

*ELEGANTIA EMENDATIONIS*  
(VARIACIONES SOBRE UN TEMA DE A. D'ORS)

José María Sainz-Ezquerro Foces  
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Ante una enmienda del tenor de un texto llevada a cabo por el profesor Alvaro D'Ors, se propone una lectura distinta del texto, que prescindiría de la enmienda, en razón de la atribución de un valor lógico diferente a la partícula disyuntiva «aut». El texto contempla una novación de obligaciones.

PALABRAS CLAVE: novación, crítica textual, enmienda, disyunción.

ABSTRACT

Before an amendment of the state of a text carried out by the Prof. Alvaro D'Ors, a distinct reading of the text is proposed, that would dispense with the amendment, with regard to the attribution of a different logical value to the disjunctive particle «aut». The text contemplates a novation of obligations.

KEY WORDS: novation, textual critic, amendment, disjunction.

Bajo el título «Lecturas del Digesto enmendadas»<sup>1</sup>, ha reunido el profesor A. D'Ors una colección de 23 *emendationes* textuales extraídas de diversos artículos y libros que en diferentes fechas había publicado. Tiene la amabilidad de enviarme la correspondiente separata y leo con el necesario detenimiento y atención cada uno de los textos. Al concluir, mi pensamiento espontáneo es el que traslado, como título, a la reflexión que en las líneas que siguen me propongo desarrollar.

La crítica textual rigurosa no está de moda en la romanística de nuestros días, de lo que se lamenta, de vez en cuando, alguna voz autorizada<sup>2</sup>. Quizás el desinterés que suscita tenga no poco que ver con el especial esfuerzo metodológico que requiere. Y, sin embargo, nadie ignora que es labor previa a cualquier objetivo de investigación sólida, así como tampoco que la *emendatio* constituye una de las tareas más delicadas en el aludido ámbito de la crítica del texto<sup>3</sup>. Exige, en efecto, conocimiento profundo de las instituciones y de su evolución histórica, del método y estilo de cada uno de los juristas, de la filología y de la paleografía. Pero puede tener además algo, o mucho, de arte, lo que acontece cuando, como patentizan los



resultados del profesor D'Ors, la técnica más depurada es administrada con un especial sentido del equilibrio y la medida. Consigue así el maestro, con sus retoques textuales, producir en el lector sensible una nítida impresión de elegancia, no distinta de la que genéricamente le producen las construcciones de los juristas del periodo clásico. Porque se experimenta, desde luego, al igual con aquéllos que con éstas, el indudable placer estético que P. Stein enlazara con una «effortless demonstration of professional expertise»<sup>4</sup>. No desentonan los complementos introducidos por A. D'Ors del *genus tenue* de aquellos grandes jurisconsultos<sup>5</sup>. Es algo así como si hubiese abordado la devolución de sus brazos a la Venus de Milo sin que, tras la reconstrucción, fuese posible distinguir entre su labor y la del primigenio escultor helenístico, lo que, personalmente, no me causa extrañeza alguna pues participa el maestro de ese don que tanto admiré siempre en F. Schulz, consistente en hallarse en tan directa y estrecha sintonía intelectual con los juristas *clásicos*, que pueden no solamente hablar *de ellos*, sino también hablar *como ellos* y, casi, hablar *con ellos*. Y, al final, con loable comedimiento científico, manifiesta: «Ya se entiende que no todas estas propuestas tienen igual probabilidad, pero, en todo caso, las ofrezco a la crítica de los lectores»<sup>6</sup>. Por mi parte, y puesto que he tenido el honor de ser uno de esos lectores, recojo gustoso el guante en lo que hace a la *lectura* de uno de los textos enmendados. Bien entendido, claro es, que no lo hago con la altanera pretensión de corregir a quien con tan sólida autoridad puede hablar en la romanística, sino con la sencilla finalidad de ofrecer a la consideración del maestro un punto de vista diferente, y confiando, en todo caso, en la benevolencia de su juicio sobre este último.

## I

La *emendatio* objeto de mi reflexión es la distinguida con el número 18, correspondiente a D. 46.2.32, *Paulus libro primo ad Neratium*:

Te hominem et Seium decem mihi dare oportet: stipulor ab altero novandi causa ita: «quod te aut Seium dare oportet»: utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur sti pulationem.

El texto es complementado por A. D'Ors de la siguiente manera:

---

<sup>1</sup> D'ORS, A.: IVRA 46 (1995, Publ. 2000), p. 47 y ss.

<sup>2</sup> V., v.g., MAYER-MALY, TR LXII (1994), p. 52.

<sup>3</sup> Una panorámica rigurosa sobre la cuestión ofrece DELZ, J.: *Textkritik und Editionstechnik*, en *Einleitung in die lateinische Philologie* (herausg. V.F. Graf) (1997) m p. 51 y ss., y, en referencia concreta a la *emendatio*, p. 59 y ss.

<sup>4</sup> STEIN, LQR 77 (1961), p. 248.

<sup>5</sup> Sobre este *estilo*, SCHULZ, *Prinzipien* (1934), pp. 55-56.

<sup>6</sup> D'ORS, A.: l.c., p. 52.

Te hominem et Seium decem mihi dare oportet : stipulor ab altero novandi causa ita: «quod te aut Seium ‘mihi’ dare oportet ‘id utrum ego velim mihi dari spondes?’»: utrumque novatur..

