

## PALINGENESIA DEL TÍTULO "DE TODOS LOS JUICIOS" (1, 12) DE LAS SENTENCIAS DE PAULO

Jorge ADAME GODDARD

### INTRODUCCIÓN

Dado el interés, o mejor dicho, la vital preocupación que ha tenido Héctor Fix-Zamudio por los temas procesales, me ha parecido oportuno presentar en homenaje suyo un trabajo sobre esa materia. El título de las *Sentencias de Paulo* que aquí comento, ofrece algunas reglas sobre el procedimiento romano, principalmente el penal; por supuesto, no bastan para darnos una idea general, siquiera elemental, del conjunto de este procedimiento; pero permiten acercarnos a ciertos detalles y cuestiones particulares, que ilustran cómo puede hacerse justicia y defenderse la libertad en situaciones concretas, cosa que ha sido motivo y razón de la obra de quien cordialmente llamamos maestro Fix.

El presente trabajo es parte de la palingenesia que he venido haciendo del libro primero de las Pauli Sentencias,\* siguiendo el método de análisis usado por Ernst Levy (*Pauli Sententiae. A palingenesia of the opening titles...* New York, 1945) al analizar los seis primeros títulos de este libro.

Dicho método parte de la idea, hoy comúnmente aceptada por la crítica romanística, que la obra conocida como *Sentencias de Paulo* fue una recopilación postclásica, hecha a fines del siglo III, de textos jurídicos procedentes de obras jurisprudenciales, principalmente de Ulpiano y Paulo, y de colecciones de constituciones imperiales, y atribuida falsamente al jurista Paulo. Fue una obra compuesta con fines de divul-

\* De este trabajo, he dado a la prensa las siguientes partes: Una descripción general y caracterización de las *Sentencias de Paulo*, que será próximamente publicada en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*; el estudio de los títulos sobre la restitución por entero (1,7) y que será publicada en el libro de homenaje a Álvaro d'Ors preparado por la Universidad de Navarra, y el estudio de los títulos de la restitución por causa de dolo (1,8), por causa de minoridad (1,9) y por causa de ausencia (1,9A), que será publicado en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídico* de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

gación, y que tuvo gran aceptación, sobre todo en la parte occidental del Imperio. Y, quizá por esto mismo, fue también una obra que sufrió muchas alteraciones.

Levy piensa que la versión que tenemos de las *Sentencias de Paulo*, procedente en mayor parte del epitome de las mismas que ofrece el Breviario de Alarico del año 506, presenta una composición por estratos. Él distingue seis estratos: el estrato *A*, que comprende las sentencias que se conservaron tal como fueron inicialmente redactadas antes del año 300; el estrato *B*, que comprende las modificaciones introducidas, principalmente para acomodar el texto de las sentencias a la legislación imperial, entre los años 300 y 450; un estrato *C*, que comprende las alteraciones hechas en occidente, entre los años 400 y 450, y relacionadas con la *Interpretatio*; el estrato *V* contiene las alteraciones introducidas por los compiladores del Breviario; el estrato *E*, las insertadas en oriente, antes de Justiniano, y el estrato *D*, las hechas por los compiladores de Justiniano.

De estos seis estratos, actualmente la crítica romanística acepta los estratos *A*, *B* y *D*. Franz Wieacker, en su conocida e importante obra *Textstufen klassischer Juristen* (Gotinga, 1960) tendió a reducir los estratos de los libros jurídicos romanos a sólo dos: el estrato *A* y el estrato *D*, y lo siguió gran parte de la crítica. Ahora, ya se reconoce nuevamente la existencia del estrato *B*, como lo ha hecho Kaser en su segunda edición de su tratado de derecho romano postclásico (*Das römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen*, Munich, 1975).

El interés primordial del estudio de las sentencias, que se hace en este trabajo, es concluir a qué estrato pertenece cada una de ellas. Para tal objeto se procede, siempre siguiendo a Levy, a analizar una por una, distinguiendo el tópicus (*T*) bajo el cual eran comprendidas en el derecho clásico, su significado (*S*), su origen (*O*) clásico o postclásico, la fuente (*F*), cuando es posible conocerla, de donde provienen, y finalmente el estrato (*Au*) al que pertenecen.

### 1.12 DE IUDICIIS OMNIBUS

*T.* En el edicto del pretor urbano, el título XIV rezaba simplemente de *iudiciis*, y se entendía que se refería exclusivamente a los juicios privados. Contenia disposiciones de orden general, relativas a la jurisdicción, el juicio, el juez y similares. Los juicios públicos se desarrollaban por procedimientos diferentes (*crimina*) y ante tribunales públicos.

*O.* En las provincias las causas civiles de cierta cuantía o gravedad

lo mismo que las criminales se sometían a la jurisdicción del gobernador,<sup>1</sup> y en el procedimiento cognitorio, ya en época clásica, según Kaser,<sup>2</sup> se resolvían ante el mismo juez cuestiones civiles y criminales. Esta unión de las jurisdicciones pública y privada en un mismo juez, quizá motivó el intento de hacer un título en que estuvieran reunidas las reglas aplicables a todo tipo de juicios. Pero, de las 9 *sententiae* que conservamos de este título, 8 se refieren a procesos penales públicos,<sup>3</sup> y sólo una (la 8) puede aplicarse a juicios privados, la cual más bien corresponde en el orden edictal al título XIII: *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*. Del siguiente título (13A), las nueve primeras sentencias se refieren a cuestiones jurisdiccionales, y ocho de ellas a juicios privados. Esto hace suponer que en el título original *De iudiciis omnibus* estaban incluidas, como conjeturó Cujacio,<sup>4</sup> esas nueve sentencias (1, 13A, 1a-1h). Ninguna de las *sententiae* de este título se refieren a las materias que trataban el edicto del pretor urbano en su título *De iudiciis* (Lenel §§ 53-59). Esto hace pensar que el contenido del título original era considerablemente más amplio que el que poseemos.

*Au.* El autor de la rúbrica del título pudo ser A. Un intento similar de agrupar reglas aplicables a ambas jurisdicciones se hizo en el libro *De omnibus tribunalibus, libri X*, atribuido a Ulpiano.<sup>5</sup> V puede ser responsable de la reducción del contenido.

1, 12, 1 *Hi, qui falsa rescriptione usi fuerint, lege Cornelia de falsis puniuntur.*

<sup>1</sup> D'Ors *DPR* §360.

<sup>2</sup> Kaser *ZPR*, pp. 347 y 348.

<sup>3</sup> Las sentencias 3(4), 4(5), 6(7) y 7 se refieren al interrogatorio por tormento (*quaestio*), de lo cual también se ocupan los títulos 5, 14 y 5, 16.

<sup>4</sup> *Observationes*, p. 56, 8.

<sup>5</sup> Schulz, *History of roman legal science*, p. 256, considera que tal obra pudo ser colección postclásica de extractos de Ulpiano, con alteraciones y añadidos. Wieacker *Textstufen*, p. 60, n. 13, y p. 65, piensa que puede ser clásica. En todo caso refleja una situación procesal, el predominio del procedimiento cognitorio, en que es posible tratar unitariamente cuestiones pertenecientes a diversos tipos de jurisdicción; en este aspecto es reveladora la equiparación que hace entre *praetor* y *praesides provinciae* (*Palingenesia*, nos. 2254, 2267, 2268), es decir entre el funcionario judicial de Roma y el de provincias. En los fragmentos que se conservan del de *omnibus tribunalibus* se tratan cuestiones también tratadas en PS 1, 12 y 1, 13A, 1-1h, como las relativas a tutelas, contenido de las sentencias: confesión judicial y ausencia. Teniendo en cuenta que la rúbrica de *iudiciis omnibus* refleja la preeminencia del proceso cognitorio, cabe suponer que las rúbricas de los títulos correspondientes de los libros clásicos rezaban simplemente de *iudiciis*, y no llevaban el adjetivo *omnibus*, como erróneamente ha conjeturado Lenel, *Palingenesia* I col. 131, 592, etcétera, siguiendo la rúbrica de PS.

