estos textos no pueden agotarse en los objetivos señalados ², he utilizado su método de cotejo y comparación de casos, para tratar de determinar el origen de la geminación localizada en Ulp. 16 *ed.* D.6.1.72, Ulp. 76 *ed.* D.44.4.4.32 y Pomp. 2 *ex Plautio* D.21.3.2.

El estudio formal y sustancial de los tres pasajes como se comprobará a continuación, induce a considerar, que la procedencia de D.6.1.72 podría encontrarse más próxima al error humano, que al sistema utilizado por los compiladores, tanto al escoger el material que utilizaron en Digesto como en su posterior redacción.

Ulp. 16 *ed.* D. 6.1.72.

Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, ae~uius est, ut tu potior sis. nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summo veres. sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.

Ulp. 76 *ed.* D. 44.4.4.32.

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summo veretur et, si

² Cfr. GARCÍA GARRIDO, op. cit, 536.

ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem si non suus esset replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eun fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet.

Pomp. libro 2 *ex Plautio*. D. 21.3.2.

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres exstiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summo veretur et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres.

En lo sucesivo para una mayor claridad en la exposición, D.6.1.72 lo señalaremos como el texto n.º 1, D.44.4.4.32 será el n.º 2 y D.21.3.2 el n.º 3³.

Usualmente los trabajos sobre geminaciones se realizan sobre textos que son de un mismo autor, en esta ocasión, los tres fragmentos que trataré no corresponden a la misma mano, ya que los n.ºs 1 y 2 son de Ulpiano, mientras que el n.º 3 corresponde a Pomponio, con lo que el estudio en conjunto de los tres pasajes ofrece cierta novedad.

La geminación detectada, en los pasajes señalados, es una de las más extensas de Digesto, la coincidencia, como veremos a continuación, no solamente es gramatical sino también de contenido.

Si la comparación la establecemos entre el pasaje n.º 1 y el n.º 2, la geminación será⁴:

Si a Titio fundum emeris QUI Sempronii et/ERAT ISQUE tibi traditus sit/FUERIT pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres

³ Por lo que a la contaminación de los tres pasajes se refiere, únicamente merece ser destacado D.44.4.4.32. BETTI, ALBERTARIO y MEILA opinan que *pretio soluto* es una interpolación, al igual que *tradiderit* para LENEL, ALBERTARIO y BESELER, en cuyo lugar debería figurar *mancipaverit*, vid. *Index*.

⁴ Lo recogido en letra mayúscula se corresponde a palabras o frases del texto n.º 2 (D.44.4.4.32), que, o bien no figuran en el pasaje n.º 1 (D.6.1.72) o sustituyen a las que allí se utilizaron.

extiterit et eundem alii/FUNDUM MAEVIO vendiderit et tradiderit
IULIANUS AIT aequius est /ESSE ut tu potior sis/PRAETOREM TE
TUERI.

Mientras que, del cotejo entre el n.º 2 y el 3 resulta ⁵:

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio AUTEM soluto *deinde* Titius Sempronio heres extiterit/EXSTITERIT et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem/PRIOREM te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione *in factum comparata vel doli mali* summooveretur et si ipse TITIUS eum possideret et Publiciana peteres.

En una primera aproximación a los pasajes, se constata como, el texto de Ulpiano (D.44.4.4.32) recoge íntegramente el de Pomponio (D.21.3.2).

El cotejo gramatical de los tres fragmentos, desde su principio hasta el final de la geminación existente entre el n.º 1 y n.º 2 (*ut tu potior sis*), señala las siguientes desigualdades formales:

qui: se encuentra en n.º 2 y n.º 3, pero no así en n.º 1.

et: utilizado en n.º 1, para sustituir a *erat isque* de los n.ºs 2 y 3.

sit: sustituye en el n.º 1, a *fuerit* que aparece en los n.ºs 2 y 3.

alii: en el texto n.º 1, sustituye a *fundum Maevio* recogido en los n.ºs 2 y 3.

Iulianus aiit: no está en n.º 1 y sí en los n.ºs 2 y 3.

est: utilizado en n.º 1, para sustituir la forma *esse* de los n.ºs 2 y 3.

ut tu potior sis: en n.º 1, sustituye a *praetorem/priorem te tueri* de los n.ºs 2 y 3.