Esta versión del fragmento es fruto de un proceso de pensamiento coherente que se remonta a la publicación por el profesor de Pamplona, hace ya varias décadas, de un precioso artículo titulado «En torno a la llamada obligación alternativa»<sup>7</sup>, cuya lectura, o relectura cuidadosa, recomiendo muy vivamente a cuantos juristas deseen adquirir una noción cabal de la diferencia entre las perspectivas romanista y civilista, no sólo en relación con la institución concreta de que trata, sino en lo que hace a criterios metodológicos generales. En este trabajo razona y concluye, en definitiva, el maestro sobre la imposibilidad de construir un concepto general de «obligación alternativa» y, en consecuencia, de hablar de una pretendida «naturaleza» de la obligación alternativa, como se intenta desde el ámbito civilista, por cuanto «sólo desde un punto de vista negativo, por la diferenciación respecto a las obligaciones condicionales y facultativas, podemos hablar de obligaciones alternativas como categoría unitaria. Cuando, en cambio, estudiamos sus efectos, su manera de operar en la mecánica jurídica, nos encontramos con que tal unidad no existe positivamente; con que, bajo ese nombre único, se comprenden las más variadas figuras jurídicas, de carácter obligacional o real, que presentan el rasgo común de que una de las partes que en ellas intervienen puede elegir entre una prestación u otra prestación, entre una cosa u otra cosa»<sup>8</sup>; lo que sucede en razón de la diversidad de acciones a que estas heterogéneas figuras jurídicas pueden dar lugar.

Además, y por lo que ahora específicamente interesa, expresa de esta manera la correspondencia entre la partícula *aut* y la alternatividad: «Llegados a este punto de destrucción de la pretendida unidad de las relaciones alternativas, ¿dónde encontraremos un criterio para agrupar los distintos tipos de ellas? En realidad, no hay más que un elemento común: la misma relación de la alternatividad que se expresa en el acto constitutivo con la disyuntiva *aut*»<sup>9</sup>. El empleo de *aut* conlleva, por lo tanto, alternatividad y a partir de aquí, habrá de determinarse en cada caso de qué tipo de relación alternativa se trate, lo que estará en función de cómo haya sido configurada por los sujetos intervinientes dicha relación, ya que las distintas posibilidades de configuración en el acto constitutivo se corresponderán con diferentes acciones de que podrá hacer uso la parte legitimada para la reclamación. En concreto, si se ha estipulado de tal modo que la facultad de elección corresponda al deudor, lo reclamable es un *incertum* desde la perspectiva del acreedor, quien dispondrá de una *actio* con *intentio incerta*; en cambio, si en la *stipulatio* constitutiva el acree-

---

<sup>7</sup> D'ORS, A.: Rev. Der. Priv. núm. 322 (1944), pp. 1-24.

<sup>8</sup> D'ORS, A.: l.c. en núm. anterior, p. 23.

<sup>9</sup> D'ORS, A.: l.c. p. 20



dor se ha reservado la facultad de elección, le corresponderán tantas acciones como cosas hayan sido designadas alternativamente en la pregunta estipulatoria y, si bien sólo podrá ejercitar una de dichas acciones, cualquiera que ésta sea versará sobre un *certum*, y así lo expresará la *intentio* de su fórmula<sup>10</sup>.

En D. 46.2.32, el texto de Paulo enmendado por A. D'Ors, la *stipulatio* constitutiva de la obligación, en cuya pregunta se interpone la partícula *aut* entre los dos objetos aludidos<sup>11</sup>, se lleva a cabo con finalidad novatoria de dos obligaciones distintas anteriores: tú me debías un esclavo y Seyo me debía diez (diez mil sesteracios). Estipulo de uno de los dos (en realidad, de ti, no de Seyo) de esta manera: «lo que tú o (*aut*) Seyo me debéis». Y entienden tanto Neracio como Paulo que se ha producido el efecto novatorio respecto a las dos obligaciones anteriores: *utrumque novatur*. Ahora bien, si suponemos que en la obligación surgida de esta *stipulatio* la facultad de elección es del deudor promitente, no habría podido tener lugar el aludido efecto novatorio, al no existir la necesaria identidad de objeto entre las primitivas obligaciones y la posterior, ya que aquéllas versaban sobre un *certum* en tanto que el contenido de ésta sería, desde la perspectiva procesal del acreedor, un *incertum*<sup>12</sup>. Así es que, ante la categórica aseveración de Neracio y Paulo (*utrumque novatur*), resulta absolutamente necesario colegir que de la *stipulatio* con *aut* referida en el texto deriva una obligación de *certum*, como lo son las anteriores a las que pretende sustituir. Y esto sólo es posible en el caso de que la facultad de elección corresponda al acreedor, lo cual, a su vez, requiere que en la propia *stipulatio* se haya introducido la correspondiente reserva expresa, para la que el estipulante utilizaba, según nos consta, la expresión *utrum ego velim*<sup>13</sup>.

Éste es, si bien lo he entendido, el *iter* discursivo de A. D'Ors, en verdad riguroso y coherente, y conforme al cual la *emendatio* por él propuesta resulta no sólo justificada, sino, incluso, imprescindible. Pero hay más: la plena adecuación de su complemento textual parece venir avalada también desde una perspectiva paleográfica, conforme a la observación que seguidamente traslado al lector, con todas las cautelas, claro es, que han de adoptarse cuando se aborda el contenido de los textos desde este ángulo visual.