S. El que alega en juicio rescriptos falsos queda sujeto a las penas impuestas por la Ley Cornelia de Falsarios.

O. Clásico. La *Ley Cornelia de Falsis*,<sup>6</sup> concebida para castigar la falsificación de testamentos y moneda, fue extendida por senadoconsultos a la falsificación de toda clase de documentos.<sup>7</sup> Por el senadoconsulto liboniano (16 d.C.) se dispuso la aplicación de las penas previstas en dicha ley<sup>8</sup> en contra de quien usara en juicio documentos falsos signados.<sup>9</sup> Por un rescripto de Antonino Pio (citado por Calistrato 3 de *cognit.* D 48, 10, 31) se ordenó que se castigara, según la gravedad del delito, a los que presentaban al juez documentos (*instrumenta*) falsos (sin especificar tipo de documentos); Marco Aurelio y Vero (*ibidem*) aclararon que no se castigaba a quienes, como solía suceder, presentaban documentos falsos sin saberlo; era tan frecuente este caso, que Papiano pudo llegar a decir que la Ley Cornelia no se aplicaba a quien alegaba un documento falso (*falso recitato... non incidit*), sino a quien lo falseaba.<sup>10</sup>

Todavía en época clásica se hizo la extensión a los documentos *sine consignatione* (Marciano 14 inst. D 48, 10, 1, 4 y Paulo 3 *resp.* D *h.t.* 16, 2).<sup>11</sup> En este momento, Alejandro Severo da un rescripto (CJ 9, 22, 3 [4]) que señala que el uso de rescriptos falsos debe castigarse con mayor severidad, lo cual, aclara Modestino (3 de *poen.*, D 48, 10, 33), significa que se castiga con las penas de la Ley Cornelia. El rescripto exceptuaba a quienes actuaban engañados por otro, siempre y

<sup>6</sup> Originalmente se llamaba *lex Cornelia testamentaria nummaria* (del a. 81 a.C., según Cicerón in *Verr.* 2, 1, 108), pero ya en la última época se le llama de *falsis*. Ver *infra* nota.

<sup>7</sup> Ver D'Ors, "Contribuciones a la historia del 'crimen falsi'", en *Studi Volterra* II, pp. 527 y ss.

<sup>8</sup> La pena originalmente prevista era la de muerte, pero ya desde fines de la República se aplicaba la *interdictio aqua et igni* (deportación y confiscación de los bienes) para los *honestiores* y la condena *in metallum* (trabajos forzados en las minas) para los *humiliores*; sin embargo, como en el proceso cognitorio el juez tiene arbitrio para fijar las penas, se presentan variaciones. Ver PS 5, 25, 1; D'Ors, *Idem*, pp. 544 y 545.

<sup>9</sup> D'Ors, *Idem*, pp. 534-536.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 550.

<sup>11</sup> Por virtud de esta ampliación fue comprendida toda la documentación burocrática, especialmente el edicto del pretor, con lo cual la corrupción del *album* dejó de castigarse por la vía ordinaria (*actio de albo corrupto*). D'Ors, *Idem*, pp. 548 y 549. Los rescriptos se conservaban, resumidos, en registros especiales; la copia de un rescripto debía considerarse como un documento *sine consignatione*, a no ser que fuera una copia con valor oficial, pero de la existencia de este tipo de copias no se tienen pruebas.

cuando probaran su inocencia y exhibiera a la persona por la que conocieron el texto falseado.<sup>12</sup>

La *Interpretatio* conserva la disposición, pero limitándola al uso en causa propia, con lo cual se pasa por alto lo que podían hacer los representantes judiciales: *Hi, qui in causis suis falsa principium rescripta detulerint, ut falsarii puniatur.*

*Au. A* se funda en el rescripto citado de Alejandro Severo. PS 5, 25, 1 y 9 señalan también la pena de falsarios a quienes usan rescriptos falsos; pero en estas dos sentencias se dice que para incurrir en la pena debe hacerse con conocimiento de que son falsos (*sciens dolo malo*). En PS 1, 21, 1 no es necesaria esta explicación porque la hace la siguiente sentencia. IP, en cambio, la omite.<sup>13</sup>

La designación de la *Lex Cornelia Testamentaria Nummaria* como *Lex Cornelia de Falsis* es propia del siglo III; <sup>14</sup> PS 5, 25, 1 la llama *Lex Cornelia Testamentaria*, pero en § 11 y en 4, 7, 1, *Cornelia de Falsis*. En cambio, IP, lo mismo que los epitomes del Breviario,<sup>15</sup> no menciona el nombre de la ley, cuyo texto seguramente desconoce, y dice que el responsable de usar rescriptos falsos se le castiga como falsario (*ut falsarii*).

*F.* El rescripto de Alejandro Severo citado en CJ 9, 22, 3 (4) del año 227, cuyo periodo: *qui falsis rescriptionibus utuntur digna poena coerceantur* parece ser el modelo de la sentencia.

1, 12, 2 (sólo en código *G Parisiensi* 4413 e insertado en la edición de Seckel-Kubler) *Ex his, qui ancillam corruperit alienam aliam reformare cogendus est.*

<sup>12</sup> Los rescriptos se conocían por copias extraídas de los registros oficiales, de modo que cuando se descubría que una cierta copia era falsa podía castigarse al autor de la misma; a esto evidentemente tendía la disposición de Severo. De aquí pudo partir la suposición de que toda copia o colección de rescriptos que no tuviera un autor que respondiera de su autenticidad era falsa; así Modestino 3 de *poen.* D 48, 10, 33 llama *falsas constitutiones* a las que carecen de autor (*nullo auctore habito*).

<sup>13</sup> No existe *interpretatio* de PS 5, 25, 1 y 9 que exigen el conocimiento de la falsedad.

<sup>14</sup> El que tal designación aparezca en las PS citadas desmiente que sea una peculiaridad de los compiladores justinianos, quienes efectivamente la usan en I 4, 18, 7 y en las rúbricas D 48, 10 y CJ 9, 22; también aparece en la rúbrica CT 9, 19 y en las *institutiones* de Marciano (D 48, 10, 1, 4).

<sup>15</sup> Epitomes *Aeg., Guelph., Monach.*, reproducidos en HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*.

S. Quien corrompe una esclava ajena queda obligado a reponer otra.

O. Postclásico. La corrupción de esclavo daba lugar en derecho clásico a la *actio servi corrupti* (Lenel § 63) con pena al doble y, eventualmente, a la *actio legis Aquiliae* (PS 1, 13A, 6), que tenía litisrecencia, también al doble, contra el *infitiens*. De esta posible condena al doble, se derivó, en el derecho vulgar, el principio de que todo tipo de daño debía castigarse con el doble, y se llamó a esta pena precisamente *poena legis Aquiliae*.<sup>16</sup>

Au. C. El fragmento es en realidad una *interpretatio* a PS 1, 13A, 6, e incluso en algunos códigos<sup>17</sup> se le antepone la abreviatura *interpr.*<sup>18</sup>

1, 12, 2(3) *Qui falsum nesciens allegavit, falsi poena non tenetur.*

S. Al que sin saberlo alegó un documento falso, no se le impone la pena prevista por la Ley Cornelia de Falsos.

O. Clásico. El senadoconsulto Liboniano, que extendió la pena de la ley Cornelia contra quienes usaran judicialmente documentos falsos (originalmente documentos *sine consignatione*), exigía el dolo.<sup>19</sup> En el rescripto de Antonino Pío (citado por Calistrato 3 *de cognit.* D 48, 10, 31) se castiga a quienes presentaron al juez documentos cuya autenticidad no pudieron probar; como posiblemente el rescripto no hacía referencia al dolo, después Marco Aurelio y Vero dieron otro (también citado por Calistrato *loc. cit.*), en que advertían que no se castigaba a quienes por error presentaban ese tipo de documentos, lo cual, añade Calistrato, solía suceder.

La sentencia repite la excepción definida en el rescripto citado de Marco Aurelio y Vero, y, al igual que su modelo, se refiere al uso de cualquier documento falso.