⁵ Lo escrito en mayúsculas son palabras que se utilizan en el texto n.º 3 (D.21.3.2) y varían o faltan en el n.º 2 (D.44.4.4.32). Mientras que, lo escrito en subrayado, son palabras que sí bien figuran en el texto n.º 2 faltan en el n.º 3.

Así pues, las voces: *et*, *sit*, *est* y la frase *ut tu potior sis* sustituyen, en el pasaje n.º 1, a los mismos vocablos de los fragmentos n.ºs 2 y 3:

* *et* por *erat isque*.

* *sit* por *fuertit*.

* *alii* por *fundum Maevio*.

* *est* por *esse*.

* *ut tu potior sis* por *praetorem/priorem te tueri*.

Mientras que, las otras dos variaciones detectadas: *qui* y *Iulianus ait*, palabras que figuran tanto en n.º 2 como en n.º 3, no son sustituidas, en n.º 1, por otras, simplemente no se encuentran.

Si compulsamos la totalidad del pasaje n.º 3 con el n.º 2, las discrepancias formales son mínimas:

deinde: palabra utilizada tanto en el n.º 2 como en el n.º 1, y que falta en n.º 3.

extiterit: que figura en n.ºs 1 y 2, mientras que en el n.º 3 se encuentra como *exstiterit*.

praetorem: sustituida en n.º 3 por *priorem*.

De las diferencias morfológicas que presentan los tres pasajes en estudio, se puede establecer que:

A) La redacción de D.21.3.2 es prácticamente igual a la de D.44.4.4.32, hasta tal punto es así, que las discrepancias que se pueden establecer entre los tres textos individualmente, son las mismas que se detectarían si la comparación la hicieramos entre dos grupos, uno formado por el pasaje n.º 1 y el otro por los n.ºs 2 y 3.

Constatamos que, *et*, *sit*, *alii*, *est* y *ut tu potior sis*, son utilizadas en el n.º 1, para suplir las mismas palabras que en su lugar aparecen en los pasajes n.ºs 2 y 3.

Esta identidad formal entre los pasajes n.^{os} 2 y 3 adquiere mayor trascendencia al comprobar que, estamos ante dos fragmentos con autores distintos ⁶ y el n.^o 2 contiene integralmente lo recogido en el n.^o 3.

Por tanto, parece lógico pensar, que tanto Pomponio como Ulpiano cuando los escribieron, o bien tuvieron a la vista el mismo texto de Juliano o el documento donde un tercero recogía la respuesta dada por él.

B) El hecho de que, *qui y Iulianus ait* se utilicen en los textos n.^{os} 2 y 3, pero no así en el n.^o 1, es un dato más que junto con las diferencias gramaticales señaladas hasta el momento, confirman el mismo origen juliano de D.21.3.2 y D.44.4.4.32, a la vez que permiten establecer la hipótesis, de que Ulp. 16 *ed.* D.6.1.72 pudiera tener su origen en el mismo fragmento del que procede Ulp. 76. *ed.* D.44.4.4.32.

C) En cuanto a las señaladas diferencias *priorem/praetorem y exstiterit/extiterit*, creo que las palabras utilizadas por Juliano fueron *priorem* y *exstiterit* ya que, por lo que se refiere a la primera, no he encontrado en la obra de Juliano, de donde se supone que están extraídos los pasajes tratados ⁷, ni en los libros 16 y 76 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto en los que se recogen respuestas de este jurista ⁸, ninguna referencia en lo dicho por Juliano a cómo debe actuar el Pretor.

En referencia a la segunda, creo que el verbo utilizado por Juliano fue *exsisto-stiti* o *exsto*.

Dado que, las palabras *priorem* y *exstiterit* aparecen únicamente en el texto de Pomponio, podemos decir, que en relación con el pasaje n.^o 2, D.21.3.2, guarda un mayor grado de fidelidad con el texto de Juliano.

⁶ D.44.4.4.32 corresponde a Ulpiano del libro 76 de sus Comentarios al Edicto y D.21.3.2 tiene por autor a Pomponio, de su libro 2 *ex Plautio*.