Llama inicialmente la atención el hecho de que la enmienda propuesta por A. D'Ors, si prescindimos del primer «*mih*», esto es, la sucesión de palabras *id utrum ego velim mihi dari spondes?* contenga un total de treinta letras, es decir, la medida aproximada, como promedio, de una línea en la época justiniana y, en

<sup>10</sup> D'ORS, A.: l.c. p. 4 y ss. V., con todo, sus precisiones sobre Ulp. D. 45.1.75.8.

<sup>11</sup> Sobre la alusión a la obligación anterior en la pregunta estipulatoria y su incidencia en el resultado novatorio, últimamente, López-Barajas Mira, Labeo 46, (2000), 206, con bibliogr. en núm. 55, p. 56 y ss.

<sup>12</sup> D'ORS, A.: DPR (1997) p. 504.

<sup>13</sup> V., por ejemplo, D. 45.1.75.8 Ulp. *lib. vicensimo secundo ad ed. y D. 45.1.112 pr. Pomp. lib. quinto decimo ad Q. Mucium*.

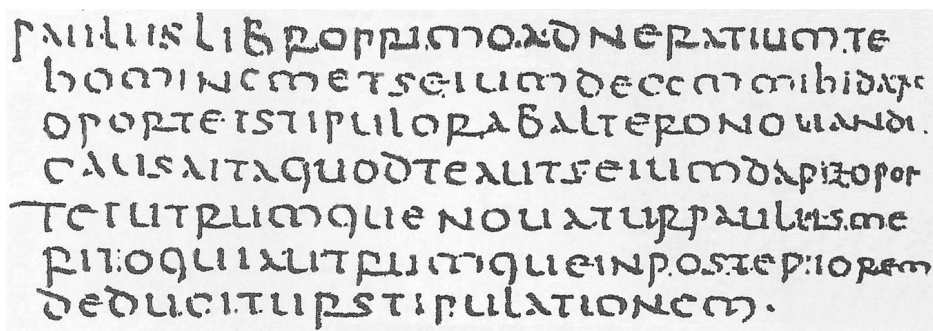


Foto 1. Manuscrito Florentino

concreto, del manuscrito Florentino<sup>14</sup>. Puesto que, además, el cotejo entre las palabras previa e inicial, por una parte, y, por otra, final y siguiente («oportet id... spondes utrumque») no revela homeoteleuto alguno y la unidad de sentido del conjunto es muy relativa, no resulta en principio impensable la posible omisión por F de una línea completa, que bien podría coincidir con el complemento propuesto por el profesor de Pamplona. No quisiera yo, desde luego, dejarme arrastrar por el entusiasmo que llevara a Schönbauer a considerar que el simple encaje paleográfico podía garantizar la autenticidad de una *emendatio*<sup>15</sup>, pero es lo cierto que el mismo constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, de dicha autenticidad, y debe tenerse en cuenta de otro lado que, en el plano jurídico sustantivo, y a partir de la premisa del autor de la enmienda, el contenido de ésta se presenta como imprescindible para la inteligibilidad del texto.

Pero prosigamos la reflexión a la vista del fragmento tal como aparece en el manuscrito Florentino que reproduzco<sup>16</sup> (véase foto 1).

Obsérvese en primer lugar que el texto se compone de siete líneas, que se integran, respectivamente, por las siguientes cantidades de letras: veintiocho, veintisiete, treinta, veintiséis, veintinueve y veintidós, correspondientes éstas a la última línea, más breve por cuanto en ella concluye el fragmento. Así pues, la medida de treinta letras que forman el complemento propuesto por A. D'Ors estaría plenamente proporcionada.

<sup>14</sup> MOMMSEN, en el *Praefatio* a su *ed. maior, Digesta Iustiniani Augusti* (1866-1870, ed. 1962-63); vol. I, XXXI, alude a un promedio de 32 letras, en realidad ligeramente elevado en lo que hace a determinados folios, entre ellos el que contiene el texto ahora en cuestión: v. ed. y *fol. cit.* en núm. 15.

<sup>15</sup> SCHONBAUER, *Festsch. Koschaker* 2 (1939), p. 392.

<sup>16</sup> *Iustiniani Augusti Pandectarum Codex Florentinus*, ed. facsímil cuidada por CORBINO, A. y SANTALUCIA, B.: Firenze, MCMLXXXVIII, vol. II, 355v.



La línea cuarta abarca desde la palabra «*causa*» hasta la palabra «*oportet*»; si bien, con más precisión, incluye sólo las letras «*opor*» de dicha palabra, iniciándose la línea quinta con las letras «*tet*». La primera palabra completa de esta línea quinta es «*utrumque*», terminando la línea con las letras «*me*» de la palabra «*merito*». Con el resto de esta palabra, es decir, con las letras «*rito*» se inicia la línea sexta.