Alejandro Severo (CJ 9,22,3 [4]) dio un rescripto en que, refiriéndose al caso particular de uso de rescriptos falsos, exime de la pena a quien lo hizo engañando por otro, siempre y cuando presente a la persona por la que conoció el documento falso.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Levy, *VR*, pp. 331 y ss.

<sup>17</sup> Códices 7, 22, 26 y 31, citados por Haenel, *Lex Romana Visigothorum*, ad *h.l. n.c.*

<sup>18</sup> Coincide Levy, *VR*, p. 334, n. 136, Kruger, *Collectio*, II, p. 54, n. lin. 19, piensa que se trata de una *interpretatio* o de derecho germánico, ya que la misma doctrina se recoge en LRB 19, 2; pero su contenido también concuerda con IP 1, 13, 5 y 6. Ver *infra* ad PS 1, 13A, 6 sub O y Au.

<sup>19</sup> El texto del sc. Liboniano en Marciano 14 *inst.* D 48, 10, 1, Ulpiano 8 *de off. proc.* Coll. 8, 7 y D 48, 10, 93. D'Ors *op. cit.* hace una confrontación crítica de estas tres versiones. Ver *supra* n. 8.

<sup>20</sup> En este rescripto queda claro que el uso de documentos falsos hace presumir

Au. A, que pudo tener como fuente el rescripto citado de Marco Aurelio y Vero. Llama la atención que, habiéndose referido la sentencia anterior en particular al uso de rescriptos falsos, parezca referirse esta otra sentencia al uso de cualquier documento falso.

La expresión *falsi poena* para designar las penas de la Ley Cornelia de Falsos, parece propia del siglo III,<sup>21</sup> y, por lo tanto, familiar a A.

La sentencia fue casi íntegramente transcrita en ET 41, sin indicación de fuente.

F. El rescripto de Marco Aurelio y Vero citado por Calístrato 3 *cognit.* D 48,10,31. No se encuentran similitudes lingüísticas entre la cita de Calístrato y la sentencia; sin embargo, el pensamiento es el mismo en ambos textos: *falsum nesciens* de la sentencia concuerda materialmente con *per errorem, ignoscatur* de Calístrato.

No parece que el rescripto de Alejandro Severo (CJ 9,22,3 [4]) sea fuente de la sentencia, porque se refiere a *qui deceptus est per alium*, no simplemente, como la sentencia, al que ignora, y exige aquél, para que se absuelva al demandado, que éste presente a la persona por quien fue engañado, lo cual no se menciona en la sentencia.

1,12,3(4) *In caput domini patronive nec servus nec libertus interrogari potest.*

S. No se puede interrogar por tormento ni al esclavo ni al liberto en contra de la persona <sup>22</sup> de su dueño o patrono.

O. Clásico. Los esclavos no tenían capacidad para ser testigos, por lo que se les interrogaba mediante tormento (*quaestio*).<sup>23</sup> Desde tiempos de la República,<sup>24</sup> se definió la regla que los esclavos no podían ser interrogados contra su dueño; pero ya en época republicana se admitió una excepción para el caso de incesto,<sup>25</sup> y luego, en los primeros años del Principado, para el *crimen maiestatis*, el adulterio y la defraudación

la culpabilidad de quien los usa, por lo que éste tiene que probar su inocencia para salir absuelto (*si suam innocentiam probat... se liberat*).

<sup>21</sup> Aparece también en PS 5, 25, 5; 9(10) y en Marciano 14 *inst.* D 48, 10, 1, 13, pero no en CT, según *Heidelberger Index s.v. Falsus* (cfr. CT 9, 9, 1, pr. [326] *falsae accusationi poena*), ni en las otras fuentes del derecho vulgar, según *Ergänzungsindex s.v. falsum*, excepto en ET 30; 40; 41; 90; en estos tres últimos lugares, el texto parece depender de PS 4, 7, 2; 1, 12, 3; 5, 25, 1 y 5, respectivamente.

<sup>22</sup> *VIR* I col. 628 indica que en esta sentencia *caput* tiene el significado de *status* de hombre libre; cfr. Marciano 2 *inst. in personam domini*; PS 5, 16, 5, *in caput domini... neque in pecuniariis quam in capitalibus causis interrogari possunt*.

<sup>23</sup> D'Ors, *DPR* § 107.

<sup>24</sup> Según Tácito (*Anales* 2, 30), la regla derivada de un antiguo senadoconsulto. Ver Erhardt, *RE* s.v. *tormenta* col. 1789. Memsen, *Strafrecht*, pp. 414 y ss.

<sup>25</sup> Erhardt, *loc. cit.*

ción fiscal.<sup>26</sup> En un rescripto de A. Severo (CJ 9,41,1, *pr*) se mencionan expresamente dichas excepciones.

La aplicación de la regla originaba discusiones respecto a cuando una declaración del esclavo era realmente contra su dueño, y respecto de casos en que la propiedad del esclavo era dudosa.<sup>27</sup> Así, por rescripto de Adriano (citado por Papiniano 16 *resp.* D 48, 17,17,2) se permitió interrogar al esclavo común contra uno de los copropietarios acusado de haber matado al otro; también por rescriptos (citados por Ulpiano 8 *de off. proc.* D *h.t.* 1,7) se admitió el interrogatorio de un esclavo perteneciente a la ciudad en contra de un ciudadano, así como, por disposición de Trajano (citado por Ulpiano *ibidem* § 11), contra la esposa del dueño. Cuando la propiedad sobre el esclavo era dudosa, se abría una controversia en la que podía interrogársele sobre la propiedad (Diocl. CJ 9,41,12); pero en tanto ésta no terminara, no podía interrogársele en una acusación criminal contra el supuesto dueño (Calistrato 5 *de cognit.* D *h. t.* 15,2). Tampoco se permitió interrogar al *bona fide serviens* (Ulp. *ibidem* § 8), ni al *servus redhibitus* contra su comprador (Paulo 2 *de off. proc.* D *h.t.* 11), ni al liberto contra su patrono (Ulpiano *ibidem* § 11).

*Au. A.*, que recoge la regla formulada en tiempos republicanos, recibida por la jurisprudencia, pero sin tomar en cuenta sus excepciones ni aplicaciones especiales, salvo la de hacerse extensiva en favor de los patronos. Es notable que ni siquiera menciona las excepciones en la forma simplificada en que las presenta A. Severo (CJ 9,41,1 *pr*). La expresión *in caput domini*,<sup>28</sup> que es también usada por los textos jurisprudenciales, pero no en las resoluciones imperiales, que prefieren usar *adversus* o *contra dominum*,<sup>29</sup> indica una fuente jurisprudencial.

<sup>26</sup> Durante los primeros emperadores, se acudía al expediente de que el fisco comprara los esclavos que habían de ser interrogados en procesos de lesa majestad o adulterio, con lo cual la regla seguía incólume; a partir de Alejandro Severo (CP 9, 4, 1 *pr*), la regla ya sufre excepciones expresas. También se aceptó el interrogatorio de esclavos contra sus dueños en el caso de falsificación de moneda (Hermog. 1 *iur. epit.* D 5, 1, 53; cfr. Constantino CT 9, 19, 1) y otros más; ver Mommsen. *Stratfrecht*, pp. 414 y 415. Es quizá la relación entre *crimen falsi* y *quaestio*, lo que explica la presencia de las sentencias de este título que se refieren a la *quaestio* (§§ 3, 4, 6 y 7).

<sup>27</sup> PS 5, 16, 8b (=D 48, 18, 18, 8) dice que antes de discutir si se interroga un esclavo, debe averiguarse sobre su propiedad.

<sup>28</sup> Ver *VIR* col. 628.

<sup>29</sup> En el título de *quaestionibus* de CJ (9, 41) nunca aparece la expresión *in caput*; en lugar de ella, se usa *adversus dominum* (cons. 2, 6 y 13) o *contra dominum* (const. 1, 7 y 13).



1,12,4(5). *Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.*

S. Literalmente el texto dice que las mujeres embarazadas no pueden ser condenadas ni interrogadas por tormento, sino hasta que hayan dado a luz.