⁷ Sobre el libro 51 de los Comentarios de Juliano al Edicto, como fuente de D.6.1.72, D.44.4.4.32 y D.21.3.2, vid. págs. 9 ss. Los pasajes que nos han llegado de esta obra son: D.10.1.10, D.16.1.15, D.44.2.8, h.t.10, h.t.16, h.t.25 y D.46.1.15.

⁸ Del libro 16 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto: D.6.1.7, D.6.2.7.1, h.t.7.17, h.t.9.4, h.t.11.3, h.t.11.4 y D.27.10.10. Del libro 76: D.44.4.1, h.t.2.7, h.t.7.pr-1, h.t.11, h.t.22 y h.t.26.

D) El que el adverbio *deinde* no aparezca en el pasaje de Pomponio y sí en los dos de Ulpiano, junto al error ortográfico de suprimir la *s* de *exstiterit* en los dos fragmentos de éste, avalan la hipótesis sobre el posible origen de D.6.1.72 formulada en el apartado B).

Como quiera que las diferencias gramaticales señaladas, apuntan a que D.6.1.72 podría tener su origen en el libro 76 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto y no en el libro 16, creo que es necesario resaltar determinados aspectos, que aunque no tienen un carácter determinante, pueden ser de utilidad junto al estudio del contenido de los textos para poder extraer alguna conclusión sobre el particular.

Así, entre D.6.1.72 y D.44.4.4.32, junto a la similitudes formales y la sustanciales que estudiaremos más adelante, se da también una semejanza en los números de los libros de los que proceden.

El estudio del libro 16 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto de donde se supone fue sacado D.6.1.72, ha presentado ciertos problemas para la doctrina.

Para Lenel no es seguro que el libro 16 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto deba corresponder a *rei vindicatione*, colocándolo bajo interrogación ⁹, ni que dicha rúbrica sea edictal, proponiendo como probable un título similar a *si singulae res petantur* ¹⁰.

De los textos de los que disponemos del libro 16, Krüeger sitúa D.6.1.75 como correspondiente al libro 17 ¹¹ y Bluhme D.36.1.38 y h.t.40 como pertenecientes al libro 15 ¹².

D.6.1.72 es el único fragmento del libro 16 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto, que estando ubicado en D.6.1 no trata *de rei vindicatione* sino *de publiciana* ¹³.

⁹ Cfr. LENEL, E.P. (1927) XVIII.

¹⁰ Cfr. LENEL, E.P... cit, 195 nt. 1.

¹¹ Cfr. MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis* ¹⁶, I, Retract. KRÜEGER, (1963) 951.

¹² Cfr. MOMMSEN, op. cit, 928 nt. 3.

¹³ Pomp. libro 2 *ex* Plautino (D.21.3.2) y Ulp. 76. *ed.* (D.44.4.4.32) tratan de la acción publiciana.

Krüger, cuando lo recoge en el orden de los libros al Edicto de Digesto¹⁴, coloca el texto bajo la institución publiciana.

Si efectivamente el texto n.º 1 perteneciese al libro 76 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto y no al 16 como figura en Digesto, significaría que los compiladores erróneamente habrían puesto un 1 allí donde correspondía poner un 7.

El n.º 7 aparece frecuentemente en las inscripciones que siguen a D.6.1.72¹⁵, así el texto inmediatamente contiguo D.6.1.73 es también de Ulpiano del libro 17 de sus Comentarios al Edicto. En D.6.1.75 figura el libro *sexto decimo* de los Comentarios de Ulpiano al Edicto, cuando corresponde al libro *séptimo decimo*, se trata de otro texto de Ulpiano en el que ha sido sustituido el n.º 7 por el n.º 6.

Siguiendo con el orden cronológico, hasta D.6.1.68 no se encuentra un texto de Ulpiano que preceda a D.6.1.72, y curiosamente, también en esta ocasión, el pasaje tiene un error en la inscripción, para Lenel pertenece a los Comentarios de Ulpiano a Sabino y no al Edicto como aparece en Digesto¹⁶.