Por lo tanto, y a la vista de la disposición del texto, nada impediría suponer, desde una perspectiva paleográfica, que la sucesión de palabras que forman la enmienda sugerida por A. D'Ors hubiese podido integrar una línea completa, situada entre la cuarta (*causa... oportet*) y la quinta (*utrumque... merito*). El pequeño desfase existente («*tet*» al principio de la línea quinta y «*rito*» al principio de la sexta) podría explicarse sin especial dificultad de la siguiente manera: el copista tiende a reproducir las líneas de su modelo, componiéndolas con las mismas palabras que las integran en aquél<sup>17</sup>. Podría, pues, conjeturarse que en el modelo de F la palabra «*oportet*» figurase completa al final de la línea cuarta e, igualmente, la palabra «*merito*» al final de la línea quinta; pero el copista pierde demasiado espacio, como puede observarse, por el mayor tamaño de las letras y más amplia separación entre ellas al principio de la línea cuarta e, incluso, hasta el final de la palabra «*Seium*» («*causa... Seium*»), por lo que al concluir la línea le falta espacio para la reproducción total de la palabra «*oportet*», viéndose obligado a finalizar dicha línea con las letras «*opor*», cuyo tamaño, además, hubo de reducir considerablemente. Si hubiese aprovechado mejor el espacio al principio, la sílaba «*tet*», es decir, la palabra completa «*oportet*» habría formado parte de la línea cuarta, a la par que, en razón del espacio ganado al comienzo de la línea quinta (que se hubiese iniciado con «*utrumque*»), la palabra «*merito*» completa hubiese cabido al final de esta línea, sin que hubiese sido necesario desplazar las letras «*rito*» al inicio de: la línea sexta.

Cuestión distinta es la reflexión sobre si, en el marco de la conjetura que he insinuado, esto es, que las palabras introducidas por A. D'Ors hubiesen podido formar una línea completa entre la cuarta y la quinta del texto que refleja el manuscrito Florentino (lo que, como hemos visto, no choca con impedimento paleográfico alguno), habría o no de suponerse que la copia de F hubiera sido la ocasión de la caída de la citada línea, por descuido del copista. Y creo, siempre razonando en el ámbito hipotético de la indicada conjetura, que la respuesta ha de ser negativa. Porque, de admitirse un tan importante desliz del copista, habría, en todo caso, de ser explicada su falta de reparación por el corrector ordinario, cuya intervención, si habitualmente era meticulosa<sup>18</sup>, debe presumirse especialmente cuidada al tratarse F de un ejemplar de excelente calidad, quizás «oficial» y anterior, con toda probabilidad, al año 557<sup>19</sup>. Habría más bien de concluirse que la supuesta línea perdida estaría ausente ya del modelo de F, lo que prácticamente nos remontaría a la propia

<sup>17</sup> DAIN, A., *Les manuscrits* (1975), p. 29 y ss.

<sup>18</sup> DAIN, A.: *ob.cit.*, p. 38.

<sup>19</sup> PURPURA, G., *Diritto, papiri e scrittura* (1995), p. 108.

ocasión compiladora, de tal manera que, o no estuviese ya en el ejemplar utilizado directamente por la comisión, o bien hubiese sido suprimida deliberadamente por ésta sin tenerse en cuenta que, omitida dicha línea, la aseveración «*utrumque novatur*» no parece cuadrar con la técnica y el pensamiento clásicos. Aunque, ciertamente, sí se hubiese acomodado una tal supresión a la tendencia justiniana a la unificación conceptual de las obligaciones alternativas con elección de deudor y aquellas otras con elección de acreedor, mediante la eliminación de las expresiones denotadoras de la diferencia entre unas y otras<sup>20</sup>.

En definitiva, que la enmienda de la que me vengo ocupando haya formado parte del texto original de Paulo y haya constituido, ya en época bizantina, una línea manuscrita completa caída en traslación textual anterior al modelo de *F* (o, en su caso, al confeccionarse este mismo modelo), es algo que, desde luego, no afirmo; pero sí deseo observar, en cambio, que se trataría de una hipótesis perfectamente admisible desde el punto de vista paleográfico; lo que parece apuntalar el sólido encaje sustantivo que muestra el complemento textual, desde la perspectiva en que se sitúa su autor.

## II

Cabe, no obstante, la posibilidad de leer el texto de otra manera, que excusaría la enmienda y que someto a la valoración del maestro.

En un primer acercamiento crítico al fragmento, resaltan de inmediato dos alteraciones (al menos una de ellas prácticamente segura) diagnosticadas hace ya tiempo por la crítica romanística, a saber, por una parte la posible supresión postclásica de la indicación *Neratius* previa a la cita de este jurista, como acusan tantos otros fragmentos de los *Ad Neratium libri IV* de Paulo recogidos en el Digesto<sup>21</sup>, y, por otra, el añadido bizantino «*novandi causa*», una de las interpolaciones más familiares ya a los viejos «cazadores»<sup>22</sup>. Pero en ambos casos se trata de retoques que no se interfieren en el problema que el complemento de A. D'Ors trata de solventar, esto es, la transformación novatoria de dos obligaciones anteriores de *certum* en una posterior de *incertum*.

Puesto que conviene aplicar en el tratamiento textual el principio de economía de la *emendatio*, que aconseja no recurrir a ésta en tanto pueda encontrarse un sentido congruente al fragmento en su versión transmitida, sugiero la siguiente constatación gradual de la permanencia de dicho sentido, conforme se va prescindiendo, sucesivamente, de tres partes del complemento: dos de menor importancia sustantiva

---

<sup>20</sup> D'ORS, A.: l.c. en núm. 6,13.