O. Clásico. Ulpiano 14 *ad Sab.* D 48,19,3 dice que la ejecución de una pena de muerte<sup>30</sup> contra una mujer embarazada se difiere hasta después del parto. La razón de este criterio era proteger los derechos hereditarios del no nacido, como lo demuestra la ubicación del texto: formaba parte del título sobre el heredero póstumo.<sup>31</sup> Parece que tal criterio ya era conocido por el mismo Sabino, porque después de enunciarlo, Ulpiano añade, como conocimiento no derivado de Sabino (*ego quidem... scio*)<sup>32</sup> que ni siquiera se acostumbra atormentar a las mujeres en tal estado.<sup>33</sup>

*Au. A.*, que al condensar las dos situaciones en una sola regla, produce confusión. La mujer embarazada sí podía ser condenada a pena de muerte, sólo que la ejecución se difería hasta después del parto. La sentencia, entendida literalmente, dice que la mujer embarazada no puede ser condenada y, como no especifica el texto a que pena se refiere, puede entenderse que se impide la condena a cualquier pena, no sólo a la de muerte. El significado de la sentencia sería correcto si *damnari* pudiera entenderse significando ejecutar<sup>34</sup> la pena.

La frase final (*nisl... partum*) es redundante, pero puede ser descuido de *A.*

1,12,5 (6) *Qui rescriptum a principe falsa allegatione elicuerint, uti eo prohibentur* (falta en el código más antiguo y mejor —*codex Monacensis*—, y en el *Eporediencis* está colocada después de 1,13A,3).

S. Quienes mediante falsas alegaciones obtienen un rescripto del príncipe, no podrán usarlo.

O. Postclásico. El texto se refiere al tardío procedimiento por rescriptos, en el cual el emperador decide una controversia planteada por un particular, sin examinar las pruebas de los hechos, por medio de un

<sup>30</sup> Gai 1, 90 y 91 suponen la ejecución de penas de deportación y reducción a esclavitud de mujeres embarazadas.

<sup>31</sup> Lenel, *Palingenesia*, no. 2528.

<sup>32</sup> *Ind. Int.* no menciona que este texto haya sido interpolado.

<sup>33</sup> También se exceptúa del tormento, los impúberes, ancianos, sordos, ciegos y mudos. Ver Erhardt, *RE* s. v. tormenta col. 1780.

<sup>34</sup> Pero en las demás sentencias donde aparece el verbo *damno*, según *Ergänzungsindex*, tiene claramente el significado de condenar, generalmente referido a pena capital.

rescripto. Obtenido el rescripto, el solicitante debe entregarlo a un juez ordinario para que examine los hechos y, si encuentra que éstos están debidamente probados, dicte sentencia según el tenor del rescripto.<sup>35</sup> Parece que en la práctica los jueces no tenían suficiente cuidado de examinar las pruebas y juzgaban ordinariamente conforme lo prescribía el rescripto, pues Constantino llegó a establecer severas contra los jueces que se niegan a examinar si los hechos invocados por el petitorio del rescripto son reales o no (CJ 1,22,3 [313]). El mismo emperador dispuso que los jueces examinaran la veracidad de los hechos aun en el caso de rescriptos en los que se ordenara una ejecución (CT 1,2,6 [333] = CJ 1,22,4 con IT). A fines del siglo IV se llega a castigar, en ciertos casos, al juez que juzga según el tenor de un rescripto amañado (CT 14,3,20 (398)). El problema debió de seguir durante el siglo V, ya que todavía el emperador Zenón ordena que todos los rescriptos sean redactados con la cláusula de que valen si se demuestra la veracidad de los hechos que fundan su petición (CJ, 1,23 7 [477]).

*Au. B.*, que recoge una preocupación de su tiempo<sup>36</sup> y se funda en disposiciones similares a las arriba citadas. *Elicere rescriptum* se repite en CT 1,2,3 (316); 16,5,6, (381) (=CJ 1,1,2 *pr*) y 14, 3, 20 (398). La forma breve y el tono general de PS se acentúa en IT 1,2,6: *quidquid non vera, sed falsa petitio a principe obtinuerit, quia fraus intervenit, non valebit*.

El hecho de que la sentencia no se encuentre en el manuscrito más antiguo del Breviario puede indicar que no se recogió en el texto original visigótico, quizá porque los compiladores no quisieron hacer alusión al emperador romano, y que posteriormente fue insertada en los manuscritos tomándose de la edición de B de PS; esta inserción posterior explicaría también que la *sententia* se halle en el manuscrito *Époredensis* 35 después de 13A, 3.

1,12,6 (7) *Qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit.*

*S.* Quien se haya confeso y convicto por un crimen, no puede ser interrogado mediante tormento en contra de otro reo, para que no se ponga en peligro la vida ajena por quien ha perdido la esperanza de la suya.

<sup>35</sup> Kaser, *ZPR*, pp. 521 y ss.

<sup>36</sup> Sobre los abusos a que condujo la práctica de los rescriptos, ver Krueger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts* (1912), p. 304.

O. Clásico. Según Mommsen,<sup>37</sup> en el proceso criminal acusatorio de época clásica no se acepta el testimonio de quien ha sido condenado en un proceso criminal: la razón de esta limitación es que, considerándose el testimonio como una función pública, se excluye de rendirlo a personas indignas. En el proceso cognitorio, en cambio, en que el juez tiene facultades inquisitivas, la cuestión de las declaraciones de los reos o convictos<sup>38</sup> de algún crimen, se planteó de otro modo: ahí habría que decidir acerca del valor que tendrían las declaraciones de tales personas en contra de otras y, en particular en contra de sus captores. Respecto de estas últimas, se dispuso por rescriptos (citados por Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48,18,1,26)<sup>39</sup> que se analizara caso por caso si se les daba fe o no. Las declaraciones de un reo en contra de personas a quienes involucraba como cómplices, debían ser no sólo apreciadas, sino incluso propiciadas, mediante tormento, por el juez (PS 5, 14,1); en ciertos crímenes el juez podía incluso interrogar mediante tormento a los convictos (PS 5,16,13).

La sentencia se refiere, no a cualquier reo, sino a un *confessus*.<sup>40</sup> La dificultad que tiene en cuenta, no es la de interrogar a persona indigna, sino, de conformidad con las exigencias del procedimiento cognitorio, la de valorar el testimonio de una persona que no pudo, o no quiso, defenderse a sí misma. Concuera en todo con el rescripto de Antonino Pío, citado por Modestino 3 *de poen.* D 48,18,16,1.

Au A, que se funda en el rescripto de Antonino Pío citado por Modestino. La regla fue recogida por Honorio y Teodosio (CT, 9,1,19,

<sup>37</sup> Mommsen, *Strafrecht*, pp. 402 y 403. La misma limitación se contiene en la *lex lulia repetundarum* (Marcelo 3 *dig.* D 1,9,2), en las leyes de Augusto contra el adulterio (Paulo 2 *de adult.* D 22,5,18), si bien respecto de los condenados en los procesos previstos por esas leyes. De una manera general, la limitación la expresa Calistrato (4 *de cognit.* D 22,5,3,5): *ne... in reum testimonium dicere liceret... quique iudicio publico damnatus erit.*

<sup>38</sup> Caracala CJ 9,41,4 se refiere a *convictis confessisque*; Ulpiano 8 *de off. proc.* sin distinguir etapas procesales, habla de los *latrones*. En los supuestos fácticos de ambos textos, se pueden incluir tanto declaraciones de personas sometidas a proceso (*reus*), como de personas ya condenadas (*convictus*). PS 5,14,1 se refiere exclusivamente al sometido a proceso (*reus*), mientras que PS 5,16,13 al convicto (*reus convictus*).

<sup>39</sup> Caracala CJ 9,41,4 dice que las declaraciones no valen, a menos que existan otras pruebas que las acrediten. Ulpiano (*loc. cit.*) habla de unos rescriptos más completos (*pleniores*) que disponen que puede darse crédito a tales declaraciones.