Parece pues, que las inscripciones de los textos que rodean a D.6.1.72, ya sean de Ulpiano o de otros autores, no solamente son propicias para errar en la sustitución del número siete por otro, sino que, tal y como hemos visto, esta errata se constata en D.6.1.75, llegando los compiladores, en D.6.1.68, a confundirse en cuanto a la obra a la que pertenece el fragmento de Ulpiano.

D.6.1.72, D.44.4.4.32 y D.21.3.2 recogen un mismo supuesto de compraventa y entrega de un fundo, que previamente había sido vendido y entregado a otra persona después de que hubiera pagado el precio.

¹⁴ Cfr. MOMMSEN, op. cit, 951.

¹⁵ (*Ulpianus sexto decimo ad edictum*) D.6.1.72; (*Idem libro septimo decimo ad edictum*) D.6.1.73; (*Paulus libro vicensimo primo ad edictum*) D.6.1.74; (*Ulpianus libro sexto [septimo scr.] decimo ad edictum*) D.6.1.75; (*Gaius libro septimo ad edictum provinciale*) D.6.1.76 y (*Ulpianus libro septimo decimo ad edictum*) D.6.1.77.

¹⁶ Cfr. MOMMSEN, op. cit, 124 nt. 12.

El vendedor Ticio, cuando formaliza la primera venta lo que entrega es un fundo propiedad de Sempronio, posteriormente y antes de la segunda venta Ticio resulta ser heredero de Sempronio.

Para un mejor estudio creo que es oportuno el dividir los textos en dos partes. Una primera con Ticio como actor y tú como demandado, y la segunda, en la que tú eres el actor y Ticio el demandado.

El resultado gráfico de esta división es el siguiente:

1.^a PARTE:

	<..... ACTIO	n.º 1	
YO	<..... ACTIO	n.º 1	TICIO
	<..... ACTIO	n.º 3	
	n.º 1	EXCEPTIO	>
	EXCEPTIO IN FACTUM O		
YO	n.º 2	DOLI MALI	TICIO
	n.º 3	EXCEPTIO	>

2.^a PARTE:

	n.º 1	ACTIO	>
	n.º 2	ACTIO PUBLICIANA	>
	n.º 3	ACTIO PUBLICIANA	>
YO			TICIO
	<.....	EXCEPTIO PROPIEDAD CIVIL	
		REPLICATIO	n.º 1
	<.....	EXCEPTIO	

..... REPLICATIO> n.º 2

NO SE RECOGE NADA SOBRE
LA POSIBILIDAD DE EXCEP-
<..... CIONAR Y REPLICAR n.º 3

En la primera parte, de las dos en las que hemos dividido los textos para el estudio de su contenido, además de la ya señalada sustitución del imperfecto *erat* y el demostrativo *isque* por la conjunción *et* en el n.º 1, no se indica el nombre del segundo comprador del fundo, tan sólo se dice: «*et eundem alii vendiderit et tradiderit*», dato que si se recoge en el n.º 2.

Si además tenemos en cuenta, que en el pasaje de Pomponio (D.21.3.2), también se indica el nombre de Mevio como segundo comprador del fundo, con la misma construcción gramatical que la utilizada por Ulpiano en el n.º 2 «*et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit*», parece lógico pensar, que de los dos textos de Ulpiano, es el n.º 2 el que está en un mayor grado de semejanza con lo dicho por Juliano, y, por tanto, bien podría tener D.6.1.72 (n.º 1) su origen en D.44.4.4.32 (n.º 2).

Tanto Ulpiano en D.44.4.4.32 como Pomponio en D.21.3.2, señalan a Juliano como la fuente de sus respuestas.

Aprovechando el estudio del período *vendiderit et tradiderit*, creo que ha llegado el momento de establecer la obra de Juliano de la que Pomponio y Ulpiano se sirvieron.

Si únicamente dispusiésemos de D.6.1.72, pudiera parecer que este texto se corresponde con D.6.2.9.4 (también de Ulpiano de su libro 16 de Comentarios al Edicto), donde se señala el libro 7 de los Comentarios de Juliano al Edicto como origen de su contenido, pero, nada más lejos de la realidad, la respuesta de Juliano recogida en D.6.2.9.4, lo es para el supuesto de que dos personas distintas hayan comprado a un mismo no-propietario o a distintos no-propietarios, no guardando relación con el caso de D.6.1.72, lo que constituye un primer argumento para opinar, que no es correcto situar el origen del pasaje n.º 1 en el libro 7 de los Comentarios de Juliano al Edicto.