<sup>21</sup> Cfr. SCHULZ, *History* (1953), p. 217

<sup>22</sup> Al igual que «*novandi animo*»: v. GRADENWITZ, *Interpolationen in der Pandekten* (1887), p. 218 y ss.; LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* (1907), p. 31 y ss.

para el problema básico del texto (el primer «*mihi*» y las palabras «*mihi dari spondes?*») y una tercera que constituye el núcleo fundamental de la enmienda («*id utrum ego velim*»).

- a) Respecto del primer «*mihi*», puede prescindirse de él, puesto que la palabra ya ha sido utilizada en la frase introductoria del fragmento («*Te hominem et Seium decem mihi dare oportet*») y el acreedor está suficientemente referenciado. Cuando el jurista escribe «*stipulor ab altero novandi causa ita: quod te aut Seium dare oportet*», creo que su interés es narrativo, de integración de un *factum*, y no se dirige a la reproducción rigorista de la fórmula estipulatoria.
- b) Lo mismo, y por igual razón, cabe decir en relación con las palabras «*mihi dari spondes?*». El jurista da por supuesta la fórmula solemne de la *stipulatio* y lo que desea es pronunciarse sobre el efecto novatorio de ésta en el supuesto de hecho que describe, caracterizado por señalarse los objetos prometidos mediante la disyunción «*quod te aut Seium dare oportet*».
- c) En la expresión «*id utrum ego velim*» reside la esencia de la enmienda. Se trata, en efecto, de la reserva expresa de elección que, precisamente en estos términos, ha de introducir el acreedor en la pregunta estipulatoria<sup>23</sup>. De no hacerlo, la facultad de elección correspondería al deudor, en cuyo caso, y por las razones ya expuestas al hilo del discurso de A. D'Ors, no podría producirse la novación que Neracio y Paulo admiten categóricamente. Así pues, estas palabras parecen resultar necesarias para que el texto adquiriera sentido. Y, en verdad, lo son; *pero sólo desde la premisa aceptada inicialmente por el profesor de Pamplona, a saber, la correspondencia entre el empleo de la partícula «aut» y la alternatividad, o, si se quiere, la atribución a dicha partícula de una función lógica de disyunción exclusiva*. De este modo, si «*aut*» supone disyunción exclusiva (recíprocamente excluyente) entre los dos objetos que se comprenden en el contenido de la obligación, tal como éste se configura en la pregunta estipulatoria, es preciso que alguien elija la prestación a satisfacer, y, si como consecuencia de la nueva *stipulatio* han de entenderse novadas las dos obligaciones preexistentes, el aludido elector no puede ser otro que el acreedor, lo que se manifiesta mediante la locución «*id utrum ego velim*».

---

<sup>23</sup> D. 18.1.25 pr. Ulp. *ib. trigesimo quarto ad Sab.*: *Si ita distrahatur «illa aut illa res» utram eliget venditor* (el deudor de la *merx*), *haec erit empti*; D. 23.3.10.6 Ulp., en el mismo libro: *Si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum convenerit. ut aut estimatis aut res praestentur, si quidem fuerit adiectum «utrum mulier velit:»* (esto es, la acreedora), *ipsa eliget, utrum malit petere rem aestimationem: verum si ita fuerit adiectum «utrum maritus velit»* (el deudor), *ipsius erit electio aut si nihil de electione adiciatur, electionem habebit maritus* (el deudor), *utrum malit res offerre an pretium earum: nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est utram praestet. ...*; en el mismo sentido, D. 18.1.34.6 Paul. *lib. trigesimo tertio ad ed.*: *Si emptio ita facta fuerit: «est mihi emptus Stichus aut Pamphilus», in potestate est venditoris* (el deudor), *dare sicut in stipulationibus, ... .., si emptoris* (el acreedor) *fuit arbitrium quem vellet habere, ...»*.



Ahora bien: ¿y si no estuviésemos en el caso de elección alguna ni por parte del acreedor ni por la del deudor? ¿Si el sentido lógico de «*aut*» fuese de disyunción inclusiva, de tal manera que lo que el acreedor esté demandando, y a lo que el deudor se esté comprometiendo, sea el cumplimiento de *ambas* prestaciones, es decir, la entrega del esclavo previamente debido por el mismo deudor y, además, de la cantidad que adeudaba Seyo? En este supuesto, el sentido de la expresión «*quod te aut Seium dare oportet*» no sería «lo que me debes tú o, en otro caso, lo que me debe Seyo», sino «todo lo que, o bien tú o bien Seyo, me debéis», o «cuanto, bien por tu parte o bien por la de Seyo, se me debe». Entendido así el valor lógico de «*aut*», resultaría innecesario el complemento «*id utrum ego velim*» (en rigor, no habría lugar a él) y cobraría pleno sentido la contundente afirmación de Neracio («*utrumque novatur*»), así como, desde luego, la ratificación de Paulo: «*merito, quia utrumque in posteriorem deducitur sti pulationem*».

Claro es que esta tesis debe ser reforzada con algunas observaciones sobre la integración en la formación lógica de los juristas clásicos del uso en el sentido de disyunción inclusiva de la partícula «*aut*».