<sup>40</sup> El *confessus* no era inmediatamente condenado, sino que seguía sometido al proceso y sujeto a custodia pública, Venuleyo 2 *de iud. publ.* D 48,3,5; Scaevola 4 *reg.* D 48,4,4 pr. Podía haber confesado sin aplicársele tormento (Ulpiano 9 *de off. proc.* D 48,22,6,2).

1): *Nemo igitur de proprio crimine confitentem super conscientia scrutetur aliena*, quienes fundan la regla en la *veteris iuris auctoritas*.

La frase final explicativa (*ne alienam desperavit*) contiene una razón de la regla similar a la que da Marciano 1 *delator*. D 49,14,18,3 para explicar que los condenados a minas no pueden presentar denuncias: que éstos se encuentran desesperados y pueden actuar por ligereza. CT (*loc. cit.*) da una explicación más detallada: que el reo puede tener interés en nombrar personas como cómplices para conseguir así una disminución de su pena, o para hacer que un enemigo suyo sea castigado, o para incriminar a alguna persona poderosa y alcanzar así la libertad.

F. El rescripto de Antonino Pío que, según la cita de Modestino, dice: *Is, qui de se confessus est, in caput aliorum non torquetur*; esta redacción concuerda evidentemente con la parte preceptiva de la sentencia: *qui de se confessus est, in alium torqueri non potest*; la expresión *de se confessus* sólo aparece en esos dos lugares en el *Digesto*.<sup>41</sup> CT (*loc. cit.*), al hacer referencia a la regla fundada en la *veteris iuris auctoritas*, dice *de se confessus ne interrogari quidem de aliorum conscientia*; la presencia de la forma de *se confessus* es un indicio de que la fuente de CT es precisamente la sentencia o Modestino.<sup>42</sup>

1,12,7 (*ex D 48,18,22*) *Qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt, quaestio de his habenda non est, nisi si aliquibus suspicionibus urgeantur*.

S. Quienes son puestos en prisión sin haber sido acusados, no pueden ser interrogados con tormento, a no ser que sean incriminados por algunas sospechas.

O. Clásico. La sentencia se refiere a los que son detenidos (*in custodiam*<sup>43</sup> *recepti*), sin acusación previa, por el servicio de seguridad de la ciudad. En Roma, ese servicio se confiaba, en el Principado, al

<sup>41</sup> Según *VIR. s.v. confiteor* col. 914.

<sup>42</sup> La constitución de Honorio y Teodosio es del 6 de agosto de 426, y sólo tres meses después el mismo Honorio y Valentiniano dan la constitución (CT 1,4,3) en que confirman la validez de los escritos de, entre otros, Paulo y Modestino. Como en la frase final de esta constitución parece darse preferencia a las PS (*semper valere*), puede conjeturarse que la fuente de CT 9,1,19,1 sea la sentencia. Gradenwitz (citado por Berger, *Re s.v. Paulus* col.) piensa que esa frase es una interpolación de los visigodos, hecha en atención a la constitución anterior; pero esto no parece probable, pues si ya en la const. 2 se había hecho un elogio de las PS, ¿qué razón tendrían los visigodos para añadir otro en la const. 3? Es significativo que IT destaca la autoridad de Gayo, Papiniano y Paulo, y deja en segundo término a Modestino y otros.

<sup>43</sup> *Custodia* significa según Venuleyo 7 *stip.* D 50,16,224 siempre custodia pública; así también Labeón cit. D 4,6,9 *l.f.*; Callstrato 4 *cognit.* D 22,5,3,5.

*praefectus urbi*, y en las provincias a los magistrados municipales.<sup>44</sup> La sentencia posiblemente se refiere a estos últimos.<sup>45</sup> Durante el arresto, el magistrado encargado de la custodia de los reos debía interrogarlos, preparar un informe de su situación y remitirlos al magistrado con jurisdicción penal que correspondiera,<sup>46</sup> a fin de que ante éste se realizara el juicio respectivo, sea con acusadores, sea sin ellos y por vía cognitoria.<sup>47</sup>

Los detenidos, si eran esclavos, podían ser interrogados mediante tormento (*quaestio*).<sup>48</sup> Un caso especial fue el previsto por el sc. Silniano (10 d.C.), que preveía el tormento de los esclavos para descubrir al homicida de su dueño: al respecto, PS 3,5,10 (*ex Appendix 2, 16*) dice que se deben interrogar por tormento a los esclavos sobre los que haya alguna sospecha (*qui in suspicione veniunt*). Pero desde los primeros años del Principado (ya en tiempos de Tiberio), se aplicó el tormento a hombres libres, especialmente por delitos de lesa majestad.<sup>49</sup>

En todo caso, el tormento no debía ser usado al comienzo de la instrucción, según ya lo había prescrito Augusto (citado por Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48,18,1 *pr*<sup>50</sup>); esta disposición fue entendida en el sentido de que eran necesarias algunas pruebas que incriminaran al detenido para poder proceder al tormento; así un rescripto de Adriano<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Mommsen, *Strafrecht*, p. 299, 306 y ss.

<sup>45</sup> En las provincias orientales, los magistrados municipales encargados de la seguridad eran los *irenarchae*; en las provincias occidentales se mencionan al *praefectus arcendis latrocinii* y al *praefectus stationibus*, de quien dependen los *stationarii* (cfr. Ps 1, 6A, 3) Mommsen, *Strafrecht* pp. 307-308.

<sup>46</sup> Ver el rescripto de Adriano, citado por Marciano 2 *de iud. publ.* D 48,3,6, donde se precisa cómo han de hacerse los informes, interrogatorios, y el valor que han de tener en el proceso. Un ejemplo del proceder de estos magistrados lo proporciona *Hechos de los apóstoles* 16,18 y ss. a propósito de la detención de San Pablo y Silas en Filipos.

<sup>47</sup> El procedimiento penal acusatorio de época republicana, fue paulatinamente desplazado, sin llegar a desaparecer del todo por el procedimiento extraordinario o cognitorio sin acusación, introducido en el principado. Mommsen, *Strafrecht*, pp. 340 y 346.

<sup>48</sup> *Quaestio* significa, entre otras cosas interrogatorio por tormento. Ver Heumann-Seckel, s. v. *quaestio*. Ulpiano 7 (?) *at ed.* D 47,10,15,41 dice que por *quaestio* debe entenderse los tormentos que se infligen para averiguar la verdad.

<sup>49</sup> Para la aplicación del tormento a hombres libres, se distinguía entre *honestiores* y *humilliores*; a los primeros se les eximía; no obstante, en los delitos de lesa majestad no valía ese privilegio. El uso de este medio probatorio respecto de hombres libres no fue regulado con detalle; su aplicación dependía de la política de los emperadores. Ver Mommsen, *Strafrecht*, pp. 406 y 407.

<sup>50</sup> Este texto parece ser la fuente de PS 5,14,1.

<sup>51</sup> El nombre del emperador no se cita, pero puede conjeturarse, en tanto que

(citado por Ulpiano *ibidem* D *h.t.* 1.1.) dice que se aplique el tormento al esclavo, sólo cuando sea un reo al que otras pruebas incriminen.<sup>52</sup> PS 5,14,4 (ex D 48,18,18,2), más liberal, dice que no fácilmente se aplica el tormento cuando no hay otras pruebas, por lo que en tales casos se pide al acusador que las suministre. PS 1,12,7 refiere el principio, en cambio, al procedimiento cognitorio sin acusación. La infracción de esta regla debió ser frecuente, como lo demuestra el hecho de que varios emperadores insistieran en ella;<sup>53</sup> Dioclesiano mismo la repite (CJ 9,41,8,1).<sup>54</sup>

Au. A que refiere la regla creada por Augusto, verosíblemente en atención al procedimiento acusatorio, al procedimiento sin acusación generalizado en el siglo III. Es notable que la expresión *suspitione urgeri* que aparece en esta sentencia, se repite en PS 5,14,1, pero no aparece en el edicto respectivo de Augusto, ni en los rescriptos de Adriano, ni en el comentario que de ellos hace Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48, 18.1. Tampoco aparece en las fuentes del derecho vulgar ni en el Código Teodosiano.<sup>55</sup>

1,12,8 (ex D 5,1,54) *Per minorem causam maiori cognitione praedictum fieri non oportet: maior enim quaestio minorem causam ad se trahit.*

S. No se debe prejuzgar una causa mayor por una menor, ya que la mayor atrae hacia sí la menor.

O. Postclásico. En derecho clásico hay ciertas cuestiones que se ventilan en procesos especiales y que no pueden ser prejuzgados por otras cuestiones conexas. Así una petición de herencia, que se desahoga ante el tribunal de los centunviros, no puede ser prejuzgada por la sentencia de otro proceso en el que un acreedor de la herencia

en el párrafo precedente se habla de una disposición de Augusto y de una epístola de Adriano, y en el siguiente de otro rescripto de Adriano. Coinciden D'Ors *et al. Digesto, ad. h.l.*

<sup>52</sup> Así también Caracalla CJ 9,41,3 que prevé el tormento de una mujer.