Además, Juliano dedica el libro 7 de sus Comentarios al Edicto a tratar entre otras cuestiones *de publiciana in rem actione* y *de rei vindicatione*, y, como ya ha quedado expuesto con anterioridad, desde su perspectiva morfológica, resulta muy difícil situar D.6.1.72 bajo cualquiera de estas dos rúbricas.

En *rei vindicatione*, porque no es esta la cuestión recogida en su tenor, y en *publiciana*, porque resulta paradójico que se haya suprimido la referencia expresa a la acción publiciana en el pasaje si lo que se quería era ponerlo bajo dicho título.

Así pues, y como tendremos oportunidad de constatar más adelante, lo fundamental en el contenido de D.6.1.72, no son las posibles acciones que puede ejercitar el comprador, sino las excepciones y réplicas que pueda utilizar, ante la negativa del vendedor a entregarle la cosa.

Por tanto, el lugar de la obra de Juliano que se corresponderá no sólo con este texto sino con los otros dos, dada la geminación existente entre ellos, será aquel donde el jurista trate de los medios de oposición de los que dispone el demandado, lo que se confirma en el período *vendiderit et tradiderit*, dato de suma importancia en D.44.4.4.32 y D.21.3.2.

En D.44.4.4.32, el vender y entregar dos veces la misma cosa, legitima al comprador para oponer una *exceptio in factum* o *de doli mali* a la reclamación de Ticio, dando lugar también a una *exceptio* en D.21.3.2, sin especificar Pomponio de qué excepción se trata, no obstante, el fragmento no presenta dificultad alguna para determinar a qué excepción se está refiriendo Juliano, ya que está situado bajo la rúbrica de *exceptione rei venditae et traditae*.

Queda por determinar, cuál es la obra de Juliano en la que trata las excepciones de dolo malo y de cosa vendida y entregada. La respuesta es el libro 51 de sus Comentarios a Digesto, la totalidad de sus referencias se ubican en el apartado de las excepciones ¹⁷.

¹⁷ Cfr. LENEL, *Palingernesia Iuris Civilis*, I, (1960) 450 ss.:

* *De exceptione rei vindicatae vel in iudicium deductae*:

D.2.8.11, D.3.3.40.2, D.10.1.10, D.44.2.7.4, h.t.8, h.t.9.2, h.t.10, h.t.11.3, h.t.16 y D.44.2.25.

De este libro disponemos de dieciocho fragmentos, siete en forma directa: D.10.1.10, D.16.1.15, D.44.2.8, h.t.10, h.t.16, h.t.25 y D.46.1.15., y los otros once pasajes en forma de citas.

La totalidad de estas referencias indirectas al libro 51 de los Comentarios de Juliano a Digesto, se localizan en textos de Ulpiano, excepto la recogida en D.21.3.2 que es de Pomponio ¹⁸.

Teniendo en cuenta la geminación de los pasajes n.ºs 1 y 2, y el que D.6.1.72 gira en torno a las posibles excepciones que puede oponer el comprador a la actividad de Ticio, creo que lo expuesto en el texto n.º 1, al igual que en los n.ºs 2 y 3, es una opinión de Juliano correspondiente al libro 51 de sus Comentarios a Digesto, recogida en el apartado dedicado a la *exceptio rei venditae et traditae*, de ahí, que se indique en los tres textos ¹⁹, que después de haber vendido y entregado el fundo incluso con el precio pagado por el comprador, Ticio vuelve a vender y entregar el mismo fundo a una segunda persona.

En los tres pasajes, Juliano hace referencia a una primera venta y entrega para justificar la posibilidad de oponer la *exceptio rei venditae et traditae* a la reclamación del vendedor.

Con posterioridad el abanico de excepciones se amplía, en el texto n.º 2 se introduce la *exceptio vel doli mali* junto a una *exceptio in factum*, que bien podría ser la *rei venditae et traditae* ²⁰.