En la tradición estoica de las llamadas «proposiciones no simples», la disyuntiva (διεξενυμένον) es la proposición que se articula mediante la conjunción disyuntiva «o». Y la idea inicial parece ser el entendimiento de la disyunción paradigmática como exclusiva o completa, tal como apunta la indicación de Diógenes Laercio, contenida, precisamente, en su relato sobre Zenón, conforme a la cual la aludida partícula conlleva la falsedad de una de las proposiciones<sup>24</sup>. A partir de aquí, y respecto de las variaciones sobre ese parámetro originario, las referencias que poseemos son insuficientes y poco claras, aunque, ciertamente, también se admitió un tipo de disyunción no exclusiva o incompleta<sup>25</sup>. Sobre la concepción estoica de esta última conocemos poco y no podemos fijar nociones unívocas. Su ámbito parece repartirse entre las dos categorías de proposiciones que Galeno<sup>26</sup> presenta como diferenciadas de las disyuntivas propiamente dichas, a saber, las quasidisyuntivas y las paradisyuntivas. En tanto que aquéllas son proposiciones que muestran una incompatibilidad completa, por cuanto no pueden subsistir juntas ni tampoco perecer juntas, las quasidisyuntivas revelan sólo una incompatibilidad incompleta, ya que no pueden subsistir juntas, pero sí, en cambio, perecer juntas, y, por su parte, las

---

<sup>24</sup> DIÓGENES LAERCIO, *De clarorum philosophorum vitis*, VII, 72. Ed. Loeb Classical Library, *Diogenes Laertius II*, p. 180. V. también AULO GELIO, *Noct. Att.*, XVI, 8. Ed. C. Hosius (1903, reimpr. 1967), vol. II, pp. 172-173.

<sup>25</sup> BOCHENSKI, *Historia de la lógica formal* (ed. española de M. Bravo Lozano del original alemán *Formale Logik*, 1956) (1966), 130.

<sup>26</sup> V. los fragmentos de *Institutio logica*, IV, 9 y V, 11 cit. Por BOCHENSKI, 131, así como, en todo caso, la duda que refleja sobre si estamos ante una construcción doctrinal megárico-estoica o ante el pensamiento del propio Galeno.



paradisyuntivas también denotan incompatibilidad incompleta al poder subsistir juntas, pero no perecer juntas, ya que es necesario que, en todo caso, tenga lugar una de ellas.

Por cierto, que este planteamiento de analizar la compatibilidad o incompatibilidad entre proposiciones desde la perspectiva de su posibilidad o imposibilidad de subsistir o perecer juntas, y no desde la más estricta de que les sean predicables los valores lógicos de verdad o falsedad, viene a salvar, en este punto, el obstáculo ya clásico en el pensamiento lógico jurídico de la falta de correspondencia entre la lógica proposicional ordinaria, que opera con los valores *verdadero-falso*, y la lógica de las normas y proposiciones jurídicas, cuyos valores correlativos son *válido-no válido*<sup>27</sup>. En definitiva, nadie ha puesto en duda la diferencia entre una y otra lógicas, pero en tanto para algunos pensadores los principios de la lógica ordinaria pueden aplicarse perfectamente a la lógica jurídica en razón del isomorfismo existente entre ambas, por la analogía formal entre *verdad* y *validez*, otros han considerado que esa pretendida analogía es sólo aparente porque en realidad el funcionamiento lógico de ambos valores difiere en aspectos sustanciales<sup>28</sup>. Sin embargo, tan adecuado resulta predicar de dos proposiciones que pueden subsistir juntas porque pueden ser ambas *verdaderas* (si se trata de proposiciones ordinarias), como hacerlo porque pueden ser ambas *válidas* (si se trata de proposiciones jurídicas, normativas o no); y, de la misma manera, predicar de dos proposiciones que pueden perecer juntas porque pueden ser ambas *falsas*, como hacerlo porque pueden ser ambas *no válidas*.

Pero retomemos el hilo del discurso. A la vista de la aludida tradición galénica, la mejor que conservamos sobre disyunción no exclusiva o incompleta<sup>29</sup>, resulta problemática la pertenencia al pensamiento megárico-estoico de un distinto tipo de proposición no simple, cuyos elementos sentenciales, de un lado se articulen mediante partícula disyuntiva y, de otro, no solamente *puedan* subsistir juntos, sino que *necesariamente deban* hacerlo, no pudiendo acontecer que se dé sólo alguno de ellos o ninguno. En definitiva, una disyunción formal equivalente a una conjunción. Sin embargo, tal clase de proposición en modo alguno resulta ajena a los juristas romanos de la etapa clásica, como patentizan las fuentes, de las que traslado, a título de ejemplo, algunas muestras significativas.

Parece obligado hacer referencia en primer lugar a un texto bien conocido y paradigmático por su estructuración lógica, D.34.5.13 (14).2, *Iulianus lib. sing. de ambiguitatibus*, en el que se contiene una pregunta estipulatoria que integra un

---

<sup>27</sup> La cuestión, en KALINOWSKI, *Introduction a la logique juridique* (1965), p. 73 y ss. para el planteamiento básico en relación con el «dilema de Joergensen» y la lógica de las normas, y p. 155 y ss. para la aplicabilidad de las reglas de esta lógica deóntica a los razonamientos jurídicos desarrollados sobre proposiciones normativas.

<sup>28</sup> KLUG, U. y KELSEN, H. son, respectivamente, referentes clásicos de una y otra posiciones. Para un resumen nítido de su polémica, v. BULYGIN, E., FESTCH, F. y KLUG, U.: (1983) I, p. 19 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. BOCHENSKI, l.c. en núm. 25.