<sup>53</sup> Sugieren también abusos por parte de los magistrados municipales encargados de la policía, el rescripto de Adriano y los mandatos imperiales de Antonino Pio, cuando era gobernador de la provincia de Asia, citados por Marciano 2 de *iud. publ.* D 48,3,6, que dicen que no se les otorgue mucha fe a los informes que dan los policías municipales acerca de los reos que remiten para ser juzgados.

<sup>54</sup> Diocleciano se refiere a *iudicia publica*; en época clásica se denominaron así, los juicios ventilados ante tribunales especiales (quaestiones) y tramitados por el procedimiento acusatorio (Mommsen, *Strafrecht* p. 186 y *ss.*): como en tiempo de Dioclesiano, el procedimiento acusatorio es excepcional, la expresión *iud. publica* parece comprender los procesos criminales, cognitorios o acusatorios, en oposición a los juicios penales de carácter privado.

<sup>55</sup> Según *Ergänzungsindex s.v. urgeo.* y *Heidelberger Index s.v. urgeo.*

reclama el pago a uno de los presuntos herederos, por lo que si el juez de esta cuestión condena al presunto heredero a pagar, no se da por cierto que el condenado sea el legítimo heredero. Para evitar que se prejuzgue una causa, el pretor puede denegar la acción de una cuestión conexas en tanto se resuelve la principal, o puede decretar que se suspenda el conocimiento de una causa conexas incluyendo en su fórmula una excepción (*ne praeiudicium fiat*) que autoriza al juez a absolver si no se ha resuelto la cuestión principal.<sup>55 bis</sup>

El edicto pretorio contiene el título (Lenel XII) *quibus causis praeiudicium fieri non oportet* que enlista estas cuestiones que no pueden ser prejuzgadas por otras: el juicio de petición de herencia no puede prejuzgarse por la reclamación de alguna de las cosas de la herencia (Ulp., 14 *ad. ed.* D 5, 3, 5, 2); el juicio de propiedad no puede ser prejuzgado por un juicio sobre servidumbre (Ulp. 14 *ad. ed.* D 8, 5, 1); el juicio sobre la libertad de una persona no puede prejuzgarse por otro en que se reclama algo de esa persona cuya libertad está en duda (D 40, 12, 24 pr a 4).

Además suele suspenderse el conocimiento de una cuestión civil en tanto no se resuelva una cuestión criminal conexas.<sup>56</sup> Paulo en el libro 15 *ad. ed.* (D 48, 1, 2), que se refería a las cuestiones que no pueden prejuzgarse, distingue entre juicios públicos capitales y no capitales, por lo que conjetura Lenel, con razón, que la distinción se hace con el objeto de afirmar que sólo los juicios capitales no deben ser prejuzgados por juicios privados.<sup>57</sup> Hay, por otra parte, textos donde Paulo y Ulpiano hablan de casos en que un juicio público (o criminal) puede prejuzgarse por uno privado (Ulp. 56 *ad. ed.* D 47, 8, 2, 1; 57 *ad. ed.* D 47, 10, 7, 1. Paulo 55 *ad. ed.* D 47, 10, 6; 37 *ad. ed.* D 48, 1, 4), por lo que no puede aceptarse la existencia en época clásica de una regla general que dijera que los juicios públicos no pueden ser prejuzgados por los privados.<sup>58</sup>

Esta doctrina sobre la prejudicialidad se conservó, en términos ge-

<sup>55 bis</sup> Kaser, *ZPR*, pp. 184 y 185.

<sup>56</sup> Cicerón de *inv.* 2,20,59 habla de una *exceptio extra quam in reum capituli praeiudicium fiat*. Se discute si dicha excepción fue incluida en la redacción juliana del edicto (Lenel, *EP*, p. 140, n. 8), pero, en todo caso, es cierto que se suspende el conocimiento de cuestiones civiles ligadas con ciertas cuestiones criminales.

<sup>57</sup> Lenel, *EP*, p. 140. Lo acepta Kaser, *ZPR*, p. 185; Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, pp. 178 y ss., en cambio, considera que sólo ciertos procesos capitales (*crimen falsi*, *accusatio adulterii* y el *iudicium ex sc. Silariano*) conllevan la suspensión de cuestiones civiles conexas, pero no analiza el argumento de Lenel fundado en Paulo 15 *ad. ed.* citado arriba.

<sup>58</sup> Así Lenel, *loc. cit.*; Kaser, *ZPR*, p. 186; Raggi, *op. cit.*, p. 177.



nerales, en el ámbito del procedimiento cognitorio y aun en el del procedimiento postclásico.<sup>59</sup> Se conserva la idea de que las cuestiones relativas al *status* personal, a la propiedad, a la titularidad de una herencia y ciertas cuestiones criminales son preferentes;<sup>60</sup> pero para evitar que sean prejuzgadas, se acude, tanto en la *cognitio* como en el procedimiento postclásico, a la suspensión del conocimiento de las cuestiones conexas en tanto se resuelve la principal.<sup>61</sup>

La sentencia establece, como regla general, que las cuestiones *maiores* no deben ser prejuzgadas por las *minores*. Una regla así es desconocida en el derecho clásico,<sup>62</sup> y ni siquiera podría ser válida entendida en el sentido de que cuestión mayor es la criminal y menor la civil, como ya se ha visto. Hay un texto de Neracio (4 *membr.* D 44, 1, 21) en el que se explica cuándo un asunto de mayor importancia económica (*res maioris pecuniae*) es prejuzgado por otro, y otro de Calistrato (1 *ed. monit.* D 4, 1, 4) que dice que algunos juristas<sup>63</sup> no admiten la *in integrum restitutio*, cuando, de ser concedida, quedaría prejuzgado un asunto de mayor importancia o cuantía (*maioris res vel summa*) por uno menor.<sup>64</sup> De estos textos, se puede inferir que la jurisprudencia clásica discutió el tema de la prejudicialidad entre asuntos de mayor y menor cuantía o importancia; pero no la existencia de una regla general como la que formula la PS.

La contraposición *minor/maior iudicio* parece haber sido más usada en el derecho postclásico, pero entendida no sólo en términos pecuniarios sino también en relación a la organización judicial establecida en el Dominado, con sus distinciones de rango entre los jueces, las sentencias y los asuntos. Se concibe, por una parte, como *maior* el juicio criminal, respecto del civil. Así, Constantino (CJ 3, 8, 4) dice que cuando se interpone una cuestión civil conexas con otra criminal, sin distinguir si es capital o no, se debe posponer el conocimiento de la civil hasta que se resuelva la criminal por la razón de que lo que es de mayor importancia (lo criminal) se prefiere a lo menor (lo civil) (*maius merito minori praefertur*). Más adelante Teodosio Arca-

<sup>59</sup> Kaser, *ZPR*, pp. 383, 396, 478 y 504; en este asunto, Justiniano no hizo referencias.

<sup>60</sup> *Idem*, pp. 383, 392 n. 7, 396 n. 46, 478 n. 19.

<sup>61</sup> *Idem*, pp. 383 y 478.

<sup>62</sup> Coinciden Kaser, *ZPR*, p. 186; Raggi, *Studi sulla impugnazione civili nel processo romano*, I, pp. 176 y 177.