* *De doli mali*: D.44.4.4.1, h.t.4.11, h.t.4.22, h.t.4.26, h.t.4.32 = D.21.3.2 y D.46.1.15.

* *Si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur*: D.16.1.15.

¹⁸ Las referencias se encuentran en tres libros de los Comentarios de Ulpiano al Edicto, una en el 9: D.3.3.40.2, cuatro en el libro 75: D.2.8.11, D.44.2.7.4, h.t.9.2 y h.t.11.3, y cinco en el 76: D.44.4.4.1, h.t.4.11, h.t.4.22, h.t.4.26 y h.t.4.32.

¹⁹ LENEL, E.P... cit, XXIV, únicamente recoge el libro 76 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto, cuando se ocupa de la *exceptio rei venditae et traditae*.

²⁰ Cfr. JOUSSERANDOT, *L'édit perpétuel*, II, (1883) 443 y Ulp. 76 ed. D.21.3.1.4: «*Si servus merces peculiariter emerit, deinde dominus eum, priusquam proprietatem rerum nancisceretur testamento liberum esse iusserit eique peculium praelegaverit et venditor a servo merces petere coeperit: exceptio in factum locum habebit, quia is tunc servus fuisset cum contraxisset*».

Por lo que se refiere a la segunda parte, de las dos en las que hemos fraccionado los textos para el estudio de su contenido, poco más podemos decir de D.6.1.72, que la ya señalada ausencia de la *actio publiciana* como acción a ejercitar por el comprador si el vendedor aún posee el fundo, mientras que, la expresa referencia a esta acción es recogida tanto en el pasaje n.º 2 «*si ipse eum possideret et publiciana peteres*», como en el n.º 3 «*si ipse Titius aum possideret Publiciana peteres*».

Lo que adquiere importacia en el pasaje n.º 1, no es la acción que ejercita el primer comprador, sino la posibilidad de que pueda contestar con una *replicatio* a la excepción de propietario civil que le opondrá el vendedor, *replicatio* que también es recogida en el n.º 2 (D.44.4.4.32 también de Ulpiano).

En esta parte de los pasajes, se da una mayor proximidad entre los textos n.º 1 y el n.º 2, dado que, Pomponio no recoge en el n.º 3, la circunstancia de que el comprador pueda replicar a la excepción del vendedor.

La segunda parte de D.21.3.2 está construida alrededor del ejercicio de la acción publiciana, todo lo contrario a como hemos visto sucedía con D.6.1.72.

Opino que, Juliano utilizó el caso que estudiamos para justificar principalmente las excepciones que corresponden al comprador, y así aborda primeramente ésta cuestión en el texto, para pasar después a ocuparse, en menor grado de importancia, de la acción que corresponde al comprador si el vendedor Ticio aún sigue poseyendo el fundo.

Por ello entiendo, que el caso está tomado de su libro 51 de los Comentarios a Digesto dedicado al estudio de las excepciones. En esta línea, D.6.1.72 no recoge la acción publiciana como eje fundamental de su contenido, lo que lleva a la doctrina, como ya he señalado, a tener ciertas dificultades para ubicarlo bajo la rúbrica de *reivindicazione o de publiciana*.

La indicación, recogida en la primera parte de los tres fragmentos, de que el precio ya había sido pagado ²¹, no tiene trascendencia

²¹ Vid. nota 3 en pág. n.º 133.

para poder ejercer la acción publiciana ya que no se requiere tal circunstancia ²²; sin embargo, este dato agrava el comportamiento doloso del vendedor.

En cuanto a la replica del comprador, el texto n.º 2 recoge una exposición que no figura en el n.º 1, con lo que resulta más ilustrativo ²³.

La identidad entre los pasajes n.ºs 2 y 3 es prácticamente total, el n.º 2 recoge de forma literal la casi totalidad del pasaje n.º 3 de Pomponio, para continuar Ulpiano con la posibilidad de réplica que ampara al vendedor y los argumentos que la justifican.