«aut» con valor de inclusión absoluta («*si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes?*»). La equivalencia entre este uso de «aut» y «et» viene reflejada en el criterio de Juliano: «*utrumque est faciendum ne stipulatio committatur, id est sive alterum sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio*». Y no es de extrañar, por ello, que en la tradición manuscrita del Digesto aparezca ocasionalmente sustituido este «aut», por «et»<sup>30</sup>.

Al propio Paulo, autor del texto enmendado por A. D'Ors, le era familiar el posible uso de partículas conjuntivas por disyuntivas y viceversa, como pone de manifiesto en D. 50.16.53 pr., extraído de su libro 59 *ad edictum*: «*Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis*». Y propone a continuación algunos ejemplos extraídos de los propios usos jurídicos: «*nam cum dicitur apud veteres adgnatorum gentiliumque pro separatione accipitur*» (conjuntiva por disyuntiva). Y, para uso de disyuntiva por conjuntiva: «*at cum dicitur super pecuniae tutelaeve suae*<sup>31</sup>, *tutor separatim sine pecunia dari non potest*». También, con «aut» en lugar de «-ve»: «*et cum dicimus quod dedi aut donavi utraque continemus*». Fijémonos ahora en esta expresión conclusiva de Paulo correspondiente al uso inclusivo de «aut» («*utraque continemus*») y cotejémosla con la de Juliano en D. 34.5.13 (14).2 («*utrumque est faciendum*») y con las utilizadas por Neracio («*utrumque novatur*») y por el propio Paulo («*merito, quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem*») en el texto que es objeto de esta reflexión, D. 46.2.32, como conclusión relativa al resultado novatorio de la *stipulatio* formulada con «aut» («*quod te aut Seium dare oportet*»). El valor inclusivo de este «aut» parece, ciertamente, imponerse.

Llamaré la atención ahora sobre un importante matiz contenido en un texto justiniano. Se trata de la constitución del año 530 recogida en C. 4.5.10, con toda probabilidad una de las *quinquaginta decisiones*<sup>32</sup>, que refleja, y resuelve, una polémica que se había suscitado entre los clásicos, a saber: si ante una obligación alternativa, el deudor, creyéndola cumulativa (o simple), ha entregado ambos objetos, debe serle devuelto, desde luego, uno de ellos; pero, ¿a quién ha de corresponder la elección de este objeto? Celso, Marcelo y Ulpiano entendían que la elección corresponde al acreedor receptor, quien puede devolver lo que él prefiera<sup>33</sup>; por su parte, Juliano y Papiniano defendían que la elección es del deudor que había entregado ambas cosas, en cuanto es él quien antes tenía la facultad de elegir lo que quería entregar. Justiniano decide de conformidad a este último criterio. El texto

<sup>30</sup> Así, en el *Codex Vaticanus*: cfr. Mommsen, *ed. maior ad h.l.*

<sup>31</sup> Deformación de la versión mas correcta «*super pecunia tutelave*» (l. XII, t. v.3): v., sobre las distintas variantes, GRÖSCHLER, SZ 117 (2000) 579-580, incluida la de Paulo en núm. 12: «entstellt Paul. D. 50.16.53 pr. ...».

<sup>32</sup> Cfr. IMPALLOMENI, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica* (1996), 81 núm. 1.

<sup>33</sup> Este criterio es expresado por Ulpiano, con cita expresa de Celso, en D. 12.6.26.13, *lib. vicensimo sexto ad ed.*: «..., *quamvis utroque simul soluto mihi* (el acreedor) *retinendi quod vellem arbitrium daretur*».



plantea una compleja e interesante problemática, en la cual no es ocasión de entrar<sup>34</sup>. Lo que ahora interesa a mi finalidad es reparar en una parte de su tenor, que se estructura de la siguiente manera:

a) Supuesto de hecho:

1) *Si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit*

*et*

2) *cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari,*

3) *utrumque per ignorantiam dependerit*

*dubitabatur*

b) Cuestión:

*cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem.*

Refleja a continuación la disparidad doctrinal de los clásicos, en los términos expuestos, y

c) Decisión:

*Nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.*

Así pues, planteándose el supuesto de hecho que se describe, se suscita la cuestión controvertida, que es resuelta por el emperador mediante decisión legal en el sentido expuesto. Pero ese supuesto de hecho, básicamente integrado por el contenido de los apartados 1 y 3 de la estructuración que he ofrecido, a saber, que alguien haya prometido un determinado esclavo o (*aut*) una cierta cantidad dineraria (u otra cosa) y, por ignorancia, entregue ambos objetos, resulta circunscrito a los casos a los que alude el apartado 2 de mi estructuración, es decir, aquellos en que al deudor le estuviese permitido liberarse pagando uno solo de los repetidos objetos. Si no fuese así, si para liberarse hubiese de entregar ambas cosas, no habría lugar, obviamente, a cuestión controvertida alguna. De lo que se colige que admite el emperador bizantino (y los juristas clásicos cuya controversia recoge y decide zanjar) que cuando en una fórmula promisorias se alude a dos objetos entre los que se interpone la partícula «*aut*», no necesariamente se genera para el deudor una obligación alternativa, de tal manera que para liberarse le baste con la entrega de uno solo

---

<sup>34</sup> Sobre ello, IMPALLOMENI, l.c. p. 82 y ss.