<sup>63</sup> Como Neracio parece haber tenido esa opinión, puede conjeturarse que es propia de los proculeyanos.

<sup>64</sup> No encontré más referencias de *causa* o *cognitio maior* en *VIR s. uv. causa* (cols. 677-681) y *cognitio* (cols. 783-785).



dio y Honorio dispondrán (CT 9, 7, 7 = CJ 9, 9, 32 [392]) que una cuestión criminal ya iniciada, sin distinguir tampoco tipos de crímenes, no puede interrumpirse porque surja una cuestión civil conexas, por la razón de que las cuestiones de mayor magnitud se anteponen (*quæ magnitudine superant praeponatur*), o sea, lo dicen los emperadores expresamente, que la cuestión criminal pospone a la civil (*civilis actio criminali iure postpenatur*). Pero también se llama *maior* el juicio de propiedad respecto del de deslinde (Constantino CT 2, 26, 3), el de mayor envergadura económica (*maior substantia*, Constantino CT 11, 36, 5), o el que se tramita ante el gobernador de provincia, en oposición al conocido por jueces inferiores (IT 2, 1, 8).<sup>65</sup> Sin embargo, no hay un texto, ni en el derecho vulgar,<sup>66</sup> ni en CT<sup>67</sup> que defina cuáles juicios han de ser considerados *maiores* y cuáles *minores*. Se trata, por tanto, de una diferencia que no tiene valor técnico ni legislativo.

*Au.* A pudo formular la regla general, a partir de un texto como los citados de Neracio o Calistrato. Este tipo de generalizaciones es característico de *A*. La mano de *A* también se advierte en el uso de la expresión *praeiudicium fieri non oportet*, que es la usada en la rúbrica edictal correspondiente (Lenel XII), y en textos jurisprudenciales clásicos.<sup>68</sup> Todavía Diocleciano (CJ 7, 14, 14 y 7, 56, 3 y 4) usa el verbo *praeiudico*. En cambio, las constituciones imperiales posteriores a Diocleciano sobre esta materia usan otro lenguaje.<sup>69</sup> Constantino (CJ 3, 8, 4) dice que la cuestión mayor *praeferatur*; Teodosio, Arcadio y Honorio (CT 9, 7, 7) dicen que la cuestión mayor *praeponatur* y que la civil *posponatur*. Este cambio terminológico indica un cambio en el entendimiento del problema: a los clásicos les preocupa que una causa se prejuzgue por otra, en el sentido de que la decisión de una influyera en la de la otra, y para evitar que una causa preferente se prejuzgara aconsejaban que, a veces, se suspendiera el juicio (*differere, sustinere iudicium*) de la cuestión conexas hasta que se resolviera la preferente (así Juliano citado por Pomp. 11 *epist.* D 49, 14, 35 y Mela citado por Paulo 51 *ad. ed.* D 40, 12, 24, 4); en otras ocasiones

<sup>65</sup> Constantino CT 11.7.8 se refiere a *iudices maiores*.

<sup>66</sup> Según *Ergänzungsindex s.v. maior*.

<sup>67</sup> Según *Heidelberger Index s. v. magnus y maior*. Aparte de los lugares citados se habla de *maior* o *minor iudicio*, sólo Teodosio y Valentiano CT 2.3.1.

<sup>68</sup> Así, Ulpiano 14 *ad ed.* D 5,3,5,2; 56 *ad ed.* D 48,7,2,1; Juliano citado por Pomponio 11 *epist.* D 49, 14, 35 y citado, por Ulpiano 41 *ad ed.* D 37, 10, 3, 11, etc.

<sup>69</sup> La expresión no aparece en CT, según, *Heidelberger Index s.v. praeiudicium*; lo más cercano es *praeiudicium fieri non patimur* (CT 6, 4, 34 [408]), pero se refiere a que no se causa un perjuicio por vencimiento de un plazo judicial.

recomendaban introducir en la fórmula de la acción la *exceptio ne preiudicium fiat (hereditati o fundo)*. Para la doctrina postclásica, que no considera las excepciones en el sentido formulario, todo el problema se reduce a decidir cuál causa debe juzgarse primero, o como dicen las constituciones imperiales citadas cuál *praefertur* o *praeponatur* y cuál *postponatur*.

La frase final (*maior enim...*) parece indicar que la cuestión menor se resuelve en la sentencia que decida la mayor, pero esto es ajeno tanto al pensamiento clásico como al postclásico.<sup>70</sup> Más bien parece ser una explicación de la regla definida en la primera parte. La idea de que una cosa mayor atrae una menor se da en la adquisición de propiedad por accesión (Paulo 21 *ad. ed.* D 6, 4, 23, 4: *mea res per prevalentiam alienam rem trahit*), pero no aparece en otra fuente que trate sobre prejudicialidad.<sup>71</sup> Pudo ser una glosa.

1, 12, 9 (*ex.* D 48, 5, 42) *In crimine adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personae exhibeantur, aut iudex ex qualitate negotii motus hoc causa cognita permiserit.*

S. En el proceso criminal por adulterio no se concede ninguna prórroga, a no ser para la presentación de personas que puedan instruir la causa; pero el juez puede conceder más prórrogas, previa cognición de causa, en razón de la calidad del negocio.

O. La primera frase (*in crimine... est*) es de contenido clásico. En derecho clásico, cuando se litiga sobre el estado civil de un impúber que es heredero, se da, en atención al edicto carboniano, la posesión de los bienes hereditarios al impúber, previo otorgamiento de una garantía, y la controversia sobre el estado civil se difiere hasta que el impúber alcance la pubertad (D 37, 10, 1 §§ pr, 10 y 11; 3 §§ 1 y 2). A partir de esta disposición particular del edicto carboniano, parece que se llegó a formar la regla general de que todas las controversias que contienen una cuestión de estado civil de un impúber se difieren hasta que éste alcance la pubertad (Ulp. 47 *ad. ed.* D 37, 9, 7, 1: *omnes controversias quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri*). Como una controversia de adul-

<sup>70</sup> El principio clásico de que por regla general la sentencia no produce efectos contra terceros, se mantuvo en el procedimiento cognitorio clásico y en el procedimiento postclásico. Kaser, *ZPR*, pp. 293-294, 396, 504.

<sup>71</sup> Según *Ergänzungsindex* y *Heidelberg Index s.v. traho* no hay otro lugar en las fuentes de derecho vulgar ni en CT donde se emplee en el sentido de que un juicio o causa atraiga a otro. Tampoco en el *Digesto*, según Heumann Seckel *s.v. trahere* y *VIR s.vv. causa* (cols. 677-681) y *cognitio* (cols. 783-785).

terio podía implicar la legitimidad de un hijo impúber, se preguntó si el juicio de adulterio podía diferirse por consideración al impúber. Papiniano *sing. de adult.* D 48, 5, 12, 9 respondió que no. Esta negativa a diferir el juicio de adulterio por consideración del impúber es lo que expresa la primera frase de esta PS, que coincide completamente con PS 2, 26, 17: *in causa adulterii dilatio postulata imperitri non potest.*

La frase concesiva (*nisi... exhibeantur*) refleja también derecho clásico, aunque está referida al procedimiento cognitorio. En el procedimiento criminal clásico, si pasado el periodo probatorio, la causa no resulta suficientemente clara, el tribunal puede ordenar que se abra un nuevo periodo probatorio en el que se presenten nuevas pruebas. Además en ese procedimiento no existía, por lo general, un plazo fijo para presentar pruebas. Esto hace ver que en este procedimiento no tenía sentido que las partes pidieran dilaciones para aportar nuevas pruebas. Pero cuando el proceso criminal se tramita en la forma cognitoria, ante un juez único, se deja de acudir a la instauración de nuevos periodos probatorios, y entonces pudo aplicarse la práctica de conceder dilaciones a las partes para traer nuevas pruebas.<sup>72</sup>

En el procedimiento cognitorio (por el que se tramitan causas civiles y criminales), la prueba documental fue adquiriendo importancia, por lo que se concedían<sup>73</sup> dilaciones a las partes para que pudieran presentar documentos, especialmente cuando éstos se hallaban en un lugar distante de aquél en que se ventilaba el juicio (*dilatio instrumentorum causa*).<sup>74</sup> También se aceptó conceder prórrogas para la presentación de personas que pudieran instruir la cuestión,<sup>75</sup> lo cual sería más útil en un juicio de adulterio en el que difícilmente habría documentos probatorios.