No disponemos de datos para poder determinar si esta parte de D.44.4.4.32 que no aparece en D.21.3.2, figuraría en el texto de Juliano y fue suprimida por Pomponio o por el contrario, no fue contemplada por Juliano y fue Ulpiano el que realizó la ampliación del comentario referido a la réplica. Si así fuere ²⁴, dentro del marco de una doble venta y entrega a compradores distintos realizada por una misma persona, Juliano abordó el caso para justificar:

- a) Es mejor el derecho del primer comprador.
- b) Si el vendedor te pide el fundo, lo rechazarás con una excepción de cosa vendida y entregada.
- c) Si el vendedor sigue poseyendo el fundo, se lo reclamarás con la *actio publiciana*.

Ulpiano en D.44.4.4.32 de su libro 76 de Comentarios al Edicto, utiliza el texto de Juliano con las premisas ya señaladas, doble venta, mismo vendedor y doble entrega a dos compradores distintos, para indicar:

²² Gai. ed. prov. D.6.2.8. «*De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest coniectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium*».

²³ Cfr. Ulp. 76 ed. D.44.4.4.32: «*...ac per hoc intellegeretur eun fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet*».

²⁴ Vid. sobre este particular pág. n.º 135 al estudiar los términos *exstiterit y priorem*.

a) Si el vendedor te pide el fundo, lo rechazas con una *exceptio in factum comparata vel doli mali*. Excepción que para Pomponio es la *rei venditae et traditae*.

b) Si el vendedor sigue poseyendo el fundo, se lo reclamarás con la *actio publiciana* ²⁵.

c) Si el vendedor sigue poseyendo el fundo y te opone una *exceptio* (Ulpiano señala la *exceptionem dominii* en el n.º 1), le puedes oponer una replicatio.

Si tenemos en cuenta que:

a) No se contempla la posibilidad de la replicatio en D.21.3.2, la única defensa, que se recoge para el comprador es una *exceptio* sin especificar cuál ²⁶.

b) En el otro pasaje de Ulpiano D.6.1.72, no se indica que tipo de replicatio puede utilizar el comprador.

c) Y en D.44.4.4.32, hemos utilizado la *exceptio doli mali et metus* allí donde D.21.3.2 dice *venditae et traditae*.

Creo que, la replicatio a la que se refiere Ulpiano, en D.44.4.4.32, es la *rei venditae et traditae*, en clara correspondencia no solamente con lo expuesto, sino también, con la justificación que el mismo Ulpiano expone a continuación: «*de suerte que se entiende que había vuelto a vender un fundo que ya no tenía en su patrimonio*».

Los textos del libro 16 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto en los que se guarda la opinión de Juliano, son los siguientes: D.6.1.17, D.6.2.7.1, h.t.7.17, h.t.9.4, h.t.11.3, h.t.11.4 y D.27.10.10.

En cuatro de ellos, se cita el libro de los Comentarios a Digesto de Juliano del que están tomados:

²⁵ Igual en D.21.3.2.

²⁶ Creo que no resulta aventurado opinar, que Pomponio se está refiriendo a la *rei venditae et traditae*. Vid. nota n.º 20 en pág. n.º 154.

TEXTO	FUENTE	TEMA TRATADO
* D.6.1.17.	libro n.º 7	— De la acción reivindicatoria. — De la <i>Act. Legis Aquiliae</i> y los frutos en la restitución.
* D.6.2.7.1.	libro n.º 22	— De la acción publiciana.
* D.6.2.7.17.	libro n.º 7	— De la acción publiciana. — De la entrega de la cosa comprada de buena fe.
* D.6.2.9.4.	libro n.º 7	— Legitimación para ejercitar la publiciana, en la venta de una misma cosa a dos compradores de buena fe.

En los tres restantes, no se indica la obra de Juliano de la que fueron tomados:

* D.6.2.11.3.	-----	— De la acción publiciana.
* D.6.2.11.4.	-----	— De la acción publiciana.
* D.27.10.10.	-----	— De la facultad para transmitir, en aquellos a los que el Pretor priva de administrar sus bienes.

Se puede afirmar, que ninguna de las opiniones de Juliano recogidas en los pasajes anteriores ha sido tomada del libro 51 de sus Comentarios a Digesto. En unos casos, por que conocemos por el propio texto de Ulpiano el libro del que están tomadas, y, en otros, por el propio contenido del fragmento, siempre en relación con la posibilidad de ejercitar la *actio reivindicatoria* ²⁷ o la *actio publiciana* ²⁸.