de los objetos, sino que también puede el «*aut*» conformar una obligación simple, cuya prestación sólo resulte cumplida si el acreedor recibe las dos cosas. Y, naturalmente, es por ello por lo que debe aclarar que la controversia que a continuación va a reflejar y la solución legislativa que ha decidido para la misma se refieren no a todos los supuestos de promesa con «*aut*» en los que se hayan entregado ambos objetos, sino solamente a los casos de promesa con «*aut*» en los que se hayan entregado los dos objetos, siendo así que el deudor hubiera podido liberarse entregando uno solo de ellos. En resumen: «*aut*» no siempre se corresponde con la idea de alternatividad, sino que puede también representar acumulación de objetos; es una partícula disyuntiva que puede adquirir, en la perspectiva lógica del lenguaje, tanto un sentido exclusivo, como de inclusión absoluta, tal como indica Paulo en el ya mencionado fragmento D. 50.16.53 pr.: «*Saepe ita comparatum est, ut coniuncta pro disiunctis accipiantur et disiuncta pro coniunctis, ...*».

Y es, precisamente, ese sentido inclusivo absoluto, conforme al cual el compromiso estipulatorio que asume el deudor abarcaría tanto el esclavo debido con anterioridad por él mismo como el dinero adeudado por Seyo, el que sugiero para el «*aut*» de D. 46.2.32. En la expresión «*quod te aut Seium dare oportet*», puede entenderse que «*quod*» alude al conjunto de ambos objetos (el debido por ti y el debido por Seyo), en tanto que «*aut*» separa sólo a las personas («*te aut Seium*»). El significado de la frase vendría a ser, pues, «el conjunto de los objetos que tú o Seyo me debéis», o «todo cuanto tú o Seyo me debéis», esto es, «el objeto que me debes tú y, también, el objeto que me debe Seyo». De esta forma, adquiere pleno sentido la conclusión de Neracio («*utrumque novatur*»), sin que resulte necesaria la enmienda del texto; como adquiere también pleno sentido la ratificación de Paulo («*merito, quia utrumque in posteriorem deducitur stipulationem*»), ya que, en efecto, en la *stipulatio* novatoria ha sido vertido el contenido de las dos obligaciones anteriores, a saber, la prestación relativa al esclavo y la referente al dinero, en línea con las *ulpianae transfusio atque translatio* que, por cierto, tanto asombro causaran a F. Schulz<sup>35</sup>.

Consideremos ahora la cuestión desde otro punto de vista. Supongamos que el valor lógico de «*aut*» en nuestro texto fuese de disyunción exclusiva, dando lugar, por lo tanto, la *stipulatio* novatoria a una obligación alternativa con facultad de elección para el acreedor, tal como resulta diseñada mediante la enmienda de A. D'Ors. ¿Qué razón habría de impulsar, en ese caso, a dicho acreedor a celebrar una tal *stipulatio*? En la situación anterior disponía de dos acciones, una frente al promitente por el esclavo y otra frente a Seyo por el dinero, en tanto que ahora solo podrá ejercitar una (la relativa al objeto que eligiere) frente al promitente; habría trocado, en definitiva, la posibilidad de recibir ambos objetos por la de recibir uno solo de ellos. En cambio, si «*aut*» tiene el valor inclusivo que he propuesto, la *stipulatio*

---

<sup>35</sup> Ulp. D. 46.2.1.pr. SCHULZ, Prinzipien (1934), 33 núm. 40: «*transfusio atque translatio* Wozu die zwei Bilder?»

novatoria puede resultarle muy conveniente ante la sospecha de insolvencia de uno de los primitivos deudores (Seyo), ya que de esta manera se asegura la posibilidad de reclamar ambos objetos al deudor solvente.

### III

Insisto: no he escrito más que *variaciones sobre un tema de A. D'Ors*. El tema es de él; el propósito de su reconocimiento científico, mío. Si la reflexión sobre el Derecho es posible sin la existencia de una ciencia jurídica, como lo demuestra el pensamiento filosófico griego, o al margen de ella, como ponen de manifiesto los escritos de Cicerón, y, por otro lado, cabe concebir una jurisprudencia altamente desarrollada sin una paralela reflexión sobre el Derecho, como aconteció con los logros de los juristas romanos hasta bien entrada la etapa clásica<sup>36</sup>, ¿qué frutos no habrá de producir la confluencia de la *iurisperitia* más refinada con una elevada capacidad reflexiva? Entre ellos se encuentran, desde luego, las *emendationes* del profesor A. D'Ors, sin exclusión, desde sus coordenadas, de la que ha sido objeto de mi discurso. Bien puede él estar tranquilo, pues sus arreglos textuales nunca darán lugar a que el viejo jurisconsulto romano «frunza el ceño y proteste»<sup>37</sup>. No atañe al maestro el pensamiento de M. Bretone: «il cuore dei classici non batte all'unisono con quello del loro interprete moderno». Y sí, en cambio, absolutamente, el bello cierre conclusivo del mismo: «o, se questo avviene, è nel silenzio di un incontro ineffabile»<sup>38</sup>.



---

<sup>36</sup> MAYER-MALY, SZ 117 (2000), pp. 1-2.

<sup>37</sup> D'ORS, A.: l.c. en núm. 7, 23.

<sup>38</sup> BRETONE, Festsch. Wieacker (1978), p. 47