La sentencia, en esta frase, contempla el caso de una dilación con el objeto de presentar una persona que pueda servir de testigo. En el procedimiento penal público, a diferencia del procedimiento privado en que los testigos acuden voluntariamente, el juez puede coaccionar para que los testigos se presenten,<sup>76</sup> si bien tenían que ser citados por

<sup>72</sup> Mommsen, *Strafrecht*, pp. 422, 423 y 433.

<sup>73</sup> Según Kaser, *ZPR*, p. 364 n. 21 y p. 389 n. 60, correspondía a los cónsules, en el principado, otorgar tales dilaciones.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 389.

<sup>75</sup> En este caso se habla también de *dilatio instrumentorum causa* (Ulp. 1 de *off. cons.* D 50, 16, 99, 3) o de *dilatio personarum causa* (Diocl. CP 3, 11, 1).

<sup>76</sup> Kaser, *ZPR*, p. 145 n. 73 y p. 281 n. 46.

el mismo acusador.<sup>77</sup> Esta posibilidad de coacción explica el matiz imperativo (*ut personae exhibeantur*) que tiene la sentencia respecto de la presentación de testigos, el cual, en el procedimiento privado, sólo se explicaría respecto de esclavos o *allieni iuris*.<sup>78</sup>

La frase final (*aut iudex... permiserit*) refleja derecho postclásico. El emperador Marco Aurelio (citado por Ulp. 1 de *off. cons.* D 2, 12, 7) dispuso, seguramente por razones de economía procesal, que no se otorgara más de una dilación en cada juicio. Esta regla la menciona también *PS* 5, 16, 17 (*ex D* 2, 12, 10), aunque referida solamente a causas pecuniarias. Dioclesiano restringió más la concesión de dilaciones, pues dispuso que sólo se dieran cuando hubiera una razón grave (*ratio urgentissima*) y fuera necesario para la instrucción de la causa (*necessitas desideratae intruccionis exegerit*), y limitó su duración a tres, seis o nueve meses según que la provincia donde se hallaran los documentos o personas fuera la misma en que se litigaba, otra en el continente, o una provincia ultramarina. (CJ 3, 11, 1 [294]). Los títulos de CT (2, 7) y CJ (3, 11) que tratan sobre las dilaciones no contienen una afirmación de que se pueda dar más de una dilación en un juicio, por lo que puede suponerse que en el derecho de los siglos IV y V no se cambió la regla establecida por Marco Aurelio y precisada por Diocleciano.<sup>79</sup> Pero Justiniano abrió la posibilidad de que el juez concediera excepcionalmente más dilaciones, previa cognición de causa. Así lo dice D 2, 12, 7 *itp.*<sup>80</sup> que las permite en gracia a la utilidad de los litigantes (*utilitatis litigantium gratia*), máxime cuando surge algo imprevisto (*maxime si aliquid inopinatum emergat*). También *PS* 5, 16, 17 (*ex D* 2, 12, 10) habla de que pueden concederse tres dilaciones al reo y dos al acusador en un proceso criminal, previa cognición de causa, *PS* 1, 12, 9 dice que el juez, en razón de la calidad del negocio (*ex qualitate negotii*) puede conceder más dilaciones, también previa cognición de causa. Aunque las razones que se dan en estos tres textos

<sup>77</sup> La citación se llama *denuntiatio*. Kaser, *RE s.v. testimonium* col. 1049, quien sigue a Mommsen, *Strafrecht*, pp. 183, 408 y ss.

<sup>78</sup> *Exhibere reos* (D 48, 3) también se usa en textos clásicos respecto de personas libres.

<sup>79</sup> Así opina Kaser, *ZPR*, p. 486.

<sup>80</sup> Faber, *Rationalia in Pandectas*, I, p. 149, fue quien por vez primera detectó la interpolación. Él señala la incongruencia de que el rescripto de Marco Aurelio sea corregido por un jurista, y hace ver que el autor de la interpolación conoció el rescripto de Diocleciano CJ 3, 11, 1, pues en la frase interpolada se hace alusión, como en el rescripto, a tener en cuenta el lugar del juicio (*secundum modum locorum*) para conceder la dilación. Ver *Ind. Int.*

para conceder más de una dilación difieren, todos coinciden en que la concesión tendrá que hacerse previa cognición de causa.

*Au. De in crimine... exhibeantur. A.* El recoge la negativa clásica a conceder una dilación del juicio en atención a un impúber (lo mismo que *PS 2, 26, 17*), y la combina con la posibilidad de alcanzar una *dilatio instrumentorum causa*, propia del procedimiento cognitorio clásico.

*De aut iudex... permiserit. D.* El contenido de esta frase es el mismo de la interpolación hecha por los compiladores en el citado texto de Ulpiano, y contraste abiertamente con la frase inicial *nulla danda dilatio est*). Es también indicativo de la autoría de *D.*, el que las dos sentencias citadas sobre la materia que nos llegan por vía del Digesto hablan de la posibilidad de conceder más de una *dilatio*, en tanto que la otra sentencia referente al tema (*PS 2, 26, 17*), procedente del Breviario, no la admite.

#### ABREVIATURAS

CJ = *Codex Iustinianus* (edición de Krueger, *Corpus Iuris Civilis* II, 15a. ed., Dublín-Zurich, 1970).

CT = *Codex Theodosianus* (edición de Mommsen-Krueger, *Theodosiani libri xvi cum constitutionibus sirmondianis*, Berlín, 1962).

D = *Digesta iustiniani* (edición de Mommsen-Krueger, *Corpus Iuris Civilis*, I, 20a. ed., Dublín-Zurich, 1968).

D'Ors, Digesto = *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por Álvaro d'Ors y otros, Pamplona, 1968.

D'Ors, DPR = D'Ors, *Derecho privado romano*, 5a. ed., Pamplona, 1983.

*Ergänzungsindex* = Levy, *Ergänzungsindex zu ius und leges*, Weimar, 1930.

ET = *Edictum Theodorici* (edición de Riccobono, Baviera, Ferrini, *Fontes iuris romani anteiustiniani*, II, Florencia, 1909).

Gai. = *Gaii institutionum comentarii quattuor* (edición de Riccobono, Baviera, Ferrini, *Fontes iuris romani anteiustiniani*, II, Florencia, 1909).

*Heidelberger Index* = Gradenwitz, *Heidelberger index zum theodosianus mit Ergänzungsband*, 3a. ed., Alemania, 1977.

Heumann Seckel = Heumann Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht*, 11a. ed., Jena, 1907.

- I = *Iustiniani Institutiones* (edición de Krueger, *Corpus Iuris Civilis*, I, 20a. ed., Dublin-Zurich, 1968).
- Ind. Int. = Mitteis, Levy, Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, I, 1929, II, 1931, III, 1935.
- IP = *Interpreatio ad Pauli Sententias* (edición de Kaser, Schwarz, *Die Interpreatio zu den Paulussentenzen*, Köln-Graz, 1956).
- Kaser, ZPR = Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966.
- Krueger, *Collectio* = Krueger, Mommsen, Studemund, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, II, Berlin, 1878.
- Lenel, EP = Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3a. ed., Leipzig, 1927.
- Levy, VR = Levy, *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationen recht*, Weimar, 1956.
- Mommsen, *Strafrecht* = Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.
- Palingenesia* = Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889.
- PS = *Iulii Pauli, quinque sententiarum ad filium* (edición de Krueger, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, II, Berlin, 1878).
- RE = Paulys, *Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft*, Stuttgart.
- VIR = *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, Berlin, 1894.
- Wieacker, *Textstufen* = Wieacker, *Textstufen klasischer Juristen*, Göttingen, 1960.