²⁷ Cfr. D.6.1.17.

²⁸ Cfr. D.6.2.7.1, h.t.7.17, h.t.9.4, h.t.11.3 y h.t.11.4. Por el contenido de D.27.10.10, (sobre la facultad para transmitir en aquellos a los que el Pretor privó de administrar sus bienes y sobre la transmisión o no de la propiedad que realiza el curador de un loco), creo que la obra de Juliano de la que fue tomado este fragmento, también se situaba entorno a la acciones que corresponden al propietario.

En ninguno de los pasajes expuestos del libro 16 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto, se recoge una referencia al posible ejercicio de una *exceptio* o de una *replicatio*, a diferencia de lo que sucede en D.6.1.72, donde esta posibilidad constituye el objeto principal de su contenido. Algo por otra parte lógico, ya que, el pasaje n.º 1 tiene el mismo origen que el n.º 2, y este es el motivo de la dificultad que tiene la doctrina para situarlo bajo D.6.1 ó D.6.2.

Las diferencias formales detectadas entre D.6.1.72, D.44.4.4.32 y D.21.3.2:

* *Et, sit, est y ut tu potior sis* son utilizadas en D.6.1.72, para sustituir a las mismas palabras de D.44.4.4.32. y D.21.3.2.

* *Qui y Iulianus ait*, figuran en D.44.4.4.32 y D.21.3.2 y no en D.6.1.72.

* El adverbio *deinde* es utilizado por Ulpiano en sus dos fragmentos D.6.1.72 y D.44.4.4.32, pero no por Pomponio en D.21.3.2.

* El suprimir en D.6.1.72 y D.44.4.4 la *s* de *exstiterit*, que aparece correctamente escrito en D.21.3.2.

* La correcta utilización de *priorem* en D.21.3.2, sustituido por *potior* en D.6.1.72 y *praetorem* en D.44.4.4.32.

Junto a que:

* La geminación existente entre D.44.4.4.32 y D.21.3.2, sea más amplia que la de D.44.4.4.32 y D.21.3.2.

* La similitud de contenido sustancial entre D.6.1.72 y D.44.4.4.32, al recoger ambos la posibilidad de replicar el comprador.

* El situar el origen de las respuestas de Juliano recogidas en D.21.3.2 y D.44.4.4.32, en el libro 51 de sus Comentarios a Digesto.

* Y la imposibilidad de que Ulpiano, en el libro 16 de los Comentarios al Edicto, se ocupara de la *exceptio* o la *replicatio*.

Así como:

* La semejanza existente entre los números 16 y 76 que figuran en las inscripciones de D.6.1.72 y D.44.4.4.32.

* La frecuente aparición del n.º 7 en las inscripciones posteriores a D.6.1.72.

* Y los errores detectados, tanto en D.6.1.75 como en el anterior texto de Ulpiano D.6.1.68.

Llevan a la conclusión de que:

A) Pomponio y Ulpiano cuando redactaron el libro 2 ex Plautio y el 76 de los Comentarios al Edicto, tuvieron como modelo el mismo fragmento de Juliano.

B) El fragmento de Juliano del que tomaron la referencia, estaba situado en el libro 51 de sus Comentarios a Digesto.

C) D.6.1.72 no corresponde al libro 16 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto, sino al 76.

El hecho de que en la inscripción de D.6.1.72 figure el libro 16 y no el 76 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto como propongo, pudiera deberse a ese tipo de descuidos involuntarios de los escritores de Digesto, a los que hice referencia al principio de esta exposición, y, que, necesariamente debieron darse dado lo extenso de la obra y la celeridad de sus trabajos, y no al sistema utilizado por los compiladores en la redacción o en la selección de los materiales empleados.

Que D.6.1.72 y D.44.4.4.32 procedan del mismo fragmento original, conduce necesariamente a la modificación de la Palingenesia, ya que Lenel, en concordancia con sus inscripciones, los considero y en consecuencia ubicó como textos distintos.